



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

LIDIANE DE VASCONCELOS ARAÚJO

**LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

FORTALEZA

2015

LIDIANE DE VASCONCELOS ARAÚJO

LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- A659I Araújo, Lidiane de Vasconcelos.
Legislação penal simbólica e suas implicações no direito penal brasileiro / Lidiane de Vasconcelos Araújo. – 2015.
87 f. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.
Área de Concentração: Direito Penal.
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.
1. Descriminalização. 2. Crime hediondo. 3. Aborto - Brasil. 4. Direito penal - Brasil. 5. Lavagem de dinheiro. 6. Crime e criminosos – Aspectos sociológicos - Brasil. I. Nepomuceno, Raul Carneiro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

LIDIANE DE VASCONCELOS ARAÚJO

LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, meu refúgio e minha fortaleza.

Aos meus pais, Liduína e Luiz Cláudio,
modelos de amor e dedicação.

Aos meus irmãos e sobrinhos, com quem
sei que posso incondicionalmente contar.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, por sempre me proteger, por me dar a força necessária para as minhas maiores realizações e objetivos e por me proporcionar tantas dádivas, como minha família e meus amigos. Meu Deus, muito obrigada!!!

Aos meus preciosos pais, que são exemplos de determinação e honestidade. Vocês não mediram esforços para me proporcionarem uma boa educação, bem como se doaram inteiramente para a concretização do meu sonho. Mamãe, quantas lágrimas derramamos juntas, mas conseguimos. Te AMO! Papai, meu eterno amigo, infelizmente, sua vida findou-se antes de ver esta conquista, mas sei que do Céu o senhor está vibrando. Obrigada por terem acreditado em mim!!! Esta conquista é dedicada a vocês!!!

Aos meus irmãos, Luis Carlos e Luiz Cláudio, e as minhas cunhadas, por todo apoio e carinho.

Aos meus sobrinhos, Lucas, Letícia, Larissa e Lara, por deixarem a minha vida mais leve e feliz para enfrentar esta árdua jornada.

À tia Maria de Jesus, por ter me ajudado no momento em que eu mais precisei. Tia, obrigada por todo apoio!

Aos demais familiares, que mesmo distantes, torceram por mim! Agradeço de coração o carinho, especialmente, ao meu avô Rossi e a minha tia Telma, sempre preocupados comigo!

Às amigas de colégio e de cursinho, Carla, Camilla e Glecyanne, por confiarem em meu potencial e por todo o apoio nesta longa caminhada. Quantos choros e risos! Que nossa amizade seja eterna! Amigas, consegui!!!

Aos amigos Tops que a faculdade me proporcionou e por quem tenho imenso carinho: Vanessa, Rodrigo César, Nádia, Saullo, Priscilla, Beatriz, Jáder, Leandro, Mateus, Jânio, Bruna Pinheiro, Naime e Alana. Amigos que levarei para a vida toda.

À melhor turma desta faculdade, Direito 2015.1 (noturno), especialmente, ao Victor, Thiago e Edson, por terem sempre me ajudado quando precisei. Victor, obrigada pelas caronas!!!

Aos amigos, Rozalina, Camila Fortaleza e Rodrigo Dias. Roza, queridinha, obrigada por todo carinho e incentivo! Camila, obrigada pelo apoio e pela torcida! Dr. Rodrigo Dias, futuro juiz federal, meu conselheiro de assuntos acadêmicos, que sempre acreditou em meu potencial, obrigada por todos os conselhos e por todas as dicas desde o semestre zero desta faculdade! Espero que nossa amizade perdure por longos anos!

Às procuradoras federais, doutoras Karina e Diana; aos servidores, Joãozinho e Beth; a minha companheira de estágio Alana, por todo o apoio e carinho! Neste estágio, vocês me proporcionaram ensinamentos que levarei por toda minha vida pessoal e profissional! Saudades de nossas conversas filosóficas!!!

À Profa. Liduína, por tudo que contribuiu para minha formação acadêmica. Obrigada por me ajudar toda vez que precisei, inclusive nesta fase final de monografia!

Ao Prof. Raul Nepomuceno, por ter aceitado, gentilmente, em ser meu orientador desde o oitavo semestre. Professor, muito justa a homenagem que fizeram ao senhor na X Semana do Direito da UFC. Obrigada por ser este profissional dedicado, competente e solícito com todos os alunos desta faculdade. Meu agradecimento pelos ensinamentos e pela paciência! Foi uma magnífica orientação!

Ao Prof. Samuel e ao Prof. Sérgio Rebouças, por terem, gentilmente, aceitado fazer parte da banca examinadora! Meu agradecimento pelas lições aprendidas!

Aos funcionários da Faculdade de Direito, em especial ao Sr. Moura, Caio, Fabrício, Marcelo, Moisés e Márcia.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da UFC, por terem sido compreensíveis comigo neste período de pesquisa. Obrigada pela força!

Agradeço, enfim, a todos os que contribuíram para a realização deste sonho! Foram muitos, eu sei! Peço que saibam que o meu coração está pleno de alegria e reconhecimento.

Sinto no meu corpo
A dor que me angustia
A lei ao meu redor
A lei que eu não queria
Estado violência
Estado hipocrisia
A lei que não é minha
A lei que eu não queria...

(Estado Violência, Titãs)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o fenômeno da Legislação Penal Simbólica, que tem sua origem na intervenção máxima do Direito Penal na sociedade. O Estado, pressionado pela população a encontrar soluções para os problemas sociais, edita normas penais e agrava as sanções já existentes, mesmo não tendo as mínimas condições para efetivá-las. O seu objetivo é acalmar a população e demonstrar a sua capacidade em resolver os problemas sociais. Na realidade, as soluções dos problemas são deixadas para um futuro indeterminado, logo o processo legiferante é utilizado, na maioria das vezes, como artimanha política pelos detentores do poder. Ressalta-se que este fenômeno traz implicações para o Direito Penal brasileiro, como a criminalização simbólica e a *descriminalização* informal. Desse modo, o que motivou este trabalho foi o aumento da criminalidade diante da hipertrofia legislativa. Surgiu, assim, a necessidade de compreender a Legislação Penal Simbólica e suas consequências para o ordenamento jurídico penal e para a sociedade brasileira. Para tanto, foi necessário pesquisar a evolução histórica da repressão social de condutas nocivas; a fundamentação do direito de punir; o conceito de simbólico; a definição da expressão legislação simbólica, sua tipologia, seus efeitos e sua aplicabilidade na realidade da sociedade brasileira. No cumprimento dessa tarefa, foram utilizados os métodos bibliográfico, comparativo e exploratório.

Palavras-chave: Legislação Penal Simbólica. Criminalização Simbólica. *Descriminalização* Informal.

ABSTRACT

The present work deals with the phenomenon of Symbolic criminal law, which has its origin in the maximum intervention of criminal law in society. The state, public pressure and finding solutions to social problems edit criminal laws and aggravate existing sanctions, even when not having the minimum condition to commit them. Its goal is to calm the population and demonstrate its ability to solve social problems. In fact, the solutions of the problems are left for an indefinite future, so the legislating process is used, most often as a political ploy by those in power. It is emphasized that this phenomenon has implications for the Brazilian criminal law, as the symbolic criminalization and informal *decriminalization*. Thus, what motivated this work was the rise in crime on the legislative hypertrophy. So, the need to understand the symbolic criminal law and its consequences for the criminal law and to the Brazilian society arose. Therefore, it was necessary to research the historical evolution of social repression of harmful behaviors; the grounds of the right to punish; the concept of symbolic; the definition of the term symbolic legislation, its type, its effects and its applicability in the reality of the Brazilian society. In fulfilling this task, literature, comparative and exploratory methods were used.

Key-words: Symbolic criminal law. Symbolic criminalization. Informal *decriminalization*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CP	Código Penal
GAFI	Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PDT	Partido Democrático Trabalhista
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	AS FUNÇÕES SOCIAIS DO DIREITO PENAL.....	14
2.1	Breve histórico da repressão social de condutas nocivas.....	14
2.2	Da fundamentação moral à proteção de bens jurídicos	19
2.2.1	<i>Diversos conceitos de bem jurídico penal.....</i>	<i>24</i>
2.3	Direito Penal e controle social.....	27
2.4	A função ético-social do Direito Penal.....	31
3	LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA.....	34
3.1	O elemento simbólico na sociedade e no Direito.....	34
3.2	Direito e política: a função simbólica da legislação.....	38
3.3	A Constitucionalização Simbólica.....	44
3.4	A função política da legislação penal.....	47
4	CRIMINALIZAÇÃO SIMBÓLICA E <i>DESCRIMINALIZAÇÃO</i> INFORMAL ...	53
4.1	Intervenção mínima e intervenção máxima do Direito Penal: as demandas políticas pelo Direito Penal.....	53
4.2	Criminalização simbólica no Direito Penal brasileiro.....	57
4.2.1	<i>Lei de Crimes Hediondos e a polêmica do art. 273 do Código Penal</i>	<i>57</i>
4.2.2	<i>Lei de Lavagem de Dinheiro e o relatório GAFI.....</i>	<i>65</i>
4.3	<i>Descriminalização</i> informal no Direito Penal brasileiro.....	70
4.3.1	<i>Aborto.....</i>	<i>72</i>
4.3.2	<i>Porte de drogas para consumo pessoal.....</i>	<i>77</i>
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
	REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

Desde que o homem passou a organizar-se em sociedades que ainda não eram politicamente organizadas, iniciou-se a história da repressão social de condutas nocivas. Esta repressão foi evoluindo, de acordo com o contexto social, ao longo da história, passando as penas de caráter retributivo e desproporcional para o caráter preventivo e humanitário.

No início, as penas eram utilizadas para castigar os infratores pelos delitos cometidos. O castigo era uma espécie de vingança da sociedade contra as pessoas que violavam as regras estabelecidas pelo corpo social. Estas tinham como escopo garantir a convivência social pacífica, bem como estabelecer condutas morais, éticas e de convicções religiosas. Desse modo, a fundamentação do direito de punir era baseada, essencialmente, na moral.

Com o passar do tempo, surgiu a ideia de bem jurídico, e o delito passou a ser considerado uma lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. A proteção do bem jurídico torna-se a função primordial do Direito Penal, passando a ser a fundamentação do Direito para punir.

Desta forma, o Estado Democrático de Direito passou a proteger os bens mais valiosos para a convivência humana. A escolha destes bens deveria ser feita levando em consideração os indivíduos e as suas necessidades dentro da sociedade. A partir do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o ordenamento jurídico penal foi sendo constituído.

Todavia, os índices de criminalidade foram crescendo, fosse devido ao aumento vertiginoso da população, fosse por fatores econômicos ou pela aplicabilidade insatisfatória da legislação penal brasileira.

Em relação à ineficácia da legislação penal brasileira, deve-se ressaltar que, segundo pesquisas realizadas pela Anistia Internacional no Brasil, uma organização não governamental, apenas 5% a 8% dos homicídios no Brasil tornam-se processos criminais, ou seja, matar, no país, trata-se de um crime quase impune¹.

Diante deste aumento da criminalidade, a população passa a exigir uma atuação mais rigorosa do Estado. Este, como reação ao clamor social, edita leis

¹PELLEGRINI, Marcelo. Violência: Brasil mata 82 jovens por dia. **Carta Capital**, São Paulo, 4 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/violencia-brasil-mata-82-jovens-por-dia-5716.html>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

tipificando condutas, bem como recrudescer as sanções já existentes, mesmo não havendo as mínimas condições para efetivá-las. O Estado possui apenas a finalidade de acalmar a população e demonstrar a capacidade em resolver os problemas sociais.

A reação estatal deu origem ao Direito Penal Simbólico. Este Direito proporcionou uma inflação legislativa penal. Hodiernamente, o Direito Penal brasileiro possui um código com 361 artigos, bem como possui uma ampla legislação penal extravagante, além de possuir uma série de tipos penais previstos em leis esparsas. Faz-se necessário mencionar que a Constituição Federal de 1988 também possui artigos dispondo sobre o tema. Entretanto, há um grave problema na aplicação destas leis.

Desse modo, considerando a extrema importância da efetividade destas leis penais para a sociedade, este trabalho tem como objetivo analisar a Legislação Penal Simbólica e suas implicações para o Direito Penal brasileiro.

No cumprimento dessa tarefa, serão utilizados os métodos bibliográfico, a partir de leituras de livros, artigos científicos, dissertações, monografias, notícias, dados oficiais publicados na internet e legislação pertinentes aos crimes hediondos, à lavagem de dinheiro, ao aborto e ao porte de droga para consumo pessoal; comparativo através de cotejos entre as legislações penais dispostas no tempo que se referem a mesma conduta; exploratório, por meio da busca de maiores informações e novos aspectos do fenômeno.

O trabalho está organizado em três partes. No primeiro capítulo, para uma melhor compreensão da temática, serão abordadas, de modo breve, a evolução histórica da repressão social de condutas nocivas e a fundamentação para aplicação das penas - da violação à moral ao bem jurídico penal. Ademais, haverá uma explanação sucinta sobre o controle que o Direito Penal exerce na sociedade e sua função ético-social.

No capítulo segundo, cerne para o entendimento deste trabalho, será levantado o sentido de simbólico empregado na expressão legislação simbólica, bem como haverá a definição do termo legislação simbólica e Constitucionalização Simbólica, teoria difundida no Brasil pelo professor Marcelo Neves. Neste contexto, serão estudadas as tipologias da legislação simbólica, seus efeitos e sua aplicabilidade na realidade brasileira. Por fim, serão abordadas a função simbólica da legislação e a função política da legislação penal.

No terceiro capítulo, será tratada a expansão do Direito Penal, bem como a relação entre o Direito Penal Máximo e a Legislação Penal Simbólica. Haverá também a demonstração das implicações da Legislação Penal Simbólica no Direito Penal brasileiro: criminalização simbólica e *descriminalização* informal.

Desta forma, possibilitar-se-á a compreensão de como ocorreu a expansão do Direito Penal, que deu origem ao Direito Penal Simbólico, e de suas implicações para o Direito Penal brasileiro.

Faz-se necessário, então, colocar o tema em discussão na sociedade, para que haja a busca de soluções para aplicabilidade satisfatória das leis presentes no ordenamento jurídico penal e as que irão surgir. Ressaltando que a criação de leis deveria ser por motivos estritamente relevantes, não para estabelecer condutas éticas, valores morais, religiosos e políticos na sociedade. Portanto, a intervenção do Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*, ou seja, o último instrumento utilizado para sancionar um fato desviado.

2 AS FUNÇÕES SOCIAIS DO DIREITO PENAL

Para uma melhor compreensão da Legislação Penal Simbólica e de suas implicações no Direito Penal brasileiro, faz-se necessário, inicialmente, abordar, de modo breve, a evolução histórica da repressão social de condutas nocivas e a fundamentação para aplicação das penas – da violação à moral ao bem jurídico penal. Ademais, haverá uma explanação sucinta sobre o controle que o Direito Penal exerce na sociedade e sua função ético-social.

2.1 Breve histórico da repressão social de condutas nocivas

A história da repressão social de condutas nocivas tem sua origem nos primórdios da humanidade, quando o homem passou a organizar-se em sociedades que ainda não eram politicamente organizadas. A partir de então, iniciou-se a criação de regras para um convívio social pacífico.

A interação social nem sempre foi harmônica dentro da mesma sociedade ou entre elas, já que alguns indivíduos violavam as regras estabelecidas pela sociedade. Iniciou-se, assim, o período das vinganças defensivas, mais conhecido como vingança penal. Este período dividiu-se em três fases: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Cumprido salientar que estas três fases não se sucederam umas às outras com extrema precisão, isto é, não se tratou de uma progressão sistemática. Uma fase conviveu com a outra por um período considerável até se tornar a orientação prevalente e, assim, sucessivamente. Desse modo, a divisão primordial foi por ideias, sendo a separação cronológica secundária.

Para Zaffaroni e Pierangeli², o caminho da repressão social de condutas nocivas não é tão linear nem “evolutivo”, já que se trata de uma luta duradoura e constante, na qual a vingança privada, a vingança pública e as tendências humanitaristas encontram-se em todos os períodos.

O primeiro tipo de vingança penal a ser conhecido é a vingança privada. Nesta fase, ao cometer-se um delito, ocorria a reação da vítima, dos parentes ou até do grupo social a que pertencesse a vítima, podendo não apenas atingir o ofensor,

²ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v.1, p.168.

como também o grupo a que pertencesse. A reação, quase sempre, não tinha limites, sendo desproporcional à ofensa.

Segundo Bitencourt³, se a infração fosse realizada por indivíduo da mesma sociedade, a punição era a “perda da paz”, deixando-o ao livre arbítrio de outras sociedades, que, na maioria das vezes, levá-lo-iam à morte. Caso a violação fosse praticada por alguém estranho à sociedade da vítima, a sanção era a “vingança de sangue” com sangrentas batalhas.

Tratava-se de uma reação natural e instintiva, não sendo uma reação de natureza jurídica. Nesse período, não havia uma ideia de direito e, conseqüentemente, de pena. A sociedade estava mais preocupada com a punição, não levando em consideração a proporcionalidade desta com o delito praticado pelo ofensor. Cumpre ressaltar que a punição, geralmente, recaía sobre o corpo do autor da ofensa.

Com a evolução da sociedade, o pensamento de conservação dos grupos sociais como garantia da própria existência do homem foi se desenvolvendo. Desse modo, surgiu a necessidade de limitar os abusos decorrentes da vingança privada.

A Lei de Talião e a Composição foram as duas regulamentações para este tipo de vingança. A primeira limitava a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado: “olho por olho, dente por dente”. Pode-se dizer que tratava da primeira tentativa de humanização e de proporcionalidade da sanção criminal. Com o passar do tempo, observou-se que o número de delitos estava aumentando, destarte, também o número de pessoas deformadas pela aplicação da Lei de Talião. Diante desta situação, surgiu a segunda regulamentação: a Composição. Tratava-se de um sistema em que o ofensor comprava sua liberdade, livrando-se da vingança do ofendido.

Diante do exposto, observa-se que não houve o desaparecimento da vingança privada. Ela apenas teve seus excessos contidos, havendo proporção entre a ofensa e a pena.

O segundo tipo de vingança penal é a vingança divina. Nesta fase, havia uma grande influência exercida pela religião na sociedade. O poder social era exercido em nome de Deus – Estado Teocrático, bem como a justiça e a punição do crime.

³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

Sobre o delito e a vingança divina, Shecaira e Corrêa Junior⁴ dissertam:

A legislação penal das civilizações do antigo oriente caracterizou-se pela natureza religiosa de suas normas. A lei origina-se da divindade e, portanto, seu agressor deve ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar sua benevolência.

Os delitos praticados pelo indivíduo eram considerados pecados, já que violavam a lei estabelecida por Deus. O fundamento que dominava a repressão era a satisfação da divindade, ofendida pelo delito. Punia-se com rigor, já que o castigo deveria ser proporcional à grandeza do Deus ofendido. Os castigos eram aplicados pelos sacerdotes, já que a divindade tinha delegado este poder para eles. A *vis corporis* era o meio usado como intimidação. As penas, na maioria das vezes, eram cruéis e desumanas.

Passado o tempo, as sociedades evoluíram em sua organização, principalmente, política. Desse modo, o Estado incumbiu-se do poder/dever de manter a ordem e a segurança social. Iniciou-se a fase da vingança pública.

Esta fase correspondeu ao período que o direito de punir passou a ser exercido pelo Estado, representado pela autoridade pública.

Ressalta-se que esta autoridade tratava-se do agente de punição, não sendo mais o ofendido ou os sacerdotes, mas o soberano que representava o interesse da comunidade.

