
Legislação Simbólica e Expansão do Direito Penal: do Caráter Simbólico das Novas Leis Penais

Josiane Corrêa Pires

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Criminologia pela Faculdade de Direito/Universidade Federal de Goiás. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

Resumo: A sociedade atual é acometida por uma sensação latente de insegurança, fruto do aumento da criminalidade e das novas demandas alçadas ao Direito em razão dos novos riscos (difusos) da modernidade. Este contexto faz surgir na sociedade uma cultura punitiva, que por sua vez orienta o movimento de expansão do Direito Penal. Assim, são editadas novas e variadas leis penais, que em geral possuem pouca efetividade e não conseguem atingir seu fim declarado de proteção ao bem jurídico, mas que possuem importantes funções político-ideológicas, prestando-se a confirmar valores sociais de determinado grupo, adiar a solução de conflitos ou servir como álibi do Estado diante das pressões sociais.

Palavras-chave: Criminologia. Política criminal. Cultura punitiva. Expansão do Direito Penal. Legislação simbólica.

Sumário: Introdução. 1 Sociedade do Risco e Cultura Punitiva: do Movimento de Expansão do Direito Penal. 2 A Função Simbólica das Novas Leis Penais. 2.1 Confirmação de Valores Sociais. 2.2 Legislação como Fórmula de Compromisso Dilatório. 2.3 Legislação-Álibi. 3 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo versará sobre o movimento de expansão do Direito Penal, com enfoque no caráter eminentemente simbólico que assumem as novas leis penais editadas nesse contexto.

A sociedade atual é acometida por uma sensação latente de insegurança, fruto do aumento da criminalidade e das novas

demandas alçadas ao Direito em razão dos novos riscos da modernidade.

Surgem então novas e variadas leis penais emergenciais, que em geral não conseguem atingir o seu fim declarado de proteção ao bem jurídico, mas que possuem importantes funções político-ideológicas, prestando-se a confirmar valores sociais de determinado grupo, adiar a solução de conflitos ou servir como alibi do Estado diante das pressões sociais.

Assim, as novas leis editadas em razão do fenômeno na expansão do Direito Penal possuem, em sua maioria, pouca efetividade jurídica, mas forte conteúdo simbólico.

Desse modo, o presente trabalho analisará o modo como a política criminal no Brasil vem se orientando em face de uma cultura punitiva, que por sua vez tem levado a uma hipertrofia do ordenamento, com a edição de leis de caráter simbólico.

Utilizando-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, primeiramente serão expostos os fatores sociais que levam à formação da cultura punitiva e, conseqüentemente, ao movimento de expansão do Direito Penal, com referencial teórico principal na obra de Jesús-María Silva Sánchez.

Em um segundo momento, apresenta-se o conceito e a tipologia da legislação simbólica proposta pelo constitucionalista Marcelo Neves, contextualizando-os com o movimento de expansão do Direito Penal, a fim de se demonstrar que as novas leis penais tendem a se caracterizar como legislação simbólica e,

assim, carecem de efetividade jurídica, mas possuem importantes efeitos político-ideológicos.

1 Sociedade do Risco e Cultura Punitiva: do Movimento de Expansão do Direito Penal

A cultura punitiva que permeia a sociedade atual é fruto direto da chamada sociedade do risco, que por sua vez é marcada pelo incremento dos riscos sociais típicos da complexidade social da modernidade.

Os novos riscos surgem, primeiramente porque o avanço tecnológico resultou em enorme acúmulo de capitais que, contudo, não culminou em uma melhor distribuição de renda. Ao contrário, as desigualdades sociais somente se acentuaram. Um grande número de indivíduos foi deslocado para a marginalidade e passou a ser visto pelas classes mais favorecidas como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.

Nas palavras de Alexandre Bizzotto (2009):

O direcionamento social imposto pelo mercado agrava as desigualdades de capacidade econômica, com a provocação de dupla consequência: por um lado, há um aumento das taxas de criminalidade; por outro lado, há um aumento da ansiedade precária daqueles que mantêm um padrão de bem-estar. (BIZZOTTO 2009, p. 102).

Por outro lado, surgem novas ameaças típicas da era tecnológica. Boa parte dos riscos enfrentados hoje pelos cidadãos não mais provém das forças da natureza, como outrora, mas da manipulação humana sobre as tecnologias da indústria, biologia,

genética, energia nuclear, informática, comunicações, etc. (SILVA SÁNCHEZ, 2002), bem como do processo de globalização.

