

# TEORIA DA LEGISLAÇÃO, PRODUÇÃO LEGISLATIVA E CORRUPÇÃO DO DIREITO PENAL: O Simbolismo e a Inversão dos Fins da Lei Penal

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.204-214>

Recebido em: 13/8/2019

Modificações requeridas em: 26/10/2019

Aceito em: 28/10/2019

**Maira Fronza**

Autora correspondente. Sociedade Educacional Três de Maio (Setrem). Avenida Santa Rosa, 2405 – Centro. CEP 98910-000. Três de Maio/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/3495800952649730>. <https://orcid.org/0000-0002-3247-9496>. [mairafronza@tjrs.jus.br](mailto:mairafronza@tjrs.jus.br)

**Adalberto Narciso Hommerding**

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo. Santo Ângelo/RS, Brasil.

## RESUMO

No plano da legislação, em especial, no campo da legislação Penal há necessidade de ser observada uma teoria da legislação que, ao final e ao cabo, possa contribuir para uma aplicação adequada do direito. A irracionalidade legal tem origem já no momento pré-legislativo, quando não levada em conta a teoria da legislação. Uma legislação elaborada sem a observância de uma teoria da legislação, fatalmente, converte-se em sinônimo de lei simbólica, pois influenciada por fins populistas e por interesses econômicos e midiáticos.

**Palavras-chave:** Teoria da legislação. Direito penal. Legislação simbólica.

## THEORY OF LEGISLATION, LEGISLATIVE PRODUCTION AND CORRUPTION OF CRIMINAL LAW: SYMBOLISM AND INVERSION OF THE PURPOSES OF CRIMINAL LAW

## ABSTRACT

In terms of legislation, especially when it comes to the criminal law domain, it is mandatory to follow a legislation theory, one that, at the end of the day, enables a proper application of the Law. Unreasonable legislation begins at a pre-legislative moment, when legislation theory is not taken into account. Legislation drafted without taking legislation theory into consideration eventually becomes synonymous with symbolic law, once it is influenced by populist purposes, by the media and by economic interests.

**Keywords:** Legislation theory. Criminal law. Symbolic legislation.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Breves considerações sobre a importância da teoria da legislação para a criação e a aplicação da lei. 3 Simbolismo legislativo. 4 O direito penal pós-moderno como “controle de exceção”: a inversão dos fins da lei penal. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo crítico e construtivo da crise pela qual atravessa o sistema penal contemporâneo é fundamental para a investigação de soluções possíveis de serem acolhidas pelos legisladores penais, magistrados, membros do Ministério Público no sentido de que os sistemas criminais passem a atender a uma verdadeira racionalidade humanista e democrática, uma vez que, ainda que o sistema criminal contemporâneo procure transparecer que está cumprindo com seus objetivos, os índices de violência demonstram claramente que o sistema penal não mais consegue dar conta dos anseios sociais que se comprometeu, apresentado, portanto, inúmeras dificuldades na aplicação de um direito penal, as quais são ocultadas pelo caráter democrático da norma penal e das instituições aplicadoras da referida norma.

No presente trabalho, então, buscaremos realizar breves considerações acerca da pertinência de observar uma teoria da legislação, quando da sua criação, segundo os ditames do jurista Manuel Atienza, para que as legislações penais atendam suas finalidades essenciais e, por conseguinte, tenham a eficácia que se espera. Em um segundo momento, pretendemos demonstrar como a legislação penal vem se comportando diante das postulações populistas, eleitoreiras e midiáticas, o que denominamos de simbolismo legislativo. Por fim, trataremos sobre o “teorema da tolerância zero” diante da tentativa do Estado em estancar só conflitos sociais, utilizando-se, portanto, do direito penal como solução imediata para a paz social. Tais pontos têm por objetivo auxiliar na reflexão do arcabouço jurídico-penal existente na sociedade contemporânea em face da dificuldade de aplicação efetiva de um direito penal adequado.

A fim de desenvolver a temática proposta, a pesquisa restou basicamente bibliográfica, proveniente das obras abaixo referenciadas. O método foi o hipotético-dedutivo, apresentando, de início, à análise breve do conceito de teoria da legislação, trazido por Atienza e Neves, percorrendo o estudo sobre a legislação simbólica e chegando a discussão final com foco na tentativa incansável do Estado Democrático em reduzir a incidência criminal.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PARA A CRIAÇÃO E A APLICAÇÃO DA LEI

A dificuldade inerente à aplicação das leis de modo geral e, especialmente, da lei penal brasileira vem fazendo com que os juristas comecem a refletir sobre o problema da criação das normas jurídicas, aqui entendidas como regras gerais e abstratas, ou seja, leis.

Essa reflexão decorre do fato de que o legislador – e no caso brasileiro isso é patente - acaba criando leis, seja pela força da política, seja pela pressão da mídia, sem que se tenha um estudo prévio de sua racionalidade e efetividade, o que acaba gerando um sério problema aos aplicadores do direito diante dos casos concretos que lhes são colocados para solução.