Nos seus primórdios, a vingança pública tinha como escopo resguardar a segurança do monarca através das penas, que mantinham suas características de crueldade e severidade, visando à intimidação. Continuava o julgador agindo a sua revelia, cometendo, assim, inúmeras arbitrariedades. Neste sentido, Cordeiro⁵ comenta sobre o assunto:

No período absolutista, as penas aplicadas eram revestidas de intensa crueldade, mediante a prática de terríveis suplícios aos delinquentes, sob o duplo pretexto de intimidar os demais ao cometimento do crime, bem como para reafirmar o poder absoluto do rei.

⁴SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26-27.

⁵CORDEIRO, Grcianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro.** 2005.194 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005, p. 24.

A sanção penal, posteriormente, passou a ser vista como ferramenta do Estado para punir os transgressores, coibir a prática de delitos e garantir a paz social.

No decorrer do século XVIII, os pensadores, principalmente das correntes iluministas e humanitárias, começaram a defender que o Direito Penal deveria corrigir ou recuperar o infrator, humanizando as penas, ao invés de punir com o sentido de vingança. Ademais, defendiam que o direito de punir deveria passar das mãos do soberano para toda a sociedade, representada pelo Estado. Iniciava-se o período humanitário da pena.

Cumprе salientar que os iluministas proporcionaram, neste período, o surgimento de uma nova ideologia que ressoaria no campo do Direito Penal. Esta ideologia baseava-se na razão e na fixação legal das condutas delitivas e das penas.

Casas Fernandes⁶, a respeito da influência iluminista neste período, discorre:

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fiéis representantes, realizam uma severa crítica dos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente.

Cesar Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria, influenciado pelos pensamentos iluministas, publicou, em 1764, o livro *Dos Delitos e das Penas*, que tratava de uma reação liberal à severidade e à crueldade da legislação penal vigente, no qual as penas eram aplicadas de maneira desumana.

O Marquês de Beccaria adotou a concepção utilitarista da pena, ou seja, a pena deveria oferecer um benefício à sociedade: a prevenção de outros delitos, já que esta seria um exemplo para o futuro, não reportando uma vingança pelo ato cometido no passado. Desse modo, o marquês ressaltou o caráter preventivo da pena, opondo-se à postura vingativa e retribucionista. Para ele, as condutas criminosas praticadas pelos indivíduos deveriam ser inibidas através da certeza da aplicação das penas, mas não pela sua rigidez ou crueldade.

⁶CASAS FERNANDES. **Voltaire criminnalista**. Madrid, 1931, p. 27 *apud* BITENCOURT, 2011, p. 69.

Cumprir ressaltar que Beccaria defendia que não se poderia imputar crime a nenhum indivíduo, nem aplicar pena, sem que houvesse anteriormente ao crime uma norma jurídica expressa.

Ao apoiar-se na teoria do contrato social de Rousseau, ele defendia também a proporcionalidade entre os delitos e as penas e a humanização destas, logo ele foi contrário à tortura e à pena de morte.

Para Beccaria⁷, os homens, ao se reunirem em sociedade, cediam uma parte do seu direito de liberdade ao Estado, tendo como escopo a segurança e garantia da paz social. O Estado seria o somatório destas parcelas de liberdades cedidas. Logo, se o indivíduo infringisse a lei estabelecida na sociedade, a pena imposta deveria ser proporcional à parcela de liberdade cedida, já que este não se privou de todos os seus direitos, apenas de uma pequena parcela. Ademais, os homens, ao cederem a parcela de sua liberdade, não visavam à crueldade e à severidade na aplicabilidade das penas.

Ao escrever o livro dos Delitos e das Penas, Beccaria tornou-se um dos principais precursores da Escola Clássica. Anselmo Von Feuerbach e Francesco Carrara também fizeram parte desta Escola. Ressalta-se que o nome Escola Clássica foi dado pelos positivistas, com conotação pejorativa, tendo como escopo passar a ideia de algo antigo e ultrapassado.

Esta Escola surgiu da reação ao absolutismo e ao arbítrio do Estado. Para eles, a pena tratava-se de uma medida repressiva, que era aplicada ao indivíduo que praticou o crime com vontade livre e consciente, garantido a este o princípio da proporcionalidade da pena. Além disso, a pena tinha como finalidade a restauração da ordem da sociedade, que foi violada pelo crime, e a tutela dos cidadãos.

No final do século XIX, a Escola Positivista surgiu dentro do Período Científico, mais conhecido como Período Criminológico. Iniciou-se o período, cuja principal finalidade era saber os motivos que levaram o indivíduo a praticar o crime.

A Escola Clássica recebeu forte oposição da Escola Positivista. Neste sentido, García-Pablos de Molina e Gomes⁸ discorrem:

⁷BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p.16-18.

⁸GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do direito penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b, v.1, p. 96.

Os principais postulados da *Scuola* positiva (o crime é um fato real, não um ente jurídico; o fundamental é o conceito natural de delito, não o jurídico; o primordial é o delinquente, não o delito; delinquente é um ser diverso, anormal; castiga-se o agente do fato – o autor - não o fato do agente; as medidas de segurança devem tomar o lugar da pena; determinismo no lugar do livre arbítrio; princípio da responsabilidade social em substituição à individual etc.) são extraídos do seu contraste com a Escola Clássica.

Em suma, a Escola Positivista, cujos seus principais expoentes foram Cesar Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, privilegiava os interesses sociais em relação aos individuais, logo a ressocialização do indivíduo que praticou o crime assumia uma posição secundária. A aplicação da pena passou a ser uma reação natural da sociedade contra a anormalidade do delinquente. Costa⁹ comenta:

Admitindo o delito e o delinquente como patologias sociais, dispensava a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais. A pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo, reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos não são a natureza e a gravidade do crime, mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua periculosidade.

A proporção do castigo era dada pela periculosidade do delinquente, não pela gravidade do crime. Desse modo, os positivistas priorizavam os tratamentos e as medidas, ao invés da pena igual para todos os delinquentes, tendo a necessidade de um sistema individualizador para cada anomalia.

Diante deste breve histórico de repressão à condutas nocivas, percebe-se que o *ius puniendi* deixou de ter vários titulares (senhores feudais, Igreja, dentre outros) para possuir somente um titular: o Estado. Este monopolizou a repressão, tornando-a intransferível e indelegável. A partir de então, numerosos estudiosos do Direito Penal buscaram incessantemente a forma ideal que o Estado deve possuir para prevenir e reprimir o delito, não se esquecendo da humanização da pena e do seu ideal reabilitador.

2.2 Da fundamentação moral à proteção de bens jurídicos

Dos primórdios da humanidade até o século XVIII, a maioria dos estudiosos defendia que a pena imposta ao infrator tinha caráter retribucionista, isto é, nenhum delito jamais poderia ficar sem castigo.

⁹COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la Historia de la Filosofía*. México, 1953, p. 153 *apud* BITENCOURT, 2011, p. 86.

O homem, de acordo com o pensamento do período, tinha a capacidade de se autodeterminar, ou seja, possuía o livre-arbítrio, sendo moralmente livre, logo deveria sofrer a punição pelo que fazia de errado. Aragão¹⁰ comenta:

O criminoso é penalmente responsável, porque tem a responsabilidade moral e é moralmente responsável porque possui o livre-arbítrio. Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação às penas que se impõem aos delinquentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária.

O delito consistia na violação das regras estabelecidas pela sociedade. Estas tinham como escopo garantir a convivência social pacífica, bem como estabelecer condutas morais, éticas e de convicções religiosas. Desse modo, a fundamentação do direito de punir era baseada, essencialmente, na moral.

A pena era a retribuição pelo ato culpável e moralmente reprovável praticado pelo infrator, não buscando como fim supremo a prevenção para o futuro. Em suma, a punição era uma retribuição moral pelo fato cometido no passado.

No final do século XVIII, a doutrina jurídica privatista de Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach ganhou destaque ao desenvolver a teoria dos direitos subjetivos. De acordo com Godoy¹¹, para Feuerbach, o delito seria a violação de um direito subjetivo, ou seja, o Estado só poderia intervir penalmente se algum direito do cidadão fosse lesionado. Assim, o Direito Penal apresentava-se como protetor dos direitos dos indivíduos e do Estado. A definição de crime estava subordinada à preservação da liberdade do indivíduo, princípio material, e o Estado só poderia incriminar condutas que violassem os direitos subjetivos e implicassem em dano social.

Birnbaum, em 1834, introduziu a ideia de bem material no Direito Penal como objeto de tutela, substituindo, assim, a teoria dos direitos subjetivos. Para ele, o delito ocorreria se o bem estivesse no mundo da realidade, fosse importante para o indivíduo ou para a coletividade e fosse lesionado pela ação delitativa. Os direitos,

¹⁰ARAGÃO, Antonio Moniz Sodrêde de. **As três escolas penais**. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1977. p. 59 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

¹¹GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 21.

per se, não poderiam ser lesionados ou posto em perigo concreto. Neste sentido, García-Pablos de Molina e Gomes¹² comentam:

Como se vê, Birnbaum não falou diretamente em bem jurídico, mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no Direito penal a ideia de bem (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo, que via na danosidade social e na violação de direitos subjetivos os fundamentos da punição estatal.

Os direitos, enquanto tais, afirmava-se, não podiam ser lesionados nem postos concretamente em perigo. Exclusivamente o bem, em sua realidade existencial, pode sê-lo. No homicídio, portanto, o que resulta lesionado não é o direito subjetivo à vida, senão a própria vida, que conta com a realidade existencial.

Na fase positivista, as definições de bem jurídico de Karl Binding e von Liszt destacam-se.

Segundo Godoy¹³, para Binding, o bem jurídico é tudo aquilo que o legislador, ao elaborar a norma penal, entende como importante e relevante para a vida coletiva, isto é, a norma define quais os bens jurídicos que possuem valor e devem ser protegidos.

Esta teoria possibilitou uma maior intervenção estatal, já que o legislador poderia criminalizar tudo aquilo que considerasse importante para uma convivência social pacífica. Os bens jurídicos eram estabelecidos arbitrariamente pelo legislador.

Fazendo oposição a este pensamento, von Liszt conceitua bem jurídico. Assim, Prado¹⁴ resume a ideia de von Liszt:

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

Desse modo, para von Liszt, o bem jurídico é o interesse vital do indivíduo ou da coletividade protegido juridicamente. Esse interesse não é criado pela ordem jurídica, mas pela vida, já que é o resultado das relações sociais.

¹²GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 277.

¹³GODOY, 2010, p. 24.

¹⁴PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

García-Pablos de Molina e Gomes¹⁵ estabelecem sinteticamente a diferença entre os dois positivistas:

Se para Binding o conceito de bem jurídico é exclusivamente jurídico, uma criação livre do legislador (intrassistemático), para von Liszt não existiria essa liberdade absoluta porque o interesse vital que o Direito transforma em bem jurídico está presente nas relações sociais. De qualquer modo, como cabe à norma a missão de elevar o bem da vida à condição de bem jurídico, não há dúvida de que se está diante de um juízo de valor do Estado.

Em meados do século XX, surge, de acordo com Godoy¹⁶, o entendimento de bem jurídico a partir de uma visão neokantista, em que a noção do individual (sujeito) é substituída pela de totalidade, bem como o bem material cede lugar para o hipotético valor cultural.

Prado¹⁷ descreve resumidamente a visão neokantista de bem jurídico:

Conforme diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como valor cultural, sendo que “sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao ‘valorativo’, em vez de situá-lo diretamente no terreno do ‘social’”. Procura-se vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo. A essência da noção de bem jurídico tutelado deriva, de modo necessário, dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinaram.

Em síntese: para tal concepção, bem jurídico vem a ser um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: “valor ideal da ordem social juridicamente protegido”.

Conclui-se que o bem jurídico existe devido à elaboração e à finalidade da norma, já que seu valor identifica-se com esta. Assim, o bem jurídico é o fim que o legislador estabeleceu ao descrever a norma penal. Como resultado de uma atitude discricionária do legislador, o bem jurídico perde sua capacidade de limitar o direito de punir, servindo-se para os ideais dos regimes totalitários da época.

Com o passar do tempo, a noção de bem jurídico continuou evoluindo, chegando às concepções modernas, como as teorias sociológicas ou funcionalistas e as constitucionais.

Pode-se destacar entre os principais representantes da teoria sociológica K. Amelung, G. Jakobs, W. Hassemer, R. P. Callies, entre outros.

¹⁵GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 279.

¹⁶GODOY, 2010, p. 26-27.

¹⁷PRADO, 2015, p. 39-40.

Segundo Hassemer¹⁸, os bens jurídicos devem ser selecionados de acordo com uma hierarquia de valores e com as reais necessidades da sociedade, logo o legislador não agiria discricionariamente na seleção dos bens jurídicos, já que estaria vinculado a uma escala de valores.

Amelung¹⁹ defendeu a substituição do conceito de bem jurídico pelo de nocividade social. O delito não é para ser visto como um fato que lesiona ou põe em perigo um bem, mas como um comportamento socialmente danoso.

A pena, para Jakobs²⁰, não repara bens, mas confirma a norma. O Direito Penal reage à transgressão da norma, protegendo a sua vigência. Prado²¹ acrescenta que Jakobs dizia que a missão do Direito Penal é de estabilizar a ordem social através de imputação de condutas. O delito seria a transgressão da norma penal, e a sanção seria o restabelecimento à obediência ao Direito.

García-Pablos de Molina e Gomes²² resumem as teorias sociológicas:

As orientações funcionalistas, em síntese, afirmam que os objetos de proteção penal devem ser entendidos em sua dimensão social como condições necessárias para a conservação de uma determinada ordem social. A base comum das teorias sistêmicas é a danosidade social, que é um conceito exageradamente aberto e criticável. [...] O bem jurídico parece mais expressão da *ratio legis* que do autêntico bem tutelado.

Nenhuma das teorias sociológicas, segundo Prado²³, conseguiu definir o conceito material de bem jurídico, não explicando o que o delito lesiona nem o motivo que uma sociedade criminaliza certas condutas. Observa-se, portanto, que o legislador ordinário não se vincula por ter escolhido tipos incriminadores e suas respectivas sanções nem dificulta o arbítrio do intérprete na busca dos objetos de proteção, havendo uma ineficácia delimitadora. Assim, o Estado poderia criminalizar valores morais, argumentando a disfuncionalidade do sistema.

Por fim, deve-se ressaltar as teorias constitucionais do bem jurídico, no qual procura estabelecer meios para limitar o legislador ordinário no momento da criação do ilícito penal.

¹⁸HASSEMER, Winfried, 1973 *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 281.

¹⁹AMELUNG *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 281.

²⁰JAKOBS, Günther. **Derecho penal: fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p.12-14.

²¹PRADO, 2015, p. 42.

²²GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 283.

²³PRADO, *op. cit.*, p. 45.

De acordo com os defensores das teorias constitucionais, a definição de bem jurídico deve ser extraída da Constituição.

Estas teorias são classificadas em teorias de caráter geral ou amplo e de fundamento constitucional estrito. Para as primeiras, a Constituição serve de marco de referência para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem ser taxativa, desse modo, o legislador pode criminalizar uma conduta que não esteja na Constituição, desde que não seja contrária à ordem constitucional. Enquanto que para as segundas, a Constituição determina taxativamente (explícito ou não) quais os bens jurídicos deverão ser penalmente tutelados, ou seja, relevantes socialmente.

Ressalta Bianchini²⁴ sobre o bem jurídico penalmente tutelado:

Assim, é imperioso que o bem jurídico penalmente tutelado tenha, ao menos implicitamente, respaldo na ordem constitucional, sob pena de faltarlhe dignidade jurídica. Desse modo, tem-se como inconcebível a tutela penal de bens não consagrados constitucionalmente como objeto de proteção jurídico-penal, ou, por outro lado, que colidam com os valores albergados pela Carta Magna, uma vez que na Constituição estão escritos os valores supremos da sociedade que a editou.

Desse modo, conclui-se que, de acordo com estas teorias constitucionais, o legislador ordinário só poderá incriminar uma conduta quando atingir um bem socialmente relevante, amparado pela Constituição, logo não deve haver contrariedade entre o bem protegido e a Constituição.

2.2.1 Diversos conceitos de bem jurídico penal

O conceito de bem jurídico penal não é preciso, possuindo assim inúmeras controvérsias. Ele é o produto das relações sociais de um período, logo varia de acordo com o contexto histórico e jurídico sob o qual é estabelecido. Diferentemente do que ocorre com a definição de delito que trata da lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.

Para Welzel²⁵, “[...] o bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. [...] é todo estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões”.

²⁴BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43 *apud* SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013a, p. 69. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

Jescheck²⁶ discorre que “[...] são bens vitais e indispensáveis para a convivência humana em comunidade que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal.”

Na concepção de García-Pablos de Molina e Gomes²⁷:

O bem jurídico-penal, por seu turno, compreende os bens existenciais (pessoais) valorados positivamente pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal (bem jurídico-penal = bem existencial + valoração positiva + tutela por uma norma penal).

Para Prado²⁸, bem jurídico “[...] é um juízo positivo de valor acerca de um determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.” Ademais, ressalta o autor²⁹ que “[...] se trata de um conceito valorado e relativo, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural”. Ele alega que o bem jurídico é encontrado na própria Constituição.

Roxin³⁰ define o bem jurídico como:

[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli³¹, o bem jurídico penalmente tutelado é “[...] a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”, ou seja, os bens jurídicos são os direitos que o indivíduo tem a dispor de certos objetos. Ressaltam os autores “[...] quando uma conduta nos impede ou

²⁵WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte geral. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 5 *apud* SILVA, 2013a, p. 71.

²⁶JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 6 *apud* SILVA, 2013a, p. 71.

²⁷GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 254.

²⁸PRADO, 2015, p. 128.

²⁹*Ibid.*, p. 145.

³⁰ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

³¹ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, v. 1, p. 416.

perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.”

Para Bianchini³², o bem jurídico é “[...] um produto da sociedade, o que limita a intervenção do direito penal à necessária prevenção de danos sociais, não lhe permitindo salvaguardar concepções de índole ideológica ou moral [...]”.

Diante de todo o exposto, observa-se, ao longo da evolução do Direito Penal, a busca incessante dos estudiosos em estabelecer a justificativa da punição e quais os limites desta punição.

Inicialmente, a pena era aplicada como forma de castigo ao infrator por ter praticado o delito. Nesta época, o delito era considerado como algo moralmente errado na sociedade. Com o passar do tempo, surgiu a ideia de bem jurídico, e o delito passou a ser considerado uma lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. A proteção do bem jurídico torna-se a função primordial do Direito Penal.

Apesar da divergência do conceito de bem jurídico e de sua difícil identificação, sabe-se que o Estado Democrático de Direito deve proteger os bens mais valiosos para a convivência humana. A escolha destes bens deve ser feita levando em consideração os indivíduos e as suas necessidades dentro da sociedade. Trata-se do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

A proteção do bem jurídico pelo Direito Penal limita o *ius puniendi* estatal, logo, segundo García-Pablos de Molina e Gomes³³:

O Direito Penal não tem como missão punir as intenções ou mesmo contemplar normativa e coercitivamente meras posturas morais ou éticas ou ainda ideológicas, ou mesmo sancionar a quebra de determinados valores (ideologicamente determinados).

Neste mesmo sentido, Roxin³⁴ discorre:

O Direito penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos.
[...] A moralidade já não é protegido jurídico penalmente, porque não é um bem jurídico.

³²BIANCHINI, 2002, p. 35 *apud* SILVA, 2013a, p. 71.

³³GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 252-253.