A industrialização massiva resultou em crescente degradação ambiental e em uma série de consequências catastróficas, como o desaparecimento de espécies e biomas, poluição desenfreada, acúmulo de lixo, aquecimento global, catástrofes ambientais, acidentes radioativos, etc.

Resultou também na formação de uma sociedade de consumo, na qual os interesses individuais são muitas vezes preteridos pelos interesses de grandes corporações. Ademais, danos considerados diminutos a um consumidor tomam proporção enorme quando se considera a totalidade de consumidores atingidos.

A globalização fomentou um complexo sistema financeiro suscetível aos mais diversos tipos de manipulações e de fraudes que muitas vezes ultrapassam as fronteiras dos países. Globalizou-se também o contrabando, o tráfico de substâncias ilícitas e o terrorismo.

A internet representou uma revolução em termos de comunicação, mas trouxe ao Direito os crimes virtuais, além de uma série de dificuldades no campo probatório e de responsabilização.

A novidade da manipulação genética trouxe novas perspectivas e novas dúvidas, vez que é impossível determinar quais serão as consequências a longo prazo da manipulação de embriões e de organismos geneticamente modificados.

Também se observa certa organização da sociedade civil na busca da efetivação de direitos, principalmente das minorias.

Surgem assim grupos na defesa dos interesses dos negros, homossexuais, mulheres, menores, idosos, etc.

Ocorre que os esquemas políticos e teóricos do Direito Penal clássico, estruturado para a proteção de certos bens jurídicos de titularidade determinada ou ao menos determinável, tem se mostrado insuficiente para lidar com essas novas questões (SOUZA, 2007). Desse modo, o movimento político-criminal de expansão do Direito Penal surge como forma de abarcar esses novos riscos que se formatam na sociedade.

Marta Rodrigues de Assis Machado (2005) delimita os caminhos que vêm sendo traçados pelo Direito Penal na proteção dos novos riscos:

Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas – algumas vistas como excepcionais no passado – mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção em face dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva. Nessa linha, os deslocamentos mais significativos dão-se em função da ampliação da proteção penal aos bens jurídicos supraindividuais, da antecipação da tutela penal e da flexibilização das regras de causalidade e de imputação de responsabilidades, inclusive no sentido de abolir os imperativos da individualização. (MACHADO, 2005, p. 23).

Demonstra-se assim que a proteção dos novos bens jurídicos vem sendo encaminhada à esfera do Direito Penal, inclusive com a alteração da dogmática clássica de imputação, ainda que

a criminalização se mostre inadequada, violadora das garantias fundamentais ou contraproducente (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

É claro que, à medida que novos bens jurídicos surgem no meio social, é natural que o a criminalização seja meio hábil de proteção àqueles de maior importância. Contudo, conforme leciona Silva Sánchez, ainda que haja um espaço de “expansão razoável” do Direito Penal, não faltam manifestações de “expansão desarrazoada” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 28).

Ao lado dos novos fatores de risco – aumento da criminalidade em decorrência da marginalização e as novas demandas alçadas pelo direito –, anota-se a atuação da mídia como decisiva no sentimento latente de insegurança que permeia a sociedade moderna. De fato, os acontecimentos de natureza criminal tendem a exposição sistemática pela imprensa, sempre permeada pela dramatização do fato e pela condenação social de seu autor.

A extenuante repetição e a dramatização das notícias sobre violência intensificam a tal ponto a sensação de insegurança que ela não mais corresponde à existência real de perigo. Assim, “inserido neste contexto alarmante, a notícia sobre violência começa não só a informar como a emocionar, estimulando a curiosidade, a intolerância e, por fim, o próprio medo” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 73).

Forma-se então uma verdadeira cultura punitiva, diante do consenso em torno do discurso que clama por segurança pública, enxergando na proteção penal a solução – ainda que

aparente e transitória – para a angústia derivada do sentimento de insegurança.

O descrédito no poder público e na efetividade das leis também são fatores que potencializam a cultura punitiva. Assim como ocorre em diversos outros países periféricos, as estruturas democráticas no Brasil, embora existentes, não se encontram suficientemente desenvolvidas a ponto de se desvincularem do poder político.