A produção da legislação no Brasil, assim, não tem atendido a níveis adequados de racionalidade legislativa, pois elaborada com cunho populista, motivada pelo apelo insistente da mídia, muitas vezes influenciada pela economia de mercado. Em verdade, as leis penais brasileiras são sinônimo de “legislação simbólica”, cuja concretização normativa é deficiente (HOMERDING; LYRA, 2014).

Uma das soluções, dentre tantas que se possam aventar, para tal problema pode estar na observância de uma Teoria da Legislação nos moldes como propõe, por exemplo, Manuel Atienza na Espanha (1997), lida sob a luz de uma teoria da interpretação fundada no Direito como Integridade de Ronald Dworkin, esta última difundida no Brasil, em especial, por Lenio Luiz Streck no plano da aplicação judicial.

É que a adequada aplicação do direito – portanto, a aplicação do direito pelos juízes – depende de uma legislação racional, atendendo a níveis de racionalidade, oriunda de uma política legislativa adequada. Não há como a aplicação do direito depender tão somente da interpretação dos juízes; aliás, o direito não pode ser apenas aquilo que os juízes dizem que é porque o direito não é apenas aquilo que os juízes dizem que é (STRECK, 2010). Por outro lado, os juízes não são filósofos. Aliás, sequer há tempo para a dedicação a filosofia, sobretudo a filosofia hermenêutica, ante a complexidade social e os problemas que apresenta.

A lei, então, deve obedecer a uma racionalidade mínima. Essa racionalidade legislativa, por sua vez, não pode descuidar dos diversos níveis de racionalidade a que deve atender a lei, quais sejam: linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético (ATIENZA, 1997).

É, portanto, exigência do contexto jurídico contemporâneo que as políticas legislativas e a racionalidade legislativa sejam visualizadas de forma conjunta, pautando-se pelo que de fato ocorre na sociedade.

Consoante foi dito, acredita-se que parte da solução para a aplicação correta da lei esteja na adequada produção legislativa que, como referido, necessita, por sua vez, de uma adequada Teoria da Legislação, nos moldes referidos por Manuel Atienza. Não iremos nos ocupar aqui da teoria do Direito como Integridade como condição de possibilidade para compreensão dos níveis de racionalidade legislativa, o que já foi feito noutro trabalho.<sup>1</sup> Pretendemos, porém, destacar alguns pontos da Teoria da Legislação, notadamente a sua imbricação com a dogmática jurídica, enlaçando-a com a análise feita por Marcelo Neves sobre o caráter simbólico das leis.

Antes, porém, de falar da Teoria da Legislação e dos níveis de racionalidade, faz-se necessária a análise de alguns pontos importantes e fundamentais para o entendimento da referida teoria, o que passa pelo breve estudo das distinções entre Dogmática Jurídica e Ciência da Legislação.

Segundo Atienza (1997), a Dogmática Jurídica deve ser considerada o núcleo da denominada Ciência do Direito que engloba a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito e a Teoria do Direito, entre outras. Por outro lado, a Ciência da Legislação também comporta várias perspectivas; no entanto, busca se preocupar com a produção das leis (ou normas). A Dogmática Jurídica, porém, se diferencia da Ciência da Legislação pelo fato de que aquela se preocupa com as leis enquanto já postas para a realidade social (ATIENZA, 1997).

Existem, por conseguinte, aspectos importantes a serem destacados quanto aos conceitos de Ciência da Legislação e de Dogmática Jurídica que merecem atenção.

A Dogmática Jurídica se interessa pelo que ocorreu antes da feitura da lei. E isso porque, muitas vezes, para que seja dado o sentido correto da interpretação de determinada lei, se faz necessária a compreensão do que ocorreu antes de sua promulgação. Claro que esse não é o critério fundamental, mas também é importante. De outra banda, a Ciência da Legislação, ainda que se preocupe com a produção legislativa, não deixa de se interessar pelos resultados produzidos pelas normas após a sua elaboração, haja vista que o legislador deve ficar atento aos pressupostos que deram origem a lei para melhorá-la (ATIENZA, 1997).

A Dogmática Jurídica direciona-se aos aplicadores de direitos, juízes, advogados, etc., enquanto que a Ciência da Legislação dirige-se aos políticos, membros do poder legislativo e da administração. Por outro lado, não há como simplesmente dizer que a Dogmática Jurídica somente se preocupa com a legislação como um dado prévio e que a Ciência da Legislação somente se preocupa com a criação da lei. E nesse sentido Atienza (1997) refere que a Dogmática Jurídica possui também a função de produzir um novo direito quando, por exemplo, um juiz, ao proferir uma sentença, produz uma norma, e, de outra banda, a Técnica Legislativa busca interpretar uma legislação quando produz uma nova lei, interpretando leis anteriores. Enfim, cabe ao “jurista dogmático” ter conhecimento da realidade social, sobre os problemas de linguagem, além da capacidade de interpretar os textos e entender a redação desses. E, ao jurista prático, cabe conhecer as normas jurídicas vigentes.

