

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

SHARA PEREIRA DE PONTES

**EXPANSIONISMO PENAL E HIPERTROFIA LEGISLATIVA:
A função do Judiciário na sociedade pós-industrial**

**JOÃO PESSOA
2014**

SHARA PEREIRA DE PONTES

**EXPANSIONISMO PENAL E HIPERTROFIA LEGISLATIVA:
A função do Judiciário na sociedade pós-industrial**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em parceria com a Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA-PB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

ORIENTADORA: Professora Mestre Lara Sanábria Viana

JOÃO PESSOA
2014

P792e

Pontes, Shara Pereira de

Expansionismo Penal e Hipertrofia Legislativa: A função do Judiciário na sociedade pós-industrial / Shara Pereira de Pontes – João Pessoa, 2014

77p.

Monografia (Pós-graduação) – Universidade Estadual da Paraíba – UEPB / Tribunal de Justiça da Paraíba - (TJPB) Escola Superior da Magistratura – (ESMA/PB) – Curso de Especialização em Prática Judicante, 2014.

1. Direito Penal. 2. Política Criminal. Título

CDU 343:32 (094.56)

SHARA PEREIRA DE PONTES

**EXPANSIONISMO PENAL E HIPERTROFIA LEGISLATIVA:
A função do Judiciário na sociedade pós-industrial**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em parceria com a Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA-PB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

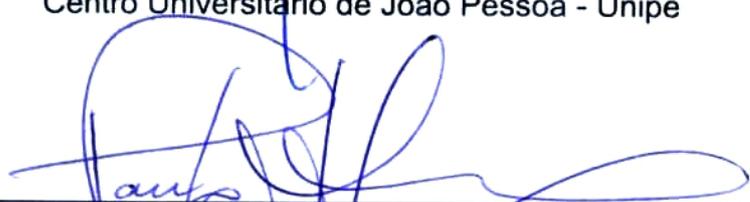
Aprovada em: 31 / março/ 2014.

BANCA EXAMINADORA



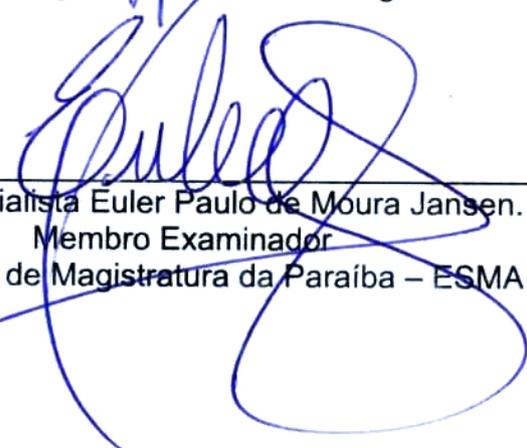
Profª Mestre Lara Sanabria Viana
Orientadora

Centro Universitário de João Pessoa - Unipê



Prof. Doutor Paulo de Tarso Costa Henriques
Membro Examinador

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba - IFPB



Prof. Especialista Euler Paulo de Moura Jansen.
Membro Examinador

Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA - PB

A Eduardo e Maria José.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido a energia, perseverança, determinação e discernimento necessários à conclusão deste trabalho e por todas as graças concedidas ao longo de minha vida.

Aos meus queridos pais, avós, amigos e colegas de trabalho, pelo suporte fornecido e pelo incentivo incondicional a mim concedido.

À minha orientadora, Prof^a Mestre Lara Sanábria, por toda atenção e dedicação, sábias ponderações, indicações de leitura, críticas e direcionamentos.

Aos professores e funcionários da ESMA-PB, bem como aos meus colegas de curso, por serem peças fundamentais nessa jornada.

A todos aqueles que, de alguma forma, prestaram sua contribuição nessa empreitada, fornecendo-me o apoio imprescindível nas horas mais difíceis.

A justiça é o horizonte na paisagem do direito.

Flóscolo da Nóbrega

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a investigação da função do Poder Judiciário na aplicação da lei penal na sociedade pós-industrial, em que se verifica a crescente sensação de vitimização e o fenômeno da expansão do direito penal, mormente pela propensão do legislador a atuar simbolicamente através da produção de legislação-álibi, causando uma verdadeira inflação legislativa. A pesquisa, caracterizada como teórico-empírica, baseou-se em fontes bibliográficas, com consulta a livros, manuais, artigos, periódicos e legislação. Utilizou-se o método de abordagem hipotético dedutivo e o procedimento interpretativo. Para a consecução do resultado final, a redação do trabalho foi dividida em três seções. Primeiramente, debruça-se sobre o estudo da dogmática penal, seu entrelaçamento com a criminologia e a política criminal, bem como as teorias da sanção penal. Em um segundo momento, expõe-se acerca da sociedade do medo e da hipertrofia legislativa, com produção de legislação simbólica, que desencadeia o envenenamento da ordem jurídica, bem como sobre os efeitos decorrentes deste. Por fim, investiga-se a função do Poder Judiciário na aplicação dessa legislação simbólica à luz da teoria da autopoiese, chegando-se à conclusão de que o juiz, enquanto agente político, por fazer parte do arcabouço constitucional do Estado e enquanto aplicador do direito ao caso concreto na função jurisdicional, exerce papel político criminal, sendo, outrossim, um garantidor de direitos fundamentais, devendo, portanto, aplicar a legislação simbólica à luz dos valores e parâmetros constitucionais e garantir a autopoiese dos sistema jurídico, decidindo com base no seu código binário "*Recht/Unrecht*".

Palavras-chaves: direito penal, expansionismo penal, hipertrofia legislativa, legislação simbólica, magistratura, autopoiese.

ABSTRACT

This study has by object the investigation about the Judicial Power's function in the application of criminal law in post-industrial society, in which there is a growing sense of victimization and the phenomenon of criminal law expansion, especially the tendency of the Legislative Power to act symbolically through production of alibi-law, causing an real legislative inflation. The research, described as theoretical and empirical, has essentially bibliographic source, with consultation in books , manuals, articles , periodicals and legislation. The method of hypothetical deductive approach and the interpretative procedure was used. To achieve the end result, the research report was divided into three sections. First, it focuses on the criminal dogmatic study, its relationship with criminology and criminal politic, and theories about the criminal sanction. In a second moment, it expounds about the society of fear and legislative hypertrophy, producing symbolic legislation, which triggers the poisoning of the legal system as well as on the effects of this. Finally, is investigated the Judiciary mission in the application of the symbolic law, at light of the law system autopoiesis theory, reaching the conclusion that the Judge, as a politic agent and piece of the State constitutional framework, when applying the law in criminal cases, by exercising a judicial function, has a role at criminal politic, and furthermore, the Judge is a fundamental rights keeper. The magistrate must apply the symbolic legislation at light of constitutional values and parameters and ensure the autopoiesis of the legal system, making decisions based on the binary code of the law, '*Recht/Unrecht*'.

Keywords: criminal law, criminal expansionism, legislative hypertrophy, symbolic legislation, judiciary, autopoiesis.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O DIREITO ENQUANTO FERRAMENTA DE VIABILIZAÇÃO DA CONVIVÊNCIA HUMANA: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA INSTRUMENTALIDADE DA SANÇÃO PENAL.....	13
2.1	O DIREITO ENQUANTO NECESSIDADE HUMANA: DOS PRIMÓRDIOS DA CIVILIZAÇÃO À CONTEMPORANEIDADE.....	13
2.2	CONSIDERAÇÕES PREFACIAIS ACERCA DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS EM SEU MODELO INTEGRADO.....	15
2.2.1	Dogmática penal e sua principiologia.....	15
2.2.2	Política criminal e criminologia.....	21
2.3	SANÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES PERFUNCTÓRIAS ACERCA DE SUA INSTRUMENTALIDADE.....	23
2.3.1	Prevenção geral.....	25
2.3.2	Prevenção especial.....	26
2.3.3	Apontamentos críticos acerca das limitações instrumentais da função preventiva da pena.....	27
2.3.3.1	As limitações da prevenção geral.....	28
2.3.3.2	As limitações da prevenção especial.....	31
3	A PRODUÇÃO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA NO BOJO DO EXPANSIONISMO PENAL COMO FATOR DE ENVENENAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	33
3.1	SOCIEDADE DO MEDO: MOVIMENTO LEI E ORDEM <i>VERSUS</i> GARANTISMO PENAL.....	33
3.2	HIPERTROFIA LEGISLATIVA: PROLEGÔMENOS ACERCA DA PRODUÇÃO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E SEUS EFEITOS DELETÉRIOS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO.....	40
3.2.1	Tipologia da legislação simbólica.....	42
3.2.2	A produção de legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico penal.....	46
3.2.3	Efeitos da legislação simbólica.....	50
4	O PAPEL DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA À LUZ DA AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO.....	52
4.1	PODER JUDICIÁRIO: O PAPEL DA MAGISTRATURA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL E A NECESSIDADE DE SUAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS.....	52
4.2	BREVE INTRÓITO À TEORIA DA AUTOPOIESE DOS SISTEMAS SOCIAIS: O SUBSISTEMA JURÍDICO.....	60
4.3	SOCIEDADE DO RISCO, EXPANSIONISMO PENAL E PODER JUDICIÁRIO.....	66
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
	REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pós-industrial, da era da globalização, caracteriza-se pela vertiginosa evolução tecnológica e junto, com esta, uma alucinante propagação da sensação de insegurança, tanto em decorrência do surgimento de novos riscos, quanto pela multiplicação de notícias sobre vultoso número de delitos cometidos diariamente, engendrando, assim, um quadro em que as pessoas passam a se sentir, cada vez mais, atemorizadas, vivendo imersas em um sentimento de medo. Em tal conjuntura, naturalmente surge o clamor generalizado pelo enrijecimento do sistema penal como sendo a única tábua de salvação da sociedade na luta pela paz social.

Em decorrência da demanda por criminalização desencadeada no bojo de movimentos como '*law and order*' e 'tolerância zero', o poder legislativo atua de modo impulsivo, transbordando o ordenamento jurídico com um alto contingente legiferante, mormente no campo criminal, realizando uma expansão desenfreada do direito penal, a qual gera uma sobrecarga ao sistema jurídico. Todavia, em que pese a impetuosa atuação legiferante, os problemas sociais subsistem e o medo de vitimização permanece alto. Isso porque, no campo jurídico social, as relações causais não se sucedem automaticamente com a precisão existente nas ciências exatas, de modo que medidas tomadas em um sentido, visando a um determinado fim, acabam por engendrar consequências indesejadas em outro campo, sem que se atinja a finalidade colimada inicialmente.

Nesse contexto, ante as transformações sociais, tecnológicas e institucionais experimentadas, o debate em torno do Poder Judiciário também sofre transformações. Assim, exsurge o seguinte questionamento: em uma sociedade com altos índices de criminalidade, ou, ao menos, com um alto grau de vitimização, em que se verifica um expansionismo penal exacerbado, qual seria a função do Poder Judiciário?

Para o alcance do objetivo geral do trabalho, faz-se necessária uma investigação sobre a dogmática penal, as teorias da pena, o estudo da racionalidade da leis penais e a noção de legislação simbólica, bem como a problemática oriunda de sua produção, a fim de identificar o papel do magistrado na sua aplicação.

Tendo em vista a consecução do objetivo geral pretendido, elencam-se os seguintes objetivos específicos:

- a) Examinar criticamente as teorias da pena formuladas pelos principais doutrinadores penalistas, tecendo considerações sobre suas limitações;
- b) Investigar a efetividade das normas penais;
- c) Analisar a problemática do expansionismo penal no contexto do movimento lei e ordem;
- d) Sintetizar o conceito de legislação simbólica e suas principais espécies e efeitos;
- e) Analisar os conceitos de autopoiese e alopoiese do sistema jurídico;
- f) Examinar o papel do magistrado na aplicação da lei penal simbólica;

A pesquisa, que tem em vista a realização de um estudo monográfico em tema da área sociojurídica, caracteriza-se como teórico-empírica, sendo realizada através de levantamento bibliográfico, consulta a manuais, artigos, revistas, jornais e à própria legislação, com método de abordagem hipotético dedutivo, utilizando-se de procedimento interpretativo.

Para melhor alcançar os resultados propostos, o trabalho foi dividido em três seções. Em um primeiro momento, investiga-se o funcionalismo penal a partir da doutrina do bem jurídico, analisando a instrumentalidade das sanções penais para o controle social, expondo a principiologia do direito penal, interrelacionando-o com a política criminal e criminologia.

Na segunda seção, descreve-se o expansionismo do direito penal e a inflação ou hipertrofia legislativa, investiga-se o conceito de legislação simbólica, sua tipologia, principais formas de manifestação e os principais efeitos por ela produzidos, chegando-se à conceituação de envenenamento da ordem jurídica e à problemática dele decorrente.

Por fim, na terceira seção, estuda-se a função do Poder Judiciário na sociedade pós-industrial a partir da ideia de separação de poderes concebida por Montesquieu, investigando-se o papel do magistrado na aplicação da lei penal, buscando-se verificar qual o papel da magistratura no contexto da expansão do direito penal, à luz da teoria da autopoiese do sistema jurídico.

A realização do trabalho foi sistematizada a partir do seguinte rito procedimental:

1. Arrolamento de fontes sobre a temática da pesquisa a ser realizada, lançando-se mão de fontes essencialmente bibliográficas, mormente livros, periódicos, monografias e dissertações, acessíveis inclusive por meio da internet.

2. Triagem do material a ser utilizado para a elaboração do trabalho.

3. Realização da redação preliminar.

4. Construção de relatório final.

2 O DIREITO ENQUANTO FERRAMENTA DE VIABILIZAÇÃO DA CONVIVÊNCIA HUMANA: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA INSTRUMENTALIDADE DA SANÇÃO PENAL

2.1 O DIREITO ENQUANTO NECESSIDADE HUMANA: DOS PRIMÓRDIOS DA CIVILIZAÇÃO À CONTEMPORANEIDADE

O homem é um ser societário por natureza e, por essa razão, somente desenvolve a plenitude de suas habilidades e competências no seio de uma comunidade com seus semelhantes, isto é, em sociedade, o que foi asseverado pelo filósofo grego Aristóteles de Estagira, na famosa expressão “*zoom politikon*”, através da qual se designa o homem como um animal político, eis que tem a natural capacidade de organizar a vida em cidades, dando origem à sociedade política, *pólis*, considerada a mais alta de todas as associações.¹ Neste mesmo sentido, Rosa Maria de Andrade Nery assegura que

A experiência social é marcada pela presença do homem em situação de permanente convívio com os seus semelhantes. Durante toda a sua vida, em todos os aspectos de seus relacionamentos, o homem interage: na vida privada, profissional, social, religiosa e nos relacionamentos mais variados há constante intercâmbio de ideias, de formas de trabalho, de manifestações de cultura; de expressões intelectuais; de provimento de meios de subsistência; de formas de entretenimento e divertimento e de realização de negócios; de escolha de meios para a experiência do transcendente.²

Reinhold Zippelius observa que o homem necessita viver em sociedade como forma de compensar as carências de sua constituição física e de instinto, através das vantagens propiciadas pela vida comunitária, a exemplo da divisão de trabalho, do proveito da aptidão desenvolvida por outros membros e da assunção de experiência e conhecimentos acumulados que podem ser adquiridos sem a necessidade de que sejam vivenciados.³

¹Aristóteles utiliza o termo cidade para designar a sociedade política e assevera que “a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de um cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Tal individuo merece, como disse Homero, a censura cruel de ser um sem família, sem leis, sem lar. Porque ele é ávido de combates, e, como as aves de rapina, incapaz de se submeter a qualquer obediência”. ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed Especial para e-book. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Saraiva Reader software, ISBN 9788520928530, p. 14. Coleção Saraiva de Bolso.

²NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. 1. ed em e-book baseada na 1 ed impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Thomson Reuters Proview software, ISBN 978-85-203-441-5, p. n. I.1, 0,625%.

³ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira

Ocorre que, também em decorrência da própria natureza humana, complexa e conflituosa, urge a necessidade de que essa convivência social seja devidamente regrada, sob pena de que venha a ser instaurada um estado de barbárie desenfreada, havendo, portanto, a imperiosa necessidade de que haja uma organização institucional normativa.⁴

É nesse contexto que, conjuntamente ao aparecimento das primeiras sociedades humanas, surge o Direito, o qual, consoante os ensinamentos de Vicente Ráo, tem, por finalidade suprema obter, por meio da coexistência social, harmonicamente organizada, o aperfeiçoamento do indivíduo e a sua proteção. Todavia, visando à consecução de seus fins, o Direito não considera o indivíduo de maneira isolada, mas sempre como parte de um todo social, convivendo em estado de comunhão com os seus pares e não podendo sobreviver civilmente fora do corpo social.⁵

O Direito ampara o ser humano desde a vida intrauterina⁶ e o mantém sob seu manto protetor até mesmo após sua morte, acompanhando-o em todas as nuances de sua vida,⁷ podendo ser conceituado como

[...] um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público.⁸

Há diversos outros conceitos de direito, eis que este se apresenta como um termo equívoco, podendo ser destacadas as acepções de cunho jusnaturalistas,⁹ positivistas e pós-positivistas¹⁰. O ponto em comum que pode ser extraído de

Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 2.

⁴Cf Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, defende a ideia de que o homem é lobo do próprio homem, quando considerado em seu estado de natureza, sendo, portanto, necessária a institucionalização de um Estado forte, para refrear essa tendência autodestrutiva. HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, V. I, p. 47-50.

⁶ A título ilustrativo, pode ser mencionado o art. 2º da Lei nº 10.406/2002 – Código Civil – que salvaguarda os direitos do indivíduo antes mesmo de seu nascimento.

⁷RAO, Vicente. *Op. cit.*, p. 48.

⁸Idem, *ibidem*, p. 51.

⁹Assenta-se sobre a ideia de um direito natural, submetendo o direito posto pelo homem “a uma ordem de justiça que fica num ambiente transcendente. Essa ordem natural, obviamente, situa-se fora do tempo e fora da história; é transcendente e condiciona, regulativamente, o direito produzido em tempos e lugares determinados”. CARNIO, Henrique Garbellini. *O que é direito? Acepções teórico-filosóficas*. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca (org). **Temas Aprofundados Magistratura**. Salvador: Editora Juspodvim, 2013, p. 456.

¹⁰Henrique Garbellini ensina que “O direito positivo pode ser definido como o conjunto de regras e

qualquer das concepções conceituais que venha a ser adotada é que a necessidade humana de regulação da vida social é atendida pelo direito. Josef Kohler afirma que

[...] a regulação, em termos de pacificação, buscada no Direito é uma necessidade fundada na peculiar natureza de nossa raça, e, especificamente, em duas qualidades: nossa cega emotividade (*blind passionateness*) e a incompletude de nosso conhecimento (*incompleteness of our knowledge*).¹¹

Assim, pode-se afirmar que o Direito é produto de uma necessidade humana, sendo o instrumento primordial para tornar viável a convivência social, atendendo aos reclames da natureza política do ser humano, consubstanciando, deste modo, a velha máxima romana “*ubi societas, ibi jus*”. Em complementação, com espreque nas lições de Noberto Bobbio, há de ser salientado que, para que haja Direito, faz-se imprescindível a existência de uma organização, em completo sistema normativo, o que só se faz possível em meio a uma sociedade institucionalmente organizada, tendo em consideração que a norma jurídica se caracteriza em razão de ter sua execução garantida por uma sanção externa e institucionalizada.¹²

Desse modo, para que haja Direito, há de existir sociedade, sendo esta formada pela comunhão de seres humanos que dela necessitam, dada a sua natureza social e política. Por outro aspecto, para que haja sociedade, é indispensável a regulamentação propiciada pelo Direito, sem a qual os indivíduos não poderiam harmonicamente coexistir.