³⁴ROXIN, 2009, p. 12-13.

Assim, o Direito Penal não pode criminalizar atitudes éticas ou morais, ou seja, não pode sancionar o indivíduo pelo o que é ou pelo que ele pensa, como ocorria frequentemente até o século XVIII, mas, sim, pelo que ele faz.

García-Pablos de Molina e Gomes³⁵ ressaltam que “[...] o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos coaduna-se, na verdade, com o Direito penal de fato (cada um deve ser responsabilizado penalmente pelo que faz)”.

Por fim, eles³⁶ salientam que, ao ser estabelecida, a norma penal tem como escopo servir de meio ou instrumento de defesa de um bem valioso. Ela não tem como finalidade a mera proibição ou castigo, mas, sim, de tornar possível a convivência e a paz social.

2.3 Direito Penal e controle social

Ao organizar-se em sociedade, a interação entre os homens, progressivamente, tornou-se intensa, surgindo, assim, os conflitos que necessitavam de soluções rápidas. A maioria destes conflitos era devido ao desrespeito aos modelos e às normas de condutas eleitos pela sociedade.

Para garantir a convivência pacífica entre os membros de uma determinada sociedade e a estabilidade e sobrevivência desta, seria necessário criar mecanismos que assegurassem a obediência dos indivíduos a estes modelos e a estas normas. Surgiu a ideia de controle social.

Shecaira³⁷ define controle social como “[...] conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e às normas comunitários”.

Nesta mesma tendência de pensamento, García-Pablos de Molina e Gomes³⁸ definem controle social:

O sistema de controle social compreende o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas comunitários. Dele fazem parte:

a) Numerosos *sistemas normativos* (a ética, o Direito civil, o Direito penal, o Direito trabalhista etc.);

³⁵GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, p. 253.

³⁶*Ibid.*, p. 198.

³⁷SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

³⁸GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, *op. cit.*, p. 31.

- b) Diversos *órgãos ou agentes* (a família, a Igreja, os partidos políticos, os sindicatos, a Justiça etc.);
- c) Variadas *estratégias* de atuação ou respostas (repressão, prevenção, ressocialização etc.);
- d) diferentes modalidades de *conseqüências* (*positivas*, como ascensões, distinções, boa reputação etc. ou *negativas* – *que são as sanções*: reparação de dano, sanção pecuniária, privação de liberdade, restrição de direitos etc.);
- e) bem como particulares *destinatários* (estratos sociais desfavorecidos, estratos sociais privilegiados, criminoso potencial, vítima potencial etc.).

O controle social subdivide-se em controle social informal e formal. Ambos encontram-se sincronizados.

Na esfera civil, o controle social informal está mais presente, tendo como seus agentes a família, a escola, a profissão, os grupos de pressão, a opinião pública, dentre outros. Estes agentes atuam educando, disciplinando o indivíduo desde o núcleo familiar, ou seja, procuram socializá-lo. Trata-se de um processo longo e gradativo de educação, visando à assimilação, pelo indivíduo, de valores e condutas estabelecidos na sociedade, bem como ao conformismo do indivíduo. Esse controle não se utiliza da coerção estatal, apenas de reprovações morais.

Quando o controle social informal falha ou fracassa, passa a atuar o controle social formal. Este é marcado pela atuação política do Estado. Normalmente ocorre quando o indivíduo ofende de maneira grave o bem jurídico tutelado. Os agentes responsáveis por este controle são: as polícias, a Justiça, o Exército, o Ministério Público, a administração penitenciária, dentre outros. Esse tipo de controle é caracterizado pelo atuar coercitivo e pelas penalidades distintas das sanções sociais. As penalidades, de acordo com García-Pablos de Molina e Gomes³⁹, são estigmatizantes, pois atribuem ao infrator o *status* de delinquente e perigoso.

O Direito Penal é um dos instrumentos mais agressivos de controle social formal. Segundo García-Pablos de Molina e Gomes⁴⁰, o Estado utiliza-se deste instrumento para servir-se de um determinado sistema normativo que delinea as condutas do indivíduo, impondo-lhe obrigações de agir e proibições. Ao infringir estas condutas, o indivíduo ofende a um bem jurídico relevante para a sociedade, logo o Estado castiga com sanções de peculiar gravidade.

³⁹GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a, v. 5, p. 126.

⁴⁰GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, v. 1, p. 29.

O Estado tem como escopo assegurar a mínima “disciplina social”, bem como a convivência harmônica entre os membros da sociedade. Percebe-se, assim, que o Direito Penal representa um sistema normativo mais formalizado, tendo condutas, fins e meios pré-estabelecidos através de normas. Há uma rigorosa formalização de seu agir.

O controle social penal é estigmatizante, já que o infrator, de acordo com Shecaira⁴¹, ao receber a sanção referente à conduta desviada que praticou, ganha o *status* de delinquente, desviado ou perigoso, podendo desencadear “desviações secundárias e carreiras criminais”.

Diante da agressividade do controle social penal, conclui-se que ele tem uma natureza subsidiária, já que deve ser o último mecanismo a ser acionado para sancionar o fato desviado. Primeiramente, o controle social informal deve atuar, caso falhe, fracasse ou a gravidade do conflito requeira uma atitude mais drástica, recorre-se ao controle social penal.

Roxin⁴² e García-Pablos de Molina e Gomes⁴³, respectivamente, discorrem sobre o Direito Penal:

A função do Direito penal está em garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas políticos-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

O Direito penal só protege os bens mais valiosos para a convivência humana; o faz, ademais, exclusivamente diante dos ataques mais intoleráveis de que possam ser objeto (natureza “fragmentária” da intervenção penal); e quando não existem outros meios mais eficazes, de natureza não penal, para salvaguardá-los (natureza “subsidiária” do Direito penal).

É oportuno ressaltar que o controle social penal, segundo García-Pablos de Molina e Gomes⁴⁴, constitui um dos objetivos metodológicos da teoria do *labelling approach*. Trata-se de um movimento criminológico surgido na década de 1960, sendo uma referência da chamada teoria do conflito.

Para o *labelling approach*, o Direito Penal não protege os interesses gerais nem conceitua “materialmente” o delito. De acordo com estes teóricos, a criminalidade não possui uma natureza “ontológica”, senão “definitorial”. A conduta

⁴¹SHECAIRA, 2013, p. 57.

⁴²ROXIN, 2009, p. 16-17.

⁴³GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, v. 1, p. 199.

⁴⁴GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012a, v. 5, p. 127.

nociva é definida assim, não sendo uma conduta delituosa, *per se*, porque é socialmente nociva. Ademais, as características ou a natureza da conduta e a qualidade da ação não interessam, conferindo importância apenas a etiqueta que certos processos sociais de definição conferem a ela e a seu autor com independência do princípio do merecimento ou do fato⁴⁵.

Silva⁴⁶ comenta:

O delito não é uma qualidade de uma conduta, mas sim o resultado de uma definição através das instâncias de controle social. E esta definição recai de modo desigual em prejuízo dos extratos sociais mais baixos. As infrações penais se dão por igual em todas as classes sociais e a possibilidade de escapar a uma definição jurídico-penal cresce à medida que se sobe na hierarquia social: são os poderosos que se inserem no âmbito da “cifra negra”⁴⁷.

Percebe-se que a criação da lei penal e aplicação desta estão em função dos interesses dos grupos que detêm o poder. Desse modo, a Justiça penal e seus órgãos estão a serviço da classe dominante.

A teoria do *labelling approach*, de acordo com García-Pablos de Molina e Gomes⁴⁸, destaca três características do controle social penal:

[...] seu comportamento seletivo e discriminatório (o critério do *status* social prima sobre os dos merecimentos objetivos do autor da conduta); sua função constitutiva ou geradora de criminalidade (os agentes do controle social não “detectam” o infrator, mas antes “criam” a infração e etiquetam o culpado como tal); e o efeito estigmatizador do mesmo (marca o indivíduo, desencadeando a chamada “desviação secundária” e as “carreiras criminais”).

Observa-se que, para os defensores desta teoria, o controle social “cria” ou “configura” a criminalidade, não se limitando a “detectar” a criminalidade e a identificar o infrator. Desse modo, a lei não expressa os interesses gerais da sociedade nem o processo de aplicação da lei respeita a igualdade dos cidadãos. Os agentes do controle social formal não são transmissores da vontade geral, mas

⁴⁵GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, v. 1, p. 209.

⁴⁶SILVA, Rodrigues Medeiros da. **Os reflexos do “labelling approach” na vida social e na concretização de direitos fundamentais**. 2013. 92f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2013b, p. 41.

⁴⁷A “cifra negra” consiste nos crimes que são praticados, mas não aparecem nas estatísticas oficiais. Poucos são os delitos investigados, conseqüentemente, punidos. Desse modo, o risco de ser etiquetado, não depende da conduta, mas da hierarquia social do indivíduo.

⁴⁸GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012a, v. 5, p. 127.

“filtros a serviço de uma sociedade desigual que, por meio deles, perpetua suas estruturas de dominação e incrementa as injustiças que a caracterizam”⁴⁹.

Diante de tudo que o foi exposto, conclui-se que a rigidez apenas dos mecanismos de controle social formal, aumentando o número de leis e a aplicação destas sendo mais severas, não basta para prevenção eficaz do crime. A intervenção do Estado na conduta do indivíduo pressupõe o delito, não incidindo nos fatores que deram causa a esta conduta delituosa. A intervenção estatal, na maioria das vezes, é tardia, sendo menos eficaz.

Jeffery⁵⁰ menciona que “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos”. Desse modo, para haver um melhor resultado na prevenção do crime, é necessária uma maior integração entre o controle social formal e informal.

2.4 A função ético-social do Direito Penal

Os conceitos de missão e função possuem significados distintos na esfera penal. Por exemplo, as missões do Direito Penal representam suas finalidades, seus objetivos, suas metas queridas ou buscadas, como a diminuição da violência individual. Enquanto que as funções são as consequências não buscadas oficialmente pelo sistema, mas são reais, como a função instrumental de tutela dos bens jurídicos.

Capez⁵¹ define resumidamente a missão do Direito Penal:

A missão do Direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.

⁴⁹GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012a, v. 5, p. 126.

⁵⁰JEFFERY, C. P. Criminology as an interdisciplinary behavioral science. **Criminology**, 1978, p. 149-169 *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012a, v. 5, p.128.

⁵¹CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b, v. 1, p. 19.

Welzel⁵² afirma que o Direito Penal tem como principal escopo a proteção dos valores éticos e sociais da ordem social, ou seja, a proteção dos valores fundamentais da vida de uma sociedade, sendo a função preventiva consequência desta proteção.

A função do Direito Penal, para alguns estudiosos, é ético-social, isto é, consiste em criar, moldar costumes e educar condutas. Para eles, o desvalor da ação ou do ato é mais relevante do que o desvalor do resultado.

É oportuno salientar que toda ação humana pode ser analisada por dois aspectos valorativos distintos: em face do resultado que a ação provocou, ou seja, em face da lesividade do resultado (desvalor do resultado) e em face da reprovabilidade da ação em si mesma (desvalor da ação)⁵³.

Os dois valores interessam ao Direito Penal. Welzel⁵⁴ disserta:

O Direito penal quer proteger, primeiramente, determinados bens da vida, da comunidade (valores efetivos, valores fáticos), como a vida, a saúde etc. (os chamados “bens jurídicos”), impondo uma consequência jurídica à lesão deles (desvalor do resultado). E consegue a proteção de tais bens jurídicos proibindo ou castigando condutas dirigidas a lesão deles: trata-se, portanto, de evitar o desvalor da conduta (ou seja, a realização de uma conduta desvalorada).

Segundo Capez⁵⁵, a ofensa ao bem jurídico tutelado pelo Estado tem como consequência, na maioria das vezes, um resultado indesejável. A conduta que trouxe este resultado pode ter se dado de diversas maneiras, como caso fortuito, força maior ou a partir de uma vontade consciente do autor da conduta. Desse modo, observa-se que nem todo resultado indesejável (desvalor do resultado) é proveniente de uma conduta negativa (desvalor da ação).

O Direito Penal, continua o escritor, deve se preocupar tanto com o desvalor do resultado quanto do ato, tendo como escopo não apenas ser o transmissor do medo e da coerção, mas dos deveres éticos pactuados entre o Estado e o indivíduo e entre indivíduos. Assim, o cidadão não deve praticar uma conduta por medo, mas, sim, pelo valor ético que foi difundido na sociedade. A formação de juízo ético entre as pessoas é extremamente essencial para a convivência pacífica dos membros da comunidade.

⁵²WELZEL, Hans, 1970 *apud* BITENCOURT, 2011, p. 38.

⁵³CAPEZ, 2012b, v. 1, p.19.

⁵⁴WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht**: einesystematische Darstellung. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969, p. 2 *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, v.1, p. 201-202.

⁵⁵CAPEZ, *op. cit.*, v.1, p.20.

Ao ofender um bem jurídico tutelado segundo a vontade consciente do autor da conduta, este infringe também os valores éticos, logo o Estado deve agir aplicando a sanção penal cabível ao caso concreto.

Caso o poder estatal puna de maneira diferente fatos semelhantes ou seja negligente em algumas situações, acaba por inserir na coletividade o pensamento de que os valores éticos e sociais não têm a menor relevância. Portanto, a população deixa de respeitá-los mesmo que haja, posteriormente, o recrudescimento da pena por parte do Estado⁵⁶.

O Estado vale-se frequentemente do Direito Penal para tornar mais rígidas as penas existentes ou tipificar mais condutas numa tentativa de ganhar a confiança e o respeito da população. Ademais, o Estado, através destes meios, busca que os indivíduos voltem a respeitar os valores éticos da sociedade numa tentativa também de diminuir o número de delitos.

Ressalta-se que alguns penalistas são contrários a esta ideia. Para eles, essa função moralizante e ética do Direito Penal não é característica deste Direito, mas, sim, a proteção dos bens jurídicos. “A função ético-social não é senão mais uma manifestação da chamada função promocional”⁵⁷.

Para Roxin⁵⁸, as condutas imorais ou antiéticas não podem ser objetos de proibição penal se não lesionarem de fato algum bem jurídico.

Neste mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli⁵⁹ discorrem:

A “moral pública” é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm.

Por fim, é oportuno mencionar Silva Sánchez: “um Estado democrático não pode aceitar que suas normas penais sejam o parâmetro de definição do ético e do antiético”⁶⁰.

⁵⁶CAPEZ, 2012b, v.1, p.21.

⁵⁷GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, v. 1, p. 205.

⁵⁸ROXIN, Claus. **Estudo de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37-38.

⁵⁹ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, v.1, p.418-419.

⁶⁰SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**, 1992, p.303 *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, v. 1, p. 205.

3 LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA

A sociedade moderna passa por uma sensação crescente de insegurança devido ao aumento da criminalidade e ao surgimento dos novos riscos sociais. Diante desta situação, a população clama ao Estado a busca de soluções rápidas para os problemas sociais. Este, tendo como escopo tranquilizar a população, edita normas penais ou modifica as já existentes, mas, geralmente, elas são dotadas de pouca efetividade, não conseguindo tutelar os bens jurídicos. A natureza político ideológica destas normas prevalece sobre a natureza normativo jurídica, resultando no fenômeno da Legislação Penal Simbólica.

Neste capítulo, cerne para o entendimento deste trabalho, será abordado, de modo breve, o sentido de simbólico empregado na expressão legislação simbólica, bem como haverá a definição do termo legislação simbólica e Constitucionalização Simbólica. Ademais, haverá a explanação sobre a função simbólica da legislação e a função política da legislação penal.

3.1 O elemento simbólico na sociedade e no Direito

Para a compreensão do tema Legislação Penal Simbólica, faz-se necessário entender o conceito de símbolo, simbólico e simbolismo para a sociedade, bem como estabelecer qual o sentido de simbólico no Direito, melhor dizendo, na expressão legislação simbólica.

Na linguagem comum, as palavras símbolo, simbolismo e simbólico possuem diversos significados. Por exemplo, uma das definições de símbolo é “figura ou imagem que representa à vista o que é puramente abstrato”. Em relação ao simbolismo, define-se como sinônimo de simbólico, bem como “expressão ou interpretação por meio de símbolos”. Por fim, simbólico é conceituado como “relativo a símbolo”⁶¹.

Estas definições, no entanto, estão longe de pôr fim às controvérsias que existem relacionadas aos termos nas mais diversas áreas do saber. Por exemplo, o significado do termo simbólico para uma determinada área é, às vezes, o significado de símbolo para outra.

⁶¹FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário do Aurélio**. Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

Ressalta-se que os termos símbolo, simbólico e simbolismo são utilizados nas distintas esferas de produção cultural da sociedade sem que haja uma definição prévia dos termos, já que, na maioria das vezes, cada esfera supõe que os termos utilizados por ela possuem definição clara, sem equívoco para as pessoas.

Esta concepção é considerada errônea para Neves⁶², pois estes termos são ambíguos na conotação de seus significados. Veja-se:

Os termos “simbólico”, “símbolo”, “simbolismo” etc. são utilizados nas diversas áreas da produção cultural, frequentemente sem que haja uma predefinição. A isso está subjacente a suposição de que se trata de expressões de significado evidente, unívoco, partilhado “universalmente” pelos seus utentes, quando, em verdade, nem sempre se está usando a mesma categoria. Ao contrário, estamos diante de um dos mais ambíguos termos da semântica social e cultural, cuja utilização consistente pressupõe, portanto, uma prévia delimitação do seu significado, principalmente para que não se caia em falácias da ambiguidade.

Os termos, continua Neves, são de suma importância na tradição filosófica e científica ocidental. De acordo com este pensamento, ele aborda, em sua obra, os significados dos termos para a psicanálise, a semiótica, a lógica e a sociologia.

Diante desta demonstração, o autor conclui que é necessário haver uma reflexão para saber qual o sentido que o termo simbólico é empregado no Direito, mais precisamente, na expressão legislação simbólica.

Não é oportuno tratar aqui das áreas do saber, citadas por Neves em seu livro, que conceituaram os termos simbólico, simbolismo e símbolo, pois as definições de simbólico não são compatíveis com o sentido utilizado na expressão legislação simbólica. Veja-se:

Em primeiro lugar, deve-se observar que a confusão de simbólico com semiótico, que se encontra nas concepções de Cassirer, Lévi-Strauss e Lacan, é incompatível com o uso da expressão “legislação simbólica”, uma vez que toda produção humana de sentido – portanto, também é legislação simbólica. Estaríamos, então, no caso, de uma tautologia.

[...] Talvez possa vislumbrar-se uma analogia com a concepção de simbolismo freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto.⁶³

⁶²NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.5.

⁶³*Ibid.*, p.21.

O simbolismo, segundo Freud, em seu sentido lato, é composto por símbolos que “traduzem” o pensamento do inconsciente para o consciente. Assim, a relação simbólica é a mediação entre o pensamento manifesto e o latente.

Freud definiu o significado manifesto como a narração feita pelo indivíduo sobre o sonho, tratando-se da experiência consciente durante o sono, enquanto o significado latente seria os desejos inconscientes, as ideias e os impulsos. Veja-se:

Todas as tentativas até hoje feitas de solucionar o problema dos sonhos têm lidado diretamente com seu conteúdo *manifesto*, tal como se apresenta em nossa memória. Todas essas tentativas esforçaram-se para chegar a uma interpretação dos sonhos a partir de seu conteúdo manifesto, ou (quando não havia qualquer tentativa de interpretação) por formar um juízo quanto à natureza deles com base nesse mesmo conteúdo manifesto. Somos os únicos a levar algo mais em conta. Introduzimos uma nova classe de material psíquico entre o conteúdo manifesto dos sonhos e as conclusões de nossa investigação: a saber, seu conteúdo *latente*, ou (como dizemos) os “pensamentos do sonho”, obtidos por meio de nosso método. É desses pensamentos do sonho, e não do conteúdo manifesto de um sonho, que depreendemos seu sentido. Estamos, portanto, diante de uma nova tarefa que não tinha existência prévia, ou seja, a tarefa de investigar as relações entre o conteúdo manifesto dos sonhos e os pensamentos oníricos latentes, e de desvendar os processos pelos quais estes últimos se transformaram naquele⁶⁴.