Ainda destaca Atienza (1997) que a Dogmática Jurídica e a Técnica Legislativa se assemelham no fato de que ambas pretendem a obtenção de resultados práticos, valendo-se de dados prévios e de conhecimentos da realidade social. Destaca ainda o autor que tanto a Dogmática como a Técnica não podem se perder em especulações pseudocientíficas e tampouco em formalismos alheios ao saber social, sob pena de cometer erros indesejáveis. Ressalta-se, entretanto, que o legislador, quando da produção de determinada lei não deve ficar atento somente à Técnica Legislativa, mas também a uma Teoria da Legislação que, embora sejam distintas, são consideradas “irmãs siamesas”, pois são inseparáveis no que se refere à elaboração de uma lei racional.

Manuel Atienza descreve cinco elementos que devem compor a denominada “Teoria da Legislação”, cujos elementos servem de alicerces para a dita teoria. São eles: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores.

<sup>1</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. Teoría de la legislación y derecho como integridad. Curitiba: Juruá, 2012.

Tais elementos se encontram inseridos nos níveis de racionalidades referidos por Atienza: a) racionalidade linguística, em que o emissor deve transmitir com fluidez a mensagem da lei ao destinatário; b) racionalidade jurídico-formal, no sentido de que a lei deve, de forma harmônica, ser inserida no sistema jurídico; c) racionalidade pragmática, em que a conduta dos destinatários deve se adequar ao que está prescrito na legislação; d) racionalidade teleológica, que consiste no fato de que a lei deve atender aos fins sociais pelo qual foi criada; e e) racionalidade ética, significa dizer que as leis devem prever condutas e finalidades suscetíveis de justificação ética.

Por tudo isso, faz-se pertinente realizar o seguinte questionamento. As normais penais atuais estão atingindo a finalidade e os objetivos para que foram criadas? Tais normas visam uma política criminal e de controle social adequada? E, não menos importante, o Direito Penal atual apresenta uma resposta concreta para os riscos sociais oriundos da modernidade?

### 3 O SIMBOLISMO DA LEGISLAÇÃO

A lei deve ser criada, pois, para atender problemas sociais existentes, concretos. O que se tem visto, no entanto, sobretudo no Brasil, é a criação de leis simbólicas, ou seja, elaborada com fins populistas, atendendo interesses econômicos e da mídia, que, de regra, não resolvem os reais problemas da sociedade. É o caso da recente Lei nº 13.104, de 9/3/2015, que, sob o pretexto de proteger gênero, criou o “feminicídio”, incluindo no rol dos crimes dolosos contra a vida, previstos no Código Penal, o homicídio praticado contra a mulher, em razão de sua condição sexual, quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Dita Lei é o resultado de uma política criminal que, populista, eleitoreira e midiática, termina por fazer do Direito Penal o protagonista das relações sociais dominadas pela “cultura do medo”; política, aliás, que não é privilégio do Brasil, mas da maioria dos países latino-americanos, cujas sociedades são marcadas pela expansão do Direito Penal e consequente produção irracional de normas penais (LIRA, 2015).

Outro exemplo bem marcante desse modo de produção das leis penais encontra-se nos delitos envolvendo armas de fogo – tanto nos casos em que se está diante de modalidade autônoma de delito (porte de arma, por exemplo) como nos casos em que as armas se transformam em meio para prática de crimes graves (homicídio, latrocínio etc.) –, cuja tipificação justifica-se pela “irritação” sofrida pelo sistema jurídico que, fechado operacionalmente no âmbito judicial, mas aberto cognitivamente no âmbito legislativo, vem recepcionando, por meio dos legisladores, as pressões da sociedade, marcada que é pelas influências midiáticas e populistas que, de fato, só ocultam o que quase todo mundo sabe, mas que poucos verbalizam: que os problemas sociais e de criminalidade, que terminam por gerar uma sensação de insegurança institucionalizada, são frutos da falta de políticas públicas. Assim é que - bem demonstra Lira -, apesar da expansão da política criminal com o incremento de penas e novos delitos, o número de mortes por arma de fogo continua em ascendência (LIRA, 2015).

A legislação penal tem sofrido, portanto, uma inversão de fins. E essa inversão dos fins do Direito Penal – de *ultima ratio* para *prima ratio* –, com toda certeza, não tem produzido bons resultados. O exemplo do que se fala diz com os delitos envolvendo tóxicos que, apesar do endurecimento da legislação com majoração de penas, vêm num crescente, o que só prova que aumentar penas e criar tipos penais não coíbem ações criminosas, não sendo, portanto, a saída para resolução dos problemas sociais. Claro que o Direito Penal pode ser (também) instrumento de prevenção dos riscos sociais, mas não se pode debitar em sua conta a tarefa de “único” instrumento de controle das mazelas sociais, pois não tem a função de concretizar políticas públicas (LIRA, 2015). Pensar o contrário significaria transformar a norma penal em mero símbolo, sem qualquer crédito por parte da sociedade.

Um dos questionamentos, pois, que deve ser feito é: o Direito Penal assegura, realmente, uma resposta ao problema das chamadas “invisibilidades”, ou seja, da exclusão social, das vulnerabilidades ou mesmo das hipossuficiências, dentre elas, por exemplo, a de gênero? Voltemos à recente Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que, como referido alhures, criou o delito de “feminicídio”.