Assim, a corrupção e o fisiologismo político levam ao descrédito cada dia maior da população na Administração Pública. Esse processo inviabiliza que muitas demandas sejam tratadas exclusivamente pela via administrativa, ainda que esta se apresente como instrumento suficiente para a sanção de várias condutas hoje tipificadas no Direito Penal.

Nesse sentido:

[...] no que se refere ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio da oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos). Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

Do exposto, tem-se que a sociedade moderna converge em uma busca desenfreada por novos referenciais de segurança. Diante de tantos novos fatores de risco, expostos repetidamente

pela mídia, e da impotência do poder público em dar resposta adequada, vê-se a formação de uma cultura punitiva, estabelecendo uma espécie de consenso de que a criminalização de condutas é o caminho hábil a solução dos novos conflitos.

Salo de Carvalho (2008) sintetiza o cenário:

Fundamental diagnosticar, neste quadro, que na sociedade do risco fundada sob a égide do medo, todos os tipos de lesão, independentemente da qualificação do bem jurídico, e de conflitos, para além de sua dimensão pública ou privada, acabam sendo de algum modo abarcados pelo controle penal. (CARVALHO, 2008, p. 88).

Sobre as consequências deste consenso punitivo, cabem as palavras de Silva Sánchez (2002):

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso, mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que o desnaturalizem por completo. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

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.

2 A Função Simbólica das Novas Leis Penais

Inicialmente importa frisar que toda norma possui uma função simbólica intrínseca, a par de sua função instrumental declarada, qual seja, solucionar o conflito de interesses por meio de sua concretização.

Enquanto a função instrumental da norma implica uma tentativa consciente e imediata de se alcançar um resultado objetivo, a função simbólica busca a satisfação de outros objetivos não declarados, de forma mediata e imprecisa (NEVES, 2011). Tais objetivos relacionam-se ao caráter político-ideológico do qual toda norma naturalmente se reveste.

Assim, a lei tem seu sentido primordial, que é normativo-jurídico, objetivando determinar comportamentos. Mas tal sentido não pode ser dissociado daquele político-ideológico, também intrínseco a todo o sistema jurídico e político.

Esse sentido político-ideológico é especialmente latente na norma penal, que tem por característica a confirmação e a

estabilização do sistema de valores da sociedade, trazendo para a instância de controle formal condutas já rechaçadas por meio do controle social informal (CONDE; HASSEMER, 2011).

Contudo, o que vai definir e diferenciar a chamada legislação simbólica é a predominância do sentido político-ideológico sobre o sentido normativo-jurídico, ou até mesmo a ausência do sentido normativo-jurídico de determinada norma.

Nesse sentido, Marcelo Neves expõe um conceito para legislação simbólica:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2011, p. 30).

Em outros termos, quando determinada norma “constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica” (NEVES, 2011, p. 33).

Observa-se então que a hipertrofia legislativa, típica do movimento de expansão do Direito Penal, é caracterizada por leis de caráter predominantemente simbólico.

Decerto que o Direito Penal, por selecionar os bens jurídicos mais caros à sociedade para ingressar em sua esfera de proteção,

sempre possui alta carga político-ideológica. Contudo, a lei penal se mostrará simbólica quando buscar muito mais acalantar a opinião pública, reafirmando os valores da população (ou de parte dela), que trazer soluções efetivas em termos de política criminal.

Na lição de Silva Sánchez (2002):

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23).

A fim de melhor sistematizar o estudo sobre os objetivos e efeitos da legislação simbólica, Marcelo Neves, com base em Harald Kindermann, propõe uma tipologia com foco nas normas constitucionais. Assim, de acordo com o seu conteúdo a legislação simbólica pode buscar: a) adiar a solução de conflitos sociais mediante compromissos dilatórios, b) confirmar valores sociais e c) demonstrar a capacidade de ação do Estado (legislação-álibi) (NEVES, 2011).

Esses diversos conteúdos podem ser verificados, em maior ou menor grau, nas normas editadas no contexto de expansão do Direito Penal.

2.1 Confirmação de Valores Sociais

A sociedade moderna é marcada pela pluralidade de valores sociais e morais, sendo característica indissociável de um Estado Democrático de Direito o respeito às diferenças. Nem por isso os conflitos de valores deixam de existir. Pelo contrário, diante de um cenário democrático, favorável aos debates, eles tornam-se ainda mais evidentes.