Assim, fazendo uma analogia à concepção de simbolismo freudiana, Neves afirma que o termo simbólico, na expressão legislação simbólica, seria o significado latente prevalecendo sobre o manifesto. Ademais, o autor ressalta que o termo, nesta expressão, está intrinsecamente ligado à distinção entre as variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas.

Nas funções instrumentais, há uma ligação entre meio e fim, isto é, há uma tentativa racional de se alcançar o fim através de uma ação. Por exemplo, o legislador, ao elaborar uma norma, tem o escopo de alcançar resultados específicos mediante uma ação, enquanto que nas funções expressivas há “[...] uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade”⁶⁵. Já na função simbólica, não há uma relação direta entre meio e fim, o que existe é a linguagem latente sendo mais forte do que a manifesta, bem como o discurso conotativo sendo mais forte do que o denotativo.

⁶⁴FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos (I) (1900)**. Rio de Janeiro: Imago, 1972, v. 4, p.188-189.

⁶⁵NEVES, 2011, p.22.

É oportuno mencionar que, segundo Neves⁶⁶:

O simbólico importa uma linguagem ou discurso em que há um deslocamento do sentido para uma outra esfera de significações. O agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto [...] e prevalece em relação ao mesmo. Assim, por exemplo, o significado político latente de um texto de sentido manifestamente jurídico pode ser mais relevante do que este.

As diferenças entre estas três funções, de acordo com o autor⁶⁷, só existem na teoria, já que na prática dos sistemas sociais as três funções estão sempre presentes. Dizer que o Direito possui uma função puramente instrumental é uma utopia em relação ao guiar o comportamento dos indivíduos apenas por normas jurídicas, bem como mencionar que o Direito possui uma função puramente simbólica, já que o Direito não tem apenas como escopo manipular a sociedade ou confortá-la sem levar em consideração o material jurídico da norma, ou seja, o efeito jurídico desejado. Logo, não se pode negar que o Direito tem uma função simbólica, não sendo puramente simbólica.

A legislação simbólica ocorre quando há um predomínio da função simbólica em relação às demais, ou seja, ocorre quando o texto normativo tem a função latente de natureza político simbólica mais forte na sociedade do que a função manifesta da norma jurídica, reguladora da sociedade através dos meios coercitivos.

Desse modo, conclui-se que o termo simbólico é um vocábulo ambíguo para a sociedade e para as diversas áreas do saber, sendo necessária a delimitação semântica do seu significado.

Após a delimitação semântica, observa-se que, para o Direito, o termo simbólico significa que a função latente de natureza político simbólica é mais forte na sociedade do que a função manifesta da norma jurídica.

⁶⁶NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, Salvador, n.4, p. 1-35, out./dez. 2005, p. 4. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/A-for%C3%A7a-simb%C3%B3lica-dos-DH-M-Neves1.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

⁶⁷NEVES, 2011, p.23.

3.2 Direito e política: a função simbólica da legislação

A função simbólica da legislação, conforme dito anteriormente, refere-se a uma das variáveis presentes na atividade legiferante e no texto produzido. Nesta função, a linguagem latente é mais forte do que a manifesta, bem como o discurso conotativo é mais forte que o denotativo.

A diferença entre a função instrumental e a simbólica está basicamente na intenção do legislador ao elaborar a norma e no seu produto (o texto produzido).

A função instrumental representa a função real do Direito, que é a de proteger os bens jurídicos tutelados pelo Estado. As leis têm como função ser meio para atingir a finalidade específica pretendida pelos legisladores. Para estes, o que importa é que a eficácia normativa tenha um resultado igual a sua intenção no momento de elaborar a norma. Enquanto que a função simbólica trata do efeito psicológico que as leis causam na sociedade. Os fins almejados pelo legislador, ao elaborar a lei, vão além do que efetivamente conseguirão cumprir. Não está relacionado intrinsecamente com a tutela dos bens jurídicos. Trata-se de um ato de gestos públicos para tranquilizar a população ou conseguir satisfazer a todos. Ao se pretender outro resultado além dos efeitos jurídicos desejados, tem-se uma função simbólica, mas não se pode esquecer que os interesses sociais que a possibilitam são extremamente importantes.

Faz-se necessário mencionar que, para Bourdieu⁶⁸, a função simbólica está relacionada intrinsecamente com os interesses da classe dominante. As leis elaboradas pelos legisladores servem para os interesses particulares desta classe, mas tendem a apresentar-se como interesses de toda a sociedade. A cultura dominante contribui para integração fictícia da sociedade no seu conjunto, para a legitimação da ordem estabelecida pela hierarquia social e para a legitimação destas hierarquias.

Diante do exposto, pode-se estabelecer o conceito de legislação simbólica. Logo, é oportuno citar a definição de Neves⁶⁹:

[...] o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando-se que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o

⁶⁸BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p.10.

⁶⁹NEVES, 2011, p.30-31.

aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou “político-ideológica”.

Percebe-se que a legislação simbólica pode ser definida como a produção de textos, cuja função latente de natureza político simbólica é mais relevante do que a função manifesta de natureza normativo jurídica, ou seja, há uma hipertrofia do sentido político simbólico em detrimento do sentido normativo jurídico do dispositivo legal.

Apoiando-se em Kindermann, Neves⁷⁰ apresenta três manifestações de legislação simbólica, classificadas de acordo com o conteúdo da lei. Assim, a legislação simbólica pode ser para confirmar valores sociais de um grupo em relação a outro; para demonstrar a capacidade de ação do Estado de lidar com situações e para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

O primeiro tipo de legislação simbólica está voltado para a confirmação de valores sociais. Este tipo consiste em exigir do legislador uma tomada de posição acerca dos conflitos sociais envolvendo valores. O legislador, ao tomar sua posição para elaborar a norma, confirma os valores defendidos por um grupo em detrimento do outro, logo o grupo perdedor terá condutas proibidas por defender valores diversos do grupo vitorioso. Trata-se de uma “vitória legislativa” em relação ao outro grupo, mostrando “superioridade”. A preocupação com a eficácia normativa da lei é deixada para segundo plano.

Exemplos de legislação simbólica para confirmação de valores sociais são: a “lei seca” nos Estados Unidos e o aborto na Alemanha. Em relação à “lei seca”, os defensores da proibição do consumo de bebidas alcoólicas estavam mais interessados na “vitória legislativa”, melhor dizendo, no *status* do que na eficácia normativa da lei. Da mesma forma ocorre no exemplo do aborto na Alemanha, os defensores da legalização do aborto estavam cientes de que a violação à norma estatal acontecia frequentemente e as punições eram raras, mas queriam a legalização, tendo como finalidade a confirmação de seus valores.

A legislação-álibi é o segundo tipo de legislação simbólica. Neste tipo, os legisladores, ao elaborarem normas, sob pressão da população, têm como escopo satisfazer as expectativas desta para demonstrar a capacidade do Estado em resolver problemas, reforçando, assim, a confiança dos cidadãos nos sistemas

⁷⁰NEVES, 2011, p.33.

político e jurídico estatal, ainda que não haja as mínimas condições das normas elaboradas serem efetivadas.

Este tipo de legislação pode acontecer em três situações: a primeira ocorre nos períodos eleitorais. Os políticos, durante a legislatura, procuram, na maioria das vezes, iniciar ou participar do processo legislativo, tendo como finalidade mostrar, na eleição subsequente, o seu desempenho para os eleitores a fim de se reelegerem ou mudarem de cargo com o maior número de eleitores simpatizantes, passando, por exemplo, de vereador para deputado estadual. Para o político, se a norma elaborada por ele é eficaz ou não, é irrelevante, estando, assim, sua eficácia no plano “secundário”.

A segunda situação ocorre quando a legislação-álibi, segundo Neves⁷¹, serve como instrumento para expor simbolicamente as instituições. Veja-se:

Um exemplo interessante é a legislação sobre os meios de comunicação nos Estados Unidos. As normas sobre controle da radiodifusão e da televisão teriam permanecido “sem efeitos regulativos reais”, mas teriam servido para dar “a aparência das precauções estatais por um mínimo de responsabilidade da mídia”, como também para “dissipar dúvidas sobre a racionalidade do sistema de mídia americano”, evitando possíveis reações de descontentamento dos cidadãos. Em casos como esse, a legislação-álibi não estaria vinculada a relações mais concretas entre políticos e eleitores ou entre governo/parlamento e pressões específicas do público, mas, sim, de forma mais genérica à exposição abstrata do Estado como instituição merecedora da confiança pública.

A legislação-álibi pode acontecer também quando a população, insatisfeita com determinados acontecimentos ou devido ao aparecimento de problemas sociais emergenciais, pressiona o Estado a encontrar uma solução imediata. Este, ao exercer a atividade legiferante, responde, na maioria das vezes, ao clamor social. Contudo as normas editadas não trazem a solução imediata dos problemas. Elas apenas servem para “ludibriar” o povo.

Cumprе ressaltar que a legislação-álibi é a mais importante dos três tipos de legislação simbólica, uma vez que o crime, na maioria das vezes, afeta o emocional das pessoas, gerando sentimentos de medo e insegurança. Ademais, a espetacularização de determinados crimes, realizada pela mídia, acentua estes sentimentos⁷².

⁷¹NEVES, 2011, p.38-39.

⁷²PINHEIRO, Ana Carolina Lucena. **A constitucionalização simbólica aplicada ao direito Penal**. 66f. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. p.21.

Assim, a população, diante da sensação de insegurança, pressiona o Estado a encontrar soluções. Na maioria das vezes, o Estado, através da atividade legiferante, “responde” à sociedade utilizando-se de duas possibilidades: tipificando condutas, ou seja, elaborando normas penais ou tornando as normas já existentes mais rigorosas, por exemplo, aumentando a sanção ou diminuindo as garantias do indivíduo no curso do processo. Desse modo, o Estado ganha a confiança pública.

A atitude estatal trata-se de um *álibi*, já que os pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor não existem, logo permanecem as lacunas que possibilitam a prática de atividades lesivas à população.

A legislação-*álibi* constitui uma maneira de manipular a opinião pública, já que o Estado tenta aparentar que está empenhado em solucionar os conflitos sociais ou, no mínimo, de acordo com Neves, está bem intencionado em resolvê-los, mas, na realidade, os problemas não são resolvidos. Ao contrário, este tipo de legislação dificulta encontrar alternativas para resolução dos problemas, porque, em tese, o Estado já agiu e resolveu os conflitos.

Ressalta-se que, às vezes, este tipo de legislação não tem êxito ao desempenhar sua função simbólica, pois quanto mais frequentemente é empregada, mas tende ao fracasso. A sociedade, em um determinado momento, passa a não mais acreditar no sistema político e jurídico. Surge o sentimento de que está sendo enganada pelas autoridades.

O terceiro tipo de legislação simbólica é a que tem como escopo o compromisso dilatatório, isto é, adiar a solução dos conflitos sociais.

Neste tipo, o diploma normativo é editado com a anuência dos grupos políticos envolvidos no conflito, já que estão cientes da ineficácia da respectiva lei. Por exemplo, o grupo favorável à mudança normativa se satisfaz com a edição da lei pela tomada de posição do legislador ou pela sanção imposta. O ato legislativo também atende ao interesse do grupo contrário, uma vez que o diploma normativo será ineficaz, mantendo-se o *status quo* vigente. O texto normativo não possui força normativa.

Segundo Neves⁷³, conclui-se que os grupos políticos entram em consenso não devido ao conteúdo do diploma normativo, mas ao fato da edição da

⁷³NEVES, 2011, p. 41.

lei proporcionar um desfecho aparente do conflito, adiando sua real solução para um futuro indeterminado. Pode-se citar como exemplo o caso da Lei norueguesa de 1948 sobre empregados domésticos.

Por fim, faz-se necessário abordar os efeitos da legislação simbólica.

Segundo Aubert⁷⁴, a legislação simbólica possui efeitos sociais latentes mais relevantes do que os efeitos manifestos. Desse modo, a função latente da legislação simbólica está relacionada com a ineficácia da norma, não se concretizando regularmente a relação hipotético-abstrata “se-então” da norma primária e da norma secundária.

Neves⁷⁵, ao abordar o assunto, acrescenta que a não aplicação da variável instrumental, caracterizada por uma relação de meio-fim, não é suficiente para uma legislação ser considerada simbólica. Veja-se:

[...] Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental “meio-fim” que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha a discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma lei. Sendo eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto-legal), embora inefetiva (não-realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica.

A legislação simbólica, continua o autor, não se determina pelo grau que uma norma deve ter de ineficácia, mas, sim, pela falta de vigência social da norma. É oportuno mencionar que a eficácia emerge do plano do “agir”, consistindo na regulação de uma conduta, enquanto que a vigência social, situada no plano do “vivenciar”, trata da asseguarção das expectativas normativas. No entanto, a regulação de condutas e a asseguarção de expectativas normativas complementam-se mutuamente, já que, de acordo Luhmann⁷⁶, “nenhum vivenciar é acessível sem o agir, nenhum agir é compreensível sem consideração do vivenciar do agente”.

Partindo da hipótese de que a legislação simbólica acontece quando a vigência social da norma é prejudicada, ou seja, o texto legal não é capaz de assegurar as expectativas normativas, bem como é incapaz de regular condutas, conclui-se que lhe falta normatividade.

⁷⁴AUBERT, Vilhelm, 1967 *apud* NEVES, 2011, p. 42.

⁷⁵NEVES, 2011, p. 51.

⁷⁶LUHMANN, Niklas, 1981, p. 85 *apud* NEVES, 2011, p. 52.

Cumprе ressaltar que a legislação simbólica não possui apenas efeitos negativos: falta de eficácia normativa e de vigência social. Ela possui efeitos positivos relevantes para o sistema político. Neste sentido, Neves⁷⁷ prepondera:

A legislação simbólica não se delinea, quanto aos efeitos, tão-somente em um sentido negativo: falta de eficácia normativa e vigência social. [...]. A legislação simbólica define-se também num sentido positivo: ela produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica. Não se distingue da legislação instrumental por não exercer influência sobre a conduta humana, mas sim pela forma como a exerce e pelo modelo de comportamento que influencia. Conforme o tipo de legislação simbólica, variarão, porém, os seus efeitos.

De acordo com o autor⁷⁸, os três efeitos da legislação simbólica para a confirmação de valores sociais são: o convencimento das pessoas de que o comportamento e as normas valorados como positivos são consistentes, confortando-as, já que seus interesses e sentimentos foram protegidos pelo Estado e incorporados pelo Direito; o respeito e o zelo das principais instituições da sociedade pela norma moral editada pelo legislador, mesmo que o texto legal não seja dotado de força normativo jurídica e, por fim, a determinação institucional de qual ideologia tem legitimação e dominação pública, gerando sérios conflitos sociais entre o grupo vencedor e o vencido.

Os efeitos da legislação-álibi são: a confiança da sociedade no Estado, já que este a engana ao aparentar que está empenhado em solucionar os conflitos sociais ou, no mínimo, está bem intencionado em resolvê-los, mas, na realidade, os problemas não são resolvidos; promoção eleitoral para os políticos que iniciaram ou participaram do processo legislativo, cuja eficácia da norma elaborada foi deixada no plano “secundário” e, finalmente, a confiança pública das instituições estatais que a utilizaram como instrumento para se expor simbolicamente.

Por fim, os efeitos da legislação simbólica como fórmula de compromisso dilatatório são de proporcionar um desfecho aparente de um conflito social, adiando a real solução para um futuro indeterminado. Desse modo, promove um consenso entre os grupos políticos antagônicos.

⁷⁷NEVES, 2011, p.53.

⁷⁸*Ibid.*, p.54.

3.3 A Constitucionalização Simbólica

Após o entendimento do conceito de legislação simbólica, de sua tipologia e seus efeitos, a definição do termo Constitucionalização Simbólica ficará mais compreensível.

Pode-se estabelecer, *a priori*, que Constitucionalização Simbólica significa a hipertrofia da função político simbólica em detrimento da força normativo jurídica do texto constitucional, diferenciando-se da legislação simbólica pela maior amplitude nas dimensões social, temporal e material. Veja-se:

A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto que na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional. Isso porque a Constituição, enquanto instância reflexiva fundamental do sistema jurídico, apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais, representa o processo mais abrangente de normatização no interior do direito positivo. Caso não seja construída normatividade suficiente durante o processo de concretização, de tal maneira que ao texto constitucional não corresponda estrutura normativa como conexão entre programa e âmbito normativos, a legislação ordinária como linguagem-objeto fica prejudicada em sua normatividade⁷⁹.

Oportuno mencionar a relação entre texto e realidade constitucionais obtida no processo de concretização normativa, citada por estudiosos, como Friedrich Müller e Peter Häberle.

Segundo Friedrich Müller⁸⁰, a norma jurídica é composta por dois elementos: o programa normativo, representado pelos dados linguísticos, e o âmbito normativo, referente aos fatores reais. A união destes dois elementos resulta na estrutura da norma jurídica. Logo, a concretização normativa ocorre quando há associação da interpretação aplicadora do texto normativo (programa normativo) com o conjunto de dados reais relevantes à sua concretização individual (âmbito normativo).

A concretização normativa, continua o autor, depende da propriedade dinâmica da norma jurídica de influenciar a realidade relacionada a ela, ao mesmo tempo que é influenciada e estruturada pela realidade. Neste sentido, conclui-se que

⁷⁹NEVES, 2011, p.54, 99-100.

⁸⁰MÜLLER, Friedrich, 1994 *apud* NEVES, 2011, p. 84-85.

a Constituição e as legislações infraconstitucionais tratam-se de textos legais, pois a norma jurídica somente será produzida ao longo do processo de concretização.

Para Peter Häberle, o texto constitucional só terá normatividade se toda a sociedade, incluindo os órgãos estatais e o poder público, estiver envolvida no processo de interpretação constitucional, ou seja, no processo de concretização constitucional⁸¹. Logo, a concretização normativa do texto constitucional ocorre no momento que termina o processo interpretativo realizado por todos os membros da sociedade, não se dando no instante em que a Constituição passa a ter validade no mundo jurídico⁸².

Diante dessas teorias, pode-se perceber que a Constitucionalização Simbólica possui sentido negativo e positivo. Em relação ao sentido negativo, o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo juridicamente de maneira generalizada.

Ao levar em consideração a teoria de Müller, infere-se que a Constitucionalização Simbólica acontece pela ineficácia normativa, ou seja, pela não correspondência entre o texto constitucional e o comportamento dos agentes públicos e privados, bem como pela ausência generalizada das expectativas normativas do dispositivo constitucional (vigência social das normas constitucionais escritas), faltando, assim, normatividade ao texto constitucional⁸³.