2.2 CONSIDERAÇÕES PREFACIAIS ACERCA DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS EM SEU MODELO INTEGRADO

2.2.1 Dogmática penal e sua principiologia

Dada toda complexidade e diversidade das relações humanas, bem como

normas que rege o convívio humano num determinado contexto histórico (temporal), social e territorial (espacial)”. Para a definição pós-positivista do direito, “o fenômeno jurídico é analisado a partir da perspectiva da concretização, sendo o conceito de direito um conceito interpretativo” Ainda consoante os postulados pós-positivistas, “o conceito de direito é determinado a partir do inexorável elemento hermenêutico que acompanha a experiência jurídica. O que unifica as diversas posturas que podem ser chamadas de pós-positivistas é que o direito é analisado na perspectiva da sua interpretação ou da sua concretização”. CARNIO, Henrique Garbellini. Op. cit., p. 458-462.

¹¹KOHLER, Josef. The philosophy of law. Tradução de. Adalbert Albrecht, New York; Augustus m Kelley publishers, 1969, n. IV, s. VII, § 7, p. 63 apud CARNIO, Henrique Garbellini. Op. cit. p. 451.

¹²BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 27.

a necessidade de regulamentação de todas estas pelo Direito, metodologicamente, divide-se o estudo do conhecimento jurídico em ramos, cada qual com sua lógica própria e com as especificidades que lhes são inerentes para o melhor cumprimento de seu mister.

Em razão da necessidade de se debelarem comportamentos tidos como indesejáveis para a sociedade, surgem diversos meios de controle social, entre os quais desponta o Direito Penal. Santiago Mir Puig detalha que há outros meios de controle social, como a família, a profissão e os grupos sociais, todavia, esses possuem um caráter informal que os distingue de um meio de controle jurídico e formalizado, como o é o Direito Penal.¹³ No mesmo diapasão, Zaffaroni e Pierangeli asseguram que o sistema penal é apenas parte do controle social institucionalizado, mas dentro do sistema penal, o Direito Penal ocupa somente um lugar limitado.¹⁴

O conceito de sistema penal abarca todo o controle social punitivo institucionalizado, que atua desde o momento em que é detectada uma suspeita de delito até a efetiva imposição e execução da sanção penal – pena ou medida de segurança -, pressupondo tanto a atividade normativa, como a atuação funcional para a sua aplicação, nele estando englobadas as atividades legislativas, policial, ministerial, judicial e a execução penal.¹⁵

Por sua vez, o Direito Penal pode ser conceituado como o ramo do conhecimento jurídico composto por normas e princípios sistematicamente organizados, com fins de instrumentalizar a preservação da sociedade através da tutela dos bens jurídicos mais fundamentais,¹⁶ entre os quais podem ser destacados, a título exemplificativo, a vida humana, a integridade física do cidadão, a honra e o patrimônio, tanto o público quanto o privado.¹⁷

¹³MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal – Fundamentos e teoria do delito**. Tradução de Cláudia Viana Garcia e Jose Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33

¹⁴ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. I. p. 65.

¹⁵ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 65-66.

¹⁶Embora não seja este o objeto do presente trabalho, há de se registrar que existe, na doutrina penal, uma discussão acerca de qual é a tutela precípua a que se destina o Direito Penal, se à proteção de bens jurídicos ou se à proteção de valores ético-sociais. Zaffaroni e Pierangeli asseveram que esse é um falso dilema, pois o Direito Penal tem uma aspiração ética, ao evitar o cometimento e repetição de ações que afetam bens jurídicos penalmente tutelados e o fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos marca um limite racional à aspiração ética do Direito Penal. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 89-91.

¹⁷Rogério Sanches Cunha explica o conceito de Direito Penal sob três aspectos: o sociológico ou dinâmico, que considera o Direito Penal como meio de controle social; o formal ou estático, que considera o Direito Penal como um conjunto de normas qualificadoras de comportamentos humanos como infrações e definidora de sanções; e o aspecto material, para o qual o Direito Penal refere-se a comportamentos altamente reprováveis ou danosos à sociedade os quais ofendem bens jurídicos

Em seu desiderato, a aludida disciplina debruça-se sobre o estudo e aplicação dos princípios e das normas emanadas pelo poder público, que tipificam condutas e cominam penas, conectando uma sanção correspondente como consequência jurídica da prática de uma conduta abstratamente prevista, consoante se depreende das lições do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, o qual define o Direito Penal como “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”, que devidamente sistematizadas, tem “a finalidade de tornar possível a convivência humana.”¹⁸

Assim, infere-se que o Direito Penal é um instrumento de controle social tendo, por principal ferramenta, a sanção penal – pena ou medida de segurança - que se caracteriza como um instrumento de coerção do qual lança mão, visando à proteção dos interesses, bens e valores precípuos para a sociedade.¹⁹ Desse modo, os bens protegidos por esse ramo jurídico não interessam unicamente ao indivíduo vitimizado, mas também à própria coletividade como todo, uma vez que a continuidade e a evolução da sociedade dependem diretamente da proteção desses essenciais bens jurídicos.

Há de se destacar que nem todos os bens existentes são tutelados pelo Direito Penal, uma vez que este ramo jurídico, devido ao seu grau de intervenção e à severidade de sua aplicação, deve ser de utilização “*ultima ratio*”, nos moldes dos princípios da lesividade e da adequação social, nunca se podendo olvidar que “a punição pode prejudicar a existência social do condenado e arrastá-lo para a margem da sociedade, tendo até mesmo um efeito socialmente nocivo.”²⁰ Tais ilações consubstanciam o princípio da fragmentariedade, que é o corolário do princípio da intervenção mínima.²¹ Nessa linha de raciocínio, André Copetti preleciona que

[...] sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele

indispensáveis à sua própria conservação e progresso. Cf CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. Salvador: Editora Juspodvim, 2013, p. 29-30.

¹⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, V. I, p. 2

¹⁹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008, V. I, p. 4.

²⁰ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 8

²¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 14.

minimamente utilizado. Numa perspectiva político jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.²²

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima, que alberga a ideia de que o direito penal é de utilização *ultima ratio*, é orientador e limitador do poder incriminador do Estado, indicando que a criminalização de uma conduta apenas se legitima quando se consubstanciar um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico²³, consoante leciona Bitencourt, que assevera que

[...] 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. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, 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 sociedade.²⁴

Ainda em harmonia e em complementação aos princípios supra expostos, merecem destaque os princípios da adequação social e da lesividade. Pelo princípio da adequação social, uma conduta considerada socialmente adequada não pode configurar um ilícito penal. Nas palavras do penalista Cezar Roberto Bitencourt,

[...] as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade. O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.²⁵

O princípio da adequação social, segundo Rogério Greco, possui função dúplice. A primeira delas é a de restringir o âmbito de abrangência dos tipos penais, devendo limitar a sua interpretação e dele excluir as condutas consideradas socialmente adequadas e toleradas pela sociedade. A sua segunda função encontra-se direcionada ao legislador, subdividindo-se também em duas vertentes.

²²COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 87

²³Acerca do conceito de bem jurídico, confira-se ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 13.

²⁵Idem, ibidem, p. 19.

A primeira dessas vertentes orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes, de modo que se uma determinada conduta for considerada socialmente adequada, não poderá ser reprimida por meio do Direito Penal.

A segunda vertente, direcionada ao Legislativo, destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais já em vigor e retire do ordenamento jurídico aqueles cujo objeto de proteção são atinentes a condutas que se coadunam com a evolução da sociedade. Assim, do mesmo modo que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social destina-se precipuamente ao Legislativo, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais que se tornaram obsoletos,²⁶ podendo-se afirmar que cumprem, dessa maneira, também a função de oxigenar o Direito Penal.

Impõe-se ainda registrar as observações de Felipe Forte de Negreiros, o qual pontua que a adequação social possui uma importância muito maior que a que lhe é dispensada pela doutrina, sendo um assunto propício a uma imediata apreensão orientadora sobre discursos práticos e teoricamente flutuantes e também um elemento intradogmático, para estabelecer um marco delimitador à liberdade de conformação do legislador penal.²⁷

Ao seu turno, o princípio da lesividade, também denominado por alguns doutrinadores de princípio da ofensividade, preconiza a ideia de que, para a elaboração de um determinado tipo penal, é imprescindível que haja, ao menos, um perigo concreto, efetivo e real de dano a um bem jurídico penalmente relevante, somente se justificando a intervenção estatal caso haja, minimamente, um perigo concreto ao bem jurídico tutelado, devendo o legislador se abster de tipificar criminalmente ações que não sejam hábeis a lesar ou, ao menos, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal.²⁸ Nesse mesmo sentido, Sarrule preleciona que

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos e de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que

²⁶GRECO, Rogério. Op. cit. p. 57-58.

²⁷DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Adequação social – sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.13-20.

²⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 22.

sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.²⁹

Segundo Bitencourt, o princípio da ofensividade também exerce função dupla no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito:

a) *função político-criminal* – esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) *função interpretativa ou dogmática* – esta finalidade manifesta-se a *posteriori*, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concreto*, a norma penal elaborada.³⁰

Em decorrência lógica do princípio do princípio da legalidade - consubstanciado no brocado latino *nullum crimen sine lege* e que constitui um dos dez axiomas ou implicações deônticas da teoria garantista penal de Luigi Ferrajoli³¹ - previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, o qual preceitua não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal - para que o poder público possa impor ou proibir condutas sob a ameaça da aplicação de sanção, obrigatória e necessariamente, deve utilizar uma lei em sentido estrito. Tal diploma normativo deve descrever precisamente o comportamento humano, o padrão de conduta cuja a prática o Estado visa a impedir que ocorra, ou cuja obrigatoriedade objetiva impor.

Nesse pórtico, surge o conceito de tipo penal, um instrumento legal de caráter predominantemente descritivo que tem, por função, individualizar as condutas penalmente relevantes, cominando, em decorrência de sua prática, uma sanção. Portanto, tipo penal caracteriza-se como sendo a descrição, em lei, de uma conduta penalmente relevante, cuja ocorrência implica na aplicação de uma pena, também em lei, previamente estipulada.³²

Ao realizar a 'tipificação', o legislador transmuda uma determinada conduta humana em um preceito primário de uma norma penal incriminadora. A definição de quais bens serão albergados pela tutela penal manifesta-se através de uma escolha legislativa, a qual se consubstancia em uma questão de política

²⁹SARRULHE, Ocar Emilia. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justicacion)**, p. 98 apud GRECO, Rogerio. Op. cit. p. 53

³⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 22.

³¹Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

³²Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 258.

criminal, que deve ter, por base, os princípios retro delineados, uma vez que “os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais,” com respeito aos princípios e às garantias constitucionais, sendo efetiva e não meramente simbólica.³³

2.2.2 Política criminal e criminologia

A escolha legislativa de quais bens serão tutelados pelo Direito Penal, com o fito de promover a preservação da sociedade, a descrição das condutas que consubstanciam a prática de um crime, o quanto de pena aplicar a cada figura típica, as causas de aumento e diminuição de pena, bem como o procedimento de execução das medidas punitivas, entre outros, são questões de política criminal. Nesse norte, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli asseveram que:

[...] a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.³⁴

A política criminal apresenta natureza anfótera ou ambivalente, uma vez que visa à harmonização de aspectos tanto de ordem teórica como também de ordem prática, não se restringindo apenas a considerações teóricas acerca do fenômeno delitivo e suas diversas formas de manifestação, nem também somente a um mero conjunto de práticas, conforme bem observa Fernando Rocha Galvão. Para o aludido autor, o caráter dúplice da política criminal manifesta-se ao passo que esta atua por um lado fornecendo a orientação necessária ao Legislativo, para que o combate à criminalidade seja realizado de maneira racional e eficaz, com o emprego de meios adequados, e, por outro lado, através da crítica ao ordenamento em vigor, buscando promover sua alteração e adequação às políticas recomendadas.³⁵ Assim sendo, pode-se definir a política criminal como “o conjunto de princípios e recomendações que orientam as ações da justiça criminal, seja no momento da elaboração legislativa ou da aplicação e execução da disposição normativa”, encarregando-se da definição acerca do que deve ser considerado comportamento delitivo, bem como das decisões atinentes a quais estratégias sejam mais

³³Cf. CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.119.

³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p.118.

³⁵ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 21-23.

adequadas para o combate à delinquência, influenciando “a escolha e desenvolvimento dos procedimentos necessários à investigação, processo e julgamento dos comportamentos delitivos.”³⁶

Face ao exposto, indeclinavelmente, não se pode deixar de reconhecer uma intrínseca relação existente entre a política criminal e a criminologia, uma vez que estas operam em completa simbiose. A criminologia é a ciência que tem, como objeto, as causas que levam um indivíduo a praticar um delito,³⁷ sendo definida por Zaffaroni e Pierangeli como “a disciplina que estuda a questão criminal do ponto de vista biopsicossocial, ou seja, integra-se com as ciências da conduta aplicadas às condutas criminais,”³⁸ caracterizando-se como empírica, por não existir meramente no plano de reflexão e de discussão acadêmica, uma vez que cada teoria criminológica se traduz, de alguma forma, em uma política criminal.³⁹

O conhecimento do fenômeno delitivo pelo viés da criminologia faz-se necessário tanto ao legislador, para que possa orientar a elaboração da política criminal, bem como aos operadores do direito na aplicação da legislação criminal. Nesse sentido, Hassemer e Muñoz Conde alertam que

Quien se ocupa del Derecho penal, tiene que ocuparse también de la criminalidad y tiene, por tanto, que conocer junto a las normas jurídicopenales y su interpretación también la criminalidad y el delito. Quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente podrá manejar las reglas normativas del Derecho penal material, ya que estas reglas se refieren a la criminalidad y al delito.⁴⁰

Assim, enquanto a política criminal se constitui na linha de ações adotadas para o enfrentamento do fenômeno delitivo, a criminologia se apresenta como a ciência que fornece meios de subsidiar as escolhas a serem tomadas na definição da política a ser adotada. Nesse passo, Lara Viana assegura que

A análise do fenômeno criminal através de uma abordagem transsistemática do modelo das ciências penais é a ferramenta imprescindível para um olhar crítico e dinâmico, acerca da questão criminal, antes deve ser vista de forma global, para que se possa, então, verificar novas soluções.

³⁶ROCHA, Fernando A. N Galvão da. Op. cit. p. 23

³⁷Cf. ROCHA, Fernando A. N. Galvao da. Op. cit. p. 37.

³⁸ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 140

³⁹ZACKSESKI, Cristina. **Sistema Penal, Política criminal e outras políticas**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, nº 172, mar, 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3385-Sistema-penal,-politica-criminal-e-outras-politicas> Acesso: em 16 de mar. de 2014.

⁴⁰HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Lironk Lo Blanch, 1989, p. 27

O Direito Penal, como ciência ontológica, complementa-se como a ciência do ser. A Criminologia auferir um espectro empírico, que permite instituir um processo de reflexão, própria de um sistema aberto, como bem preleciona Roxin, portanto, passível de questionamentos às premissas dogmáticas. É através do aporte teórico e crítico dessas ciências, que se torna possível identificar os problemas que circundam a criminalidade de modo mais profundo e eficaz⁴¹.

Desse modo, através do conhecimento integrado das ciências criminais, pode-se adquirir uma visão holística do fenômeno delitivo e atuar de maneira mais racional e otimizada no âmbito do sistema penal.

2.3 SANÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES PERFUNCTÓRIAS ACERCA DE SUA INSTRUMENTALIDADE

Embora se verifique o natural descontentamento social com o aumento dos índices de criminalidade, a sociologia constata que o crime é um fenômeno comum em qualquer sociedade. Independentemente de qual seja a época ou o espaço geográfico em que se situe, sempre existirá a prática delitos nas comunidades humanas, pois “a criminalidade é um fenômeno social normal. Durkheim afirma que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano,” uma vez que “as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que a regulem.”⁴²

O Direito propicia a regulamentação de que o homem necessita para a convivência em sociedade e, como consequência da prática de uma conduta que se amolda a uma figura típica, o agente infrator fica sujeito a uma pena abstratamente estabelecida em lei. Nesse contexto, urge a necessidade de se tecer considerações acerca da função e do conceito de pena, traçando-se as diferenciações pertinentes.

A teoria da pena atravessou uma longa evolução doutrinária, passando de uma concepção proeminentemente retributiva para uma aceção a partir de um prisma preventivo. As três mais importantes teorias acerca da sanção penal são as teorias absolutas ou retributivas, as teorias relativas ou preventivas e, por fim, teorias unificadoras ou ecléticas.

⁴¹VIANA, Lara Sanabria. **As recentes tendências da política criminal de emergência no direito penal brasileiro e os seus reflexos no campo dos direitos humanos**. 2010. 141 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, João Pessoa, 2010, p. 19.

⁴²BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p 1.

As teorias absolutas ou retributivas da pena, que tiveram como principais expoentes Kant e Hegel, têm, por escopo, a ideia de que o infrator da legislação criminal merece a reprimenda penal unicamente em razão da infração das normas, independentemente de qualquer consideração acerca de sua função preventiva.⁴³ Santiago Mir Puig assegura que, consoante os postulados das teorias absolutas da pena, esta seria “uma exigência incondicionada – seja religiosa, moral ou jurídica – de Justiça, posto que esta não pode depender de conveniências utilitárias relativas a cada momento, devendo-se impor com caráter absoluto.”⁴⁴ Nessa linha de raciocínio, há de se registrar a ponderação feita por Roxin, Arzt e Tiedemann de que “a teoria da retribuição, desvinculada de toda finalidade social da pena, contradiz a função social do Direito Penal.”⁴⁵

A seu turno, as teorias da união, ecléticas ou unificadoras, diferenciam o fundamento e o fim da pena. No que diz respeito ao fundamento da pena, tem-se que este não pode ter por base critério alheio ao fato praticado, afastando, com essa argumentação, o princípio basilar da prevenção geral, qual seja, a intimidação da pena.⁴⁶ Por sua vez, a finalidade da pena é a proteção da sociedade, devendo-se observar um “limite máximo das exigências de prevenção, impedindo que as mesmas conduzam a uma pena superior à merecida pelo fato cometido”.⁴⁷ Assim, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal,⁴⁸ o que em parte coaduna-se com o disposto no artigo 59 do Código Penal brasileiro, o qual estabelece o leme inicial para a fixação da pena pelo juiz, visando à prevenção e à reprovação do crime praticado.

Por fim, as teorias relativas ou preventivas, consoante os subsídios teóricos resultantes do labor dos doutrinadores penais, consideram a sanção penal um instrumento de intervenção na realidade social a partir das ideias de “prevenção geral” e de “prevenção especial”, de acordo com o sujeito ao qual a sanção abstratamente cominada se destina, consoante será pormenorizado nas linhas seguintes.

⁴³Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 82-87.

⁴⁴MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 60.

⁴⁵ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. Op. cit. p. 57.

⁴⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 95.

⁴⁷MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 71.

⁴⁸Cf BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit, p. 95-96.

2.3.1 Prevenção geral

As teorias da prevenção geral assentam-se sobre a concepção de que a pena é efetivamente uma ameaça legal aos cidadãos, para que estes se abstenham de praticar condutas que se amoldem a algum dos fatos tidos como típicos, levando-os a pensar que não é vantajoso praticar o delito para o qual se comina um castigo. A origem dessa corrente de pensamento remonta ao período iluminista, tendo como pressuposto antropológico a ideia de que

[...] um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena, conclui-se, apoia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce uma coerção psicológica ante os motivos contrários ao ditame do Direito.⁴⁹

Cezar Bitencourt explica ainda que a teoria da prevenção geral tem seu alicerce em dois fundamentos, quais sejam, a intimidação ou a utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem, reconhecendo, por um prisma, a capacidade racional absolutamente livre do homem (ficção do livre arbítrio), e, por outro, um Estado completamente racional em seus fins.⁵⁰

A prevenção geral dirige-se a todos os cidadãos e parte da concepção de que a pena é o “meio para evitar que surjam delinquentes na sociedade.”⁵¹ Essa finalidade é alcançada, em certa medida, com a ‘vigência’⁵² do diploma normativo que tipifica os atos injustos e comina as penas a serem aplicadas contra os autores desses atos, auxiliada pela efetiva aplicação da lei penal ao caso concreto, sua exigibilidade ou executoriedade, isto é, a sua ‘eficácia’.⁵³

A teoria em comento pode ser estudada sob dois aspectos: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva. Pelo prisma da prevenção geral

⁴⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 90.