É óbvio que mesmo em sociedades desenvolvidas a mulher ainda se vê em situação de vulnerabilidade, não sendo raras, portanto, as barbáries de que são vítimas. Bem por isso, mais que utilizar o Direito Penal como solução, há necessidade de adoção de políticas públicas, pautadas em uma legislação racional e eficiente, e ações afirmativas que garantam igualdade entre homem e mulher, e que, assim, protejam a mulher em sua integridade física e mental (LIRA, 2015).

O Direito Penal, de subsidiário e fragmentário, vem sendo gradativamente corrompido, passando a ser o primeiro “soldado” – quando deveria ser o último – a ser chamado para interferir nos conflitos sociais, o que acaba levando a norma penal a ser havida como mero simbolismo legislativo. As irracionalidades legislativas, assim, desaguam, fatalmente, na instrumentalização do Direito Penal e no simbolismo legislativo, fazendo do Direito Penal a “tábua de salvação” da sociedade carente de segurança.

No caso da proteção de gênero, por exemplo, é claro que condutas de risco à integridade física e mental da mulher podem ser criminalizadas e que, portanto, a violência doméstica contra a mulher merece, sim, os olhares do Direito Penal que, reorganizado do ponto de vista sistêmico a partir das “irritações” do ambiente, tem de produzir “comandos legais” (lícito/ilícito) destinados à “aquietação” do corpo social (LIRA, 2015). Não se pode esquecer, porém, que leis penais produzidas sem o atendimento a níveis mínimos de racionalidade legislativa – caso, por exemplo, da Lei Maria da Penha, produzida eleitoreira e midiaticamente – não vêm conseguindo atingir os fins pretendidos, quais sejam: coibir a violência contra a mulher.

Dito de outro modo, nas palavras de Lira (2015, p. 178),

o Direito Penal está se desacreditando. Os destinatários das normas penais não as temem. Mas não as temem porque o processo legislativo é uma ‘fábrica de penas’ que, diuturnamente, produz novas leis penais e novos tipos, além de aumentar penas em abstrato, como a dizer: ‘se não respeitam a Lei Penal, aí vai um pena maior!’. Esse processo instrumentaliza o Direito Penal e o torna simbólico: existe, mas não tem eficácia.

Quando nos deparamos, pois, com a criação de uma lei como tentativa de apresentar o Estado como identificado com fins e valores protegidos, sem que a dita lei produza algum resultado prático aos casos concretos, estamos diante de uma lei plenamente simbólica (NEVES, 2007). Atienza (1997) também refere que, quando as leis são criadas para não serem cumpridas, se está frente ao uso de uma legislação simbólica.

Segundo Neves (2007), o conteúdo da legislação simbólica pode ser: a) a confirmação de valores sociais; b) a demonstração de capacidade de agir do Estado; e c) o adiamento de conflitos sociais sob promessas de compromissos dilatatórios. Em verdade, a legislação simbólica surge, no que tange à confirmação de valores, quando o legislador se vê pressionado pela sociedade ou pela própria oposição a se posicionar em relação aos conflitos sociais existentes. Ainda, quanto à confirmação de valores, os grupos de determinadas categorias sociais, na busca da prevalência de seus interesses, pressionam para ao surgimento de determinada lei, muito embora fique em segundo plano a eficácia normativa da referida lei (NEVES, 2007). Quanto à demonstração da capacidade de ação do Estado, o referido ente público acaba criando a lei para regular determinada situação com o objetivo de fortificar a confiança dos cidadãos, ou melhor, dos sistemas jurídicos e políticos.

Com base nas lições de Harald Kindermann, Marcelo Neves (2007, p. 36-37) refere que:

o legislador, sob pressão direta do público, elabora leis para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. Por meio da legislação-álibi, o legislador procura descarregar-se, então, das pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

O pior é que, muitas vezes, o legislador sequer cria a lei para a solução dos conflitos sociais, mas, sim, apenas para se desonerar das pressões políticas. Quando isso acontece, simplesmente, faz com que os conflitos sociais sejam “jogados” ao Judiciário para que encontre a solução adequada. E a pressão política, portanto, recai sobre o Judiciário. E essa “delegação de poderes” é conveniente para o legislador para que fique livre das polêmicas, das indisposições políticas com os eleitores e, inclusive, com a própria oposição (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Exemplo típico de legislação simbólica ou legislação-álibi apresenta-se nos períodos eleitorais quando os políticos prestam contas acerca das suas (dos políticos) criações legislativas (iniciativas e participações) que correspondam às expectativas do eleitorado. O fato de a dita norma ou lei ter produzido algum resultado prático não importa, pois o que realmente interessa, nesse caso, é a confiança do eleitor (NEVES, 2007).

O que também muito acontece é a criação de determinada lei em razão da existência de problemas sociais emergentes que exigem determinada solução. O legislador, nesses casos, cria a dita lei, cumprindo com sua atitude legiferante; no entanto, não procura saber se a norma criada terá ou não a eficácia necessária.