Na Constitucionalização Simbólica não há uma conexão razoável entre o programa normativo e o âmbito normativo. Logo, há um obstáculo para concretização dos programas normativos constitucionais devido a outros sistemas, como o político, econômico, ou seja, na esfera constitucional, há uma sobreposição dos códigos (ter/ não ter, poder/não poder, verdadeiro/falso) em relação ao código jurídico (lícito/ilícito) que deveria ser o mais relevante:

Nas palavras da metódica estruturante de Müller, por sua vez, não há integração suficiente entre o programa normativo e o âmbito normativo. Isto significa que a engenharia jurídica (composta pelos procedimentos, argumentos jusfilosóficos e institutos contidos no texto legal) não possui relevância funcional relativamente aos fatores reais do ambiente. No caso da constitucionalização simbólica, as ingerências dos sistemas político,

⁸¹HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação plularista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 12-13.

⁸²PINHEIRO, 2013, p.27.

⁸³NEVES, 2011, p. 92.

econômico, etc. bloqueiam, de maneira permanente e estrutural, a concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais⁸⁴.

O sentido negativo da Constitucionalização Simbólica, a partir da teoria de Häberle, está na não inclusão de toda a sociedade, melhor dizendo, dos cidadãos no processo de concretização constitucional. A sociedade não participa do processo de interpretação-aplicação da Constituição. Ademais, os dispositivos constitucionais são irrelevantes para os agentes públicos que são os intérpretes e aplicadores da Carta Política, sendo comum eles violarem, evadirem ou desviarem a finalidade do texto constitucional. Portanto, há um texto constitucional includente contrapondo-se a uma realidade excludente, tendo como consequência uma normatividade não generalizada nas esferas temporal, material e social⁸⁵.

Cumprido ressaltar que a Constitucionalização Simbólica possui um sentido positivo que está ligado ao sentido negativo. O sentido positivo acontece na medida em que a atividade constituinte e o texto constitucional possuem uma função político ideológica.

Como dito anteriormente, há uma hipertrofia da função político simbólica em detrimento da força normativa jurídica do texto constitucional. Assim, significa que a função do texto constitucional não é de regular condutas nem de assegurar expectativas conforme determinações jurídicas constitucionais, mas sim de responder aos interesses, às exigências e aos objetivos políticos concretos de maneira quase que imediata, isto é, responder aos clamores sociais, tendo como propósito um fim político de “ludibriar” a população. A concretização normativa do texto constitucional somente ocorreria se houvesse uma profunda transformação da sociedade, o que não interessa, na maioria das vezes, aos “donos do poder”.

A Constitucionalização Simbólica acaba servindo de instrumento de imunização para o sistema político, uma vez que constitui obstáculo para o encontro de alternativas para a transformação da sociedade. Se exceder os limites da função político ideológica, pode ocasionar a desconfiança da população nos órgãos estatais e nos agentes públicos incumbidos da manutenção do sistema político, levando a uma conscientização jurídica do povo e, conseqüentemente, a uma possível revolta.

⁸⁴RODRIGUES, Athanis Molas. A realidade constitucional brasileira e o processo de constitucionalização simbólica. **O Direito Alternativo**, São Paulo, v. 1, n.1, p.132-161, ago. 2011, p.151. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/293/349>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

⁸⁵NEVES, 2011, p.94.

3.4 A função política da legislação penal

O *ius puniendi*, conforme dito anteriormente, deixou de ter vários titulares, ao longo de sua evolução, para possuir somente um titular: o Estado, no qual monopolizou a repressão a condutas nocivas, tornando-a intransferível e indelegável.

Percebe-se, então, que o Estado passou a ter o direito de estabelecer normas penais (função legislativa/poder político penal), bem como o de exigir o cumprimento delas e de aplicar as penas quando forem violadas (função judicial).

O conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelo Estado, tendo como escopo tipificar condutas e estabelecer penas e medidas de segurança, caso haja violação destas normas, chama-se de Direito Penal. Sua função primordial é a de proteger os valores fundamentais para a convivência e a paz social, isto é, os bens jurídicos mais relevantes.

O Estado, ao aplicar a pena para o indivíduo que praticou violência, também pratica violência, bem como o estigmatiza, portanto, o Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*. Este só deveria ser aplicado diante de duas condições: quando houvesse violações intoleráveis a um bem jurídico e quando não existissem outros meios mais eficazes, de natureza não penal, para protegê-lo.

Atualmente, observa-se que o Direito Penal de *ultima ratio* está tornando-se *prima ratio*, uma vez que passou a ser o instrumento solucionador dos problemas da sociedade. Estes problemas estão relacionados ao aumento da criminalidade e dos novos riscos sociais.

Cumprе ressaltar que os novos riscos sociais são resultados do progresso tecnológico, que propicia o aumento da marginalidade devido à crescente desigualdade social, ocasionada em virtude da concentração de capitais nas mãos de uma pequena parcela da população, bem como propicia o surgimento de ameaças inerentes à era tecnológica, como a degradação ambiental, a manipulação e a fraude do sistema financeiro, os crimes virtuais, dentre outros.

Percebe-se que o Direito Penal expandiu-se, a fim de solucionar, conforme mencionado, os problemas sociais que surgiram e estão surgindo. Novos bens jurídicos passaram a ser tutelados pelo Direito Penal, conseqüentemente, novas leis penais emergenciais foram editadas.

Diante desta expansão, o Direito Penal brasileiro entrou em crise. A maioria dos crimes cometidos não são apurados pelas autoridades, e quando são apurados não há um cumprimento efetivo da condenação, logo há uma verdadeira impunidade, proporcionando um sentimento, cada vez maior, de insegurança na sociedade.

Esse sentimento de insegurança, somado à forte influência da mídia, que repete e dramatiza as notícias sobre violência, resultam em uma cultura punitiva. A população passa a clamar por segurança, a exigir uma maior atuação do Estado, visualizando a proteção penal como o verdadeiro garantidor da segurança e solucionador dos problemas sociais.

O legislador infraconstitucional, ao ser pressionado pelo clamor da sociedade, cria leis penais e/ou modifica as já existentes para satisfazer as expectativas da população, mas não há, na maioria das vezes, as mínimas condições de efetivá-las. Elas são incompatíveis com a realidade fática. A satisfação das expectativas da população, na realidade, é uma tentativa do Estado de acalmar a população. Este instrumento que o Estado utiliza é chamado de Legislação Penal Simbólica.

Este tipo de legislação consiste em um excesso de leis e em endurecimento das penas, já que tipifica condutas desnecessárias, bem como aumenta, de modo desproporcional e sem justificativa, as penas para condutas já criminalizadas, não atingindo a finalidade proposta para sua edição ou modificação. Veja-se:

Assim, os anseios punitivos da sociedade civil resultam em uma política criminal que funciona como política de segurança pública. Em desrespeito ao princípio da intervenção mínima, o que se vê é a excessiva criminalização de condutas, utilizando-se de tipos outrora excepcionais, como os tipos de perigo abstrato e os omissivos impróprios, além de normas penais em branco. Observa-se ainda o aumento das penas cominadas nos delitos e do rol de crimes hediondos, além do endurecimento da fase executiva da pena e da relativização de diversas garantias no curso do processo penal.

Todas essas alterações, contudo, não costumam culminar no objetivo proposto, qual seja, a redução efetiva da criminalidade. Nesse sentido, observa-se que as novas normas penais se revestem de uma função muito mais simbólica que normativo-jurídica.⁸⁶

⁸⁶PIRES, Josiane Corrêa. Legislação simbólica e expansão do direito penal: do caráter simbólico das novas leis penais. **R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ.**, Brasília, DF, v.1, n.6, p.329-358, 2012. Disponível em: <<http://www.mpdfpt.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/viewFile/150/182>>. Acesso em: 18 abr. 2015, p.336-337.

Verifica-se, portanto, que há uma hipertrofia legislativa, caracterizada pela função predominante simbólica das leis penais. Assim, a função latente de natureza político simbólica prepondera sobre a função manifesta de natureza normativo jurídica.

A Legislação Penal Simbólica, portanto, possui uma forte carga político ideológica, ao ser criada no sentido de satisfazer as expectativas da população e de confirmar valores sociais de determinados grupos, já que as normas editadas ou modificadas possuem pouca efetividade. Desse modo, não há redução da criminalidade, conseqüentemente, não há uma efetiva proteção aos bens jurídicos.

Neste sentido, Zaffaroni e Pierangeli⁸⁷ discorrem:

[...] a função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função puramente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo de insegurança.

Conforme mencionado anteriormente, Kindermann⁸⁸ propôs um modelo tricotômico para legislação simbólica, sendo classificada em três tipos a depender do conteúdo da lei. Assim, ela pode ser para confirmar valores sociais de um grupo em relação a outro; para demonstrar a capacidade de ação do Estado de lidar com situações e para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

Ressalta-se que este modelo tricotômico pode ser observado, em maior ou menor grau, nas leis penais.

A Legislação Penal Simbólica pode estar voltada para a confirmação de valores sociais. O legislador infraconstitucional, ao tipificar determinadas condutas, toma uma posição em favor de um determinado grupo, confirmando os valores defendidos por este em detrimento aos demais grupos. Trata-se de uma “vitória legislativa” de um grupo em relação ao outro, mostrando “superioridade”. A preocupação com a eficácia normativa da lei é deixada para segundo plano.

Este tipo de Legislação Penal Simbólica tem como exemplos a criminalização do aborto e do porte de drogas para consumo pessoal. Estes temas

⁸⁷ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, v.1, p. 19.

⁸⁸KINDERMANN, Harald, 1988 *apud* NEVES, 2011, p. 33.

são objetos de debates na sociedade, tendo argumentos a favor e contra a permanência da criminalização atual. Observa-se a prevalência de determinado valor defendido por um grupo em relação aos demais.

A criminalização destas condutas possui pouca efetividade, já que elas são amplamente praticadas pela sociedade. Desse modo, suas sanções não possuem nenhum poder intimidatório sobre a população. Por exemplo, poucos são os casos de aborto levados a conhecimento do Estado, e os que são levados, raros são julgados e condenados pelo Tribunal do Júri. Portanto, há uma verdadeira *descriminalização* informal na sociedade.

O segundo tipo de Legislação Penal Simbólica é a utilizada como forma de adiar conflitos sociais através do compromisso dilatatório. Ela consiste em proporcionar, conforme já dito, um desfecho aparente de um conflito social, adiando a real solução para um futuro indeterminado. Pode-se citar como exemplo deste tipo de legislação a edição de normas penais que objetivam a punição de condutas praticadas, na maioria das vezes, pela elite brasileira, como a Lei de Lavagem de Dinheiro.

Diante do sentimento de revolta da população perante certas condutas realizadas pela elite, o legislador as tipifica. As leis criadas têm pouca efetividade jurídica, já que possuem mecanismos brandos de punição, tais como as penas alternativas e as pecuniárias, bem como possuem dificuldades no campo probatório. Elas servem apenas para tranquilizar a população.

O desfecho aparente para o conflito social satisfaz temporariamente todas as partes envolvidas nesta situação. Os favoráveis à edição de normas mostram-se contentes com o novo diploma normativo, seja pela possibilidade de aplicações de penas ou seja pela tomada de posição do legislador infraconstitucional. Enquanto que os contrários encontram-se satisfeitos pela ineficácia normativa, isto é, pela manutenção do *status quo* vigente na prática. Desse modo, a real solução do conflito social é postergada para um futuro indeterminado.

Por fim, a legislação-álibi é o terceiro tipo de legislação simbólica. É a mais comum no âmbito penal. Ela consiste na tentativa do Estado de demonstrar à população que está atento e preocupado com os problemas da sociedade. Diante da pressão direta dos cidadãos, o legislador elabora as normas penais que servem como álibi para o Estado.

Estas normas têm como finalidade acalmar a população, já que não há as mínimas condições para efetivá-las, a não ser que haja uma profunda transformação na sociedade.

Nas últimas décadas, a maioria das normas penais editadas ou modificadas tinha como objetivos essenciais tipificar condutas, diminuir as garantias ao longo do processo e aumentar as penas.

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) e a criação do Regime Disciplinar Diferenciado são exemplos de legislação-álibi.

A Lei nº 8.072/90, mais conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, criou um rol de condutas sujeito a penas e execuções mais duras a partir do critério subjetivo de hediondez, tendo como escopo a redução da criminalidade.

Ao passar do tempo, observou-se que vários dispositivos desta Lei foram criados ou modificados após significativos clamores sociais, influenciados pela mídia diante de cometimento de condutas de repercussão nacional. Ademais, percebe-se que não houve redução da criminalidade por se tratar de uma lei carente de normatividade jurídica.

Diante de todo o exposto, conclui-se que as normas penais incriminadoras, que possuem função predominantemente simbólica, não representam o instrumento mais eficiente para proteger os novos bens jurídicos, bem como para reduzir a criminalidade. Elas são utilizadas pelo legislador infraconstitucional como forma de descarregar-se de pressões políticas ou como álibi para o Estado. Ademais, o custo para serem implementadas na sociedade é muito menor do que a adoção de efetivas políticas públicas preventivas ou de uma fiscalização administrativa e judicial mais rígidas.

Desse modo, todos os tipos de Legislação Penal Simbólica, principalmente, a legislação-álibi, são utilizados de forma excessiva pelo Estado, resultando em uma descrença por parte da população no sistema político e jurídico do Estado, pois a maioria das normas penais editadas ou modificadas é ineficaz.

As condutas criminosas praticadas pelos indivíduos são inibidas, segundo Cesar Beccaria⁸⁹, através da certeza da aplicação das penas, mas não pela rigidez das penas. Portanto, a solução encontrada pelo Estado não resolve os problemas da sociedade. É necessário que o Estado atente para os fatores envolvidos, bem como

⁸⁹BECCARIA, 2014, p.59.

promova mudanças estruturais profundas na sociedade, como a diminuição das desigualdades sociais.

Ademais, o Estado não pode legitimar uma proibição penal, apenas, por um comportamento ser imoral ou reprovável eticamente. Faz-se necessário que haja uma lesão ao bem jurídico, ou seja, provoque uma desordem na convivência pacífica entre os membros da sociedade⁹⁰. Salienta-se que quando o legislador tipifica uma norma, ele inevitavelmente atua na consciência jurídica da população. Todavia, sua intenção principal não é estabelecer valores éticos ou morais. Por exemplo, o Estado, ao tutelar a vida, só poderá punir quando realmente houver lesão a este bem jurídico, mas observa-se que, ao mesmo tempo, ele influencia as pessoas a respeitarem o valor da vida. Caso não haja lesão a este bem, não há crime.⁹¹

⁹⁰ROXIN, 2006, p. 37-38.

⁹¹ROXIN, 2006, p. 47- 48.

4 CRIMINALIZAÇÃO SIMBÓLICA E *DESCRIMINALIZAÇÃO* INFORMAL

Nas últimas décadas, observa-se que o Direito Penal de *ultima ratio* vem tornando-se *prima ratio*, uma vez que passou a ser o instrumento solucionador dos problemas da sociedade.

Diante deste contexto, este capítulo irá tratar da expansão do Direito Penal, bem como da relação entre o Direito Penal máximo e a Legislação Penal Simbólica. Por fim, haverá a demonstração das implicações da Legislação Penal Simbólica no Direito Penal brasileiro: criminalização simbólica e *descriminalização* informal.

4.1 Intervenção mínima e intervenção máxima do Direito Penal: as demandas políticas pelo Direito Penal

O Direito Penal é um dos instrumentos mais agressivos do controle social formal, pois o Estado, ao exercer o *ius puniendi*, priva, na maioria das vezes, o indivíduo que praticou o delito de sua liberdade, bem como o estigmatiza. Desse modo, a intervenção do Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*, ou seja, o último instrumento utilizado para sancionar um fato desviado.

No Estado Democrático de Direito, a intervenção penal, devido ao seu caráter punitivo, é limitada por alguns princípios constitucionais, como o princípio da intervenção mínima, conhecido também por princípio da *ultima ratio*. Segundo Bitencourt⁹²:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. 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.

⁹²BITENCOURT, 2011, p.43.

O princípio da intervenção mínima, característica básica do Direito Penal mínimo, subdivide-se nos subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

O subprincípio da fragmentariedade consiste na proteção por parte do Direito Penal aos bens jurídicos mais relevantes da sociedade contra os ataques mais graves praticados pelo homem. Desse modo, infere-se que nem todos os bens jurídicos são objetos da tutela penal, resultando, de acordo com Capez⁹³, em um “sistema descontínuo” e fragmentado.

Ademais, o Direito Penal é subsidiário, ou seja, somente será aplicado quando os demais ramos do Direito não solucionarem satisfatoriamente o conflito social, já que a intervenção penal não pode produzir mais efeitos lesivos do que benéficos.

Neste sentido, García-Pablos de Molina e Gomes⁹⁴ discorrem:

A preferência tem que recair, em princípio, nos meios menos drásticos, isentos de violência. Aliás, a prioridade absoluta é para os meios que não contam com caráter penal (medidas de política social). Depois vêm as sanções disponíveis no ordenamento jurídico não penal (civis, administrativas, sancionadoras etc.). Por último, constatada a inidoneidade dos outros meios ou ramos jurídicos, então sim, como extrema ratio, está legitimada a intervenção penal. [...] Necessidade, em suma, constitui o núcleo essencial da subsidiariedade do Direito penal. A reação penal deve ser adequada e necessária para a prevenção da danosidade social. A intervenção penal, desse modo, não pode produzir efeitos mais lesivos do que benéficos. A liberdade não pode ser sacrificada desproporcionalmente.

Observa-se que o Direito Penal mínimo caracteriza-se por ser um modelo condicionado e limitado ao máximo. De acordo com Ferrajoli, ele corresponde à máxima proteção a liberdade dos cidadãos diante do arbítrio punitivo estatal, bem como a um ideal de racionalidade e certeza. Exclui-se, assim, a responsabilidade penal do indivíduo sempre que os pressupostos cognitivos da pena sejam incertos e indeterminados. Veja-se:

Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de

⁹³CAPEZ, 2012b, v.1, p.36-37.

⁹⁴GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012b, v.1, p. 323.

dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros⁹⁵.

Nas últimas décadas, verifica-se que o Direito Penal de *ultima ratio* está tornando-se *prima ratio*, uma vez que passou a ser o instrumento solucionador dos problemas da sociedade. Estes problemas estão relacionados, conforme dito anteriormente, ao aumento da criminalidade e dos novos riscos sociais.

A população, diante destes problemas sociais, passa a sentir-se insegura e medrosa. Estes sentimentos geram uma forte pressão social sobre o Estado, tendo como escopo uma maior atuação estatal.

Cumprе ressaltar que a mídia, dependendo de como ela é empregada, pode exercer forte influência sobre a população, uma vez que manipula os pensamentos que os indivíduos possuem de si e das demais pessoas. O papel da mídia na formação da opinião pública é de extrema importância.

As notícias veiculadas pelos meios de comunicação, como jornais, revistas e programas televisivos, muitas vezes, chegam ao público de maneira distorcidas, já que as informações passam por um processo seletivo. Por exemplo, as notícias relacionadas aos crimes proporcionam uma maior audiência e venda, conseqüentemente, a mídia seleciona os casos mais graves e, posteriormente, veicula-os com um discurso atemorizador por meio da espetacularização e dramatização da violência. Não se tratando de uma divulgação neutra.

A população, revoltada e insegura, passa a clamar por segurança, a exigir uma maior atuação estatal, visualizando a proteção penal como o verdadeiro garantidor da segurança e solucionador dos problemas sociais.

Diante desta situação, o legislador infraconstitucional cria novos tipos penais, agrava as sanções dos tipos já existentes, amplia a atuação da polícia e suprime as garantias processuais, tendo como escopo diminuir a raiva da população e assegurar os privilégios das classes sociais. Percebe-se, assim, uma expansão do Direito Penal, isto é, uma intervenção máxima do Direito Penal na sociedade.

⁹⁵FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.83-84.