⁵⁰Idem, ibidem, p. 90.

⁵¹MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 63.

⁵²Segundo João Mauricio Adeoadato, citado por Walber de Moura Agra, vigência é “a pretensão de eficácia normativa”. No caso dos tipos penais, a vigência seria a possibilidade de aplicação da pena. É uma efetiva ameaça a todos os membros da sociedade visando coibir as transgressões às normas a partir do aviso das conseqüências a que estão sujeitos em caso de violação. AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 55-56.

⁵³Consoante a definição elaborada por Tércio Sampaio Ferraz Junior, “vigência é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor até o momento em que ela é revogada ou em que se esgota o prazo prescrito para a sua duração; e eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para a sua observância”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo, Atlas, 1994, p.202, apud AGRA, Walber de Moura. Op. cit. p. 56.

negativa, conhecida igualmente como prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a se refletir junto aos demais membros integrantes da sociedade, incentivando-os à reflexão, antes de praticar qualquer infração penal, mantendo-se vivo o sentimento de credibilidade na contribuição do Direito Penal para o aprimoramento da sociedade.⁵⁴

Por sua vez, pela vertente da prevenção geral positiva ou prevenção integradora, a pena não tem, por única finalidade, a prevenção negativa de delitos, ao demover aqueles que já tenham cometido infrações penais, sendo o seu propósito, para além disso, promover a integração social, ao propagar, na consciência geral, a necessidade de respeito a um determinado grupo de valores.⁵⁵

Em suma, para a teoria da prevenção geral, a conduta criminosa é desestimulada pelo fato de que “a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delito,”⁵⁶ desestimulando a prática de condutas criminosas a partir da ameaça de imposição de uma sanção penal.

2.3.2 Prevenção especial

A exemplo da orientação teleológica da teoria da prevenção geral, a ideia de prevenção especial também se alicerça na finalidade de evitar a ocorrência de delitos. A diferença existente entre as duas ramificações da teoria preventiva reside no sujeito ao qual cada uma delas se destina, pois, enquanto a teoria da prevenção geral é direcionada à coletividade como um todo, a prevenção especial dirige-se exclusivamente àqueles indivíduos que já praticaram delitos, objetivando que os mesmos não voltem a cometer infrações penais.⁵⁷

Assim, diferentemente da prevenção geral, que busca a intimidação do grupo social, e da teoria absoluta, que vislumbra a pena unicamente como sendo uma retribuição pelo fato praticado, a ideia de prevenção especial está direcionada, única e exclusivamente, ao indivíduo que já delinuiu, estando voltada ao fim de que o mesmo não torne a cometer infrações de natureza penal, visando, portanto, a debelar a reincidência criminal.

O desiderato da teoria de prevenção especial é cumprido em dois

⁵⁴GRECO, Rogério. Op. cit., p. 490.

⁵⁵Idem, ibidem, p. 490.

⁵⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 90.

⁵⁷Idem, ibidem, p. 92.

momentos. Inicialmente, há uma neutralização daquele que praticou a infração penal com a segregação do delinquente no cárcere, consubstanciando o que Rogério Greco denomina prevenção especial negativa⁵⁸. Em um segundo momento, durante a execução da pena, deve-se operar o caráter ressocializador da sanção penal, fazendo com que o apenado reflita sobre o crime cometido e pondere suas conseqüências, abstendo-se, dessa forma, de incorrer em reincidência.⁵⁹

Malgrado as críticas que, por ventura, venham-lhe a ser direcionadas, a prevenção especial tem grande mérito, pois, sob o ponto de vista político-criminal, é uma forma de prevenção evitar que quem já cometeu delitos torne a fazê-lo, sendo exatamente nisso que consiste a “função preventivo-especial e, de certa forma, a do Direito Penal em seu conjunto,” conforme pondera Cezar Roberto Bitencourt. Nesse diapasão, “ao mesmo tempo que com a execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade buscase a chamada ressocialização do delinquente.”⁶⁰

2.3.3 Apontamentos críticos acerca das limitações instrumentais da função preventiva da pena

O delito sempre será inaceitável, pois “o fato-crime produz alteração da ordem social que transcende os limites do tolerável,”⁶¹ mas seu índice pode estar em um determinado nível que possibilite aos cidadãos a convivência sem o sentimento constante de pânico, o medo de vitimização. Em tal situação, conclui-se que a legislação penal logrou efetividade,⁶² isto é, atingiu o fim colimado quando de sua concepção, interferindo na realidade social, obtendo, assim, o controle dos índices de transgressões.

Entretanto, é notório que a efetividade da legislação penal brasileira não tem sido satisfatória, uma vez que, embora haja uma imensa gama de condutas penalmente tipificadas, há um alarmante número de delitos cometidos em todo o país. Os empecilhos que impedem a consecução da efetividade da legislação penal,

⁵⁸GRECO, Rogério. Op. cit., p. 490.

⁵⁹Idem, ibidem, p. 490-491.

⁶⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 94.

⁶¹ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. Op. cit., p. 20.

⁶²Walber Agra explica que a efetividade, ou eficácia social, ocorre quando a norma realiza seus efeitos de acordo com a finalidade para a qual foi criada, alcançando os objetivos previstos pelo legislador. AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 55.

qual seja, o controle dos índices de criminalidade, também podem ser analisados de maneira bipartida, expondo-se as limitações de cada espécie de prevenção.

2.3.3.1 As limitações da prevenção geral

A ideia de prevenção geral supõe um homem racional e calculista que, encontrando-se sob uma coação psíquica, é levado a crer que não vale a pena praticar o delito que se reprime,⁶³ isto é, um *homo oeconomicus* que, conhecedor das normas jurídicas das quais é destinatário, é capaz de “a todo o momento comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena.”⁶⁴ Todavia, impõe-se reconhecer que esse alicerce ideológico da teoria preventiva é mera ficção, uma vez que esse *homo oeconomicus* não está ativamente presente na composição das ações de todos os seres humanos e generalizá-lo a toda humanidade é apenas uma ficção e utopia dessa teoria, tendo em vista que as ações humanas não são apenas decididas com base em elementos puramente racionais, mas também emocionais.

A elaboração de uma taxonomia consistente na classificação dos indivíduos quanto ao seu potencial delitivo, a fim de considerar em quais grupos a teoria da prevenção geral logra ou não êxito, torna bem perceptíveis as limitações da eficácia da teoria em análise. De um modo geral, sem a menor pretensão de esgotar a temática, propõe-se a seguinte classificação de indivíduos, consoante o seu potencial delitivo, agregando-os em seis grupos, conforme delineado infra.

I. O primeiro grupo é formado pelos indivíduos que incorporam à sua personalidade os valores éticos e morais considerados como padrão em uma determinada sociedade e em um determinado lapso temporal, caracterizando-se como fiéis cumpridores das normas, não apenas por respeito a estas independentemente do conteúdo por elas veiculado, mas por acreditarem piamente nos valores que a elas são subjacentes.

II. Os seres humanos que cometem crimes em razão da forte alteração psíquico-emocional de que se encontram imbuídos no momento da ação, de modo que o predomínio do elemento emocional dirime qualquer determinante racional em sua conduta, formam a segunda agremiação. Aqui se enquadram os autores dos

⁶³BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 90.

⁶⁴Idem, ibidem, ibidem.

delitos que os estudiosos do Direito Penal qualificam doutrinariamente como crime de ímpeto.⁶⁵

III. O terceiro grupo é composto por aquelas pessoas que, malgrado desejem praticar determinada conduta considerada como típica, represam sua inclinação delitativa e não violam as normas e, por conseguinte, os bens jurídicos, em virtude do medo da sanção penal e da ponderação das vantagens e das desvantagens do cometimento do delito.

IV. A quarta agremiação tem como critério um aspecto da psicologia do delincente, a certeza – ou ao menos um alto grau de expectativa - de que não será punido. Aqui se encontram os autores que se consideram inalcançáveis e, por isso, desconsideram a possibilidade de aplicação da sanção penal. Nesse caso, a incapacidade das instituições em efetuar a persecução penal e sancionar todos os delitos cometidos, desembocando no alto nível de impunidade constatado atualmente, é causa da proliferação de delitos motivados por esse fator.

V. Estão reunidos, no quinto grupo, os delinquentes produtos da condição socioeconômica que, devido à falta de assistência quando da formação de seus valores e às condições adversas do meio em que vivem, por uma questão de falta de oportunidades e de opções, são impelidos ao crime. Como exemplo, pode ser citado o caso de muitos dos 'falcões'⁶⁶ do tráfico de entorpecentes. Em delitos cometidos por agentes desse agrupamento, a sociedade não se exime de culpa, pois a sua estrutura organizacional, com vultosa discrepância na distribuição dos recursos, é responsável por engendrar um volumoso contingente de marginalizados, excluídos de suas benesses, e que são vulneráveis às ações daqueles que, aproveitando-se das circunstâncias, os usam para o cometimento de delitos.⁶⁷

VI. Por fim, o sexto grupo tem, em sua composição, aqueles agentes que

⁶⁵“Chama-se crime de ímpeto a infração penal em que o agente pratica a conduta nele prevista de forma impensada, explosiva, emocionada, sem que, para tanto, tenha tempo para refletir a respeito do seu comportamento criminoso. O § 1º do art. 121 do Código Penal pode traduzir uma dessas situações quando aponta a possibilidade de o homicídio ser cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima”.GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial - Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, V. II. p. 123.

⁶⁶O termo "falcão" usado nas favelas, que designa aquele cuja tarefa é vigiar a comunidade e informar quando a polícia ou algum grupo inimigo se aproxima. WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Falc%C3%A3o_-_Meninos_do_Tr%C3%A1fico> Acesso em: 09 de fev. de 2014.

⁶⁷Nesse norte, Zaffaroni e Pierangeli estabelecem o conceito de co-culpabilidade, atribuindo também a sociedade uma parcela da culpabilidade pelo cometimento de um delito em razão das desigualdades de oportunidades oferecidas aos membros da sociedade. CF. ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, Jose Henrique. Op. cit., p. 525.

delinquentes por causas decorrentes de sua constituição biopsíquica. São pessoas que, a despeito do ambiente favorável em que viveram e de toda a educação que receberam, não agregaram os valores morais inerentes à convivência social. São pessoas que se enquadram no que Thomas Hobbes chama de “indivíduos maus por natureza.”⁶⁸ Tais indivíduos permanecem em sua essência delituosa, malgrado recebam a melhor educação possível, tenham acesso a todas as oportunidades e lhes sejam mostrados os usos da razão e os ensinamentos éticos e morais.

A ideia de prevenção geral prospera, tão somente, no atinente ao primeiro (de modo ideal) e ao terceiro grupo (pela consecução dos fins da coação psicológica). A aplicação da teoria de prevenção geral não logra efetividade junto ao segundo grupo, dada a ausência do componente racional no momento da ação, também sendo inexitosa quanto ao quarto agrupamento, em virtude da falta da efetividade da ameaça, já que o destinatário desta não acredita na imposição da sanção. No que se refere aos indivíduos pertencentes ao quinto grupo, a ameaça abstrata se mostra diminuta para refrear a inclinação delituosa dessas pessoas, diante do forte estímulo à criminalidade propiciado pelas circunstâncias em que estão envolvidos esses indivíduos, pois lhes foram arrebatadas as oportunidades de escolha e reflexão entre o lícito e o ilícito em relação aos padrões legais vigentes, eis que vivem em um submundo paralelo ao Estado oficial, conforme descreve Schwartz, na dicotomia “lei do asfalto x Pasárgada.”⁶⁹ No atinente ao sexto grupo, a ineficiência da teoria preventiva decorre logicamente da intensidade do potencial criminógeno de tais indivíduos, os quais não serão, por nada, demovidos da prática delitiva, não importando o *quantum* sancionatório cominado nem a quantidade de condutas tipificadas.

Desse modo, infere-se que a prevenção geral tem uma eficácia muito restrita, quando se considera a totalidade da sociedade, pois a sua efetividade alcança êxito tão somente a pequena parcela de indivíduos. Por outro aspecto, não se pode pretender que a prevenção geral tenha absoluto êxito, pois “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral.”⁷⁰

⁶⁸Cf. “os homens são maus por natureza, a não ser que entendamos que eles apenas não recebem da natureza sua educação e o uso da razão. Devemos assim reconhecer que o medo, o desejo, a ira e outras paixões derivam da natureza sem atribuir a esta seus maus efeitos”. HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004, p.21.

⁶⁹ Cf SCHWARTZ, Germano. *Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau*. In ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99-143.

⁷⁰ROXIN, Claus. **Sentido e limites da pena estatal**. In Problemas fundamentais de Direito Penal.

2.3.3.2 As limitações da prevenção especial

A exemplo da ideia de prevenção geral, a teoria da prevenção especial também tem uma efetividade bastante limitada. A prevenção especial pressupõe um sistema penitenciário eficiente, em que a execução da sanção penal seja um efetivo instrumento de ressocialização do delinquente, o qual, no decorrer de toda a fase de cumprimento da pena, deve passar por um processo de reformulação axiológica, isto é, adquirir os valores positivos inerentes ao padrão de comportamento médio desejável pela sociedade, consoante os padrões éticos e morais nela vigentes. Assim sendo, ao término do cumprimento de sua condenação, o indivíduo retornaria à vida comunitária e não mais tornaria a praticar infrações penais.

Todavia, em nível mundial, na absoluta maioria das prisões, as condições materiais e humanas tornam inatingível o objetivo de reabilitação. Isso porque a estrutura deficitária do sistema penitenciário - incluindo-se aqui, entre outros diversos problemas, a superpopulação carcerária - e o próprio condicionamento do delinquente impedem a consecução da eficácia da teoria em enfoque.

Com base na taxonomia feita alhures, pode-se afirmar que a prevenção especial possui sérias limitações. Primeiramente, verifica-se que a teoria em análise tem sua eficácia comprometida para indivíduos que constituem o quinto grupo, pois no Brasil, não há uma boa política de reinserção social, de modo que os egressos do sistema penitenciário, os quais, em sua maioria, já pertenciam às camadas menos abastada da população, encontram uma situação de estigmatização social ainda mais severa que aquela em que se encontravam antes de cometerem as infrações penais que motivaram suas condenações. A teoria em comento igualmente não logra total efetividade em relação aos componentes do grupo IV, pois haverá, ainda em algum grau, a sensação de intagibilidade e a confiança na impunidade entre esses indivíduos, alcançando êxito apenas na proporção do grau de ressocialização obtido durante a execução das penas.

De igual modo, a prevenção especial tem o seu funcionamento comprometido no atinente aos indivíduos do grupo II, posto que, independentemente de qualquer punição anterior, o fator determinante para o cometimento de delitos por esses indivíduos consiste em uma forte alteração de ânimos, sendo compelidos ao crime por fatores emocionais dirimentes de sua racionalidade. Por fim, a ideia de

prevenção especial tem pouca eficácia no pertinente à reabilitação dos delinquentes componentes do grupo VI, pois esses indivíduos não têm o condicionamento necessário à reabilitação, algo que deve necessariamente ser perseguido não apenas pela sociedade, mas sobretudo pelo próprio condenado, pois, se este não objetivar e aceitar a sua própria ressocialização, a consecução desta torna-se impossível.

Diante das limitações constatadas, “modernamente só se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinquente para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes”, configurando-se o que se convencionou denominar “tratamento ressocializador mínimo.”⁷¹

Assim, a doutrina penal atual vislumbra a finalidade ressocializadora apenas como algo que dever ser perseguido na medida do possível.⁷² Os altos índices de reincidência são prova consistente da não eficiência da prevenção especial, da mesma forma que o número de delitos o é da prevenção geral. Desse modo, o castigo penal não pode ser vislumbrado como um fim em si mesmo. Uma efetiva e racional política criminal não pode ser concebida estaque à ideia de que finalidade preventiva das sanções penais não é plenamente eficaz, devendo-se ter plena consciência de que o Direito Penal não constitui o único meio de controle social,⁷³ sendo, portanto, imperiosa a adoção de medidas extra-legislativas e também extrapenais para o controle da criminalidade, atuando na desativação das causas do crime.⁷⁴

⁷¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 124.

⁷² Cf BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 99-101

⁷³“Os castigos impostos pelo direito penal não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço dos fins constitucionalmente assinalados ao Estado: proteção da vida, da liberdade, da integridade física, da saúde pública (art. 5º) etc. E por ser a forma mais violenta de intervenção na vida dos cidadãos, os quais são a razão e o fim do Estado, segue-se necessariamente que semelhante intervenção somente deve ter lugar quando seja absolutamente necessária à segurança desses mesmos cidadãos. O direito penal deve ser enfim a *extrema ratio* de uma política social orientada segundo os valores constitucionais.” QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal** – Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

⁷⁴Cf. CAMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 259-261.

3 A PRODUÇÃO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA NO BOJO DO EXPANSIONISMO PENAL COMO FATOR DE ENVENENAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 SOCIEDADE DO MEDO: MOVIMENTO LEI E ORDEM *VERSUS* GARANTISMO PENAL

A sociedade brasileira enfrenta atualmente, mormente nos grandes centros, uma forte sensação de insegurança em razão do crescente aumento dos índices de criminalidade, bem como do maior acesso à informação e da reiterada propagação na imprensa, de modo que a população se sente encarcerada e com sua liberdade de ir e vir tolhida pelo medo. É notório que a sensação de vitimização, decorrente dos índices de violência constatados no Brasil e também da repercussão de notícias sobre delitos, já, há algum tempo, ultrapassou o patamar em que as pessoas se sentiam confortáveis para conviver em segurança sem a necessidade de constante de vigilância, pânico e desconfiança mútua.

Guilherme Câmara, em observação a esse fenômeno, pontua que o “fear of crime” consiste na ativação, nas pessoas em geral, de “um receio intenso e um forte e difuso sentimento de insegurança”, sendo que “o medo do crime nada mais é do que o medo de ser vítima de um crime.”⁷⁵ Tal fenômeno não mais se restringe aos grandes centros, sendo cada vez mais comum a veiculação de notícias sobre delitos cometidos em pequenas cidades, constatando-se, assim, uma interiorização da violência e da sensação de insegurança.