A denominada legislação-álibi busca apenas produzir uma sensação de bem-estar e segurança nos cidadãos, dando, portanto, uma “aparência” de solução dos respectivos problemas sociais e de que o legislador está cumprindo com o seu papel. Segundo Neves (2007, p. 39-40), a legislação simbólica é, sim, “uma forma de manipulação, uma ilusão que “imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhado sua função ideológica”.

Ainda, no que tange ao conteúdo da legislação simbólica, a legislação é considerada como “fórmula de compromisso dilatatório”. E isso acontece quando a legislação recém-criada serve para adiar a solução dos conflitos sociais. Em outras palavras, os conflitos entre os grupos sociais não são resolvidos com a criação da lei, pois as partes transferem a solução da divergência para um futuro indeterminado.

Como exemplo de dilação da solução de conflitos, Neves (2007) cita o caso da regulamentação das relações de trabalho dos empregados domésticos e a proteção dos seus interesses na Noruega. Ocorre que a dita lei previa penas suaves às donas de casa que violassem as leis protetivas às empregadas domésticas; porém, o grupo dos empregados domésticos ficava satisfeito com a criação da lei em razão de que, por meio da referida legislação, estava sendo regulamentado seu interesse social. E, por outro lado, o grupo das donas de casa contentou-se com a ausência de perspectiva de aplicabilidade das normas em comento.

Ou seja, a criação da lei simbólica nesse sentido (fórmula de dilação de conflitos) possui a função de contentar ambos os grupos sociais envolvidos e transferir a solução da divergência referida para um futuro indeterminado.

Por fim, a legislação simbólica possui vários efeitos sociais, dentre eles o de convencer as pessoas e determinados grupos sociais de que o direito reivindicado está garantido. E isso é uma forma de confortar e tranquilizar a população. Também a criação da norma moral pelo legislador faz com que haja o apoio das instituições sociais (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Do ponto de vista político-ideológico a denominada legislação-álibi busca retirar a pressão do sistema político diante das divergências sociais, pois, como dito, o legislador apenas cria a lei e não se preocupa se a dita lei terá ou não eficácia nos casos concretos. Ademais, a dita legislação, do ponto de vista eleitoral, concede respaldos aos políticos/legisladores com a publicação de dados acerca das criações legislativas, além do fato de servir de exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança da população.

Por conseguinte, a legislação simbólica ou álibi é um problema que merece atenção especial, tanto pelos legisladores, quanto pelos juristas. Ademais, cabe ao cidadão, no exercício de seus direitos fundamentais, pressionar o legislador que seja diligente na criação da norma, baseando-se numa teoria da legislação adequada, e, inclusive, que a norma criada apresente o imediato resultado esperado, sob pena de a dita lei ser considerada frustrada.

#### 4 O DIREITO PENAL PÓS-MODERNO COMO “CONTROLE DE EXCEÇÃO”: A INVERSÃO DOS FINS DA LEI PENAL

As inseguranças trazidas pela globalização não mais conseguem ser administradas no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. O lucro e o capital passaram a ser marcos para a democracia, deixando a dignidade humana à mercê. Segundo Eros Roberto Grau (2004, p. 215), o Estado Democrático passa, então, a atuar a serviço do modo de produção social capitalista, caracterizando-se por um Estado de classes, em que, “o direito posto (...) encontra seu fundamento de legitimidade exclusivamente na violência, sem nenhum compromisso ético”.

Pois bem. O clamor da sociedade por segurança, o que se intensificou com o pós 11 de setembro de 2001, fez com que o Estado Democrático de Direito sedimentasse as políticas neoliberais então existentes. Tais políticas que, como é sabido, dão prioridade às questões que envolvem o lucro e o mercado, atuam atualmente como “novo medidor axiológico da vida em sociedade”. E em razão disso é que surge um novo conceito de política criminal preocupada com a “glória” de ser um Estado punitivo, e não social, como deveria ser (RODRIGUES, 2006).

Em outras palavras, a repressão penal é o novo modelo de “Estado de Segurança”. A justificativa da criação desse novo modelo estatal está no fato de que a atual sociedade se encontra sensível aos novos riscos, clamando “obsessivamente” por segurança, o que foge totalmente do controle. E isso certamente é reflexo da crise estatal em que cresce a reivindicação de direitos, especialmente na seara penal, decrescendo, por outro lado, o interesse sobre as questões sociais (RODRIGUES, 2006).

Lembra-se que o produto da modernidade não é mais a pobreza e a exclusão, mas, sim, o fato de que vivemos pressionados pelo medo e, inclusive, pelo estado máximo do desenvolvimento da civilização, que é fruto da individualização e da desigualdade social. É a herança do processo de modernização.

Preocupado com o mercantilismo, o Estado precisou criar um novo “ethos punitivo”, buscando a criação de políticas públicas inclusivas como forma de burlar as estatísticas criminais (WACQUANT, 2001). Dito de outro modo, o sistema punitivo atual visa, em nome da segurança jurídica penal, impressionar os espectadores no sentido de fazer “transparecer” que o Estado está promovendo políticas públicas inclusivas como forma de resolver ou minimizar os conflitos existentes.