O Direito Penal máximo possui uma inclinação ao endurecimento do sistema e à eliminação dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo considerado inimigo do Estado.

Segundo Jakobs e Meliá⁹⁶, o indivíduo é considerado inimigo quando se conduz de maneira desviada, não oferecendo garantia de um comportamento pessoal. Desta forma, não pode ser tratado como cidadão nem desfrutar dos benefícios que este lhe concederia. Ele deve ser combatido como inimigo.

Ademais, ressalta-se que o Direito Penal máximo exerce uma função puramente simbólica, porque as leis criadas ou o aumento das penas não são, na maioria das vezes, eficazes, apenas servem para acalmar a população que se encontra indignada.

Em face do exposto, conclui-se que o Direito Penal máximo é incondicionado e ilimitado, bem como excessivamente severo, incerto e imprevisível com relação às condenações e às penas. Segundo Ferrajoli⁹⁷, “[...] configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação”. Este Direito, continua o autor, utiliza como máxima “[...] que a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido[...]”, portanto ele não respeita as garantias e os direitos fundamentais inerentes ao homem e à Constituição do país.

Por fim, faz-se necessário mencionar que, contra o excesso de poder punitivo do Estado, surgiu no mundo jurídico um conjunto de teorias penais e processuais penais difundidas por Ferrajoli, conhecida como garantismo penal. Portanto, o Direito Penal máximo opõe-se ao garantismo penal. Este não se confunde com o Direito Penal mínimo. Eles se complementam.

O Direito Penal mínimo está relacionado, conforme dito, ao Direito Penal ser a *ultima ratio*, enquanto que o garantismo penal consiste nas garantias penais e processuais que devem ser observadas quando o Estado exerce seu *ius puniendi*. Este garantismo, segundo Ferrajoli⁹⁸, está fundado em dez axiomas não deriváveis entre si:

⁹⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giancomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.49.

⁹⁷ FERRAJOLI, 2002, p.84.

⁹⁸ *Ibid.*, p.83.

O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Dessa forma, percebe-se que, neste período de progresso tecnológico, o Direito Penal mínimo, juntamente com o garantismo penal, está perdendo espaço para o Direito Penal máximo, representado, por exemplo, pelo Direito Penal Simbólico, uma vez que, conforme supracitado, diante do aumento da criminalidade e dos novos riscos sociais, verifica-se um sistema penal mais rígido e inflado legislativamente, bem como tendencioso a excluir os direitos e as garantias fundamentais da população. Esta solução encontrada pelo Estado não resolve os problemas da sociedade, sendo necessário, sim, que o Estado realize mudanças estruturais profundas na sociedade, como a diminuição das desigualdades sociais.

4.2 Criminalização simbólica no Direito Penal brasileiro

Eis o momento de demonstrar as implicações da Legislação Penal Simbólica no Direito Penal brasileiro através da criminalização simbólica e *descriminalização* informal.

4.2.1 Lei de Crimes Hediondos e a polêmica do art. 273 do Código Penal

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) consiste em um exemplo de Legislação Penal Simbólica do tipo *álibi*. Ela foi criada pelo legislador infraconstitucional no sentido de acalmar a revolta da população diante do aumento da criminalidade, de condutas delitivas graves e de intensa repulsa social, da morosidade da justiça e de uma legislação penal liberal.

No Brasil, no final da década de 80 e início da década de 90, delitos como estupro, homicídio e extorsão mediante sequestro tornaram-se frequentes. Ademais, alguns crimes tiveram uma grande repercussão nacional, ocasionando a comoção da população. Pode-se citar como exemplo os sequestros do empresário Abílio

Diniz, que aconteceu no dia 11 de dezembro de 1989, e do publicitário Roberto Medina, em 6 de junho de 1990.

A mídia veiculou as notícias destes sequestros, ocorridos no segmento social mais privilegiado, dramaticamente, gerando forte influência na população. Ao divulgar imagens e entrevistas dos familiares das vítimas, os meios de comunicação faziam com que a sociedade se identificasse com o sofrimento delas, despertando o medo, a insegurança e a raiva nas pessoas, mesmo naquelas mais carentes, cuja probabilidade de serem vítimas de extorsão mediante sequestro era ínfima.

Diante deste cenário, iniciaram-se os clamores sociais por uma atuação estatal mais rígida. Assim, o legislador infraconstitucional utilizou-se de preceitos existentes no art. 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988, que introduzia no ordenamento jurídico brasileiro a figura do crime hediondo, para a criação de uma lei que pudesse tratar de forma mais rigorosa alguns crimes tipificados no Código Penal brasileiro. Surgiu, então, a Lei de Crimes Hediondos.

Cumprir ressaltar que a inserção da figura do crime hediondo na Carta Magna de 1988 pelo legislador constituinte foi influenciada pelo Movimento da Lei e da Ordem (Law and Order), surgido nos Estados Unidos. O movimento consistia na criação de leis que deveriam restabelecer a ordem social através de novos tipos penais incriminadores, de aumento das penas de crimes já existentes, dentre outros. Segundo Franco, Lira e Felix⁹⁹:

Na esteira do discurso passional de Law and Order, estruturam-se tipos penais novos, exacerbam-se as cominações de tipos já existentes, apesar de que todos tenham ciência da ineficácia desse agravamento punitivo; produzem-se leis especiais atinentes a determinadas tipologias; alarga-se a esfera da atuação policial; aumentam-se as medidas de cautela; suprimem-se garantias processuais conquistadas a duras penas; reforça-se, em resumo, a máquina repressiva a dano da liberdade do cidadão e a serviço de posturas políticas autoritárias. Pouco importa se as leis formuladas na linha do Movimento da Lei e da Ordem possam ser, de antemão, descartadas como eficazes para a tutela dos bens jurídicos. Suas finalidades latentes são diversas: é de dar tranqüilidade, ainda que aparente, ao cidadão, apaziguar a opinião pública exaltada, exercer uma função meramente simbólica.

A Lei de Crimes Hediondos foi publicada no dia 25 de julho de 1990, no contexto social já mencionado, entrando em vigor no dia seguinte, cumprindo o

⁹⁹FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.150.

mandamento constitucional e adotando o sistema exclusivamente legal, isto é, enumerando taxativamente, no art. 1º, todos os crimes considerados hediondos.

De acordo com Franco, Lira e Felix¹⁰⁰, o legislador infraconstitucional errou ao não definir explicitamente o conceito de hediondo, já que apenas determinou quais crimes previstos no Código Penal e nas leis penais especiais são considerados hediondos. Desse modo, não é “hedionda” a conduta repugnante e sórdida relacionada à sua gravidade objetiva, ao seu modo de execução ou ao motivo que induziu ao cometimento do crime, mas sim aquele crime determinado pelo legislador infraconstitucional.

Eis os crimes, atualmente, considerados hediondos na Lei nº 8.072/90 após alterações legislativas:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.¹⁰¹

Deve-se acrescentar a este rol os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. De acordo com a Carta Magna de 1988, eles são equiparados a crimes hediondos.

A Lei nº 8.072/90 com suas posteriores alterações é composta por 13 artigos de natureza material e processual. Trata-se de uma lei mais gravosa comparada às demais, já que tornou os crimes hediondos e os equiparados a eles

¹⁰⁰FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p.166-167.

¹⁰¹BRASIL. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 8 mai. 2015.

insuscetíveis de graça, anistia, indulto e fiança. Ademais, prevê o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado, bem como determina que a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) da pena se for reincidente. Estabelece, também, que, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade.

A legislação de crimes hediondos, conforme dito anteriormente, sofreu algumas alterações legislativas. Infere-se que o rol de crimes hediondos apesar de ser taxativo, não é imutável. A Lei nº 8.930/94 é um exemplo.

As chacinas de Vigário Geral e da Candelária no Rio de Janeiro, somadas ao assassinato de Daniela Perez, atriz da Rede Globo de Televisão, foram motivos suficientes para que a mídia iniciasse uma campanha de incluir o delito de homicídio no rol de crimes hediondos¹⁰². Esta mobilização dos meios de comunicação provocou um clamor social por uma atuação estatal mais rigorosa para este tipo de delito.

Neste contexto social, a Lei nº 8.930/94 surgiu. Trata-se de um exemplo clássico de legislação simbólica do tipo álibi, uma vez que a inserção do homicídio no rol dos crimes hediondos não gerou resultados: “nem para alterar o desequilíbrio punitivo provocado pela Lei dos Crimes Hediondos, já que não houve, em sua relação, nenhuma mudança na cominação penal, nem para reduzir as ações criminosas”¹⁰³. Portanto, a Lei foi criada, apenas, para satisfazer as expectativas da população, demonstrando a capacidade estatal em resolver problemas, ainda que não houvesse a mínima condição de efetivá-la.

A Lei nº 9.677/98, mais conhecida como Lei dos Remédios, é outro exemplo de acréscimo posterior a Lei nº 8.072/90, bem como o caso mais simbólico na Lei de Crimes Hediondos.

Após um período de comoção nacional, a Lei dos Remédios foi criada. A mídia veiculou, de modo gritante, casos de remédios falsificados e adulterados que se encontravam no país. Pode-se citar como exemplo a adulteração do

¹⁰²PIMENTEL, Aldenor da Silva. O jornalismo e a história da Lei de Crimes Hediondos. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA UNICENTRO, 8., 2011, Guarapuava, **Anais...**Guarapuava, 2011. 12 f. Disponível em:<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8o-encontro-2011-1/artigos/O%20jornalismo%20e%20a%20historia%20da%20Lei%20de%20Crimes%20Hediondos.pdf/at_download/file>. Acesso em: 8 mai. 2015, p.3-4.

¹⁰³FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p.176.

contraceptivo Microvlar, produzido pelo Laboratório Schering do Brasil. Este laboratório produziu um lote de contraceptivos sem o seu princípio ativo, tornando-o ineficaz, tendo como consequência gravidezes indesejadas. Outro exemplo de grande repercussão nacional foi a falsificação do remédio Androcur, utilizado para tratamento de câncer de próstata.

O tipo do art. 273, *caput* e parágrafos 1º, 1º-A e 1º-B do Código Penal teve a sua redação determinada pela Lei nº 9.677/98, a qual aumentou a pena para reclusão, de 10 a 15 anos, e multa. Em seguida, a Lei nº 9.695/98 acrescentou o inciso VII-B a Lei de Crimes Hediondos, o qual determinava que o art. 273, *caput* e seus parágrafos seriam considerados hediondos, exceto a modalidade culposa.

A finalidade do legislador infraconstitucional, ao criar estas leis, foi a mesma da Lei nº 8.930/94 e da própria Lei de Crimes Hediondos, ou seja, tranquilizar a sociedade em um determinado período histórico, pois esta clamava por uma atuação mais rigorosa do Estado.

A população, influenciada pela mídia, passava a exercer pressão política. O legislador, para demonstrar a sociedade que o Estado estava atento e empenhado a resolver os problemas de forma imediata, via como única alternativa utilizar o Direito Penal. Este exerceria seus “poderes mágicos”. Estar-se, mais uma vez, diante de um caso de Legislação Penal Simbólica.

Faz-se necessário citar o conteúdo do art. 273 da Lei nº 9.677/98 para uma melhor compreensão da análise que será feita deste delito:

“Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.”(NR)

“Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.”(NR)

“§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.”(NR)

“§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.”

“§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V – de procedência ignorada;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.”

“Modalidade culposa
 § 2º Se o crime é culposo:
 Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” (NR)¹⁰⁴

A partir deste momento, haverá a apresentação de quatro argumentos que demonstram o emprego *prima ratio* do Direito Penal, bem como demonstram que este foi utilizado como instrumento para “ludibriar” a população, já que o legislador infraconstitucional elaborou o art. 273 e o colocou como hediondo sem se preocupar, verdadeiramente, com a resolução do problema.

Observa-se, primeiramente, que o bem jurídico a ser tutelado, no art. 273 da Lei nº 9.677/98, é a saúde pública, mas não se exige, para a tipificação da conduta, que o produto tenha se tornado nocivo à saúde ou que as ações representem de fato risco efetivo para a saúde pública. Portanto, apenas a prática de qualquer conduta descrita no tipo penal destinada aos produtos de fins terapêuticos ou medicinais é suficiente para o cometimento do delito. Conclui-se, então, que a conduta considerada como crime não põe em risco, de fato, a saúde pública¹⁰⁵.

O segundo argumento encontra-se no §1º-A do art. 273 da Lei nº 9.677/98, uma vez que o legislador infraconstitucional admitiu no rol de proteção penal produtos como cosméticos e saneantes. Equipará-los a medicamentos em termos de cominação penal é desrespeitar o princípio da ofensividade e da proporcionalidade, pois cosméticos e saneantes não ofendem de maneira significativa o bem jurídico tutelado, que é a saúde pública. Além disso, não se pode tratar com a mesma pena produtos de importância desigual. Por exemplo, adulterar um xampu, de acordo com o parágrafo em comento do art. 273, tem a mesma gravidade do que falsificar um remédio para tratamento de câncer. Ambas as condutas são consideradas hediondas, sendo um absurdo jurídico¹⁰⁶.

O parágrafo 1º-B trata de uma intervenção máxima do Direito Penal, ofendendo, assim, o princípio da subsidiariedade, pois o legislador trata desobediências administrativas como condutas que necessitassem de respostas penais rigorosas. Os princípios da ofensividade e proporcionalidade também são desrespeitados pelas mesmas razões do parágrafo supra.

¹⁰⁴BRASIL. **Lei nº 9.677 de 2 de julho de 1998**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19677.htm>. Acesso em: 8 mai. 2015.

¹⁰⁵FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p.544.

¹⁰⁶*Ibid.*, 2011, p.544-545.

Por fim, deve ressaltar que a cominação penal deste delito lesionou, de forma gritante, os princípios da ofensividade e da proporcionalidade, já que tutela condutas referentes a determinados produtos que não deveriam ser objetos de proteção penal, como cosméticos e saneantes. Conforme dito anteriormente, estes produtos não ofendem de maneira relevante a saúde pública. Além disso, observa-se que o legislador não ponderou o objeto de tutela, a gravidade da ação e a consequência jurídica.

Fica evidente a desproporção das sanções quando se compara a pena mínima da conduta do art. 273 da Lei nº 9.677/98 que é de 10(dez) anos com a pena mínima de 6 (seis) anos do homicídio simples (art. 121 do CP), gerando perplexidade ao ver-se que uma conduta que protege um bem jurídico mais importante como a vida é tratada com menos rigor do que a que protege o bem jurídico saúde pública. Assim, adulterar um batom pode ser mais grave do que matar uma pessoa.

Diante do rigor das Leis nº 9.677/98 e nº 9.695/98, a população, juntamente, com a mídia acreditaram que o índice de delitos referente à falsificação, adulteração e alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, bem como de medicamentos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos e saneantes iria diminuir, mas ocorreu o contrário, pois pesquisas registraram que a criminalidade aumentou. Veja-se:

A falsificação de medicamentos é crime no Brasil, que pode ser punido com até 15 anos de prisão. No entanto, tem aumentado. Segundo dados da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma), que reúne os maiores laboratórios, em 2008 foram apreendidas 500 mil unidades de medicamentos falsos (comprimidos e ampolas). Em 2010, o número subiu para 18 milhões¹⁰⁷.

Conclui-se, assim, que as Leis nº 9.677/98 e nº 9.695/98 representam exemplos de Legislação Penal Simbólica do tipo álibi. Elas foram criadas após casos emblemáticos de grande repercussão nacional, veiculados pelos meios de comunicação. Despertando, neste contexto, um sentimento de revolta na sociedade, tendo como consequência a pressão política sobre o Estado.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Cida. Um terço dos medicamentos vendidos no Brasil é falso. **Rede Brasil Atual**, São Paulo, 24 jan.2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2013/01/30-dos-medicamentos-vendidos-no-brasil-sao-falsos>>. Acesso em: 9 mai. 2015.

Este, numa tentativa de acalmar a população, editou leis que não possuem eficácia normativo jurídica, tendo apenas função de natureza político simbólica, ou seja, o problema deste tipo de criminalidade não foi resolvido apenas postergado pelo Estado.

Passado o tempo, a sociedade percebe a não resolução do problema reivindicado, tendo como consequência uma descrença na atuação estatal e no sistema penal. Este tipo de legislação quanto mais rigorosa mais tende a desestabilizar a situação que busca harmonizar.

O legislador infraconstitucional, na ânsia de dar uma resposta rápida à população e “ganhar” votos para a próxima eleição, utiliza-se do Direito Penal como instrumento de resolução rápida para os problemas surgidos na sociedade, acarretando, assim, a não análise se o bem jurídico é digno de tutela penal, se a conduta que o agride é merecedora de sanção na esfera penal, se as penas que serão estabelecidas estão em sincronia com os demais tipos penais do Código Penal. Típico exemplo de reposta legislativa simbólica.

Faz-se necessário mencionar que, devido à ofensa aos princípios constitucionais já comentados, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, que se refere ao novo Código Penal brasileiro, propõe a diminuição da pena do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, passando para 4(quatro) a 12 (doze) anos de prisão. Além disso, propõe que os cosméticos e os saneantes deixem de ser equiparados a produtos para fins terapêuticos e medicinais, possuindo, assim, uma pena menor¹⁰⁸.

Além disso, cumpre salientar que tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.975/2013 do deputado federal Enio Bacci (PDT-RS), cuja proposta é que o crime do art. 273 do Código Penal brasileiro deixe de ser hediondo desde que a prática não resulte em dano à saúde humana.

Segundo o deputado, é inconstitucional esta conduta ser considerada hedionda, pois há sanções menos graves para a liberdade individual e, ao mesmo tempo, mais eficazes para resolver a problemática¹⁰⁹.

¹⁰⁸BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>. Acesso em: 9 mai. 2015.

¹⁰⁹SOUZA, Murilo. Falsificação de medicamentos pode deixar de ser crime hediondo. **Câmara notícias**, Brasília, DF, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/473262-FALSIFICACAO->

Por fim, deve-se mencionar que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça declarou, recentemente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do inciso V, §1º-B do art. 273 do CP, que trata das condutas praticadas pelo §1º destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada. A decisão valerá para o caso que foi analisado, bem como será utilizado pelo Tribunal no julgamento de outros processos que tratem do mesmo dispositivo legal¹¹⁰.

Segundo Sebastião Alves dos Reis Júnior, ministro do STJ, a pena prevista para este crime de perigo abstrato fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, havendo uma verdadeira desarmonia entre o delito e a pena quando comparados aos crimes gravíssimos do ordenamento jurídico penal brasileiro. Logo, deve-se haver o “ajuste principiológico” da norma, ante a desproporcionalidade da pena.

A sanção aplicada ao caso analisado foi a pena prevista para o delito do tráfico de drogas, pois trata-se de crime hediondo, de perigo abstrato e tutela o mesmo bem jurídico do art. 273 do CP. Desse modo, o Tribunal entendeu a possibilidade da analogia por semelhança de condutas para beneficiar o acusado.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais declararam inconstitucional o tipo penal do art. 273 do CP, não apenas o preceito secundário como ocorreu no Superior Tribunal de Justiça.

4.2.2 Lei de Lavagem de Dinheiro e o relatório GAFI

A Lei nº 9.613/98, mais conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro após dez anos da assinatura do tratado multilateral decorrente da Convenção de Viena de 1988.

Este tratado, assinado por vários países, inclusive pelo Brasil, era uma tentativa, realizada pela comunidade internacional, de atuar de modo equânime no combate ao delito de lavagem de dinheiro, protegendo, assim, o sistema financeiro nacional e internacional.