Nesse contexto, partindo do pressuposto de que a arte, em suas mais diversas e variadas formas de manifestação, entre elas, a música, imita a vida, retratando, pois, a sociedade que a espelha. Há diversas canções cujas letras consubstanciam esse sentimento de aprisionamento e de medo, sendo válido registrar, a título ilustrativo, a música “O Calibre” dos Paralamas do Sucesso, a qual descreve, com bastante eloquência, uma reflexão comum aos cidadãos contemporâneos, reverberando bem a realidade brasileira em seus versos ao poetizar:

eu vivo sem saber até quando ainda estou vivo, sem saber o calibre do perigo, eu não sei de onde vem o tiro. Por que caminhos você vai e volta? Aonde você nunca vai? Em que esquinas você nunca pára? A que horas

⁷⁵CAMARA, Guilherme Camara. Op. cit., p. 223-225.

you never leave? How long have you felt fear? How many friends have you lost? Trench warfare, living in secret and still saying it's not your problem. And life is no longer life, in chaos no one is a citizen. Promises were forgotten, there is no state, no more nation. Lost in numbers of war, praying for days of peace, you don't see that your life here ends with a short note in the newspapers.⁷⁶

A letra supra transcrita alberga exatamente os questionamentos e os temores vivenciados pelos membros de uma sociedade em que a prática de crimes, principalmente os delitos contra o patrimônio – e também, em menor grau, os delitos contra a pessoa tornaram-se tão corriqueiras, a ponto de se banalizarem. Alexandre Rocha Almeida aponta que, apenas no Estado de São Paulo, somente durante o ano de 2001, foram registrados 267 sequestros, 296.771 roubos, 105.281 furtos de veículos, 94.585 roubos de veículos e 507.017 furtos em geral.⁷⁷

O sentimento de insegurança existente no meio social é constante, latente, estando sempre presente no interior das pessoas. Todavia, especificamente quando se verifica a ocorrência de uma onda extraordinária de violência, com o cometimento de várias infrações penais em um curto espaço temporal e territorial,⁷⁸ ou quando da ocorrência de um delito de causador de grande comoção social, percebe-se que a revolta popular causada pela violência alcança seu ápice, engendrando intenso clamor social por segurança pública – incluindo-se, principalmente, pugnas pela modificação da legislação penal com o seu endurecimento e pelo aumento do policiamento - com a finalidade de que ocorra a diminuição da criminalidade e o estabelecimento da paz social, consubstanciando grupos de pressão não-especializados.⁷⁹

A reivindicação popular é algo manifestamente legítimo e positivo, mormente no âmbito de um Estado democrático de direito, como o é a República Federativa do Brasil, afinal, todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, como preceituado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal brasileira. O povo, titular absoluto do poder, tem o

⁷⁶ VIANNA, Hebert. **O Calibre**. Intérprete: Os Paralamas do Sucesso. In: Os Paralamas do Sucesso. Longo Caminho. Guarulhos: EMI, 2002, 1 CD. (35 min). Faixa 1.

⁷⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do Inimigo** – a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 53.

⁷⁸ Em maio de 2006, na cidade de São Paulo ocorreu uma grande onda de violência, decorrente de uma ordem oriunda dos presídios, com um saldo de cerca de 500 homicídios, entre vítimas militares e civis. Cf. SCHWARTZ, Germano. “Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In KING, Michael; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no direito. p.99-143. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 132.

⁷⁹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais** – Teoria e prática. Tradução Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42-43.

direito de reivindicar o seu direito à segurança e o direito é uma força viva, que nasce da luta por ele, consoante observa Rudolf Von Ihering para quem

A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos.

Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.⁸⁰

A segurança pública indubitavelmente é um direito do cidadão, reconhecido, inclusive, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁸¹ Paralelamente, é dever do Estado garantir a todas as pessoas uma vida segura, consoante preleciona Alexandre Ciconello,

Garantir o direito de todas as pessoas terem uma vida segura, livre da violência, deveria ser uma prioridade de todos os governos. A vida em um ambiente de insegurança e medo afeta os indivíduos de diversas outras maneiras, para além da barbaridade da violência contra a vida: limita o direito ao lazer, a liberdade de ir e vir, o direito ao trabalho e a educação. A segurança pública é um direito humano fundamental e é função do Estado respeitar, proteger e promover esse direito para todos/as.⁸²

Do exposto, infere-se que é direito dos cidadãos reivindicarem a efetivação de seu direito à segurança pública, mormente quando esse serviço é prestado de forma insatisfatória pelo Estado, gerando grande descontentamento popular.⁸³ O grande problema existente no âmbito de movimentos populares de influência '*law and order*' é o de que “a sociedade tende sempre a considerar a pena um mal que se impõe como castigo pela prática de um crime,”⁸⁴ vislumbrando a

⁸⁰IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução de João Vasconcelos. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 1.

⁸¹Artigo 2º - O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf> Acesso em: 17 de mar. de 2014.

⁸²CICONELLO, Alexandre. **Segurança Pública com cidadania no orçamento 2010**. Nota Técnica 152 – Out 2009. Instituto de Estudos Socio Econômicos – INESC. Disponível em: <http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/NT_152_-_Seguranca_Publica.pdf>. Acesso em: 19 de fev. de 2014.

⁸³O sentimento de insatisfação e descontentamento com os serviços públicos, entre eles a segurança pública, pode ser verificado na onda de protestos debelada por todo o Brasil no ano de 2013, bem como nas inúmeras manifestações isoladas ocorridas ao longo dos últimos anos, esporadicamente, em várias cidades brasileiras com pessoas vestidas de branco clamando por paz.

⁸⁴ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 14, n. 167, out, 2006.

sanção penal primordialmente pelo prisma retributivo.

Constata-se o predomínio, na opinião pública, da ideia de que o único meio para “acabar” ou, ao menos, reduzir a delinquência é a modificação da legislação penal com a promoção do enrijecimento das sanções penais - notadamente, das penas privativas de liberdade – e a ampliação da incidência dos tipos penais, ideia esta fomentada sobremaneira pela mídia sensacionalista,⁸⁵ acreditando-se que a principal causa da criminalidade na sociedade contemporânea seja a falta de rigor na repressão de delitos, legitimando, assim, um discurso pelo enrijecimento das sanções penais e pela supressão das garantias processuais, o qual serve de lastro a um direito penal de terceira velocidade,⁸⁶ consubstanciado na doutrina radical do “Direito Penal do Inimigo,”⁸⁷ idealizada pelo jurista alemão de Gunther Jakobs.⁸⁸

Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3314-Direito-penal-simbolico-e-lei-de-combate-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher>. Acesso em: 17 de mar. de 2014.

⁸⁵“Tal situação, diga-se, crítica, foi inegavelmente nutrida, insuflada e aumentada pelos meios de comunicação de massa, que, sob o argumento de apenas informar a população, instauraram uma verdadeira sensação de terror e situação de caos, especialmente – mas não só – na sociedade paulista, ante o tom popularesco, apocalíptico, dramático e setimentalóide das notícias veiculadas, distanciando-se da boa e séria técnica jornalística, não sendo raro, entre outros descabros, os famosos apresentadores populares espalharem os boatos que circulavam, sem confirmar sua veracidade, e, pasmem, logo após, ao vivo, solicitarem que as produções dos respectivos programas o fizessem, somando-se a isso a aparição, concomitante com as notícias, dos especialistas sempre os mesmos políticos, representantes de classe dos policiais, promotores de Justiça, magistrados etc. que, com base no famoso discurso do *law and order*, conformavam o caos e imediatamente apontavam as drásticas medidas a serem tomadas. A população atônita não sabia o que de fato era verdadeiro, passando a reagir às informações de maneira irracional, já que a massa é extraordinariamente influenciável e crédula.” PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **Legislação penal do pânico como resposta à crise da segurança pública.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 14, n. 163, jun, 2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3227-> Acesso em: 24 de mar. de 2014

⁸⁶Cf. SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal** – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 148-151. Série as ciencias criminais no século XXI. V. 11.

⁸⁷Luiz Moreira e Eugenio Pacelli de Oliveira, na introdução ao livro *Direito Penal do Inimigo*, descrevem que para Jakobs, o termo inimigo advem do latim *inimicus* e significa criminoso, sendo uma condição da personalidade da pessoa, diferentemente de Carl Schmit, para quem o termo inimigo provem do latim *hostis*, significando alguém que é desconhecido, o estrangeiro, diferente, em virtude de outra vinculação política. Cf JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo.** Tradução de. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. XXI.

⁸⁸ De acordo com a tese do *Direito Penal do Inimigo*, preconizada pelo jurista alemão Gunther Jackobs, todas as pessoas que se afastarem de modo permanente do Direito e não oferecerem garantias plausíveis de que se tornarão fiéis às normas, deverão ser tratadas como “inimigas”, uma vez que os indivíduos que não admitem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa, sendo considerado “inimigo”. Assim, o inimigo também não seria um sujeito processual, cabendo ao Estado não reconhecer nem respeitar seus direitos processuais, sob pena de tornar vulnerável o direito à segurança das demais pessoas. Deste modo, justifica-se a existência paralela de dois direitos penais, um, o tradicional e garantista a ser aplicado aos cidadãos, e um segundo, sem respeito às garantias processuais e provido de grande rigor, a ser aplicado àqueles tidos como “inimigos”. Estes não podem ser punidos com pena, mas sim com medida de segurança, sem que se leve em conta a sua culpabilidade, tomando-se por base a sua periculosidade. Enquanto o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa, o

Tal problema não é, de forma alguma, um fenômeno restrito ao Brasil. Ao contrário, representa uma faceta do fenômeno global de supressão do Estado econômico, enfraquecimento do Estado social, fortalecimento e glorificação do Estado penal.⁸⁹ Isso pode ser verificado principalmente através de movimentos como o “tolerância zero”, vertente do '*law and order*', com origem nos Estados Unidos e que se expadiu por diversos outros países ao redor do mundo, vindo a se globalizar.⁹⁰ O referido movimento tem seu sustentáculo na ideia de ser necessária uma maximização da repressão e o alargamento do número de condutas tipificadas em lei penal, tendo, por objetivos, “a pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas”.⁹¹

Como exemplo dos produtos do movimento '*law and order*', podem ser mencionados, no caso dos Estados Unidos, a produção, no Estado da Califórnia, da chamada lei “na terceira vez, você está perdido” (*three strikes and you're out*), segundo a qual

[...] após o cometimento de um terceiro delito (felony) qualquer, uma pessoa deve ser obrigatoriamente condenada a uma pena efetiva de 25 anos de prisão perpétua (entendida esta última em sentido estrito), sem possibilidade de liberdade provisória antes que sejam cumpridos 80% daqueles 25 anos; além disso, o cometimento de um segundo delito qualquer já acarreta a duplicação da pena prevista para o mesmo, não é preciso, além disso, que os delitos anteriormente referidos tenham sido violentos, embora devam ser considerados graves.⁹²

Já no caso brasileiro, diversas são as manifestações de tal movimento, a exemplo da edição da Lei dos Crimes Hediondos e Estatuto do Desarmamento, bem

inimigo perde esse status, de modo que as medidas contra o inimigo não visam prioritariamente ao passado - o que foi feito por ele - mas ao futuro - o que o inimigo representa de perigo para a sociedade - não sendo um Direito Penal, portanto, retrospectivo, mas sim prospectivo, assim, o inimigo não é um sujeito de direito, mas sim um objeto de coação. GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D%7D_8.pdf>. Acesso em: 10 de fev. de 2014.

⁸⁹WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 18.

⁹⁰A doutrina da “tolerância zero” surgiu em Nova York e se propagou rapidamente pelo globo segundo Loic Wacquant que menciona várias das ações de “tolerância zero” no espaço global ao redor do mundo nos últimos anos, como, por exemplo, a “cruzada nacional contra o crime” no México em 1998, entre outros. Cf WACQUANT, Loic. Op. cit., p. 30-32.

⁹¹NOGUEIRA NETO, João Baptista. **A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005, p. 33. Disponível em: <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/729/1/jo%C3%A3o%20batista_final.pdf> Acesso em: 20 de fev. de 2014.

⁹²RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. Op. cit., p. 39.

como das Leis nº 10.792/03 e 9.034/95, conforme exemplificam Callegari e Wermuth.⁹³

Do exposto, pode-se chegar à conclusão de que, ao mesmo tempo em que a intervenção mínima permeia o Direito Penal como princípio estruturante desse ramo jurídico consoante delineado no primeiro capítulo deste trabalho, existe um movimento de pressão popular pela maximização da intervenção repressora, com incremento das penas abstratamente cominadas aos tipos penais já existentes e criação de novos tipos, expandindo, assim, o Direito Penal.

É justamente neste ponto, com o crescimento do movimento '*law and order*' em detrimento do Direito Penal *ultima ratio*, que emerge o paradoxal conflito em que, de um lado, está a opinião popular, clamando pelo endurecimento das sanções penais cominadas às condutas já tipificadas e pela criação de novos tipos penais, e de outro, os princípios norteadores e limitadores do Direito Penal, os quais visam a obstar a possibilidade do *jus puniendi* estatal ser tão desmedido, a ponto de exorbitar a esfera do tolerável em um Estado democrático de direito - com o iminente e danoso risco de que o princípio da dignidade da pessoa humana venha a ser relativizado e transgredido⁹⁴ - sem que, com isso, seja alcançada a finalidade reclamada, qual seja, a redução da criminalidade, mormente quando se conhece a comprovação do fracasso das penas privativas de liberdade.

Esse embate deve-se precipuamente à propensão do legislador à produção de legislação simbólica, pois o poder público, como forma de resposta às pressões populares pela melhoria dos serviços na área de segurança pública, no afã de se mostrar sensível aos apelos dos cidadãos, mas sem muito empenho no que tange ao debelamento das raízes do problema e buscando a solução mais imediatista, populista e que menos reclama investimentos, apresenta unicamente um paliativo, qual seja, a modificação da legislação penal despido de preocupações com a racionalidade do conteúdo das normas editadas, conforme se pode verificar na história recente de nossa legislação penal, consoante registro feito pelo editorial do

⁹³CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91-116.

⁹⁴Nesse mesmo sentido é válido registrar o alerta feito pelo editorial do boletim mensal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais de que "as bases do garantismo penal devem-se, também, à necessidade de controle de legitimidade e de proporcionalidade viciada da normativa nacional. Não se trataria de proteger criminosos, nem de fomentar construções baseadas em teses defensivas. Pretende-se, sim, limitar e controlar o arbítrio legal e social que, tantas vezes, vitima, além do necessário, esperado ou aceitável". IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais –. **Novas demandas sociais, velhas (e demagógicas) soluções**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 250, set., 2013, p.1.

Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cuja transcrição se mostra oportuna.

O passado recente do Brasil conheceu legislações de toda ordem. Não raro, contudo, em termos penais, o vício da resposta fácil tem sido regra inexorável. Recordando uma figura de linguagem comum a penalistas, utiliza-se, aqui, do tacapecameaçador do Direito Penal, como se fosse solução para todos os males. Hoje, tristemente, mais uma vez, repete-se tal cenário.⁹⁵

Como consequência dessa demanda por criminalização, ocorre uma “politização populista do direito penal”, pois o legislador, como forma de se mostrar atuante e, assim, angariar vantagens eleitoreiras, “sob influência cada vez maior da população e dos meios de comunicação de massa”⁹⁶ legisla de ímpeto,⁹⁷ inundando o ordenamento com normas assistemáticas, mal elaboradas e tendentes ao cumprimento de uma função meramente simbólica.

Ilustrando esse quadro de irracionalidade legislativa penal, Alexandre Almeida observa que a Lei nº 9.677/98 pune a adulteração e falsificação de cosméticos com a mesma intensidade aplicada à falsificação dos remédios propriamente ditos. Por sua vez, o Estatuto do Desarmamento permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais distintas, vedando a liberdade provisória em algumas figuras típicas, sem impor, como o deveria por consectário lógico, o regime integralmente fechado. O referido autor assevera, outrossim, que a Lei de Penas Alternativas tem um alto grau de impropriedades e carência de rigor técnico e ainda pondera acerca das diversas discrepâncias do Código de Trânsito ao prever, como na hipótese de lesão corporal culposa, penas incongruentes e desproporcionais à lesão culposa prevista no Código Penal.⁹⁸

Essa legislação de emergência é recepcionada de maneira positiva, tanto

⁹⁵IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – . Op. cit., p.1.

⁹⁶CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Op. cit., p. 77.

⁹⁷“Os movimentos de protesto recentemente havidos no Brasil ainda não merecem uma leitura mais acurada. Algumas respostas dadas pelo parlamento nacional, contudo, merecem, desde um ponto de vista penal, um repúdio imediato e veemente. De afogadilho, foram aprovadas normas e leis de cunho criminal como se fossem elas aptas a dar plena satisfação ao problema. Note-se: a penada legislativa não tem o condão de reforma, por exemplo, de uma cultura de corrupção arraigada na sociedade brasileira e que só começa a ser debelada de alguns anos a esta parte. O legislador, no entanto, midiaticamente declara cumprir seu mister, e, em arroubo claramente populista, fez aprovar medidas como as atinentes à transformação da corrupção em crime hediondo ou a dar redação específica ao crime de organização criminosa. Volte-se à afirmação: são estas condutas reprováveis e que necessitam de leitura penal. Apenas seria de se esperar e se requerer uma ideal e racional leitura penal. E não é isso que se verifica.” IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – . Op. cit., p.1.

⁹⁸MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit., p. 63.

pela maioria dos populares quanto na comunidade jurídica, como se representasse “avanços legislativos”, por ter, como fulcro, “discursos políticos-midiáticos falaciosos que criam imagens distorcidas da realidade” e que têm como estratégia primordial das ações de segurança pública, o mero enrijecimento das sanções penais e a flexibilização das garantias legais, obliterando-se que o aumento de condutas tipificadas, assim como a maior severidade na aplicação das sanções penais, trazem como consequência, unicamente, “mais pessoas encarceradas e não necessariamente menos conflitos sociais”, conforme pontuam Andre Callegari e Maiquel Dezordi Wermuth.⁹⁹

Nessa conjuntura, faz-se necessário recorrer ao conceito de legislação simbólica e investigar os seus efeitos, com vistas à busca da racionalidade da legislação penal, pois “a natureza simbolicamente retributiva do Direito Penal é uma realidade insofismável, que deve ser equacionada em um sistema penal que se supõe democrático.”¹⁰⁰

3.2 HIPERTROFIA LEGISLATIVA: PROLEGÔMENOS ACERCA DA PRODUÇÃO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E SEUS EFEITOS DELETÉRIOS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO

Ricardo Maurício Freire Soares leciona que segundo as diversas teorias neoconstitucionalistas, o Direito é um “constructo axiológico e teleológico.”¹⁰¹ Nesse passo, o Direito encontra-se impregnado de valores, estando voltado a uma determinada e específica finalidade. De acordo com um modelo funcional e utilitarista, considerando a natureza teleológica da ciência jurídica, o Direito positivo teria uma concepção instrumental, segundo a qual as leis constituem meios para que sejam alcançados determinados fins desejados e planejados pelo legislador, entre os quais, destaca-se o controle social.¹⁰²

Nesse diapasão, com base nos ensinamentos de Marcelo Neves, pode-se dizer que a eficácia da legislação,¹⁰³ isto é, a observância, execução, uso e aplicação

⁹⁹CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Op. cit., p.117.

¹⁰⁰ANJOS, Fernando Vernice dos. Op. cit.

¹⁰¹“As diversas teorias neoconstitucionalistas procuram sustentar a ideia de que o Direito é, em si mesmo, um constructo axiológico e teleológico, especialmente quando se considera que o Direito surge no seio de uma democracia substancial”. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o princípio constitucional da proporcionalidade.** [Internet]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33461-43110-1-PB.pdf>> Acesso em: 21 de fev. de 2014.

¹⁰²Cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica.** São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 29.

¹⁰³Marcelo Neves faz uma diferenciação entre a observância (referente à norma primária) e a

do Direito aos casos concretos, seria a concretização normativa do texto legal, enquanto a efetividade seria a implementação do “programa finalístico”¹⁰⁴ que orientou a atividade legislativa, caracterizando-se como a concretização do vínculo “meio-fim” que decorre abstratamente do texto legal.¹⁰⁵ No âmbito da legislação penal, o programa finalístico nada mais é que do que o estabelecimento e a manutenção da paz social, garantindo-se a convivência entre os membros da sociedade, através do controle dos índices de criminalidade.