Nesse contexto, a criminalização de uma conduta pode significar a prevalência de um determinado grupo e do valor por ele defendido em detrimento dos demais grupos e sistemas de valores.

Para os membros deste grupo, o efeito normativo-jurídico na norma criminalizadora importa menos que a confirmação do seu valor como o prevalente, como aquele que deve ser seguido não somente por aqueles que coadunam com seu conteúdo, mas por toda a sociedade.

Marcelo Neves (2011) sintetiza:

Exige-se primariamente do legislador, com muita frequência, uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores veem a “vitória legislativa” como uma forma de reconhecimento da “superioridade” ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. (NEVES, 2011, p. 33).

Nesse sentido, Alessandro Baratta (2002) adverte que o Direito Penal não exprime o único sistema de valores da

sociedade. Em uma sociedade pluralista e conflitual como a atual, existem valores comuns a todos os cidadãos, mas também existem outros específicos de determinados grupos, os quais muitas vezes também recebem a tutela penal. Esses valores não unânimes serão selecionados pelo Direito Penal não necessariamente porque corroborados pela maioria dos cidadãos, mas sim porque correspondem aos valores daqueles indivíduos com maior visibilidade política.

Os exemplos mais evidentes desse tipo de legislação são os relativos à criminalização do aborto e do uso de drogas. Ambos os temas são objetos de debates profundos e espinhosos, em que inúmeros argumentos (válidos) são apontados tanto a favor quanto contra a permanência da criminalização vigente. Não se pode negar, contudo, que o debate de fundo é a prevalência de um sistema de valores sobre os demais.

Sem a pretensão de adentrar ao mérito dessas questões, o que se pode observar é que a criminalização traz poucos efeitos normativo-jurídicos. Embora sejam crimes, ambas as condutas são amplamente praticadas, de onde se infere o pouco ou nenhum poder de dissuasão da ameaça de pena, frustrando-se a perspectiva preventiva.

Tampouco se observam os efeitos normativos sobre a perspectiva retributiva: são raríssimos os casos de aborto que são levados ao conhecimento do Estado, tanto menos ainda os que são efetivamente julgados e condenados perante o Tribunal do

Júri. O uso de drogas, por sua vez, passou por um processo de despenalização com o advento da Lei nº 11.343/2006.

A par de toda a ineficácia instrumental, tais condutas não tendem a ser descriminalizadas, pois a rejeição a essas práticas representa o valor moral de parte da sociedade, que, com a tipificação penal, se perfaz vitoriosa ante os que não coadunam com o mesmo valor.

Da mesma forma, a criminalização das diversas formas de preconceito também é vista pelos grupos minoritários como uma vitória na luta por igualdade material e conquista de direitos, ainda que de pouca aplicação prática e provável nenhum efeito no comportamento daqueles que discriminam.¹

Observa-se que embora a legislação simbólica destinada à confirmação de valores sociais careça de efeito normativo-jurídico, ela possui relevantes efeitos sociais, vez que tranquiliza e conforta o grupo cujo valor social foi selecionado pelo ordenamento, demonstrando que o legislador está atento aos seus interesses (NEVES, 2011).

Por outro lado, a conduta rechaçada assume o *status* de crime, estigmatizando-se aquele que a pratica e, conseqüentemente, distinguindo quais condutas e culturas têm legitimação e respeito público e quais são consideradas erradas e desviantes. Assim, a conduta criminalizada, embora não venha a

1 Nesse sentido, o ordenamento brasileiro já criminaliza o racismo (Lei nº 7.716/1989), além de tramitar no Congresso Nacional um projeto de lei que torna crime a discriminação de homossexuais, idosos e deficientes (PLC 122/2006).

desaparecer da realidade, terá mais dificuldade de se impor como um comportamento lícito (NEVES, 2011).

2.2 Legislação como Fórmula de Compromisso Dilatório

A legislação simbólica também pode vir a ser editada justamente diante da perspectiva de sua ineficácia, como forma de adiar uma real solução para o conflito social iminente (NEVES, 2011). Assim, edita-se um diploma normativo de pouca instrumentalidade, dando-se solução apenas aparente à questão, adiando uma real solução para um futuro indeterminado.