Em razão do elevado incentivo estatal ao sistema econômico de mercado, o Estado, no entanto, acaba se descuidando da distribuição desigual de renda, o que é o fator relevante para a maioria das causas dos conflitos sociais.

A bem da verdade, a pressão mundial pela segurança faz com que seja criado um novo modelo de controle penal, o que se chama “Direito penal do risco” (CALLEGARI *et al.*, 2011), tendo como fundamento uma punição intensa do criminoso. Veja-se que se está inserido em um Estado de “guerra” ou de “exceção” que, segundo Agamben (2003) caracteriza-se como um ato de força, desvinculado da Lei.

O problema é que esse controle penal de “exceção” chega ao seu extremo com a formulação do Direito Penal do Inimigo que atribui ao “indivíduo” o status de não pessoa, suspendendo suas garantias constitucionais, caso não ofereça duradoura fidelidade ao Direito ou cognição normativa, como, por exemplo, os terroristas ou criminosos habituais e violentos, os imigrantes etc.

O que se pretende dizer é que esse novo sistema penal foi criado essencialmente para compensar a crise do Estado social e a lógica da inclusão.

A propagação midiática da violência e o aumento da prática delituosa nas grandes cidades são temas centrais de discussão entre os políticos. A mídia, como é sabido, se alimenta de notícias que lhe rendam manchetes nos meios de comunicação. Logo, as notícias que revelam a violência e a criminalidade são pratos cheios para os espetáculos midiáticos. O que a mídia deixa transparecer por meio da divulgação do espetáculo do terror é a ausência de segurança. E pior: enfatiza que o crescimento dos crimes está relacionado à falta ou aplicação com benevolência da regulamentação.

Segundo Costa e Silva (2006), a exigência por segurança a todo custo é oriunda dos ventos de “law and order” ou da “tolerância zero”, que sopraram do hemisfério norte para o resto do mundo, com o objetivo de evidenciar como solução do problema a cultura do aprisionamento, o que seria, então, a cura “do mal-estar” causado pela criminalidade.

A problemática dessa criminalidade e insegurança social está diretamente ligada aos grupos “pauperizados” do mercado de trabalho e da própria economia nacional que não possuem condições de alterar suas formas de vida social por meio de suas próprias forças. Tais grupos, portanto, ao se verem desprovidos das políticas públicas, haja vista que, como dito, o Estado preocupa-se somente com o mercado, acabam descarregando seus descontentamentos por meio de revoltas despropositadas e autodestrutivas. E a solução para esse problema, então, está na repressão do sistema punitivo, o que, convenha-se, é uma visão equivocada (HABERMAS, 2001).

E não menos importante: atualmente, há uma redução considerável na implantação das políticas públicas pelos Estados que está ocasionando uma redução na rede de proteção dos direitos humanos. E isso tem como reflexo direto a redução das vagas de trabalho e, inclusive, no desemprego estrutural (BAUMAN, 1999). Na verdade, em meio à globalização e aos problemas decorrentes das políticas neoliberais, como, por exemplo, a violência urbana, os crimes organizados de contrabando e descaminho, do narcotráfico, de evasões fiscais e de outras fraudes, o sistema estatal encontrou como solução adequada a punição repressiva, ou, melhor, o teorema da “tolerância zero”, consoante já dito anteriormente.

Segundo Wacquant (2001), o dito teorema é um instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza e teve origem nos Estados Unidos da América. O dito autor refere que os incidentes e as desordens no espaço público induzem a vontade e a voracidade do Estado em coibir as referidas desordens. Todavia, o que acontece é que tal repressão acaba por ser direcionada à responsabilidade individual, atingindo as pessoas mais vulneráveis e os habitantes de zonas “incivilizadas”.

O que se vê, portanto, é que o Estado, ante a sua atitude solucionadora da criminalidade existente, acaba penalizando os menos favorecidos, como forma de “trancar” a estatística criminal. E mais: tal ato isenta o Estado de suas responsabilidades sociais e econômicas, o que, como é sabido, são fatores ligados diretamente à questão de criminalidade.

E também não menos importante. O direito penal pós-moderno não está destinado para a proteção de bens jurídicos, mas, sim, uma estrutura social que visa à garantia de determinados indivíduos, titulares de bens jurídicos identificados (CALLEGARI *et al.*, 2005).

Acredita-se que, quando o Estado se preocupa na punição individual e repressiva, por meio dos movimentos de tolerância zero, o Estado de bem-estar social desaparece, pois não há mais a construção de uma sociedade justa e democrática. Nesse cenário, não há falar em estudos das causas dos fenômenos que geram a crescente criminalidade, haja vista que o Estado busca a punição do infrator como solução direta e eficiente do problema. E isso reforça a autoridade simbólica do Estado, principalmente no âmbito penal (WACQUANT, 2001).

Conforme refere Kliksberg (2001), o fenômeno antes descrito, da punição individual ou da “tolerância zero”, pode ser visto nos países da América Latina. E isso, segundo o autor, se justifica em razão das elevadas disparidades sociais e da alta concentração de renda, que são fatores relevantes de desigualdade social.