É precisamente no que tange à eficácia e à efetividade da legislação penal, mormente em um contexto de alta inflação legislativa,¹⁰⁶ que surge a problemática da criação de legislação simbólica, pois

Momentos de crise social, econômica ou política sempre incentivam políticos, mundo afora, a utilizar da fumaça do Direito Penal para camuflar variada gama de problemas. Denunciam-se, assim, a ilusão penal, a legislação penal compulsiva, a inflação penal, a legislação penal de emergência, o irracionalismo penal, o populismo penal ou o uso político da legislação repressiva.¹⁰⁷

O conceito de legislação simbólica assesta o predomínio, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante em detrimento da função jurídico-instrumental da legislação. Marcelo Neves define a legislação simbólica como a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primaria e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”¹⁰⁸ Assim, irremediavelmente, sempre que o legislador restringe-se a formular a pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para consecução de sua eficácia – e, em decorrência desta, a

execução em sentido estrito ou imposição (referente à norma secundária), sendo que a eficácia pode decorrente tanto em razão da observância como também da imposição da lei. Cf. Neves. Op. cit., p.43-44.

¹⁰⁴Em sua obra “A Racionalidade das Leis Penais”, o jurista espanhol José Luis Díes Ripollés expõe sobre os programas de ação que permeiam a dinâmica da legislação, em suas diversas fases, a pré-legislativa, a fase legislativa e a pós-legislativa. RIPOLLÉS, Jose Luis Díes. Op. cit., p. 20-70.

¹⁰⁵NEVES, Marcelo. Op. cit., p.43-48.

¹⁰⁶Eduardo Carone informa que o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), divulgou um estudo segundo o qual, desde 05 de outubro de 1988, foram editadas no Brasil 3.776.364 (três milhões, setecentos e setenta e seis mil e trezentos e sessenta e quatro) normas, uma média de 774 normas por dia útil, sendo “incontestável que na atualidade a produção legislativa atingiu níveis alarmantes, soterrando os indivíduos sob um acervo incompulsável de leis”. COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. **A legislação simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro** – Direito e Política. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 24.

¹⁰⁷IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – .Op. cit., p.1.

¹⁰⁸NEVES, Marcelo. Op. cit., p.30.

efetividade - há indícios de legislação simbólica.¹⁰⁹

No âmbito do Direito Penal, a função simbólica encontra-se relacionada a leis que não objetivam a efetiva resolução de interesses sociais com o efetivo controle da criminalidade, mas apenas a produção na opinião pública de uma enganosa sensação de tranquilidade. A “legislação penal simbólica tem na sua própria existência a sua principal virtude, visto que representa ações expressivas, cartáticas, no sentido de censurar o crime e confortar o público,” sendo, pois, reflexo de uma política criminal que assume a forma de “espetáculo”, sendo composta por decisões e programas de ações que “não se orientam no sentido de uma transformação da realidade, mas sim no sentido de uma transformação da imagem desta realidade diante dos espectadores”, não visando à efetiva satisfação das “necessidades reais e à vontade política dos cidadãos, mas sim a seguir a corrente da opinião pública.”¹¹⁰

3.2.1 Tipologia da legislação simbólica

Em razão dos casos enquadrados na seara conceitual de legislação simbólica serem bastante heterogêneos, foram propostas algumas classificações. Harold Kindermann elaborou uma classificação tricotômica da legislação simbólica conforme o seu conteúdo – de acordo com os fins a que se propõe – dividindo-a em legislação simbólica destinadas a confirmar valores sociais; adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios; demonstrar a capacidade de ação do Estado.¹¹¹

A legislação simbólica como confirmação de valores sociais é basicamente um meio de diferenciar grupos e os valores ou interesses que lhes são adjacentes, consubstanciando uma política simbólica por gestos de diferenciação, apontando para a glorificação ou degradação de um grupo em detrimento de outros existentes na sociedade,¹¹² referindo-se, pois, a grupos envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores que lhes sejam subjacentes. Marcelo Neves pondera que tais grupos vislumbram a

¹⁰⁹Cf. NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 23-31.

¹¹⁰CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Op. cit., p. 58.

¹¹¹KINDERMAN apud NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 33.

¹¹²Cf. NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 35.

[...] “vitória legislativa” como uma forma de reconhecimento da “superioridade” ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. Dessa maneira, procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos, satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.¹¹³

No que tange ao segundo tipo de legislação simbólica, qual seja, a que se refere ao adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios, tem-se a sua manifestação quando

[...] as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.¹¹⁴

Por sua vez, o terceiro tipo de legislação simbólica consoante a classificação idealizada por Kindermann ocorre quando a legislação é elaborada para que se demonstre a capacidade de ação do Estado, com o objetivo de produzir a confiança dos cidadãos nos sistemas político e jurídico, para que o legislador se descarregue de pressões políticas ou apresente o Estado como sensível às expectativas e exigências dos membros da sociedade,¹¹⁵ podendo ser denominada de legislação-álibi, vindo a albergar um sentido meramente político, pois o Estado mostra-se atuante, não possuindo, entretanto, um significado instrumental – como um efetivo meio de mudança social - uma vez que, no momento de sua concepção, não se leva em consideração a criação de condições para que a norma possa ter efetividade.

A resolução dos problemas sociais depende da interferência em diversas variáveis não normativas e não apenas da atividade legiferante. A “legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica”. Nesse diapasão, “embora sejam relativizáveis os conceitos de manipulação e de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir um sentimento de bem-estar e com isso

¹¹³ NEVES, Marcelo. Op. cit., p.33.

¹¹⁴ Idem, Ibidem, p. 41.

¹¹⁵ Idem, Ibidem, p. 36 – 41.

levar à resolução da tensão, e, portanto, servir à lealdade das massas.”¹¹⁶

Infelizmente, é bastante frequente a ocorrência da produção de legislação-álibi principalmente com o fim eleitoreiro,¹¹⁷ pois “através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.”¹¹⁸ Havendo uma verdadeira

[...] predisposição do legislador para legislar simbolicamente: essa atitude exerce um efeito de apelo ou, ao menos, facilita o acesso de propostas populares, de forma que quanto mais propenso esteja o legislador a agilizar a resposta legislativa aos critérios legitimadores da intervenção penal, melhor acolhida terão as demandas populares para legislar.¹¹⁹

Marcelo Neves ensina que é comum a produção deste tipo de legislação quando há grande insatisfação das pessoas perante determinados acontecimentos ou quando da emergência de problemas sociais e os cidadãos exigem do Estado muito freqüentemente uma reação solucionadora imediata. O problema decorrente de tais atitudes consiste no fato de que, nesses casos, não obstante, em regra geral, “seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álbi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado.”¹²⁰

Assim, demagogicamente se cria uma legislação para se mostrar atuante perante a opinião pública, lançando-se mão do meio menos oneroso aos cofres públicos, uma vez que a edição de um ato normativo, por si só, não é causa de grande dispêndio financeiro além das despesas correntes para custeio da máquina pública. Todavia, na prática, nada se faz de concreto para a efetiva resolução do problema cuja solução é reclamada e, assim, o legislador manipula e ludibria a sociedade, que acredita que alguma providência verdadeira tenha sido tomada.

No pertinente à legislação penal não é diferente: no momento em que são realizadas reformas legislativas emergenciais como resposta súbita ao clamor social

¹¹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 39-40.

¹¹⁷ Marcelo Neves afirma que “nos períodos eleitorais, por exemplo, os políticos prestam conta do seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. É secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente desejados, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas. Importante é que os membros do parlamento e do governo apresentem-se como atuantes e, portanto, que o Estado-Legislador mantenha-se merecedor da confiança do cidadão”. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 37.

¹¹⁸ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 37.

¹¹⁹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Op. cit.*, p. 43-44.

¹²⁰ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 37.

por segurança pública - com o único fim de satisfazer os grupos de pressão de uma forma imediatista, sem levar em consideração a criação da infraestrutura necessária à implementação da eficácia social das normas, nem o cuidado imprescindível à elaboração de uma legislação que prime pela técnica e pela racionalidade - ocorre o que pode ser caracterizado como reações simbólicas produtoras de legislação-álibi, que não contribuem satisfatoriamente para a resolução dos problemas de segurança pública, posto que pouca ou nenhuma interferência poderão vir a realizar na realidade social. Nesse sentido, Marcelo Neves leciona que

No campo do direito penal, tem-se salientado que a legislação serviria para satisfazer, de forma sublimada, a “necessidade de vingança” do povo, evitando-se, então, a justiça por linchamento. Analogamente, satisfaz-se por leis punitivas ou restritivas de direitos à necessidade de “bodes expiatórios”, estigmatizando-se determinados membros da sociedade e descarregando outros de responsabilidade ou sentimento de culpa. Porém, nessa hipótese, em não havendo eficácia dos preceitos legais, estaremos num típico caso de legislação simbólica.¹²¹

No mesmo jaez, Claus Roxin observa que o termo “Direito Penalsimbólico” é utilizado para designar dispositivos normativos de índole penal

[...] que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o 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 indesejadas.¹²²

A propensão do legislador à produção de legislação simbólica, mormente em sua subespécie denominada legislação-álibi, fomenta ainda um outro fenômeno, que vem a ser denominado de “inflação legislativa”, sendo que o jurista italiano Rodolfo Pagano utiliza a expressão “inflazione ed inquinamento legislativo” (que pode vir a ser traduzida para o português como inflação e poluição legislativa¹²³), consubstanciado em um crescente e progressivo aumento do número de leis, bem como da extensão dos textos legais. Observando o referido fenômeno, Eduardo Carone pontua que

¹²¹NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 50.

¹²²ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luis Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

¹²³Rodolfo Pagano utiliza a expressão “inflazione ed inquinamento legislativo” para sintetizar todos os fenômenos degenerativos observados na legislação da Itália, mazelas similares às que afligem o ordenamento jurídico brasileiro. PAGANO, Rodolfo. Introduzione ala legistica: lárte di preparare le leggi. Milano: A. Giuffre, 2004, p. 8 apud COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 91.

Quando se tem em mente não só as leis em sentido formal, mas também as leis em sentido material, ou seja, a legislação como um todo, incluindo atos normativos primários e secundários, a situação se torna intolerável. Por outro lado, do ponto de vista da duração, a vigência das leis tem se tornado cada vez mais curta. Nossas leis não são mais esculpidas em bronze, tendo se transformado em produto descartável de consumo.¹²⁴

Diversas são as causas apontadas para o desencadeamento da inflação legislativa,¹²⁵ sendo certo que a produção de legislação simbólica é uma das principais delas. Observa-se que o fenômeno apontado majora o quadro caótico da legislação, com o excesso de leis a tratar sobre um mesmo tema, muitas vezes, de forma conflituosa gerando diversos problemas de interpretação, bem como com a falta de mecanismos para garantir que as normas sejam plenamente eficazes,¹²⁶ desembocando em um problema já alertado pelo renomado jurista italiano Francesco Carnelutti, segundo o qual “faz tempo que o direito vem perdendo, pouco a pouco, cada vez mais, sua dupla função de certeza e de justiça.”¹²⁷

3.2.2 A produção de legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico penal

Para o jurista Eduardo Carone da Costa Junior a definição de envenenamento da legislação

[...] corresponde a todos os defeitos que fazem com que a norma seja obscura, lacunosa, contraditória ou inaplicável, sendo que a própria existência de um excesso de legislação, com normas sobrepostas e entrelaçadas já é, por si só, uma forma de envenenamento.¹²⁸

¹²⁴COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 91.

¹²⁵Eduardo Carone, com supedâneo em Luzius Mader, pontua que “o aumento acentuado da quantidade de normas está relacionado ao fato de que os legisladores estão elaborando leis mais detalhadas, “porque não confiam na legislação ou porque consideram que os tribunais precisam desse detalhamento”, muitas das quais devem cuidar de oferecer um “arcabouço legal para novas atividades socioeconômicas”, e também, pelo fato de que a “aceleração do processo legislativo tem levado à instabilidade cada vez maior da legislação”. Eduardo Carone ainda relaciona como causas da inflação legislativa, a intensificação das relações internacionais, a aceleração do desenvolvimento científico e tecnológico trazendo novas situações e comportamentos sociais que impõe o aprimoramento e expansão da regulamentação existente, bem como a atribuição de esferas autônomas de regulamentação que determinam o surgimento de múltiplas fontes materiais ou centros de produção do direito. COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 92-100.

¹²⁶COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 63.

¹²⁷CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2008, p. 7.

¹²⁸COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 101.

Assim como diversas são as causas da inflação legislativa, diversos são os defeitos da legislação que podem consubstanciar o seu envenenamento. Rodolfo Pagano¹²⁹ menciona que esses defeitos podem ser atribuídos a causas estruturais do ordenamento os quais condicionam a atuação do legislador.¹³⁰ Por outro lado, Eduardo Carone destaca a existência de defeitos oriundos da escassa qualidade redacional do texto do ato normativo, o que decorre da falta de observância, por parte do legislador, das regras básicas de técnica legislativa,¹³¹ havendo, igualmente, outros vícios que afetam a eficácia de uma determinada lei em razão da ausência de um exame crítico a respeito da aplicabilidade da própria norma jurídica, que, devido a isso, resta total ou parcialmente inaplicável.¹³²

Assim, resta forçoso concluir que é, justamente no segundo defeito apontado por Eduardo Carone, que consiste o envenenamento da ordem jurídica causado pela legislação-álibi em matéria penal, cujos efeitos são deletérios, eis que “o estado de envenenamento da legislação incide de forma negativa sobre a vida e sobrevivência do próprio Estado.”¹³³ No caso específico do Direito Penal, a continuidade do desencadeamento de manifestações do fenômeno em enfoque ou “consagrar a desproporcionalidade de punição vil, ou se deslegitimar a produção legislativa, atestando a imprestabilidade da disposição.”¹³⁴

Entre os principais efeitos do envenenamento do ordenamento jurídico, podem ser destacados, com fulcro nos ensinamentos de Eduardo Carone Costa Junior, em sua obra “A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro”, amiúde mencionada neste trabalho, o abalo na certeza do Direito, o que fere a segurança ou certeza jurídica;¹³⁵ a perturbação do

¹²⁹PAGANO, Rodolfo op. Cit *apud* COSTA JUNIOR, Eduardo Carone, Op. cit., p. 101.

¹³⁰Como exemplo disso é mencionada a existência de pluralidade de fontes concorrentes sem uma precisa repartição de competências a exemplo do direito ambiental, no âmbito do qual a simples definição do órgão competente para concessão de uma mera licença ambiental para o corte de uma única árvore não é estabelecida de forma precisa, clara e inequívoca. COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 101.

¹³¹Cf. LÁZARO, Fernando Guanarteme Sanchez. *Política criminal y técnica legislativa – Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*. Granada: Editorial Comares, 2007.

¹³²COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 101.

¹³³Idem, ibidem, p. 102.

¹³⁴IBCCRIM, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais –. Op. cit., p.1.

¹³⁵“Para Paulo Nader, os conceitos de segurança jurídica e de certeza jurídica não se confundem. Enquanto a definição de certeza jurídica é de caráter objetivo e se manifesta concretamente através de um direito definido que reúne algumas qualidades, a ideia de certeza jurídica se relaciona com o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas. Pode-se dizer, por outro lado, que a segurança possui um aspecto dúplice, um objetivo e outro subjetivo. O caráter objetivo corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto a faceta subjetiva sustenta-se na ausência de dúvida ou de temor no espírito do individuo quanto à proteção jurídica”. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 120 *apud* COSTA

equilíbrio e da harmonia entre os poderes estatais constituídos, mormente entre o legislativo e o judiciário; o estabelecimento de obstáculos ao desenvolvimento econômico e ao uso eficiente dos recursos existentes no Estado; o aumento do custo da atuação da justiça e a diminuição da predisposição dos membros da sociedade à observância das leis.¹³⁶ Os referidos efeitos devem ser compreendidos em conjunto, eis que se mostram complementares e se entrelaçam.

Para Eduardo Carone, a certeza do Direito ou certeza jurídica se consubstancia na possibilidade que tem o cidadão de antecipadamente prever as consequências jurídicas advindas da prática de uma determinada conduta, de modo que, sem que haja certeza jurídica, não mais se poderia dar continuidade à aplicação da máxima *ignorantia legis non excusat*, preceituada no art. 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, segundo a qual ninguém pode se eximir de cumprir obrigação legal sob a alegação de desconhecimento da lei.¹³⁷

Se não existe uma certeza sobre o conteúdo da lei, não se pode exigir dos cidadãos seu cumprimento, até mesmo, nos casos em que desconheça o teor da norma, ideia essa que começa já a se propagar em diversos países, havendo não apenas questionamentos doutrinários, mas também no plano legislativo, vindo Rodolfo Pagano a afirmar que “esta máxima, cujo caráter absoluto é vital para a sua sobrevivência e aplicação, começa a ser atacada em vários países, no âmbito do direito penal, não só pela doutrina, mas também no plano legislativo.”¹³⁸

Nesse prisma, Fabiana de Menezes Soares, analisando a sentença de 23 de março de 1988, nº 364, da Corte Constitucional Italiana, a qual trata de responsabilidade penal em caso de ignorância das leis penais, mais especificamente sobre a excusabilidade da ignorância inevitável, adverte que “ainda que o Estado cumpra o seu dever publicando as leis, que exista a possibilidade de conhecer a lei, tal certeza iluminista beira o mito”. A referida autora conclui o seu pensamento asseverando que

[...] assim como ao cidadão cabe respeitar o ordenamento, este último só é ordenamento na medida em que dê aos cidadãos condições de compreendê-los sem comprimir sua esfera jurídica com proibições não reconhecíveis ou sanções não previsíveis.¹³⁹

JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 102.

¹³⁶COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 102-103.

¹³⁷Idem, ibidem, p. 102

¹³⁸PAGANO, Rodolfo apud COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 102.

¹³⁹SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da legislação: formação e conhecimento da lei na idade**

O segundo efeito do envenenamento do ordenamento jurídico seria a ruptura do equilíbrio entre os Poderes Estatais constituídos, sobretudo entre o Poder Legislativo e o Judiciário. Costa Júnior afirma que o referido abalo na harmonia dos Poderes ocorre porque “a lei, obscura, lacunosa e mal formulada, amplia os espaços interpretativos quando de sua aplicação ao caso concreto, transformando o juiz, responsável pela sua aplicação, em efetivo legislador.”¹⁴⁰ Esse segundo efeito traz uma ideia complementar à albergada no primeiro, uma vez que ante a incerteza e a falta de clareza presente nas normas editadas pelo Poder legislativo, caberá ao Poder judiciário, no caso concreto, enquanto intérprete da lei, delimitar o alcance dessas normas, dando-lhe a clareza necessária e, assim, vindo a “legislar”, ao exercer um poder praticamente de regulamentar a lei genérica, imprecisa e abstrata através de suas decisões.

No atinente à imposição de óbices ao desenvolvimento econômico, verifica-se que tal efeito deriva do abalo da segurança jurídica, afastando investimentos em razão do aumento do risco gerado pela incerteza quanto à regulamentação existente na ordem jurídica.

Um quarto efeito do envenenamento da ordem jurídica consubstancia-se na elevação dos custos para o financiamento da atuação da Justiça, “seja pela multiplicação de ações decorrentes da lei imperfeita, seja pela imposição de recursos e alongamento do tempo de tramitação das ações.”¹⁴¹

Eduardo Carone menciona ainda um quinto efeito atinente ao fenômeno em enfoque, qual seja, o decréscimo na predisposição dos cidadãos à observância das normas legais, “eis que leis múltiplas, incompreensíveis ou continuamente modificadas geram um sentimento de desconfiança sobre a necessidade de sua observância e propiciam uma aplicação arbitrária da própria lei.”¹⁴² Nesse sentido, Marcelo Neves, com supedâneo em Kidermann, afirma que, no caso da legislação-álibi, quanto maior for a sua utilização, maior será seu índice de fracasso, pois

[...] o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a

tecnológica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris, 2004, p. 303-304 apud COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p.103.

¹⁴⁰COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p.103.

¹⁴¹Idem, ibidem, ibibidem.