Essa solução aparente tem o condão de apaziguar temporariamente o conflito em torno do tema, pois os favoráveis às mudanças mostram-se satisfeitos com a simples edição do diploma normativo, seja pela possibilidade de sanção, seja pela tomada de posição por parte do legislador. Já aqueles contrários à nova ordem legal contentam-se com a falta de perspectiva de efetivação da norma, que, na prática, implica a manutenção do *status quo* vigente.

Adia-se, assim, a solução de graves problemas sociais, solucionando-se somente o conflito político aparente em torno do tema.

No Direito Penal, vislumbra-se esse tipo de conteúdo simbólico principalmente na elaboração de leis penais que visam à punição da “criminalidade de colarinho branco” em suas várias facetas (crimes econômicos, políticos, tributários, contra o meio ambiente, o consumidor, etc.).

Diante de um sentimento difuso de indignação da população perante tais condutas, surgem os tipos penais, mas que não implicam a efetiva punição daqueles que praticam tais condutas. A impunidade advém de diversos fatores, a começar pela própria lei, que geralmente prevê mecanismos de punição mais brandos, como juizados especiais e penas alternativas e pecuniárias. Soma-se ainda a dificuldade inerente da persecução penal nesses casos e a tendência jurisprudencial de restringir a incidência da tipicidade penal (ANDRADE, 2011).

A coesão é conquistada, uma vez que a lei penal tranquiliza a opinião pública, mas não afeta efetivamente as elites que se privilegiam desses comportamentos nocivos.

Nesse sentido, preleciona Vera Regina Pereira de Andrade (2011):

Este campo, [...], alarga o tradicional horizonte de projeção do controle penal moderno em nível de criminalização primária (produção de Leis penais criminalizadoras), ou seja, em nível simbólico, gerando a ilusão de que esta criminalidade está sendo olhada e combatida, ao tempo em que, em nível de criminalização secundária, o sistema penal lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios e proteções. (ANDRADE, 2011, p. 42).

O ordenamento jurídico brasileiro conta com inúmeras leis visando à punição da “criminalidade das elites”, a exemplo das que instituem os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986) e contra a ordem tributária e econômica (Lei

nº 8.137/1990), os crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998) e de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/1998).

Todas essas leis, contudo, possuem pouca efetividade jurídica, relacionada a penas muito baixas, à complacência da jurisprudência, a dificuldades no campo probatório, aos mecanismos processuais que permitem a protelação da ação penal, entre outros.

2.3 Legislação-Álibi

A legislação-álibi é aquela que, editada sob pressão política e social, busca satisfazer as expectativas dos cidadãos e assim confirmar a capacidade de ação do Estado, produzindo confiança nos sistemas político e jurídico, ainda que no plano fático não haja condições de se efetivar as disposições normativas (NEVES, 2011).

Nesse sentido:

Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atividade legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado. (NEVES, 2011, p. 37).

As normas editadas sob a influência da cultura punitiva e do movimento de expansão do Direito Penal, marcadas por casuísmo,

imediatismo e reação às pressões sociais, se caracterizam tipicamente como legislação-álibi.

Diante da pressão pública por “soluções” contra o aumento da criminalidade e da sensação de insegurança, bem como por uma reação mais firme do Estado diante dos novos riscos, a reação primeira do legislador costuma ser a edição de uma norma penal, seja tipificando um comportamento, seja endurecendo a legislação já existente, pelo aumento de penas ou diminuição de garantias no curso do processo.

Assim, os novos riscos “foram encaminhadas à seara do Direito Penal, instrumento mais barato e ágil para acalentar temporariamente os corações receosos e inseguros da população” (MORAES, 2009, p. 45), funcionando como mecanismo de exposição simbólica do Estado como instituição atenta aos anseios dos cidadãos e, portanto, merecedora de confiança pública.

Enquanto isso, permanecem as lacunas relativas à falta de políticas sociais efetivas e à ausência de fiscalização administrativa que coíba a prática de atividades lesivas à sociedade, ficando intocado o contexto socioeconômico e político gerador do conflito social.

Nesse sentido, preleciona Marcelo Neves:

Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de

um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. (NEVES, 2011, p. 39).

Observa-se que a legislação-álibi, embora carente de instrumentalidade jurídica, possui função ideológica muito importante, ao demonstrar que o Estado encontra-se atento e atuante diante dos conflitos sociais ainda que no plano fático eles permaneçam sem solução.