Há forte indicativo de que a problemática persiste, pois, na aplicação do sistema penal no mundo capitalista que tem como cultura atacar os mais vulneráveis, o subproletariado, deixando de lado os criminosos que realmente causam danos à sociedade, como, por exemplo, aqueles que cometem crimes contra o meio ambiente e do colarinho branco.

Na verdade, o sistema repressivo atual – e isso não é de hoje que ocorre - continua buscando a punição de pessoas determinadas ou “etiquetadas” pertencentes, é claro, à classe vulnerável da sociedade. Ou seja, o direito penal reproduz a própria sociedade desigual existente (ANDRADE, 2003). A criminalidade, portanto, tem por causa direta a exclusão social derivada da globalização como um todo. Assim é que os operários são dispensados do trabalho em razão da tecnologia existente e sem uma fonte de renda fixa passam a viver na extrema pobreza, sendo, muitas vezes, obrigados a praticar determinadas condutas ilícitas. A solução para tal problema passa pela refundação do Direito Penal, pois é uma das formas de controle social (MUÑOZ CONDE, 2005). E é nesse ponto que se deve ter o extremo cuidado. O fato de existir uma legislação penal para combater determinada conduta que, na grande maioria das vezes, surge sob pressão política, midiática e até mesmo oposicionista, não resolve o problema social do aumento da criminalidade. Isso porque, consoante já referido, a legislação penal é, de regra, essencialmente simbólica e ideológica, pois apenas visa transmitir à sociedade a ideia de que os problemas estão sendo resolvidos (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Segundo Baratta (1999), a racionalização democrática do sistema penal em relação à punição dos comportamentos desviantes é uma das soluções adequadas para tal problemática. Uma investigação adequada dos fenômenos que conduzem à criminalidade e um correto direcionamento do debate acerca da questão de segurança também são fatores preponderantes para a solução efetiva dos conflitos sociais em comento. Ainda, não se desconhece que a análise urgente do funcionamento do sistema capitalista e de suas consequên-

cias também é fator fundamental para tentar encontrar a solução adequada para a criminalidade, pois, como dito, o referido sistema e suas relações evolucionistas acabam sendo fonte de fomento à prática das condutas desviantes.

O sistema jurídico punitivo não pode ser tratado como forma de segregação e repressão intensa, haja vista que, além de ser utilizado ideologicamente, termina por romper vínculos sociais, promovendo ainda mais a “vulneralização” da classe menos favorecida. O sistema penal atual como atualmente se estabelece não traz bons resultados sociais; ao contrário, taxa os criminosos como maus e inimigos. E, não menos importante, expõe políticas repressivas direcionadas aos cidadãos vulneráveis.

O Direito Penal pós-contemporâneo é totalmente excludente e direcionado para as classes vulneráveis, ou seja, visa atingir apenas aqueles que não possuem possibilidade de ter acesso a uma vida mais digna em razão da sonegação dos direitos sociais. E pior: a solução que o direito penal propõe para tal problemática está na criação de reforçadas penitenciárias.

O que deve ser buscado, no entanto, é a construção de uma cidadania inclusiva que promova a participação dos cidadãos nos espaços públicos e políticos, principalmente no que tange à criação de direitos e obrigações. A sociedade deve propiciar uma emancipação humana, gerando garantias e respeito às diferenças sociais colocadas. A legislação penal não pode ser vista como uma barreira para a diminuição do crime, mas, sim, como um controle social que deve ser utilizado apenas em último caso. É sabido que, quando as pessoas possuem trabalho, alimentos, moradia, lazer e razoável distribuição de renda, a prática criminosa reduz drasticamente.

Como dito, o Direito penal não pode ser utilizado como “prima ratio”, consoante vem sendo utilizado contemporaneamente, mas, sim, de forma fragmentaria e subsidiária. E isso é confirmado pelas palavras de Mir Puig (2005), que refere que “o Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade se dispor de outros meios, que são preferíveis, até porque menos lesivos aos direitos individuais”.

Aliás, o Direito Penal é “uma” das formas de controle social; porém, não é a única. Existem outras formas de controle de sociedade que devem ser utilizadas como fatores importantes de regulação social, quais sejam, a família, a escola, a religião, o trabalho. Aliás, tais formas devem ser utilizadas como “prima ratio” (MIR PUIG, 2005).

O que atualmente acontece é que a não utilização de tais controles sociais acaba sobrecarregando o Direito Penal atual que, como dito, deve ou deveria ser utilizado apenas em último caso. Não há dúvidas de que o Direito Penal atual está em crise e, conseqüentemente, não atinge mais a sua finalidade. O Direito Penal necessita estar atento à cultura da tolerância e principalmente aos princípios que permeiam a Constituição. Todavia, isso não é o suficiente. O nosso sistema penal atual deve abandonar algumas ideias colocadas pela mídia, além de deixar de lado as soluções simbólicas trazidas pela própria globalização como forma de equilíbrio à democracia. O pacto social, assim, deve ser restabelecido, haja vista que o contexto atual exige a comunicação dos grupos dos excluídos e incluídos (CITTADINO, 2005). Ou seja, os excluídos devem poder participar do processo de deliberação democrática.