¹⁴²Idem, ibidem, ibibidem.

positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos.¹⁴³

Além dos cinco efeitos apontados por Eduardo Carone, é válida ainda a afirmação de que o envenenamento do ordenamento jurídico é uma das causas da crise da autopeiose do sistema jurídico, o que será objeto de exposição na seção seguinte deste trabalho.

3.2.3 Efeitos da legislação simbólica

Mesmo desprovida de instrumentalidade e de efetividade, a legislação simbólica produz seus efeitos. “A legislação simbólica teria, então, efeitos sociais latentes, em muitos casos bem mais relevantes do que os efeitos manifestos que lhe faltaram.”¹⁴⁴ Nesse prisma, há de se destacar que

[...] o problema da legislação simbólica não se restringe à lei ineficiente, que “não pegou”. É preciso reconhecer relevância aos efeitos sociais latentes da legislação e que, como visto, podem ser muito mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico que os seus efeitos manifestos.¹⁴⁵

Marcelo Neves faz a distinção entre a eficácia da lei no sentido jurídico-dogmático da eficácia no sentido “sociológico”. A primeira acepção se refere à possibilidade jurídica de aplicação da norma, sua aplicabilidade, exigibilidade e/ou executoriedade, enquanto que a segunda “diz respeito à conformidade das condutas dos destinatários à norma.”¹⁴⁶ Por outro lado, as funções do sistema jurídico são tanto a regulação (ou direção) da conduta, quanto a “asseguração das expectativas”, sendo a eficácia atinente à primeira, ao passo que a vigência social se relaciona à segunda.¹⁴⁷

Para Neves, a legislação simbólica não se delinea quanto aos seus efeitos apenas em um sentido negativo de falta de eficácia normativa e vigência social, apresentando também um sentido positivo, qual seja, a produção de efeitos relevantes para o sistema político, mas de natureza não necessariamente jurídica,

¹⁴³NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 40-41.

¹⁴⁴NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 42

¹⁴⁵COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. Op. cit., p. 151.

¹⁴⁶NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 43.

¹⁴⁷Idem, ibidem, p. 52.

não se distinguindo “da legislação instrumental por não exercer influência sobre a conduta humana, mas sim pela forma como a exerce e pelo modelo de comportamento que influencia”, variando os efeitos consoante o tipo de legislação simbólica em questão.¹⁴⁸

A legislação simbólica destinada à confirmação de valores sociais produz três efeitos socialmente relevantes, sendo esses o convencimento das pessoas e dos grupos da consistência do comportamento e da norma valorados positivamente; a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador a qual resulta em uma maior dificuldade para uma conduta considerada ilegal se impor do que um comportamento lícito, em razão da sustentação dada pelas principais instituições da sociedade e, por fim, a distinção, com relevância institucional, das condutas com legitimação e dominação pública e as que são consideradas desviantes.¹⁴⁹

Os efeitos da legislação-álibi consistem em descarregar “o sistema político de pressões sociais concretas”, constituir “respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores” e servir “à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública”, sendo, portanto, um importante mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos.¹⁵⁰

Por fim, a legislação simbólica, como fórmula básica de compromisso dilatatório, consiste no protelamento dos embates decorrentes de conflitos políticos, postergando-se a concreta solução para os problemas sociais subjacentes, uma vez que “a “conciliação” implica a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma “representação”/“encenação” coerente dos grupos políticos divergentes.”¹⁵¹ Assim, o acordo de vontades não se dirige à efetiva resolução do conflito, consistindo na composição em torno do adiamento de sua resolução para um momento futuro.

¹⁴⁸Idem, ibidem, p. 53.

¹⁴⁹NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 53-54.

¹⁵⁰Idem, ibidem, p. 54.

¹⁵¹Idem, ibidem, ibidem.

4 O PAPEL DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA FRUTO DO EXPANSIONISMO PENAL À LUZ DA AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

4.1 PODER JUDICIÁRIO: O PAPEL DA MAGISTRATURA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL E A IMPORTÂNCIA DE SUAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS.

Ao longo de sua história, a magistratura perpassou por variadas concepções atinentes ao papel político e social por ela desempenhando, tendo sido, inexoravelmente, influenciada pela evolução das sociedades humanas e pela complexidade crescente da organização destas em diversas formas de Estado e sistemas de governo, desde a Grécia antiga, até chegar aos dias atuais, tendo sempre de se adaptar às exigências conjunturais.

Realizando um levantamento histórico, Dalmo de Abreu Dallari ensina que na cidade-Estado grega, o termo “magistrado” era utilizado para designar cidadãos titulares de algum tipo de poder de direção, na persecução do interesse público, fosse civil ou militar. Já durante a república romana, o vocábulo “*magistratus*” era utilizado para designar o titular de um mandato recebido do povo, que agia como seu representante. Todavia, após a implementação do sistema imperial romano, os magistrados deixaram de ser representantes do povo e tornaram-se funcionários do imperador, agindo como *longa manus* deste.

Ao longo da Idade Média, o juiz era considerado um agente do rei, mas com a evolução do feudalismo e a ampliação dos poderes da Igreja Católica, surgiram os tribunais corporativos e eclesiásticos independentes, que tinham competência para decidir sobre matéria cível e criminal relativas a certas pessoas.

No Estado absolutista, os juízes eram funcionários atrelados ao soberano, todavia, tinham ampla liberdade para agir, inclusive com arbitrariedades, desde que atuassem consoante a vontade dos detentores da supremacia do poder político, sendo temidos, entretanto, não respeitados.

Ainda com espreque nos ensinamentos de Dallari, há de se pontuar que nos antecedentes relatados, não se reconhece a existência de um Poder Judiciário institucionalizado propriamente dito, posto que essa ideia só vem a ser concebida com o advento do sistema de “freios e contrapesos” (checks and balances), implementado a partir das revoluções liberais.¹⁵²

¹⁵²DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9-22.

Partindo-se do primado da clássica teoria da tripartição de poderes desenvolvida por Montesquieu,¹⁵³ considerando toda a evolução social, político-institucional e tecnológica ocorrida desde então, bem como a estrutura administrativo-constitucional estabelecida no Brasil atual,¹⁵⁴ pode-se dizer que, no âmbito do Direito Penal, cabe ao Poder Executivo a função de promover a persecução penal e a repressão ostensiva dos delitos com a atuação das forças policiais e seus respectivos serviços de inteligência, bem como a execução das penas com a manutenção dos estabelecimentos prisionais.

Ao seu turno, o Poder Legislativo tem a função precípua de delimitar o Direito Penal objetivo, ao passo que é incumbido da elaboração dos diplomas normativos, que estabelecem as condutas tipificadas como delitos, suas respectivas sanções, bem como as normas gerais e procedimentais que norteiam a sua operacionalização. O Legislativo exerce uma função precípua na política criminal do Estado, eis que é sua a responsabilidade da escolha de quais condutas serão ou permanecerão tipificadas como crime pela legislação penal, da quantidade de pena a ser abstratamente cominada em caso de violação da norma penal incriminadora e também da linha de política criminal adotada em termos de teoria do delito que é positivada na parte geral do estatuto repressor, a exemplo de institutos como excludentes de ilicitude e culpabilidade, teorias acerca do concurso de agentes, bem como a disciplina do erro de tipo e de proibição, além de normas referentes ao concurso de delitos.¹⁵⁵

Ao Poder Judiciário, por sua vez, cabe a aplicação das normas ao caso concreto, resolvendo os litígios postos à sua apreciação, sendo, portanto, um “instrumento institucional para a solução pacífica e justa de conflitos sociais.”¹⁵⁶ Nessa senda, o magistrado atua como representante do Estado-juiz, em nome do qual deve officiar com efetiva imparcialidade,¹⁵⁷ dando, pois, concretude normativa ao

¹⁵³MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Luiz Fernando R. de Abreu. 1. ed. Curitiba, Editora Juruá, 2004

¹⁵⁴Tripartição esta que se encontra positivada no art. 2º da Constituição Federal Brasileira e alçada ao patamar de cláusula petrea da Carta Política brasileira através do art. 60, § 4º, III.

¹⁵⁵ Claus Roxin preleciona ser necessário reconhecer que “también en Derecho Penal, que – sin perjuicio del mantenimiento ilimitado de las exigencias del Estado de Derecho – los problemas político-criminales configuran el contenido propio también de la teoría general del delito”, posto que os problemas da exclusão da antijuridicidade, erro de tipo e erro de proibição lhe são matérias correlatas. ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, V. 2, p. 43. Colección Claves del derecho penal.

¹⁵⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. Op Cit., p. 164.

¹⁵⁷AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 94.

Direito através do exercício da função jurisdicional.¹⁵⁸ Ainda sob a ótica da clássica teoria da tripartição de poderes, há de ser destacado que cabe ao Judiciário garantir “os direitos fundamentais –estabelecidos pela Constituição – contra os eventuais abusos cometidos pelos outros dois poderes.”¹⁵⁹

Pierre Bourdieu assegura que o conteúdo prático da lei se revela por meio de um veredicto, assim, a autoridade judiciária, ao aplicar seus juízos, valores e lógica aos textos que são submetidos à sua interpretação, exerce uma verdadeira função de invenção,¹⁶⁰ ou seja, uma atividade, em certa medida, criativa do Direito com base na norma posta, ao fazer os ajustes hermenêuticos necessários para a subsunção do caso concreto à abstrata previsão normativa.¹⁶¹

Para Alvaro Ordoñez Guzman, o juiz é o protagonista do processo jurisdicional, e por meio de sua decisão, formula a norma única que regerá o caso concreto. Preleciona o referido autor que

El Juez es el personaje central del proceso jurisdiccional. Él es el protagonista de mayor desempeño en la historia iniciada por las partes a esperas de un desenlace por parte de la jurisdicción. Este personaje supraordenado es quien decide el problema jurídico planteado por el actor y su contradictor, formulando la norma única que guiará la relación entre ellos una vez culmine el proceso por medio de una decisión.¹⁶²

No âmbito penal, cabe ao Judiciário, após prévia provocação por iniciativa das partes (Ministério Público ou querelante), dizer o Direito à luz do caso concreto,

¹⁵⁸“Jurisdicción viene de las expresiones latinas *juris dictio* o *juris dicere* que significan decir o declarar el derecho, entendiéndose como la facultad de decretar o establecer el derecho correspondiente a un problema que rompe con la paz social”. GUZMAN, Alvaro Ordoñez. **Juez, jurisdicción y poder**. In Revista Internauta de Práctica Jurídica. Agosto-Diciembre, 2006, Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28127483_Juez_jurisdiccion_y_poder> Acesso em: 06 de mar. de 2014

¹⁵⁹CONAN, Sébastien. Independência dos juízes e direitos humanos internacionais in LIMA JR, Jayme Benvenuto Lima Jr (Org). **Independência dos Juizes no Brasil** - Aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Gajop; Bagaço, 2005, p. 56-57. Disponível em: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Independencia_dos_Juizes_no_Brasil-portugues.pdf> Acesso em: 06 de mar. de 2014

¹⁶⁰O cientista francês preleciona ainda que os juízes têm a prerrogativa de explorar a polivalência das fórmulas jurídicas, podendo recorrer à *restrictio* - processo necessário para que se decline de aplicar uma lei que por um entendimento literal deveria de ser aplicada – bem como à *extensio* – processo que permite a aplicação de uma lei que em rigor, numa interpretação puramente literal, não o deveria ser aplicada, além de todas as técnicas que tendem a extrair o máximo da elasticidade da lei. BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 222-224.

¹⁶¹Interessante a observação feita por Pierre Bourdieu de que “o trabalho de racionalização, ao fazer aceder ao estatuto de veredicto uma decisão judicial que deve, sem dúvida, mais as atitudes éticas dos agentes do que às normas puras do direito, confere-lhe a eficácia simbólica exercida por toda a acção quando, ignorada no que tem de arbitrário, é reconhecida como legítima”. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 225.

¹⁶²GUZMAN, Alvaro Ordoñez. Op. cit.

sendo, por seu intermédio e com sua inafastável intervenção, que pode ser exercido o *ius puniendi* estatal,¹⁶³ no recinto de um processo com as garantias fundamentais que lhes são subjacentes. Outrossim, no Direito brasileiro, o magistrado desempenha importante função jurisdicional no gerenciamento da execução das penas e medidas de segurança nos moldes da Lei nº 7.210/84.

A importância do papel exercido pelo Poder Judiciário assume contornos ainda mais relevantes na função de esclarecimento do conteúdo das leis e na delimitação de sua aplicação aos casos concretos, na seara jurídico-criminal. Isso porque as sanções penais são abstratamente cominadas entre uma quantia mínima e máxima de pena, sendo possível ainda, muitas vezes, a cumulação ou a substituição de espécies de penas – privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa – cabendo ao juiz, na análise do caso concreto posto à sua apreciação, a definição da quantidade de pena a ser aplicada nos moldes dos parâmetros legais de dosimetria previstos nos artigos 59 e seguintes do Código Penal, bem como a fixação do regime de inicial de seu cumprimento, a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por restritiva de direitos ou multa, além de decidir sobre a aplicação de institutos como a suspensão condicional da pena – *sursis* – entre outras providências afetas à sua competência.¹⁶⁴

Nesse diapasão, o magistrado, que é indubitavelmente um agente público, deve ser considerado um agente político,¹⁶⁵ designação dada pelo Direito Administrativo àqueles que ocupam uma posição de destaque no âmbito dos poderes públicos, constituindo a vontade superior do Estado, eis que titulares de

¹⁶³O *ius puniendi* decorre de um poder de império, constituindo o Direito Penal subjetivo, ou seja, o direito de punir de titularidade do Estado, sendo limitado pelo Direito Penal objetivo, bem como pelo direito de liberdade assegurado constitucionalmente a todos os indivíduos. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 5.

¹⁶⁴Reinhold Zippelius adverte que em decorrência do princípio da igualdade de tratamento, há a exigência de que “os pressupostos da pena imposta pelo Estado, o tipo de pena e a margem entre a pena mínima e a máxima cominada para o delito sejam determinados por uma lei geral, de forma que a sanção seja imposta da mesma forma a todos que cometem um mesmo ato. Por essa razão, as leis penais também não podem ser decretadas para casos individuais. ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit., p. 157-158.

¹⁶⁵Embora não seja este o foco do presente trabalho, é interessante pontuar que, no âmbito do Direito Administrativo, há uma divergência doutrinária no atinente à categoria ocupada pelos magistrados e membros do Ministério Público em sua classificação enquanto agentes públicos. Fernanda Marinela explica que alguns administrativistas enquadram os magistrados e membros do Ministério Público na categoria de agentes políticos, tendo em vista a relevante função que exercem no âmbito estatal, todavia, a posição majoritária adotada pela doutrina administrativa os classifica como servidores públicos. Entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se compatibiliza com a posição doutrinária minoritária, considerando-os agentes políticos consoante se pode verificar no julgamento do RE 228977/SP – STF – Segunda Turma, Relator Ministro Neri da Silveira, julgamento: 05.03.2002, DJ 12.04.2002 in MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2012, p. 596.

cargos estruturantes de seu arcabouço constitucional, isto é, da estrutura fundamental do poder.¹⁶⁶

Corroborando esse entendimento, há de se pontuar que a própria Constituição Federal do Brasil preceitua que são órgãos do Poder Judiciário, não só apenas os Tribunais pátrios, mas também os seus respectivos juízes nos moldes do disposto no art. 92. Assim, tem-se que o magistrado recebe o poder jurisdicional da própria Carta Política, a qual visando a garantir-lhes sua imprescindível imparcialidade, bem como a sua necessária independência técnica e funcional, pressupostos básicos de um Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, estabelece, em seu art. 95, três garantias básicas aos magistrados, a saber: a vitaliciedade,¹⁶⁷ a inamovibilidade¹⁶⁸ e a irredutibilidade de subsídios. Por outro lado, colimando o mesmo fim, a Lex Mater estabelece também vedações, as quais estão contidas no parágrafo único do aludido dispositivo e também na Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, Lei complementar nº 35 de 1979, que, por ser anterior a Constitucional, foi por ela recepcionada, devendo ser interpretada, portanto, à luz dos dispositivos constitucionais.

A independência judicial pode ser conceituada como a prerrogativa da qual dispõe o magistrado de exercer o seu mister, examinando, de modo objetivo, os fatos submetidos à sua análise, decidindo-os consoante a regra jurídica prevalente segundo o seu livre convencimento e entendimento, a salvo de quaisquer ameaças, pressões, influências externas ou temor de represálias. Sebastien Conan define a independência judicial como

[...] a faculdade de o juiz exercer sua função a partir da análise objetiva dos fatos submetidos a seu julgamento, de acordo com seu entendimento da regra de direito, livre de qualquer influência externa, pressão, ameaça ou interferência, direta ou indireta, seja qual for a origem ou o motivo.¹⁶⁹

Em igual perspectiva, o jurista Celso Fernandes Campilongo, em sua obra

¹⁶⁶MARINELA, Fernanda. Op. cit., p. 595

¹⁶⁷No primeiro grau de jurisdição, a vitaliciedade é adquirida após dois anos de exercício contínuo do cargo por aqueles que ingressam na carreira através de concurso público, consoante previsto no art. 95, I, da Constituição Federal, ocorrendo a partir da posse para aqueles que adentram nos tribunais pela regra do chamado quinto constitucional, não abarcando, no entanto, aqueles cuja investidura é temporária, como no caso de membros dos Tribunais Eleitorais.

¹⁶⁸Ressalvada a hipótese de remoção, de disponibilidade e de aposentadoria por interesse público, fundada em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada, em qualquer caso, a ampla defesa conforme previsto nos art. 93, VIII e 95, II da CF.

¹⁶⁹CONAN, Sébastien. Op. cit., p. 53.

“Política, sistema jurídico e decisão judicial”, apresenta duas vertentes da independência jurisdicional, uma de ordem interna, e outra de cariz externo, vindo a assinalar que a

[...] independência da magistratura é autogoverno. Mas pode-se pensar, também, na liberdade do juiz singularmente considerado. Aqui, a independência diz respeito à não interferência de poderes externos (Executivo ou Legislativo) e internos (pressões dos tribunais ou Cortes Superiores sobre o juiz) no processo decisório judicial.¹⁷⁰

Tendo em mira que o Poder Judiciário é instrumento indispensável para a salvaguarda de direitos e realização da justiça, sendo a sua independência requisito imprescindível para o estabelecimento da democracia e paz social, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas editou a Resolução nº 1994/41, por meio da qual recomendou-se a criação do cargo de Relator Especial sobre a independência do Judiciário, reconhecendo-se a necessidade de criação de um mecanismo de controle para o acompanhamento da questão da independência e da imparcialidade desse poder.¹⁷¹

Sebastien Conan relata que a Comissão de Direitos Humanos da ONU, nas suas resoluções anuais sobre o tema, tem manifestado, reiteradamente, sua preocupação acerca de ataques contra a independência da magistratura, tomando por premissa, que um Poder Judiciário, independente e imparcial, caracteriza-se como uma *conditio sine qua non* para a proteção e a efetivação dos direitos humanos, preocupando-se, outrossim, com a ligação existente entre “o enfraquecimento das salvaguardas do Judiciário e a gravidade e frequência das violações aos direitos humanos.”¹⁷²

Nesse cariz, há de se registrar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa), incorporado ao ordenamento brasileiro através do decreto nº 678 de 1992, prevê em seu artigo 8º, 1, que toda pessoa a quem for imputada acusação criminal tem o direito de, em prazo razoável, ser ouvida perante o juízo competente, independente e imparcial, previamente estabelecido em lei, albergando, assim, o princípio do juiz natural e reconhecendo, dessa forma, a independência da magistratura como um direito humano, que, como

¹⁷⁰CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 46-47.

¹⁷¹DALLARI, Dalmo de. Op. cit., p. 46.