Nesse sentido, a legislação-álibi constitui forma de manipulação da opinião pública, imunizando o sistema político contra as pressões sociais sem que haja atuação efetiva para a solução dos conflitos (NEVES, 2011).

Nas últimas décadas, diversas foram as leis editadas no Brasil diante de intensa pressão social, mas carentes de normatividade jurídica, caracterizando-se, portanto, como legislação-álibi.

A começar pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que cria um rol de condutas sujeitas a execução penal mais dura a partir do critério subjetivo de hediondez. A lei coaduna-se com uma perspectiva preventiva da pena e, ao impor o regime inicial (antes integral) fechado aos condenados, busca, ao menos, a inocuização por meio do encarceramento.

Contudo, passados mais de vinte anos da edição da lei, o que se observa é sua total incapacidade de atingir o objetivo declarado, qual seja, a redução da criminalidade. Isso não impediu as sucessivas inclusões de crimes em seu rol, sempre influenciadas por escândalos amplamente noticiados pela imprensa, denotando

a sua função precípua de álibi do legislador diante das pressões sociais.

Também os inúmeros diplomas legais editados vedando a concessão de liberdade provisória ao acusado no curso da persecução penal² demonstram a preocupação do legislador de se mostrar atento ao problema do aumento da criminalidade, mas que também se mostram inócuos na solução do problema.

Diversas outras leis foram editadas buscando demonstrar a capacidade de ação do Estado diante dos novos riscos sociais. Essas leis, ainda que apresentem dispositivos de outras natureza, sempre incluem em seu bojo dispositivos incriminadores, demonstrando que a proteção dos novos interesses sociais vem sendo encabeçada por uma progressiva expansão do Direito Penal.

Assim, a resposta do legislador aos anseios em torno da manipulação genética se dá pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), ao abuso nas relações de consumo, por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), à discriminação dos idosos, pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), à necessidade de proteção dos menores, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), à violência doméstica, por meio da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), etc., todos diplomas que, entre outras disposições, trazem novos tipos penais.

2 Nesse sentido, há dispositivos na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, inc. II, Lei nº 8.072/90, em sua redação original), na Lei do Crime Organizado (art. 7º, Lei nº 9.034/95), na Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais (art. 3º, Lei nº 9.613/98), no Estatuto do Desarmamento (art. 21, Lei nº 10.826/03) e na Lei de Drogas, no que se refere ao tráfico (art. 44, Lei nº 11.343/06).

Da mesma forma, surgem novas leis de caráter estritamente penal, buscando dar ou enrijecer a proteção em torno de bens jurídicos mais valorados na sociedade moderna, como o meio ambiente (Lei nº 9.605/1998) ou o sistema financeiro (Lei nº 7.492/1986, Lei nº 8.137/1990, Lei nº 9.613/1998).

Normas incriminadoras não são a forma mais eficiente de proteção diante dos novos riscos. Mas seu custo de implementação é infinitamente menor do que o de uma política pública preventiva efetiva ou o de uma fiscalização administrativa mais rígida. Por outro lado, a edição de uma lei penal é sempre noticiada pelos meios de comunicação e recebe a aprovação da sociedade, tornando-se, assim, álibi muito eficiente do poder público diante das demandas dos cidadãos.

Ocorre que a legislação-álibi cria na população expectativas em torno da solução de conflitos que não serão cumpridas na realidade. Assim, seu emprego abusivo acaba por levar ou aprofundar a descrença social na efetividade da lei e do sistema penal.

Com isso, o Estado perde legitimidade perante a sociedade, acarretando, por um lado, o aumento da sensação social de insegurança e, por outro, a perda da efetiva capacidade de controle social da legislação penal (SOUZA, 2007).

Assim, a legislação-álibi, utilizada pelo sistema político como meio de descarregar as pressões sociais, quando usada em demasia, acaba por tornar-se novo ponto de conflito social.

3 Conclusão

As políticas criminais brasileiras vêm sendo pautadas por um movimento de expansão do Direito Penal; reflexo dos novos riscos da modernidade e da consequente formação de uma cultura punitiva no seio social. Ocorre que usualmente as novas leis editadas nesse contexto possuem um caráter simbólico que prepondera sobre a sua função normativo-jurídica.