DE-MEDICAMENTOS-PODE-DEIXAR-DE-SER-CRIME-HEDIONDO.html>. Acesso em: 9 mai. 2015.

¹¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ considera inconstitucional pena para venda de medicamento de procedência ignorada. **Sala de notícias**, Brasília, 6 mar. 2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/STJ-considera-inconstitucional-pena-para-venda-de-medicamento-de-proced%C3%AAncia-ignorada >. Acesso em: 9 mai. 2015.

O Brasil ratificou, através do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, o compromisso de adotar uma postura repressiva nos casos de reinserção de dinheiro no sistema financeiro proveniente do tráfico de entorpecentes. Entretanto, o projeto de lei referente a este compromisso só foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1996. Após pressões nacionais e internacionais, o projeto de lei foi examinado de forma célere, culminando na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Esta Lei tipificou o crime de lavagem de dinheiro e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, cujas funções deste Conselho são disciplinar, aplicar sanções administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas de lavagem de dinheiro, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

É oportuno mencionar, para uma melhor compreensão da Lei em comento, a definição de lavagem de dinheiro constante na cartilha elaborada pelo COAF¹¹¹:

Pela definição mais comum, a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos.

Em termos mais gerais, lavar recursos é fazer com que produtos de crime pareçam ter sido adquiridos legalmente.

A lavagem de dinheiro é constituída por três fases: introdução, transformação e integração. A primeira fase consiste em introduzir o dinheiro ilícito no sistema financeiro. De acordo com Capez¹¹², “[...] promove-se, assim, o distanciamento dos recursos de sua origem, a fim de evitar qualquer ligação entre o agente e o produto oriundo do cometimento do crime prévio”. Na fase conhecida como transformação, ocultação ou dissimulação, ocorrem inúmeras movimentações financeiras, tendo como escopo impedir o rastreamento do dinheiro e “camuflar” a origem ilícita dos recursos. Por fim, a terceira fase é a integração, na qual o capital, já com aparência lícita, é incorporado ao sistema financeiro, normalmente, através de operações do mercado mobiliário e imobiliário.

¹¹¹BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Cartilha sobre lavagem de dinheiro**. Brasília, DF, [2015], p. 3. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

¹¹²CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal-especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4, p.586.

Cumpra ressaltar que, de acordo com a Lei nº 9.613/98, o delito caracteriza-se pelos proventos ilícitos serem oriundos de crimes antecedentes previstos no rol taxativo do art. 1º da Lei em comento. Neste contexto de caracterização do delito, surgiram controvérsias entre os doutrinadores referentes ao bem jurídico tutelado pela Lei.

De acordo com Capez¹¹³, existem três correntes em relação ao bem jurídico tutelado. A primeira defende que o bem jurídico protegido por este crime deve ser o mesmo do delito antecedente. Assim, se o dinheiro “lavado” for proveniente do tráfico de drogas, o bem jurídico a ser tutelado é a saúde pública, ou seja, o mesmo bem do crime antecedente. Este pensamento é contestado, pois estaria criando um tipo penal, cujo escopo não seria punir a nova conduta, mas sim atuar quando houvesse ineficácia relacionada ao combate do delito anterior.

A segunda corrente divulga o pensamento de que a Lei de Lavagem de Dinheiro protege bem jurídico distinto do crime antecedente, ou seja, tutela a administração da Justiça ou busca proteção da ordem socioeconômica.

Por fim, há estudiosos que consideram o delito de lavagem de dinheiro um crime pluriofensivo, pois tutela mais de um bem jurídico, como a administração da Justiça e o sistema econômico e financeiro. Esta corrente é a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 9.613/98 foi criada, conforme dito anteriormente, no contexto de fortes pressões nacionais e internacionais. A população brasileira não acreditava mais no sistema político e jurídico do país, resultando em sentimento de revolta, já que certas condutas praticadas pela elite não eram punidas.

Este cenário nacional contribuiu para o legislador infraconstitucional criar a referida Lei. Ele a elaborou, tendo como escopo adiar conflitos sociais através do compromisso dilatatório, pois queria proporcionar um desfecho aparente do conflito social, adiando a real solução para um futuro indeterminado. Desta forma, a Lei nº 9.613/98 teve pouca efetividade jurídica, possuindo mecanismos brandos de punição, bem como dificuldades no campo probatório. Ela servia apenas para satisfazer as expectativas da população que acreditava que as classes mais abastadas da sociedade brasileira passariam a ser punidas.

¹¹³CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal-especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4, p.587-588.

Neste contexto, Passos discorre¹¹⁴:

Destarte, sustenta-se que a Lei de Lavagem de Capitais cumpre muito mais uma função de Política Criminal (“caça às bruxas”) do que uma função repressiva propriamente dita. Como se trata de uma criminalidade de “colarinho branco”, o Direito Penal acaba por ser aplicado como uma forma de demonstrar à sociedade a punição de uma camada de nível social elevado.

Pode-se concluir, então, que a Lei mencionada trata-se de um típico exemplo de Legislação Penal Simbólica como fórmula de compromisso dilatatório.

Faz-se necessário comentar que o legislador, ao criar a Lei de Lavagem de Dinheiro, estabeleceu que para a caracterização do delito, conforme dito, era necessário que o crime antecedente estivesse no rol taxativo do art. 1º desta Lei.

Esta atitude demonstrou três intenções do legislador¹¹⁵: a primeira, de evitar o cometimento de crimes dos incisos I a VIII, uma vez que este, ao impedir o uso de dinheiro ilícito proveniente da prática dos crimes antecedentes, tentava convencer o criminoso a não praticá-los. O raciocínio era que o indivíduo não praticasse a conduta prevista no art. 1º da Lei nº 9.613/98, pois o lucro gerado pela prática do crime não poderia ser utilizado futuramente na ordem econômica.

A segunda intenção do legislador foi utilizar-se deste tipo penal de forma subsidiária, isto é, ele seria aplicado apenas diante da ineficácia no combate aos crimes precedentes no art. 1º da Lei nº 9.613/98.

O terceiro propósito demonstra o caráter fortemente simbólico da Lei nº 9.613/98, pois cabia ao legislador infraconstitucional “escolher” os crimes que, ao serem cometidos, dariam origem ao dinheiro ilícito que poderia ser “lavado”. Ele manipulou, desta maneira, o rol do art. 1º, pois, apesar da Lei ter sido elaborada na época da terceira geração deste tipo de crime, preferiu a utilização do rol taxativo. Assim, deixou de inserir no rol condutas tão graves como as que foram estabelecidas, bem como práticas que geravam a circulação de grande valor de dinheiro no mercado, como o roubo, a receptação, o tráfico de pessoas e os crimes tributários.

Esta lei proporcionou a sensação de segurança e de justiça na população, pois esta pensou que o indivíduo que praticasse o crime de lavagem de dinheiro

¹¹⁴PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (dis)funções políticos-criminais no seu combate**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.106.

¹¹⁵Ibid.,p. 109-110.

seria efetivamente punido, tendo como consequência a diminuição de crimes antecedentes, mas não foi o que aconteceu.

Em 2009, representantes do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) vieram ao Brasil. Este grupo foi criado, em 1989, pelas sete nações mais ricas do planeta no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com o objetivo de examinar, desenvolver e promover medidas de combate à lavagem de dinheiro, evitando, assim, que o dinheiro ilícito obtido através de práticas criminosas fosse utilizado para outras atividades delituosas que atingissem as atividades econômicas dos países¹¹⁶.

Após visita ao Brasil, os representantes do GAFI emitiram um relatório, no qual descreveram e analisaram a situação do país no combate ao crime de lavagem de dinheiro.

No relatório, constava que o país não havia atendido a muitas das recomendações propostas pelo grupo, bem como o crime de lavagem de dinheiro não era punido efetivamente, já que pouquíssimas pessoas tinham sido condenadas e tinham tido seus bens confiscados¹¹⁷.

Além disso, o relatório apresentou algumas críticas, como excesso de recurso de defesa na justiça brasileira, dificultando a obtenção de condenações finais; dificuldade probatória; número pequeno de crimes no rol do art. 1º da Lei nº 9.613/98; falta de responsabilização civil e administrativa direta das pessoas jurídicas pelo crime em comento; sistemas de gerenciamento de ativos deficientes, depreciando, assim, os poucos bens apreendidos; dentre outros¹¹⁸.

Em suma, os representantes do GAFI concluíram que grande parte das pessoas que cometiam crime de lavagem de dinheiro no país ficava impune. Diante desta notícia de repercussão internacional, o Congresso Nacional aprovou, de forma célere, a Lei nº 12.683/2012 que alterou a Lei nº 9.613/98.

¹¹⁶BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Cartilha sobre lavagem de dinheiro**. Brasília, DF, [2015], p. 11. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

¹¹⁷BRASIL. Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. **Relatório de avaliação mútua**: sumário executivo: prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo. Brasília, DF, 25 jun. 2010, p.4-5. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

¹¹⁸*Ibid.*, p.14-26.

Com a entrada em vigor desta Lei, alguns problemas encontrados pelos representantes do GAFI foram solucionados, como a revogação completa do rol dos crimes antecedentes, passando o delito a ser caracterizado pela obtenção de bens, direitos ou valores de origem ilícita, logrados através de infração penal, que corresponde aos crimes e contravenções penais.

Ademais, a nova Lei passou a prever a alienação antecipada para preservação do valor dos bens até o final da prestação jurisdicional sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de depreciação ou deterioração; a utilização de bens, após perdimento, pela União e pelos Estados para aparelhar as instituições responsáveis pelo combate ao crime organizado; o aumento do rol de pessoas obrigadas a identificar seus clientes, manter os cadastros atualizados, comunicar às autoridades competentes todas as operações em ativos que ultrapassem o limite fixado; o aumento da multa para as pessoas físicas ou jurídicas que deixarem de cumprir os deveres impostos na Lei e o acesso, pelas autoridades policiais e pelos membros do Ministério Público, aos dados cadastrais dos investigados por lavagem de dinheiro presentes em certas empresas sem necessitarem de autorização judicial; dentre outros.

Observa-se que a Lei de Lavagem de Dinheiro tornou-se mais rígida, bem como foi dotada de uma relativa eficácia normativo jurídica, tendo como consequência a condenação de indivíduos pela prática de delitos.

Diante de tudo que o foi exposto, infere-se que a Lei de Lavagem de Dinheiro passa por um período de transição, pois deixa de ter uma natureza fortemente político simbólica para ter uma natureza normativo jurídica. Assim, a legislação simbólica como fórmula de compromisso dilatatório está cedendo espaço para uma legislação com eficácia normativo jurídica.

Devido à mudança ocorrida na legislação de lavagem de dinheiro e à maior fiscalização da população na eficácia de algumas leis, os acusados pelo crime de lavagem estão sendo condenados e punidos. Percebe-se, assim, que o quadro de impunidade está mudando.

4.3 *Descriminalização* informal no Direito Penal brasileiro

O termo *descriminalizar* consiste na retirada do caráter criminoso de uma determinada conduta que está tipificada no ordenamento jurídico penal. Esta retirada

se dá “mediante renúncia à incriminação ou perda de um caráter criminal de um ilícito”¹¹⁹. Pode-se dizer também que *descriminalizar* é reconhecer que o comportamento ou objeto não necessita mais de tutela penal, em virtude de intensas mudanças na sociedade.

Neste contexto, Roxin¹²⁰ acrescenta:

A descriminalização é possível em dois sentidos: primeiramente, pode ocorrer uma eliminação definitiva de dispositivos penais que não sejam necessários para a manutenção da paz social. Comportamentos que somente infrinjam a moral, a religião ou a *political correctness*, ou que levem a não mais que uma autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito. [...]
Um segundo campo de descriminalizações é aberto pelo princípio da subsidiariedade. Este princípio fundamenta-se na idéia de que o direito penal, [...] somente pode ser a *ultima ratio* da política social.

Há três espécies de *descriminalização*: a formal, legal ou em sentido estrito; a substitutiva e a de fato ou informal.

A *descriminalização* formal, legal ou em sentido estrito consiste na retirada do caráter ilícito de uma determinada conduta constante no ordenamento jurídico penal, ou seja, o Estado não mais exercerá seu *ius puniendi* sobre a prática de uma determinada conduta. Há o reconhecimento legal e social do comportamento descriminalizado. Já a *descriminalização* substitutiva refere-se aos casos em que as sanções penais são substituídas por infrações administrativas ou de outra ordem. Assim, a conduta ilícita passa a ser disciplinada por outros ramos do Direito.

Por fim, tem-se a *descriminalização* de fato ou informal. Esta espécie ocorre quando o sistema repressivo deixa de funcionar, mas, formalmente, ele continua, no ordenamento jurídico, previsto com competência para tal, ou seja, as sanções impostas deixam de ser aplicadas, mas a conduta continua sendo considerada criminosa pela lei.¹²¹ Desse modo, o *ius puniendi* do Estado deixa de funcionar, por razões de conveniência, quando entra em choque com determinadas condutas aceitas pela maioria da sociedade ou por grupos dominantes.

¹¹⁹OLIVEIRA, Aline Mota. A descriminalização como mandamento constitucional em face da expansão do Direito Penal na atualidade. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, DF, ano 11, n. 38, p. 37-108, jan./jun. 2012, p.72. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-38-janeiro-junho-de-2012/a-descriminalizacao-como-mandamento-constitucional-em-face-da-expansao-do-direito-penal-na-atualidade>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

¹²⁰ROXIN, 2006, p. 12-13.

¹²¹ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, v.1, p.324.

A *descriminalização* de fato ou informal dá-se por diversos fatores: sobrecarga do sistema penal; não reconhecimento por parte da sociedade da ilicitude de determinado comportamento, dentre outros. Faz-se necessário ressaltar que, às vezes, a *descriminalização* informal é reconhecida pelo sistema penal, passando a ser considerada *descriminalização* legal.

Estas espécies de *descriminalização* ocorrem através da via legislativa (formal) ou judicial (interpretativa).

O presente trabalho irá deter-se na espécie de *descriminalização* informal, tendo como escopo citar dois exemplos de condutas ilícitas que continuam presentes no ordenamento jurídico penal, mas são, usualmente, praticadas pela sociedade sem a aplicação das devidas sanções. A *descriminalização* ocorrida nos dois casos que serão citados é consequência do tipo de Legislação Penal Simbólica para a confirmação de valores sociais.

4.3.1 Aborto

O aborto é um dos temas que, independente do período histórico, mais gera discussões acaloradas na sociedade brasileira.

A conduta do aborto foi tipificada penalmente, pela primeira vez, no Código Criminal do Império. A partir de então, ela esteve presente na legislação perdurando até o Código Penal em vigor, devendo ressaltar que a sua previsão continua no Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, que se refere ao novo Código Penal brasileiro.

O Código Penal que está em vigor não conceitua o aborto de maneira clara, uma vez que usa a expressão provocar aborto. Assim, a definição deste termo ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Eis importante mencionar a definição de Prado¹²² sobre o aborto:

O aborto consiste, portanto, na morte dada ao nascituro *intra uterum* ou pela provocação de sua expulsão. O delito pressupõe, por óbvio, gravidez em curso. É indispensável a prova de que o ser em gestação se encontrava vivo quando da intervenção abortiva e de que sua morte foi decorrência precisa da mesma. Assim, a morte deve ser consequência direta das manobras abortivas realizadas ou da própria imaturidade do feto para sobreviver, quando sua expulsão for provocada prematuramente por aquelas manobras.

¹²²PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 121 a 249. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.2, p.107.

O estágio da evolução do ser humano em formação não importa para a caracterização do delito de aborto. Dessa forma, é objeto material do crime o produto vivo da concepção, em qualquer fase de seu desenvolvimento.

Há duas espécies principais de aborto. A primeira espécie, trata-se do aborto natural ou espontâneo. Ele ocorre quando o próprio organismo materno expulsa de forma natural o produto da concepção. Já a segunda espécie, refere-se ao aborto provocado ou intencional. Ele consiste no ato realizado pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem consentimento dela, de provocar a morte do nascituro *intra uterum* ou a expulsão deste de modo doloso ou culposo.

É importante destacar que a espécie de aborto tipificada como infração penal é a provocada de modo doloso pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem o consentimento dela. Ressalta-se que o bem jurídico tutelado por este delito é, principalmente, a vida humana em desenvolvimento. Há doutrinadores que defendem que este tipo protege também a vida e a incolumidade física e psíquica da gestante.

O atual Código Penal estabelece que o aborto seja considerado crime, conforme dito, em todas as suas formas provocadas desde que de modo doloso, embora não haja punibilidade em algumas situações. Desse modo, os abortos intencionais subdividem-se em dois grupos: os puníveis (arts. 124, 125 e 126 do CP) e os não puníveis (art. 128, I e II do CP).

Nos casos de abortos puníveis, duas variáveis são verificadas: quem pratica o aborto e se o ato foi consentido ou não pela gestante. Após esta análise, a conduta é enquadrada no tipo incriminador correspondente. Salienta-se que será considerado aborto qualificado se o ato ou os meios empregados por terceiros para provocá-lo, gerar a morte ou lesão de natureza grave na gestante.

Os abortos não puníveis são conhecidos, no Código Penal brasileiro, como aborto legal, referindo-se ao aborto realizado em decorrência da autorização da lei penal. O aborto terapêutico ou necessário e o aborto sentimental ou humanitário, expressos no art. 128 do CP, referem-se às duas modalidades de aborto legal.¹²³

O aborto terapêutico consiste na interrupção da gestação, realizada pelo médico, quando a mãe corre risco de morte. Deve-se destacar que ele só ocorre

¹²³GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetrus, 2010, p.235-236.

quando se verifica que não há outro meio para salvar a gestante. Trata-se de estado de necessidade. Neste caso, há dois bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal que precisam ser sopesados para saber qual prevalece: a vida da gestante ou a vida do feto. Um deve morrer para que o outro possa sobreviver. Desse modo, o legislador infraconstitucional optou pela vida da mãe. Este conflito de bens jurídicos caracteriza o estado de necessidade previsto no art. 24, *caput*, do CP.

A segunda modalidade de aborto legal é o chamado aborto sentimental ou humanitário. Ele ocorre quando a gestante é vítima do crime de estupro. Neste contexto, Capez¹²⁴ discorre:

Trata-se do aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar. O art. 128, II, do CP não fazia distinção entre o estupro com violência real ou presumida (revogado art. 224 do CP), concluindo-se que esse último estaria abrangido pela excludente da ilicitude em estudo.

Desse modo, infere-se que o legislador infraconstitucional quis proteger a honra da mulher, bem como evitar a dor das terríveis lembranças que a vítima tem do momento do estupro. A dignidade da pessoa humana (a mãe) prevaleceu sobre a vida do feto, portanto nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida.

Eis importante mencionar que, em 2005, o Ministério da Saúde reeditou a Norma Técnica que orienta sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra mulheres e adolescentes, tendo como principal novidade a não exigência da apresentação do Boletim de Ocorrência pela vítima de estupro para a realização do aborto feito pelos médicos nos hospitais, bastando, assim, apenas o consentimento da vítima ou de seu representante legal.

Diante desta situação, somada ao fato da não exigência de documento por parte do Código Penal, as vítimas de estupros não possuem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Desta forma, a tarefa do médico é apenas de orientar a gestante a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis. Caso ela não queira, ele não poderá negar-lhe o aborto, devendo, assim, realizar o procedimento, mas antes será necessário registrar o caso no prontuário, bem como o consentimento da vítima ou do seu representante legal. O profissional da saúde não pode informar o

¹²⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a, v.2, p.143-144.

caso às autoridades devido ao sigilo profissional, respeitando, assim, o Código de Ética médica.