¹⁷²CONAN, Sebastien. Op. cit., p. 59

tal, deve ser preservado e respeitado, mormente, por se constituir, outrossim, em uma garantia para a própria sociedade.¹⁷³

Nagib Slaibi Filho aponta que “o século XIX foi o século do Parlamento, o século XX ficou estigmatizado pelo que se denomina no Brasil de hipertrofia do Poder Executivo e o século XXI será o século do Poder Judiciário”, em razão de ser este o “único segmento do Poder Público que pode ser acionado pelo indivíduo, até mesmo pelos mais fracos, ainda que em antagonismo ao próprio Estado ou à poderosa organização econômica.”¹⁷⁴

Nesse diapasão, faz-se oportuno ainda frisar, com espeque nos ensinamentos de Celso Campilongo, que através de uma visão realista, verifica-se que “o sistema da divisão de poderes, ainda que filosoficamente anti-hierárquico, sempre contou com um vértice”. O modelo de Estado liberal tinha, em seu vértice, o Poder Legislativo, tendo o Poder Executivo assumido o protagonismo do exercício do poder político com o advento do Estado social.¹⁷⁵ No modelo de Estado Constitucional de Direito, atualmente vigente, ao Poder Judiciário cabe, em última análise, decidir acerca da constitucionalidade das leis e de atos normativos, vindo o Judiciário, assim, a exercer uma relevante função na estrutura do poder estatal, qual seja, a de dar a última palavra sobre a legalidade,¹⁷⁶ impondo-se, inexoravelmente o respeito à independência da magistratura para o exercício deste mister.¹⁷⁷

A sociedade contemporânea, pós-industrial, caracteriza-se por uma hipercomplexidade das relações sociais, no âmbito de uma concepção do mundo como aldeia global. Nesse cariz, tem lugar a “sociedade da informação”, com grande fluxo de dados em uma vertiginosa velocidade pelo globo terrestre, o que influencia,

¹⁷³Nesse sentido, Sebastien Conan afirma que “a independência do Judiciário constitui um pressuposto imprescindível para que a instituição possa cumprir sua missão de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos em uma sociedade democrática e, por isso, deve ser preservada e aperfeiçoada. É nessa perspectiva que a contribuição do direito internacional dos direitos humanos pode ser de grande valia para esclarecer o debate nacional sob uma nova luz, considerando que a luta pela efetivação dos direitos humanos é de dimensão internacional, e, ainda, que os instrumentos globais e regionais de proteção dos direitos humanos perpassam ainda com dificuldade as fronteiras nacionais, especificamente no Brasil”. Para o referido autor “mais que privilégio da instituição, a independência judicial é uma garantia para a sociedade”. CONAN, Sebastien. Op. cit., p. 54

¹⁷⁴SLAIBI FILHO, Nagib. Texto, norma e valor – A evolução na Coconstituição Brasileira de 1988. in ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. (org) **Constitucionalismo e Estado**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 457.

¹⁷⁵CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 40.

¹⁷⁶Idem, ibidem, p. 41

¹⁷⁷Com base no grau de autonomia/independência e criatividade de que dispõe o magistrado, Celso Fernandes Campilongo, com fulcro nas lições de Carlo Guarniere, expõe quatro modelos típicos-ideais de juizes, a saber, o juiz-executor (baixa autonomia e baixa criatividade); o juiz-delegado (baixa autonomia e alta criatividade); o juiz-guardião (alta autonomia e baixa criatividade) e o juiz-político (alta autonomia e alta criatividade). CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 46.

decisivamente, a propagação da sensação de medo e de vitimização,¹⁷⁸ um dos principais fatores de desencadeamento da inflação legislativa, dada a propensão do Poder Legislativo à produção de legislação-álibi, com o conseqüente envenenamento da ordem jurídica,¹⁷⁹ mormente, na seara criminal. Em observação ao fenômeno da inflação legislativa no campo penal, Alexandre Rocha Almeida alerta que

[...] a complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro etc.), têm permitido que uma legislação com sinais de “Direito Penal do Inimigo” se infiltre, de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com o Direito Penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um “Direito Penal do Cidadão”.¹⁸⁰

Nesse contexto, maiores desafios são lançados aos membros da magistratura, eis que se exige, cada vez mais, a atuação do Judiciário no sentido de suprir as expectativas sociais insatisfeitas.¹⁸¹ Com efeito, em um mundo que experimenta um “acelerado processo de transformação social, tecnológica e institucional, o debate em torno do Poder Judiciário” passa por transformações,¹⁸² e as atenções da sociedade para ele se voltam, cobrando-se desse Poder a pacificação social e a proteção dos direitos violados, mormente pelos outros poderes estatais. Nesse sentido, faz oportuno o registro das lições de Sébastien Conan, o qual pondera que

[...] diante dos tumultos resultados da chamada globalização neoliberal, que questiona os poderes estatais nacionais, sobretudo o Executivo – e em menor monta o Legislativo –, cobrando-lhes cada vez mais sobre suas políticas econômicas e fiscais resultantes da primazia dada à economia no âmbito global, é no Poder Judiciário que se acaba buscando a proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹⁸³

Ante as transformações sociais experimentadas, e as mudanças pelas

¹⁷⁸Cf. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Op. cit., p. 37-39.

¹⁷⁹Os efeitos do envenenamento do ordenamento jurídico foram já objeto de análise e exposição no segundo capítulo do presente trabalho.

¹⁸⁰MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit., p. 35.

¹⁸¹“No curto prazo, uma nova lei pode suprir as expectativas da sociedade. No médio prazo, porém, as frustrações vão se acumulando diante da ineficácia de tal lei e do Poder Judiciário em atender àquelas expectativas. Para suprir essas frustrações, recorre-se, então, a uma nova lei, instalando-se, assim, um círculo vicioso sem que o principal culpado, o poder político, assuma sua responsabilidade” MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit., p. 84

¹⁸²CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 27.

¹⁸³CONAN, Sébastien. Op. Cit., p. 53.

quais passa o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, em uma sociedade pós-industrial, globalizada e hipercomplexa, no âmbito de uma policontextualidade, quando já se fala inclusive em pluralismo jurídico,¹⁸⁴ o isolamento proposto pelos teóricos do direito, mormente a ideia de uma teoria pura do direito, solução dada por Kelsen, torna-se insuficiente, pois “com o advento da modernidade, a autonomia e a impermeabilidade do Direito sofreram um processo de fragmentação que expôs os seus tênues limites com a política, economia e outros campos da ciência.”¹⁸⁵ Nesse diapasão, Celso Campilongo assevera que

Inúmeras organizações não governamentais, os chamados movimentos sociais, os blocos supranacionais, por exemplo, expandem sua capacidade de articulação de interesses exatamente nesse contexto. No interior das estruturas do sistema político tradicional, ou seja, no Estado, o Poder Judiciário passa a ser percebido como a instância aparentemente habilitada a superar a paralisia, a ineficácia e a corrupção do sistema político.¹⁸⁶

Assim, resta imperioso recorrer à teoria da autopoiese dos sistemas sociais, a fim de investigar o fenômeno jurídico na era da contemporaneidade, para melhor compreender o papel do Poder Judiciário na sociedade atual, pós-industrial.

4.2 BREVE INTRÓITO À TEORIA DA AUTOPOIESE DOS SISTEMAS SOCIAIS: O SUBSISTEMA JURÍDICO.

A palavra autopoiese é oriunda do grego, derivando de “autos” (por si próprio) e “pótesis” (criação, produção).¹⁸⁷ Por sua vez, a teoria da autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Humberto R Maturana e Francisco J Varela, significando

[...] inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que constrói. Definem-se então os sistemas vivos como

¹⁸⁴Com origem na sociologia do Direito, a concepção de pluralismo jurídico parte da premissa de que o Estado “não é o único centro produtor de normatividade”, havendo outros centros produtores de direito na sociedade contemporânea com o advento dos “espaços locais de poder”, os quais são observados cada vez com maior frequência. Nesses espaços, existem comportamentos obrigatórios, havendo também “critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade”, sendo bons exemplos do apontado fenômeno, os movimentos sociais, sindicatos, ONGs, bem como as comunidades que tem suas próprias regras para a tomada da decisão para grupos que a seguem. ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana in KING, Michael; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 33-34.

¹⁸⁵MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. Cit, p. 83.

¹⁸⁶CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 59.

¹⁸⁷NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 127.

máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização. Tratando-se, portanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos.¹⁸⁸

Partindo da ideia concebida no âmbito das ciências naturais, Niklas Luhmann vislumbra a sociedade como sendo um sistema (interior) e meio (exterior),¹⁸⁹ construindo, assim, a teoria da autopoiese dos sistemas sociais, tomando, por pressupostos, os conceitos de sistema, ambiente e auto-referência dos elementos sistêmicos.¹⁹⁰

Na perspectiva autopoietica proposta por Luhmann, “a sociedade é um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação.” Assim, a sociedade é composta por comunicações e não por relações individuais ou por homens, os quais, “enquanto sistemas psíquicos e orgânicos”, constituem o imprescindível ambiente social.¹⁹¹

Os sistemas são determinados por suas próprias operações. Dentro desse contexto, há de se ter em mira que a teoria dos sistemas se alicerça sobre a perspectiva da diferenciação funcional, havendo uma divisão da sociedade em diversos subsistemas que assumem “uma função específica na reprodução da sociedade e do seu meio”, de modo que “o sistema reage internamente a um ambiente mais complexo através de um aumento da diferenciação funcional e admissão do conflito no sistema.”¹⁹²

O Direito, “como um subsistema funcional da sociedade”, também é compreendido como sendo um sistema autopoietico. Desse modo, “a autopoiese do sistema jurídico é uma continuação da autopoiese da sociedade”, todavia, faz-se mister que o sistema jurídico delimite a sua própria *autopoiesis* a partir da diferenciação entre a sua unidade e o seu entorno, devendo, portanto, “ser capaz de traçar seus limites, visto que somente como sistema vai adquirir sentido, uma vez que o entorno é pura complexidade.”¹⁹³

Michael King observa que “nas sociedades ocidentais pós-industriais, os

¹⁸⁸NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 127-128.

¹⁸⁹MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Op. cit., p. 95

¹⁹⁰Cf NEVES, Marcelo. Op. cit., p.130

¹⁹¹CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 66.

¹⁹²MORAES, Alexandre Rocha Almeida. p. 98.

¹⁹³SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 103

sistemas indiscutivelmente mais preponderantes são a economia, a política, a ciência e o Direito.”¹⁹⁴ Cada um desses sistemas possui um código binário próprio a partir do qual fazem as respectivas operações, garantindo-lhes, assim, a unidade e fechamento operacional, sendo este “condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema.”¹⁹⁵

Pelo prisma estabelecido pela teoria da autopoiese, Germano Schwartz aponta que a autonomia de um sistema não é dada por sua autorregulação ou por sua autocriação, mas sim através do estabelecimento de um código próprio, aplicado de maneira universal a partir da própria e peculiar especificidade daquele sistema. É através de seu próprio código¹⁹⁶ que “o sistema jurídico se estabelece como um subsistema funcionalmente diferenciado do sistema social”, dele se mantendo estanque, mas, concomitantemente, também permanecendo em contínua comunicação com este e seus demais subsistemas. Assim, “o sistema jurídico somente terá a sua autonomia afetada quando o seu código estiver em perigo”, ou seja, quando se começa a tomar decisões baseadas em códigos pertencentes a outros subsistemas e, portanto, estranhos ao Direito.¹⁹⁷

O código binário, ou código-diferença, próprio do sistema jurídico é a dicotomia “*Recht/Unrecht*”, ou seja, “direito/não direito.”¹⁹⁸ Marcelo Neves explica que “a diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser interpretada como controle do código-diferença “lícito/ilícito” por um sistema funcional para isso especializado.”¹⁹⁹ Assim, pela teoria da autopoiese do sistema jurídico, apenas o próprio Direito pode dizer o que é ou não direito, eis que “a positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire, dessa maneira, seu fechamento operativo.”²⁰⁰

Em consequência, ocorre a “autonomização total da “legitimidade” jurídica (*Rechtsgeltung*), que não pode, então, ser atribuída a outra coisa que não seja ao

¹⁹⁴KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito in ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; Germano Schwartz. Op. cit., p. 95.

¹⁹⁵CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 75.

¹⁹⁶Germano Schwartz traz como exemplo da operação autopoietica do sistema jurídico o art. 121 do Código Penal Brasileiro, cuja descrição típica de seu “caput” consiste na conduta de “matar alguém” (“y”). A abertura operativa reside no questionamento: terá “x” matado “y”? O sistema jurídico processará as informações de acordo com o seu código binário “*Recht/Unrecht*”, modificando o seu interior e dando, assim, continuidade à autopoiese. Schwartz, Germano. Op. cit., p.106.

¹⁹⁷SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 106-107.

¹⁹⁸Idem, ibidem, p. 112.

¹⁹⁹NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 135.

²⁰⁰Idem, ibidem, ibidem.

sistema jurídico em si mesmo, tornando-se o único símbolo de sua unidade.”²⁰¹

Germano Schwartz esclarece que, na autopoiese do Direito, toda operação do sistema jurídico parte de uma operação anterior (lei ou jurisprudência), criando condições para uma operação seguinte. Dessa maneira, preserva-se a exclusividade do sistema mediante uma recursividade que lhe é interior e cuja titularidade unicamente a ele pertence. Assim, embora ocorram interferência de outros sistemas, a exemplo, do econômico, do político, do moral, entre outros, as intervenções destes somente afetam o Direito até o limite da tolerância da estrutura jurídica. Isso significa que, exemplificativamente, “a economia, enquanto forma de pagamento em dinheiro, não entra no Direito, mas é “decodificada” juridicamente em legal ou ilegal.”²⁰²

Para uma correta compreensão da teoria Luhmanniana é forçoso reconhecer, como o faz Celso Campilongo, que “fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal”. Assim, “paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para a sua abertura”, sendo a relação entre sistema jurídico e político a ilustração mais expressiva dessa concepção.²⁰³ Isso porque “os sistemas autopoieticos operam, contemporaneamente, de modo aberto e fechado”, reagindo tanto a condições internas quanto externas.²⁰⁴ Nesse diapasão, Leonel Severo Rocha assinala que “o Direito não pode mais fugir de um contato, que sempre existiu, dentro da complexidade, como outros sistemas, notadamente, o sistema político e o sistema econômico, que manifestam também outros tipos de problemas.”²⁰⁵

Para o funcionamento de uma sociedade hipercomplexificada, como se caracteriza o modelo vigente na era da globalização, é impossível que os diversos sistemas se mantenham completamente estanques um ao outro, sendo natural a ocorrência de conexões entre eles. Todavia, é necessária a engenharia de estruturas que permitam o acomplamento dos subsistemas, sem que um corrompa o código binário do outro durante o processo de comunicação. Nesse sentido, Celso Fernandes Campilongo admoesta que

²⁰¹CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 105.

²⁰²SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 106.

²⁰³CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 67.

²⁰⁴Idem, ibidem, p. 75.

²⁰⁵ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In ROCHA, Leonel Severo; KING Michael; SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 31.

[...] as conexões entre os diversos subsistemas são normais, inevitáveis e produzem mudanças no interior de cada subsistema. Entretanto, esses acoplamentos podem atingir um ponto tão elevado que, muitas vezes, acabam por desnaturar a forma de operação própria de cada subsistema. Dito de outro modo: produzem a “corrupção do código” próprio a cada subsistema.²⁰⁶

Há de se registrar, ainda, as lições de Campilongo no sentido de ser indubitável que o subsistema judiciário expandiu seu peso no interior do sistema político, mas que o desenho dessa nova repartição de poderes no interior do Estado ainda está em curso. Com espeque nos ensinamentos desse renomado jurista, pode-se afirmar que o grande problema do acoplamento estrutural entre os subsistemas político e jurídico consiste no alto risco de que cada um desses subsistemas sociais abandone o seu próprio código (o Judiciário, com a dicotomia lícito/ilícito”, e a política, com a agregação de interesses e a tomada de decisões coletivas baseadas no código “poder/não poder”) e passe a tomar decisões baseadas em elementos que lhes sejam estranhos, deixando, assim, de operar com base em seus próprios códigos e elementos, passando a atuar com uma lógica diversa da sua e, por conseguinte, inassimilável para as autorreferências do sistema. Como consequência dessa corrução de códigos, tem-se a inadequada situação de um Poder Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos e não jurídicos (ocorrendo uma contaminação da magistratura com a agregação de três erros: “parcialidade, ilegalidade e protagonismo da substituição de papéis”) e de uma sistema político judicializado ou que incorpora um ritmo estranho a si, com a lógica e prática da decisão jurídica em detrimento da política.²⁰⁷

No contexto de crise do poder estatal, vivenciada pela sociedade globalizada, o sistema jurídico recebe a incumbência de manter a sua autonomia operacional, devendo, para tanto, preservar, com sacralidade, o seu próprio código binário. Configura-se, assim, um paradoxo para o poder jurisdicional, o qual embora exerça papel político – na acepção de poder - não deve se deixar partidizar pelo sistema político. Nesse cariz, Celso Campilongo assevera que

Partidarizar a jurisdição, submetendo-a à vontade de um grupo político ou ao próprio “partido dos juizes”, representaria um solapamento do pré-requisito essencial da jurisdição democrática: a imparcialidade. De outra

²⁰⁶CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 61.

²⁰⁷Idem, ibidem, p. 63.

parte, uma magistratura que obedece à praça, à opinião pública ou à sua própria vontade – e não à lei – seria a negação do constitucionalismo.²⁰⁸

Para vencer o desafio posto, à luz da autopoiese dos sistemas sociais, cabe ao Judiciário interpretar o Direito sempre tendo como norte os valores constitucionais, velar por sua independência e também por sua imparcialidade. Deve, nesse desiderato, absorver as influências e pressões externas sempre com base no código próprio do sistema jurídico “*recht/unrecht*”, decodificando-as com base neste, para preservar a autonomia deste código-diferença e, assim, buscar a justiça no caso concreto, pois “a missão primeira do juiz é fazer justiça, ou seja, reconhecer e aplicar a cada parte o seu direito desde que este seja devidamente consagrado na Constituição ou com base nela”.²⁰⁹ Tal necessidade é ainda mais imperativa no campo penal, pois de todos as ramificações do conhecimento jurídicos “o Direito Penal é a mais conhecida e, para aqueles que não são juristas, a mais interessante.”²¹⁰

É imperioso registrar ainda as observações feitas por Campilongo, o qual assevera que, contrariamente ao que se possa deduzir, em um raciocínio superficial, não há indicativos de que um maior ativismo judicial ocasione a ruptura da imparcialidade do Poder Judiciário, eis que essa maior atividade representa, em essência, apenas uma resposta ao aumento da demanda, correspondente ao fenômeno da judicialização da vida social. De igual modo, a assunção, pelo magistrado, de papéis antes inimaginados, como de “mediador, árbitro, pacificador ou gestor de conflitos” não configura uma substituição da legalidade por equidade, mas antes uma contemplação da própria legalidade.²¹¹

A interação com os outros subsistemas sociais faz parte da dinâmica do próprio funcionamento dos sistemas sociais, cabendo ao sistema jurídico “conectar as referências externas e internas sempre mediante operações internas”,²¹² regidas de acordo com o seu próprio código (direito/não direito), o qual deve ser veneradamente preservado, sob pena de se engendrar uma crise autopoietica. Marcelo Neves, numa perspectiva radical de crise extrema de autopoiese do Direito,

²⁰⁸CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p.60

²⁰⁹CONAN, Sebastien. Op. cit., p. 58.

²¹⁰ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: DelREy, 2007, p. 3.

²¹¹CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., 62.