São diversos os fatores político-sociais que determinam o modo como o Direito Penal repercute na sociedade, os quais são decisivos quando da elaboração de políticas criminais por parte do Estado.

Vive-se a chamada sociedade do risco, que, por um lado empurra um número cada vez maior de indivíduos para a marginalidade, o que, entre outras consequências, leva ao aumento da criminalidade. Por outro, surgem novas ameaças típicas da era tecnológica, como a destruição ambiental, a manipulação genética, o mau uso da informática e os riscos inerentes à globalização da economia. Por fim, o maior nível de organização da sociedade civil leva à busca de efetivação de direitos por parte das minorias.

Soma-se a forte influência da mídia, que explora alguns fatos criminosos intensificando a sensação de insegurança, e, ainda, o descrédito social com o poder público, sempre envolto em escândalos de corrupção e inerte na elaboração de políticas sociais efetivas. Diante desses fatores, a sociedade acaba vendo em uma política criminal rígida a solução mais fácil aos inúmeros problemas que a afligem, notadamente a segurança pública.

Forma-se uma cultura punitiva que, na demanda por mais proteção, passa a exigir maior atuação do Estado, a qual se dá primordialmente por meio do Direito Penal. Assim, a proteção em face dos novos riscos é sempre encaminhada a este ramo do Direito, seja isolada, seja conjuntamente com outras medidas políticas e legislativas.

Uma vez que os novos riscos ameaçam bens jurídicos de grande valor social, é natural que sejam combatidos pelo Direito Penal, sendo razoável uma certa expansão. O que se observa, contudo, são manifestações de expansão desarrazoada, calcadas em leis de pouca instrumentalidade e efetividade, mas de alto teor simbólico.

Decerto, toda lei possui função simbólica indissociável, relacionada à satisfação de objetivos não declarados de caráter político-ideológico. Tanto mais as normas penais, que se prestam a confirmar os valores sociais, trazendo-os ao controle social formal.

Mas a legislação dita simbólica diferencia-se por servir primariamente a finalidades político-ideológicas, em detrimento de sua concretização normativa.

As leis editadas em um contexto de hipertrofia legislativa penal possuem caráter predominantemente simbólico, trazendo poucas respostas efetivas à redução da criminalidade e proteção de bens jurídicos, mas apresentando o Estado como identificado com os valores e as aflições dos cidadãos.

Identificam-se três objetivos principais da legislação simbólica, podendo todos eles serem verificados em leis penais.

Assim, a legislação simbólica pode se prestar a confirmar valores sociais em conflito, identificando qual grupo e qual valor devem prevalecer no seio social. A norma criminalizadora editada neste contexto, embora pouco efetiva, representa vitória daquele grupo social que coaduna com seu conteúdo. São exemplos no campo penal a criminalização do aborto, do uso de drogas e de diversas formas de preconceito.

A legislação simbólica como fórmula de compromisso dilatório é aquela editada já na perspectiva de sua ineficácia. Edita-se um diploma normativo de baixa instrumentalidade, com o objetivo de dar solução apenas aparente ao conflito social em questão, adiando soluções efetivas para um futuro indeterminado. No Direito Penal, esse conteúdo simbólico é observado principalmente em normas que pretendem a punição de condutas típicas das elites.

Por fim, diante da pressão em torno de conflitos e problemas sociais, mediante a legislação-álibi, o Estado busca demonstrar que está atento e ativo a essas questões, ainda que não tenha condições de concretizar as novas disposições normativas no plano fático.

Diante da pressão política e social proveniente da cultura punitiva, são editadas inúmeras leis penais que servem de álibi ao Estado, transferindo as demandas dos cidadãos ao Direito Penal,

em detrimento de políticas sociais efetivas. Nesse contexto insere-se a maioria das leis editadas no contexto de expansão do sistema penal, sejam as que buscam contar o avanço da criminalidade, sejam aquelas que criminalizam novos comportamentos valorados como nocivos.

Essas normas costumam ter pouca efetividade, não se prestando a proteger a sociedade dos novos riscos da modernidade. Mas por terem baixo custo de implementação e por receberem grande alarde midiático, constituem excelente álibi para o poder público.