Estes dois casos são exemplos clássicos de *descriminalização* legal da conduta do aborto, já que a própria lei autoriza a prática desta conduta nestes dois tipos de situações.

O Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, que trata do novo Código Penal brasileiro, trazia mais dois casos de *descriminalização* do aborto. Veja-se:

Art. 128. Não há crime de aborto: I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante; II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou **IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.**

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro¹²⁵. (grifou-se)

É importante destacar que o Projeto de Lei supramencionado já sofreu alterações devido a algumas emendas propostas por parlamentares que foram acolhidas. Pode-se citar como exemplo o inciso IV do art. 128 do Projeto de Lei que foi suprimido.

Mas antes de adentrar neste debate propriamente dito, haverá uma breve explanação sobre o contexto da *descriminalização* do aborto em fetos anencéfalos.

A discussão relacionada à *descriminalização* da prática do aborto em fetos anencéfalos teve grande repercussão na sociedade. Havia grupos a favor, como o Conselho Federal de Medicina, e grupos contra, como os religiosos. Após intensos debates e diante do número cada vez mais crescente da ocorrência desta prática na clandestinidade e de ações na justiça solicitando a autorização do aborto, a conduta foi permitida através da decisão do Supremo Tribunal Federal em 2012.¹²⁶

¹²⁵BRASIL, 2012.

¹²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Advogado: Luis Roberto Barroso. Intimado: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

No julgamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram pela interrupção da gestação de fetos anencéfalos, uma vez que não há a possibilidade de vida do feto fora do útero. Desse modo, as gestantes, para interromperem a gravidez, não necessitam, desde de 2012, mais de autorização judicial. Mas esta exclusão de crime só será incorporada na legislação do novo Código Penal.

Há alguns anos, surgiu o debate relacionado à possibilidade sobre a *descriminalização* do aborto por vontade da gestante. Cumpre destacar que a gravidez deveria estar, no máximo, na décima segunda semana de gestação e que a mulher não teria condições psicológicas para arcar com a gravidez. Fato que precisaria do laudo médico ou psicológico constatando.

A inserção desta *descriminalização* no Projeto de Lei do Senado gerou uma reação que dividiu a sociedade.

O Conselho Federal de Medicina enviou à Comissão do Senado que cuida do novo Código Penal um documento declarando a sua posição favorável em relação à legalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, desde que houvesse aprovação médica. O Conselho, de acordo com o documento¹²⁷, defende que a mulher e o médico devem possuir autonomia para decidir. Já os segmentos da sociedade contrários ao aborto alegam a inconstitucionalidade desta permissão, pois seria uma forma de legalização quase que absoluta do aborto, violando o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que trata do direito à vida e sua proteção integral. Para eles, a vida do nascituro estaria comprometida à vontade da mãe sem que houvesse nenhuma consequência jurídica. Eles defendem a inviolabilidade da vida desde a sua concepção.

Em virtude da forte oposição dos grupos religiosos e de alguns segmentos da sociedade, bem como do compromisso que a presidente Dilma Rousseff fez em sua primeira campanha eleitoral a grupos religiosos de que iria amenizar a discussão sobre o assunto, além de não adotar nenhuma medida de incentivo ao aborto durante seu governo, o inciso IV do art. 128 do Projeto de Lei foi suprimido.

¹²⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Ofício CFM Nº 4867/2013-PRESI**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=128477&tp=1>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que, na realidade, a tipificação penal do aborto consiste em um caso de Legislação Penal Simbólica para a confirmação de valores sociais, pois o legislador infraconstitucional, ao incriminar determinada conduta, confirma os valores defendidos por um grupo em detrimento de outros. A preocupação com a eficácia normativa da lei é deixada para segundo plano. Ademais, a prática do aborto não põe em risco a ordem nem a paz social.

Esta conduta é um exemplo clássico deste tipo de legislação, uma vez que sua criminalização possui pouca efetividade, já que as sanções impostas não possuem efeitos intimidatórios na sociedade, tendo como consequência a prática crescente desta conduta na clandestinidade. Poucos são os casos de aborto levados a conhecimento do Estado, e os que são levados raros são julgados e condenados pelo Tribunal do Júri.

Observa-se, então, que o sistema repressivo contra o aborto deixou de funcionar sem que tenha na lei perdido tal competência, continuando intacto o ilícito penal. Há uma verdadeira cisão entre a legislação penal que tipifica uma conduta e a opinião pública. Portanto, conclui-se que há uma verdadeira *descriminalização* informal do aborto no país, apesar de o legislador, sem êxito, tentar “ludibriar” a população com algumas tentativas de legalização do aborto.

4.2.2 Porte de drogas para consumo pessoal

A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que revogou a Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 10.409/2002, proporcionou um grande debate nos diversos segmentos da sociedade brasileira quanto à tipificação da conduta do porte de drogas para consumo pessoal. Essa discussão deu-se devido às alterações relacionadas ao art. 28 desta Lei referente à conduta destes portadores.

Eis oportuno citar o art. 16 da Lei nº 6.368/76¹²⁸ e o art. 28 da Lei nº 11.343/2006¹²⁹, respectivamente, para uma melhor compreensão destas modificações:

¹²⁸BRASIL. **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976**. Brasília, DF, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

¹²⁹BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

[...]

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

Percebe-se, então, que a nova Lei de Drogas, no art. 28, tipificou duas novas condutas (transportar e ter em depósito); substituiu a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas, bem como substituiu a pena privativa de liberdade e multa, de 20 a 50 anos (art. 38 da Lei nº 6.368/76), por penas de advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa.

Esta última alteração foi a responsável, conforme dito, pelo intenso debate na sociedade, já que, segundo a nova Lei, não há possibilidade do portador da droga para consumo pessoal sofrer uma pena de privação de liberdade.

Neste contexto, alguns doutrinadores, como Gomes¹³⁰, consideraram que o porte de drogas para consumo pessoal trata de uma infração *sui generis*, uma vez que a norma que a estabelece não é uma norma penal nem administrativa. Ressaltam que a Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que a conduta só será considerada como crime se a sanção imposta for a pena privativa de liberdade, alternativa ou cumulada, o que não acontece no art. 28 em comento.

Outros doutrinadores, como Capez, e o Supremo Tribunal Federal defendem que a nova Lei não descriminalizou a conduta de porte de droga para

¹³⁰GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; Cunha, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de. **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108-113 *apud* CAPEZ, 2013, v. 4, p.692.

consumo pessoal, pois “ o fato continua sendo crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa”¹³¹. Eles defendem que houve, na realidade, uma despenalização, caracterizada pela aplicação de penas alternativas ao invés de penas privativas de liberdade, “deteriorando”, assim, a sanção de um crime sem descriminalizá-lo.

Para eles, o bem jurídico penalmente tutelado, no artigo em comento, é a saúde pública. O Direito Penal deve tipificar a conduta para evitar o perigo social que há quando a droga circula pela sociedade, tendo o risco de ser disseminada.

Ao comparar a evolução da criminalização da figura do portador de droga para consumo pessoal, conclui-se que o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 trata de uma norma penal simbólica para confirmação de valores sociais, uma vez que confirma os valores defendidos por um grupo que está no poder em detrimento de outro, deixando para o plano secundário a efetividade normativo jurídica da norma.

Desse modo, para o grupo “vitorioso”, não importa se o sistema repressivo destinado à conduta deixou de funcionar, bastando, apenas, que o delito conste, formalmente, no ordenamento jurídico.

O legislador infraconstitucional, ao criar a norma, fica, geralmente, no meio do conflito entre os grupos. Diante da situação, ele acaba utilizando a artimanha política para não perder aliados políticos nem financeiros de campanhas, bem como o apoio de outros segmentos da sociedade.

A artimanha política trata de deixar a conduta tipificada como crime, amenizando as sanções impostas. Pode-se citar como exemplo o art. 28 em comento.

O porte de drogas para o consumo pessoal continua sendo crime no ordenamento jurídico penal brasileiro, mas a pena foi alterada, pois passou de privativa de liberdade para advertência; prestação de serviço à comunidade ou medida educativa, agradando, assim, o grupo “perdedor”. Desta forma, o legislador infraconstitucional conseguiu satisfazer uma parcela considerável da população.

Faz-se necessário ressaltar que se o infrator não cumprir as sanções impostas pelos incisos I, II ou III do art. 28 da referida Lei, o juiz não poderá convertê-las em penas privativas de liberdade. O magistrado poderá,

¹³¹CAPEZ, 2013, v. 4, p.692.

deliberadamente, por determinação do §6º do art. 28, submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal e a multa.

O descumprimento das sanções de advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa, por parte do infrator, não caracteriza o crime de desobediência (art. 330, CP), porque a própria Lei nº 11.343/2006 no §6º do art. 28 prevê as consequências do descumprimento destas penas sem estabelecer a responsabilidade penal pelo crime de desobediência. Ademais, se a própria Lei não estabeleceu a aplicação da pena privativa de liberdade como sanção para delito de porte de drogas para consumo pessoal, seria contraditório o não cumprimento destas gerar, por vias transversas, a privação de liberdade¹³².

Ao analisar detalhadamente a situação, observa-se que houve uma *descriminalização* informal, pois o sistema penal repressivo foi ignorado, apesar de constar, formalmente, no ordenamento jurídico. Com esta situação, o portador da droga para consumo pessoal passou a ter benefícios, como não ser preso em flagrante e poder fazer várias transações penais dentro ou fora do lapso temporal de cinco anos. Caso haja descumprimento da transação penal, o juiz dispõe de duas medidas: admoestação verbal e multa, conforme o art. 28, §6º da Lei mencionada.

Por fim, deve destacar-se que a *descriminalização* informal desta conduta tende a tornar-se *descriminalização* legal ou formal, pois consta a exclusão deste crime no art. 221, §2º, I do Projeto de Lei nº 236, de 2012¹³³, que trata do novo Código Penal.

¹³²LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivim, 2014.p.710-711.

¹³³BRASIL.2012.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que limita e regula o *ius puniendi* estatal. É um dos instrumentos mais agressivos de controle social formal, pois o Estado, ao exercer o seu *ius puniendi*, priva ou restringe o indivíduo que praticou o delito de sua liberdade, bem como o estigmatiza. Assim, a intervenção do Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*, ou seja, o último instrumento utilizado para sancionar um fato desviado.

O Estado só deveria acionar esta forma de controle quando outros ramos do Direito não pudessem solucionar o conflito social, cuja conduta do indivíduo, de forma grave, atingiu um bem juridicamente relevante para a sociedade. Entretanto, nas últimas décadas, isto não vem ocorrendo.

Observa-se que o Direito Penal de *ultima ratio* passou a ser *prima ratio*, uma vez que se tornou o instrumento solucionador dos problemas sociais.

Diante do aumento da criminalidade e dos novos riscos sociais, a população passou a clamar por uma maior atuação estatal. Ressalta-se que estes problemas, somados à dramatização da mídia ao veicular delitos graves, geram sentimentos de medo e insegurança nos indivíduos.

O legislador infraconstitucional, ao ser pressionado, cria leis penais e recrudescer as sanções já existentes para satisfazer os clamores da população, mas não há, na maioria das vezes, as mínimas condições de efetivá-las. Elas são incompatíveis com a realidade fática. A satisfação das reivindicações da população, na realidade, é uma tentativa do Estado de acalmá-la. Este fenômeno é conhecido como Direito Penal Simbólico.

A Legislação Penal Simbólica consiste em um excesso de leis e em um agravamento das penas, tipificando condutas desnecessárias, bem como aumentando, de modo desproporcional e sem justificativa, as penas para condutas já criminalizadas, não atingindo a finalidade proposta para sua edição ou modificação. Há uma hipertrofia legislativa, caracterizada pela função predominante simbólica das leis penais. Assim, a função latente de natureza político simbólica prepondera sobre a função manifesta de natureza normativo jurídica. Portanto, a efetividade normativo jurídica da norma é deixada para o plano secundário.

Nesta hipertrofia legislativa, o Direito Penal acaba exercendo uma função moralizadora ou ética, não se detendo apenas a proteção exclusiva dos bens

jurídicos relevantes para a sociedade. Logo, a imoralidade e a reprovabilidade ética de uma conduta servem para legitimar o delito.

O Direito Penal Simbólico, portanto, traz implicações para o Direito Penal brasileiro, como a criminalização simbólica e a *descriminalização* informal.

A criminalização simbólica consiste em tipificar determinadas condutas através de leis sem possuir as mínimas condições para efetivação normativo jurídica delas. No presente trabalho, os exemplos abordados de criminalização simbólica foram a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Lavagem de Dinheiro.

Conforme visto, estas leis foram criadas após clamores da população exigindo uma atuação mais rigorosa do Estado. Este criou as leis apenas para satisfazer as expectativas da população, querendo demonstrar a capacidade estatal em resolver os problemas sociais, ainda que não houvesse as mínimas condições das normas elaboradas serem efetivadas.

No momento que as normas são editadas, elas proporcionam para a população uma sensação de tranquilidade e bem-estar, resolvendo, temporariamente, o conflito social. Entretanto, com o passar do tempo e quanto mais este tipo de legislação é empregada, as normas tendem ao fracasso, porque a população percebe que está sendo manipulada pelo Estado, tendo como consequência a descrença no sistema político e jurídico.

O legislador infraconstitucional, como forma de se redimir, revoga a lei ou a altera, tendo como escopo criar normas com maior efetividade normativo jurídica, caso que ocorreu, conforme comentado, com a Lei de Lavagem de Dinheiro, exemplo de transição de uma legislação de natureza fortemente político simbólica para uma legislação de natureza normativo jurídica.

A *descriminalização* informal é resultado também do Direito Penal Simbólico. Ela consiste em manter uma determinada conduta como criminosa no ordenamento jurídico, mas, na prática, o sistema repressivo deixa de funcionar.

A conduta criminosa continua no ordenamento jurídico essencialmente para confirmar valores de determinados grupos sociais que, geralmente, detêm o poder político e econômico. O aborto e o porte de drogas para consumo pessoal, conforme mencionado, são exemplos de *descriminalização* informal no Direito Penal brasileiro.

Após comparações referentes à evolução legislativa de determinados delitos, observa-se que a *descriminalização* informal, com o passar do tempo, tende

a tornar-se *descriminalização* legal ou formal mediante às exigências de uma grande parcela da sociedade.

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que o Direito Penal Simbólico trata da intervenção máxima do Estado na sociedade, servindo como instrumento solucionador de problemas sociais. Ademais, ele passou a tutelar também bens jurídicos que não são relevantes para a sociedade, como cosméticos e saneantes, bem como passou a exercer uma função puramente moralizadora e ética. Situações que o Direito Penal não poderia fazer independente de suas razões.

A rigidez dos mecanismos de controle social formal, aumentando o número de leis e a aplicação destas sendo mais severas, não basta para prevenção eficaz do crime. A intervenção do Estado na conduta do indivíduo pressupõe o delito, não incidindo nos fatores que deram causa a esta conduta delituosa. A intervenção estatal, na maioria das vezes, é tardia, sendo menos eficaz. Desse modo, para haver um melhor resultado na prevenção do crime, é necessária uma maior integração do controle social formal e informal.

Além disso, em virtude de o Direito Penal ser um dos instrumentos de controle social formal mais agressivo, ele só poderia ser utilizado como *ultima ratio*. Assim, o Direito Penal deveria somente proteger os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade diante das condutas mais intoleráveis a que possam ser alvo e desde que não houvesse outros meios mais eficazes de proteção proporcionados pelos demais ramos do Direito. Portanto, não cabe ao Direito Penal exercer a função puramente moralizadora e ética da sociedade. Ele não pode punir condutas imorais ou reprováveis eticamente que não atinjam a efetiva proteção de uma convivência pacífica da sociedade. Esta função cabe a outras instâncias.

Por fim, constata-se que o Direito Penal Simbólico tende a manter ou aumentar os índices de criminalidade na sociedade, uma vez que não resolve o problema, apenas posterga-o para um futuro indeterminado. Além disso, ele gera, na população, um sentimento de revolta e, posteriormente, uma descrença no sistema político e jurídico. Logo, a Legislação Penal Simbólica, na maioria das vezes, é nociva para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. **Relatório de avaliação mútua: sumário executivo: prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Brasília, DF, 25 jun. 2010, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976**. Brasília, DF, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 8 mai. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.677 de 2 de julho de 1998**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9677.htm>. Acesso em: 8 mai. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Cartilha sobre lavagem de dinheiro**. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>. Acesso em: 9 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ considera inconstitucional pena para venda de medicamento de procedência ignorada. **Sala de notícias**, Brasília, 6 mar. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/STJ-considera-inconstitucional-pena-para-venda-de-medicamento-de-proced%C3%Aancia-ignorada>. Acesso em: 9 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Advogado: Luis Roberto Barroso. Intimado: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abr. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal-especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial 2**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. v. 2.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 1.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Ofício CFM Nº 4867/2013-PRESI**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=128477&tp=1>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. 2005. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário do Aurélio**. Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos (I) (1900)**. Rio de Janeiro: Imago, 1972. v. 4.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. v. 5.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do direito penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b. v. 1.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetrus, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação plularista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Reimpressão, 2002.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giancomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivim, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, Salvador, n.4, p. 1-35, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/A-for%C3%A7a-simb%C3%B3lica-dos-DH-M-Neves1.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Aline Mota. A descriminalização como mandamento constitucional em face da expansão do Direito Penal na atualidade. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, DF, ano 11, n. 38, p. 37-108, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-38-janeiro-junho-de-2012/a-descriminalizacao-como-mandamento-constitucional-em-face-da-expansao-do-direito-penal-na-atualidade>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

OLIVEIRA, Cida. Um terço dos medicamentos vendidos no Brasil é falso. **Rede Brasil Atual**, São Paulo, 24 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2013/01/30-dos-medicamentos-vendidos-no-brasil-sao-falsos>>. Acesso em: 9 mai. 2015.

PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais**: (dis)funções políticos-criminais no seu combate. Salvador: Juspodivim, 2011.

PELLEGRINI, Marcelo. Violência: Brasil mata 82 jovens por dia. **Carta Capital**, São Paulo, 4 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/violencia-brasil-mata-82-jovens-por-dia-5716.html>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

PIMENTEL, Aldenor da Silva. O jornalismo e a história da Lei de Crimes Hediondos. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA UNICENTRO, 8., 2011, Guarapuava, **Anais...** Guarapuava, 2011. 12 f. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8o-encontro-2011-1/artigos/O%20jornalismo%20e%20a%20historia%20da%20Lei%20de%20Crimes%20Hediondos.pdf/at_download/file>. Acesso em: 8 mai. 2015.

PINHEIRO, Ana Carolina Lucena. **A constitucionalização simbólica aplicada ao direito Penal**. 66 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

PIRES, Josiane Corrêa. Legislação simbólica e expansão do direito penal: do caráter simbólico das novas leis penais. **R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ.**, Brasília, DF, v. 1, n. 6, p. 329-358, 2012. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/viewFile/150/182>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.2.

RODRIGUES, Athanis Molas. A realidade constitucional brasileira e o Processo de Constitucionalização Simbólica. **O Direito Alternativo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 132-161, ago. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/293/349>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudo de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013a. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SILVA, Rodrigues Medeiros da. **Os reflexos do “labelling approach” na vida social e na concretização de direitos fundamentais**. 2013b. 92f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2013.

SOUZA, Murilo. Falsificação de medicamentos pode deixar de ser crime hediondo. **Câmara notícias**, Brasília, DF, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/473262-FALSIFICACAO-DE-MEDICAMENTOS-PODE-DEIXAR-DE-SER-CRIME-HEDIONDO.html>>. Acesso em: 9 mai. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v.1.