²¹²Idem, ibidem, p. 78

denomina de alopoiese do sistema jurídico a perda de sua autonomia operacional. O referido autor descreve a alopoiese (contrário da autopoiese) como sendo a falta de autonomia operacional do direito positivo estatal com a sobreposição de outros códigos de comunicação, mormente o econômico e o político, sobre o código-diferença “lícito/ilícito”, “em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do direito.”²¹³

A inflação legislativa, com o conseqüente envenenamento da ordem jurídica, ocasionada pelo advento de diplomas, cada vez mais, numerosos, assistemáticos e incoerentes, mormente na seara penal, (consistentes em manobras do legislador, para se descarregar de pressões sociais, sem o devido zelo com a qualidade do texto normativo, nem com a adoção de mecanismos efetivos para a resolução das demandas da sociedade) certamente engendra uma crise da autopoiese do direito, pois são transferidos ao sistema jurídico, pelo sistema político, incumbências e pressões que deveriam ser solucionadas por esse outro sistema social. Celso Capilongo afirma que a teoria autopoiética não

[...] atribui ao sistema político um papel central ou superior na condução da vida social. Desse modo, Judiciário e Legislativo não são vistos como instâncias situadas fora ou acima da sociedade e o juiz também não é visto como a passiva “boca da lei” submetida aos rigores da distinção entre produção e aplicação da legislação.²¹⁴

Evitar a deteriorização do código “lícito/ilícito”, no contexto de uma sociedade hipercomplexa e com o acirramento das pressões sociais sobre o Poder Judiciário, ante a insatisfação com a atuação dos outros poderes, é um dos maiores desafios postos à magistratura na contemporaneidade, a qual deve se preocupar com a efetivação dos direitos fundamentais, tendo os valores constitucionais como parâmetro de validade de suas decisões.

4.3 SOCIEDADE DO RISCO, EXPANSIONISMO PENAL E PODER JUDICIÁRIO

A sociedade pós-industrial se caracteriza pelo acentuamento da ideia de risco, buscando, no Direito Penal, o remédio para todos os seus males. Jesus Maria Silva Sanchez adverte que além de ser a sociedade de risco tecnológico, a

²¹³NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 146.

²¹⁴CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 76-77.

sociedade atual apresenta outras características individualizadoras que contribuem para que se configure uma “objetiva” insegurança. Fatores como a incerteza na vida social, provocada pela utilização de tecnologias de efeitos desconhecidos, e a perda da autonomia das esferas individuais de organização, trazem, como consequência, a exasperação dos tipos de perigo e de tipos comissivos por omissão. Sanchez preleciona que a dificuldade de adaptação às sociedades em contínuo movimento de aceleração, a revolução das comunicações produtoras de uma avalanche de informações e a instabilidade emocional-familiar, características da sociedade contemporânea, contribuem decisivamente para o surgimento de uma forma especialmente aguda de vivenciar os riscos.²¹⁵

O renomado acadêmico espanhol estabelece uma associação direta entre a propagação do sentimento de insegurança e a atuação dos meios de comunicação de massa, os quais, atuando reiteradamente em atitude dramatizada e mórbida, transmitem percepções inexatas, funcionando, assim, como multiplicador dos ilícitos e das catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo, asseverando que “o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança vital generalizada”, pois o medo da criminalidade constitui, fundamentalmente, a concreção de um conjunto de medos difusos.”²¹⁶

Vivencia-se um modelo social orientado para “uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada”, de modo que a liberdade de ação dos atores sociais cede ante a liberdade de não-padecer dos demais. Observa-se uma forte resistência psicológica à aceitação do caso fortuito, eliminando-se a capacidade de admissão da possibilidade de produção de danos por azar, procurando-se sempre um culpado para todos os infortúnios verificados na sociedade, tendo, como efeito, uma crescente tendência à transformação do acidente fortuito em injusto penal, o que conduz, forçosamente, a uma ampliação do Direito Penal.²¹⁷

Paradoxalmente, como observa Jesus-Maria, a solução para a insegurança generalizada não é buscada em seu lugar natural clássico – o direito de polícia – mas no Direito Penal. Surge uma intensa demanda pela ampliação da proteção penal como forma de, ao menos nominalmente, extirpar-se a angústia derivada da insegurança. O preocupante é que as demandas, em prol da propagação do sistema penal, manifestam-se estanques a preocupações com as

²¹⁵SANCHEZ, JESUS-MARIA SILVA. Op. cit., p. 30-37.

²¹⁶Idem, ibidem, p. 37-40.

²¹⁷Idem, ibidem, p. 45.

consequências negativas dessa expansão, sem nenhum receio de “que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito, ao contrário, elas se vêem às vezes tachadas de excessivamente rígidas e se apregoa sua flexibilidade,”²¹⁸ dando ensejo, assim, à configuração de um Direito Penal de terceira velocidade,²¹⁹ no âmbito de “uma política criminal descompromissada com as consequências da pena, antes orientada para efeitos puramente simbólicos junto à população,” com tendências a seguir o “caminho mais cômodo” entre as opções existentes, “a exarcebação de reprimendas.”²²⁰

Nesse contexto, o legislador, tencionando livrar-se das pressões sociais, mas mostrando-se sensíveis a estas, encontra o cenário perfeito para a produção de legislação penal simbólica,²²¹ legislando de modo impulsivo, sem nenhum compromisso com as consequências da pena. O que se observa, na realidade brasileira contemporânea, é o exaurimento da política criminal meramente no plano legislativo, sem que se adote uma mínima preocupação com a qualidade das normas produzidas, sua racionalidade e sua proporcionalidade, vindo a assolar o caráter sistemático do Direito Penal, mormente no ímpeto legiferante presente quando da produção de legislação álibi, que conduz fatalmente a uma inflação legislativa e, por conseguinte, ao envenenamento da ordem jurídica, cujos deletérios efeitos foram objeto de abordagem na seção anterior deste trabalho e que colaboram para a crise na autopeiose do sistema jurídico.

A política criminal não pode se exaurir na mera produção legislativa – a qual inexoravelmente deve ser realizada com o necessário comprometimento com a racionalidade das leis penais²²² - devendo haver a atuação estatal em setores extra-

²¹⁸SANCHEZ, JESUS-MARIA SILVA. Op. cit. p. 41.

²¹⁹Cf. SANCHEZ, JESUS-MARIA SILVA. Op. cit., p. 148

²²⁰CAMARA, Guilherme Costa. Programa de política criminal orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 184.

²²¹Jesus Maria Silva Sanchez adverte que “o recurso ao direito penal, em certas ocasiões, pode constituir-se em expediente fácil ao qual os poderes públicos recorrem para fazer frente a problemas sociais de grande envergadura - que não podem ou não querem resolver de outro modo” SANCHEZ, JESUS-MARIA SILVA. Op. cit., p. 105.

²²²“La crítica y propuestas de reforma del Derecho positivo no se pueden realizar sin un conocimiento previo, profundo del mismo. La introducción de un nuevo precepto en el Código Penal, sea en su parte general o especial, no puede ser fruto de la improvisación o de una reacción política irreflexiva. Por el contrario, parece que un precepto que puede establecer como consecuencia jurídica una pena de diez, veinte o treinta años de privación de libertad debe ser el resultado de un proceso racional de discusión, en el que por razones – incluso – de legitimidad también debe participar la Ciencia que estudia esta disciplina. A ésta debe corresponder – fundamentalmente – el análisis de la idoneidad político-criminal del mismo así como su formulación o configuración técnica más adecuada para la óptima realización de tales fines”. LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. **Política criminal y técnica legislativa** – Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 1-3.

legislativos estratégicos, a fim de eliminar as vantagens do cometimento de delitos.²²³ O expansionismo penal desmedido e de modo irracional pode ensejar que uma pretensa ideia de proteção social se converta em “terror estatal”, nas palavras de Guilherme Camara, degradando a dignidade humana do condenado, “que suportará uma pena desproporcional à gravidade da conduta e ao grau da culpa.”²²⁴

Malgrado haja a necessidade de reforma do Direito Penal liberal para uma melhor resposta às novas demandas da sociedade globalizada, principalmente com o surgimento de uma criminalidade organizada que transpõe as fronteiras internacionais, é necessário que a direção da atuação estatal seja racionalizada, pois o expansionismo desenfreado e irracional do Direito Penal pode desembocar nos suplícios de outrora, como os relatados por Michael Foucault em *Vigiar e Punir*.²²⁵

Nesse prisma, há de se convir ainda que malgrado sejam necessárias, em certos casos de maior gravidade, a cominação de sanções mais drásticas e uma execução penal mais severa e efetiva, não podem ser tolhidas as garantias fundamentais do devido processo legal, como a ampla defesa, a presunção de inocência e o contraditório, nem relegados os postulados clássicos de imputação apregoados pelo Direito Penal, principalmente quando está em xeque o direito de liberdade do cidadão, pois, como adverte Guilherme Costa Câmara, parafraseando Peter Noll “uma boa legislação é aquela que pondera e antecipa todos os efeitos possíveis de uma determinada norma, que a modela em ordem a fazer que os seus indesejados efeitos colaterais sejam reduzidos a um mínimo possível.”²²⁶

O principal desafio lançado à magistratura, na era da modernidade, no contexto da hipertrofia legislativa e do expansionismo do Direito Penal, é fazer com que o Poder Judiciário não perca a sua necessária imparcialidade e independência, não se deixando contaminar por pressões passionais, capazes de minar a racionalidade necessária às decisões judiciais. É dever do Judiciário velar pela diferenciação funcional do sistema jurídico (autopoiese), primando pela preservação do código binário “*recht/unrecht*”, com base no qual deverá operar para a realização da justiça no caso concreto, à luz dos parâmetros fixados na Constituição. Jesus-

²²³CAMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 260-261.

²²⁴Idem, ibidem, p. 185.

²²⁵FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** – História da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalheite. 31. Ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

²²⁶CAMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 185.

Maria Silva Sanchez admoesta ser necessário que “o Poder Judiciário mantenha um certo distanciamento das tensões sociais e enquanto se respeite um conjunto de princípios gerais que o afastem de uma aplicação arbitrária.”²²⁷

Para John Rawls, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais,²²⁸ e esta não se faz presente quando são impostos sacrifícios desproporcionais. Nesse cariz, há de se ter em mira ainda as lições de Gustavo Grandinetti, segundo o qual “o juiz não é mais a boca inanimada da lei. Deve investigar profundamente a ideologia que a inspirou para confronta-la com a constituição.”²²⁹

O Poder Judiciário é garantidor de direitos fundamentais, concepção esta que já foi, inclusive, positivada no âmbito de tratados internacionais. Cabe ao juiz, no desempenho de seu mister, saber mover-se ponderadamente entre o “espectador e o ator”, como pondera Grandinetti²³⁰, visando a garantir o respeito à dignidade humana. Para tanto, deve o magistrado empenhar-se em fornecer uma prestação jurisdicional justa, independente, eficiente, imparcial e em conformidade com os parâmetros constitucionais. Outrossim, incumbe ao Poder Judiciário a última palavra no atinente à constitucionalidade, inclusive, de atos normativos, o que deve ser feito com base no “código-diferença” próprio do sistema jurídico, qual seja, “direito/não-direito” à luz dos princípios constitucionais e tendo como leme o respeito aos direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, o julgador ter a consciência de sua importância institucional na aplicação da legislação penal.

²²⁷SANCHEZ, Jesus – Maria Silva. Op. cit., p. 72

²²⁸La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. RAWLS, John. **Teoria de la justicia**. Tradução Maria Dolores Gonzales. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 17.

²²⁹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O ato de julgar, o processo e a especificidade do processo criminal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 250, set, 2013, p. 5.

²³⁰“O juiz deve saber se mover ponderadamente entre o ator e o seu espectador. Deve pender para o espectador na jurisdição penal para preservar sua imparcialidade, sendo ator quando se tratar da defesa das garantias fundamentais”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit., p. 6.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem é um ser político por sua própria natureza, necessitando, pois, conviver em sociedade para o pleno desenvolvimento de suas habilidades. Para que tal convivência seja possibilitada, mister se faz a existência de regras que harmonizem e que disciplinem a referida convivência, função esta que é cumprida pelo Direito, o qual se ramifica para atender de maneira específica e eficaz a toda complexidade de relações sociais.

O Direito Penal tutela os bens jurídicos mais relevantes e possui um grau de intervenção maior e mais danoso que os outros ramos do Direito, por isso, é instrumento estatal de utilização *ultima ratio*. Consoante os postulados da teoria relativa da pena, através da cominação de sanções penais, o Estado objetiva o controle social, desestimulando a prática de condutas lesivas.

A sociedade pós-industrial caracteriza-se pela hipercomplexidade e pela forte sensação de insegurança coletiva, em razão do surgimento de novos riscos e também dos índices de criminalidade observados, bem como da velocidade das informações sobre estes, o que enseja o surgimento de uma demanda em prol de segurança pública, haja vista o alto grau de vitimização.

Observa-se que, frequentemente, as medidas de combate à criminalidade ocorrem exclusivamente através de medidas legislativas que promovem o mero enrijecimento das sanções penais, por ser uma reivindicação de alguns grupos de pressão não especializados e por ser a maneira menos onerosa aos cofres públicos e mais rápida de mostrar o Estado atuante e sensível às demandas sociais.

A atividade legiferante exercida de modo frívolo e impulsivo, sem atinar para as suas condicionantes de eficácia, conduz ao inflacionamento e ao envenenamento do ordenamento jurídico com normas irracionais e assistemáticas, nas quais há uma hipertrofia da função simbólica, pondo em vigor uma legislação que não logrará eficácia social, vez que não são implementadas as condições materiais necessária à consecução desta.

Os efeitos decorrentes do envenenamento da ordem jurídica pela produção de legislação simbólica são deletérios, sobrecarregando o sistema judiciário, criando instabilidade entre poderes, minando a segurança jurídica, obstaculizando o desenvolvimento econômico e conduzindo à crise na autopoiese do Direito.

O problema da criminalidade não pode ser resolvido exclusivamente com o endurecimento das sanções penais e com a criação de novos tipos delitivos – medida veementemente reivindicada pela mídia sensacionalista e por alguns grupos de pressão e adotada pelo legislador em momentos de crise. Apenas com uma visão holística do fenômeno delitivo, orientadora das ações estatais, e com o combate a fatores que são a causa do desenvolvimento da delinquência, poder-se-ão reduzir, de maneira satisfatória, os índices de criminalidade.

O papel exercido pela magistratura passou por diversas transformações ao longo da história, só se podendo conceber um Poder Judiciário institucionalizado, a partir das revoluções liberais.

O magistrado é um agente político, eis que exerce função precípua na estrutura constitucional estatal, cabendo-lhe, no caso concreto, a definição do alcance das normas abstratas previstas no ordenamento jurídico, o que deve ser feito com imparcialidade e independência. Outrossim, exerce papel político criminal na aplicação da lei penal.

A independência do Poder Judiciário não se restringe a uma mera prerrogativa institucional, mas em garantia da própria sociedade, posto que um Judiciário independente é essencial para a salvaguarda dos direitos fundamentais, o que é reconhecido, inclusive, em tratados internacionais.

O Direito é um sistema autopoietico, assim se caracterizando por poder fazer suas próprias operações com base em seu código binário “*recht/unrecht*”, diferenciando-se funcionalmente dos demais sistemas sociais, decodificando as influências de seu ambiente com base no seu código-diferença.

Nesse contexto, caberá ao magistrado, no caso concreto, examinar o Direito, inclusive a legislação simbólica, com ponderação e racionalidade à luz dos valores constitucionais, garantido a autopoiese do sistema jurídico, decidindo com base no código binário, “*recht/unrecht*”, cumprindo, assim, sua missão institucional de proteção aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 14, n. 167, out, 2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3314-Direito-penal-simbolico-e-lei-de-combate-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher> Acesso em: 17 de mar. de 2014.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed especial para e-book. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Saraiva Reader software, ISBN 9788520928530. Coleção Saraiva de Bolso
- AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, V.I.
- BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- CAMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2008.
- CARNIO, Henrique Garbellini. O que é direito? Acepções teórico-filosóficas. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca (org). **Temas Aprofundados Magistratura**. Salvador: Editora Juspodvim, 2013.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O ato de julgar, o processo e a especificidade do processo criminal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 250, set, 2013
- CICONELLO, Alexandre. **Segurança Pública com cidadania no orçamento 2010**.

Nota Técnica 152 – Out 2009. Instituto de Estudos Socio Econômicos – INESC. Disponível em: <http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/NT_152_-_Seguranca_Publica.pdf>. Acesso: em 19 de fev. de 2014.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CONAN, Sébastien. Independência dos juízes e direitos humanos internacionais in LIMA JR, Jayme Benvenuto Lima Jr (Org). **Independência dos Juízes no Brasil - Aspectos relevantes, casos e recomendações**. Recife: Gajop; Bagaço, 2005. Disponível em: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Independencia_dos_Juizes_no_Brasil-portugues.pdf> Acesso em: 06 de mar de 2014.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto alegre: Livraria do advogado, 2000.

COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. **A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro** – Direito e política. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. Salvador: Editora Juspodvim, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Adequação social** – sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.13-20.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** – História da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D%7D_8.pdf>. Acesso em: 10 de fev. de 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008, V. I.

_____. **Curso de Direito Penal** – Parte Especial - Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, V. II.

GUZMAN, Alvaro Ordoñez. **Juez, jurisdiccion y poder**. In Revista Internauta de Práctica Jurídica. Agosto-Diciembre, 2006, Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28127483_Juez_jurisdiccion_y_poder>

Acesso em: 06 de mar. de 2014

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Lironk Lo Blanch, 1989.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Leviatã**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – **Novas demandas sociais, velhas (e demagógicas) soluções**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 250, p.1, set, 2013.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução de João Vasconcelos. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito in ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; Germando Schwartz. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. **Política criminal y técnica legislativa – Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda**. Granada: Editorial Comares, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2012.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal – Fundamentos e teoria do delito**. Tradução de Claudia Viana Garcia e Jose Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo – A terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá. 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. 1 ed em e-book baseada na 1 ed impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Thomson Reuters Proview software, ISBN 978-85-203-441-5.

NOGUEIRA NETO, João Baptista. **A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/729/1/jo%C3%A3o%20batista_final.pdf> Acesso em: 20 de fev. de 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal – Legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **Legislação penal do pânico como resposta à crise da segurança pública**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 14, n. 163, jun, 2006. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3227-> Acesso em: 24 de mar. de 2014

RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, V. I.

RAWLS, John. **Teoria de la justicia**. Tradução de Maria Dolores Gonzales. México: Fondo de Cultura Economica, 1995.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais** – Teoria e prática. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In KING, Michael; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. Colección Claves del derecho penal. V. 2.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal** – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Série as ciências criminais no século XXI. V. 11.

SLAIBI FILHO, Nagib. Texto, norma e valor – A evolução na Coonstituição Brasileira de 1988. in ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. (org) **Constitucionalismo e Estado**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o princípio constitucional da**

proporcionalidade. [Internet]. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33461-43110-1-PB.pdf>>
Acesso em: 21 de fev. de 2014.

VIANA, Lara Sanabria. **As recentes tendências da política criminal de emergência no direito penal brasileiro e os seus reflexos no campo dos direitos humanos.** 2010. 141 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, João Pessoa, 2010

VIANNA, Hebert. **O Calibre.** Intérprete: Os Paralamas do Sucesso. In: Os Paralamas do Sucesso. Longo Caminho. Guarulhos: EMI, 2002, 1 CD. (35 min). Faixa 1.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria.** Tradução de André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Falc%C3%A3o_-_Meninos_do_Tr%C3%A1fico> Acesso: em 09 de fev. de 2014.

ZACKSESKI, Cristina. Sistema Penal, Política criminal e outras políticas. In **Boletim IBCCRIM.** São Paulo: IBCCRIM, nº 172, mar, 2007. Disponível em:
<http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3385-Sistema-penal,-politica-criminal-e-outras-politicas> Acesso: em 16 de mar. de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, V. I.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito.** Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.