Não se desconhece que milhares de pessoas vivem em uma condição de “invisibilidade”, ou melhor, de total exclusão social, seja no âmbito da representação política, seja no âmbito das ações afirmativas. Portanto, a reinserção dessa “classe” é necessária para a discussão e solução dos problemas sociais atuais.

A Constituição da República, nesse ponto, tem de ser vista como fonte fundamental de intervenção do direito de punir no Estado Democrático de Direito. E isso porque, em tempos de Estado Democrático de Direito, não deve haver lugar, por exemplo, para o denominado Direito Penal do Inimigo, haja vista que não há espaço para legitimar a discriminação entre cidadãos e inimigos em razão da ofensa direta aos direitos humanos e, inclusive, ao princípio da dignidade da pessoa humana (STRECK, 2007).

Segundo as palavras de Joaquim Herrera Flores (2005, p. 250 e seguintes) diante de um sistema de globalização excludente, faz-se necessário falar de direitos humanos como movimento de luta de acesso aos bens necessários para uma vida digna, removendo-se as pessoas das privações da “jaula de ferro do liberalismo dominante na concepção jurídica ocidental”.

A sociedade pós-industrial apresenta problemas sociais provocados pelo aceleramento das tecnologias de informação, de comunicação e de biotecnologia que pressionam um efficientismo penal. Porém, ante a tentativa urgente de solução dos problemas postos, as penas acabam restando desproporcionais aos delitos, com violação, também, das garantias processuais.

Na verdade, a tarefa do jurista é analisar se o Direito Penal está ou não de acordo com os referenciais do Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange às garantias e aos princípios constitucionais. Aliás, o Direito Penal também deve observar atentamente as Declarações de Direitos Humanos vinculadas ao Estado, pois, como é sabido, há vários direitos elencados para todos os seres humanos que, de acordo com a Corte Penal Internacional, não podem ser violados (MUÑOZ CONDE, 2006).

Não há dúvidas, portanto, de que o Direito Penal seja necessário para sociedade, pois importante forma de controle social. Todavia, como dito, o Direito Penal não pode ser considerado como remédio para a solução dos problemas sociais conforme almeja a denominada teoria da “tolerância zero”. A limitação do poder punitivo está na Constituição que possui princípios explícitos e implícitos que devem ser aplicados pelo jurista a partir de uma hermenêutica constitucional.

Por fim, é a Constituição que regula o exercício do Direito Penal, seja por meio de regras ou de princípios que limitam o “jus puniendi. Desse modo, quando o jurista aplica determinada norma, deve ter em mente que a punição aplicada deve estar de acordo com os ditames constitucionais. E isso demonstra que a dogmática deve ser objeto de revisão crítica e constante, levando em conta os fins políticos do Estado, notadamente de construção de uma sociedade mais justa e menos desigual (SCHMIDT, 2007).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal atual resta corrompido nas suas funções. E isso se dá em razão de sua crescente expansão na denominada sociedade do risco. Não há dúvidas de que a pressões da política, da oposição e, especialmente, da mídia, que estimam o crime como um espetáculo mercadológico forcem a referida expansão. O legislador, portanto, diante dos “medos sociais” mostrados pelo sistema de comunicação se sente “obrigado” a dar uma resposta à sociedade, criando leis.

O problema é que muitas vezes a lei criada (e aqui se fala em lei penal), via de regra, não traz o resultado esperado, seja porque o legislador não tenha efetuado um estudo prévio acerca da sua viabilidade, seja porque deixou de observar requisitos essenciais para a sua criação (teoria da legislação). E quando isso acontece surge, então, a lei meramente simbólica que visa apenas “transparecer” que o Estado está tomando as providências necessárias para a punição dos conflitos sociais ameaçadores.

Outro problema decorrente da crescente expansão penal, além do simbolismo da legislação, é o teorema da “tolerância-zero”. Ou seja, a sanção penal é trazida pelas leis contemporâneas como a solução para a punição dos criminosos que, como dito, são vistos como “inimigos”. Com esse sistema punitivo neoliberal, corre-se o risco de prejudicar as garantias constitucionais dos cidadãos que pautam os Estados Democráticos de Direito.

Muito embora não haja um “verdadeiro remédio” para a solução de tal problema, uma adequada teoria da legislação auxiliaria melhor os legisladores na elaboração das leis penais, coibindo, ainda que minimamente, o proliferar de uma legislação penal simbólica.

## 6 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. R. P. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: código da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iracy D. Pleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2003.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- CALLEGARI, André Luís (org); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. *Sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JACOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal e funcionalismo*. Coordenação André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. Trad. André Luís Callegari, Nereu Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CITTADINO, Gisele. “Invisibilidade”, Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al.* (org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Lantin, 2006.
- FLORES, Joaquim Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Livros de La Catarata, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e constituição. In: NUNES, Antônio José Avelãs, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. 2001. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2001.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba, Juruá, 2012.
- LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- KLIKSBERG, Bernardo. *Falacias e mitos do desenvolvimento social*. São Paulo: Cortez, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. In: SCHMIDT, Andrei Zenker (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização, democracia e crime*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. O papel da criminologia na ciência penal contemporânea. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2001.