Assim, a legislação simbólica e em especial a legislação-álibi vêm sendo utilizadas de forma abusiva pelo Estado, o que acarreta efeito contrário ao esperado: diante de tantas normas ineficazes, a sociedade acaba desacreditada na efetividade das leis e na capacidade de atuação do Estado.

De todo o exposto, conclui-se que a legislação simbólica, embora normativamente ineficaz, possui efeitos políticos importantes, uma vez que demonstra a atuação do Estado, ainda que apenas aparente, e assim ameniza ou posterga a solução de conflitos sociais.

Nas últimas décadas, a atuação do sistema penal vem sendo marcada por intensa hipertrofia legislativa e pelo abuso de leis simbólicas, resultando em um ordenamento jurídico, em matéria penal, excessivamente denso e incongruente, mas de baixa efetividade na solução dos conflitos que se propõe a resolver.

Enquanto isso o Estado permanece inerte na elaboração de políticas públicas que de fato efetivem direitos sociais de modo a reduzir a marginalidade e proteger os cidadãos dos novos riscos da modernidade, transferindo (somente) ao Direito Penal a solução de graves conflitos.

Ocorre que o Direito Penal não se presta a esta função. Os recentes estudos da Criminologia convergem no sentido de desconstruir a eficácia preventiva do sistema penal, demonstrando que no plano fático ele se presta a funções meramente retributivas e político-ideológicas, confirmando e estabilizando o sistema de valores já rechaçado pelo controle social informal e, em grande medida, servindo à manutenção do *status quo*.

Assim, a criação de mais leis penais e de leis penais cada vez mais rígidas tem servido à perpetuação de injustiças contra indivíduos e na redução de garantias constitucionais, sem que isso reflita em ganhos a toda sociedade.

Pelo contrário, a hipertrofia legislativa penal desperta nos cidadãos expectativas em torno do Direito Penal que não podem sem cumpridas, tornando-se novo ponto de conflito social, uma vez que intensifica o descrédito no poder público e na lei. Isso quando não possui efeitos contraproducentes e “criminógenos”, como demonstram os estudos acerca da estigmatização, da criminalização secundária e dos efeitos do cárcere.

O alto grau de ineficácia do sistema penal no cumprimento de suas funções declaradas não se relaciona com a falta de normas tipificadoras, mas com questões estruturais profundas, como a

manutenção das desigualdades na sociedade capitalista, a pouca efetivação dos direitos sociais e a quase total ausência de proteção dos direitos difusos.

De fato, o Direito Penal sempre possuiu e possuirá alto teor simbólico, prestando-se muito mais a consecução de objetivos político-ideológicos não declarados do que a prevenção de delitos. A dúvida (e a preocupação) que se coloca é até que ponto a função simbólica não vem atingindo níveis insustentáveis, em detrimento da efetividade da norma e dos direitos fundamentais individuais.

Por fim, importa reafirmar que o Direito Penal deve sempre balizar-se pela imputação de responsabilidade individual diante de um fato, por meio de procedimentos que garantam os direitos fundamentais, sob pena de afastar-se irremediavelmente do ideal maior de Justiça.

Title: Symbolic Legislation and Criminal Law Expansion: Symbolic Aspects of the New Criminal Laws

Abstract: Today's society is affected by a latent feeling of insecurity due to the increase of criminality due to newer demands to Law caused by modernity's new risks. At this context a punitive culture rises in society, that leads to the expansion of criminal law. Therefore, several new criminal laws are created, but usually with little effectiveness, so they do not achieve the declared purpose of protection. However, these new laws have significant political and ideological functions, confirming social values, delaying the resolution of conflicts or serving as a State alibi in face of social pressure.

Keywords: Criminology. Criminal policy. Punitive culture. Criminal law expansion. Symbolic legislation.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. *Capítulo Criminológico*, Venezuela, v. 37, n. 3, p. 31-52, 2009. Disponível em: <http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982009000300002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 22 nov. 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o 'direito penal do inimigo'*. Disponível em: <<http://www.cipedya.com/doc/157233>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

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

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PIRES, Josiane Corrêa. *Expansão do direito penal e atuais políticas criminais brasileiras*. 2009. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiás. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mária. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Josiane Corrêa. Legislação simbólica e expansão do direito penal: do caráter simbólico das novas leis penais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 329-358, 2012. Anual.

Submissão: 29/03/2012

Aceite: 22/06/2012