

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A INTER-RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O
RESSURGIMENTO DA VINGANÇA PRIVADA NO BRASIL**

Fabiana Barbosa Gomes

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A INTER-RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O
RESSURGIMENTO DA VINGANÇA PRIVADA NO BRASIL**

Fabiana Barbosa Gomes

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP

2016

A INTER-RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O RESSURGIMENTO DA VINGANÇA PRIVADA NO BRASIL

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Luís Roberto Gomes.

Luís Roberto Gomes
Orientador

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti
Examinador

Presidente Prudente/SP, 1º de dezembro de 2016.

“As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”.

Cesare Beccaria (1738-1794)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais por me proporcionarem a realização desta faculdade, com todo apoio e carinho possível para tanto, que me ensinaram princípios de amor, generosidade, compaixão e alegria que deram sentido à minha existência.

Agradeço à minha irmã, melhor amiga e companheira inseparável, que sempre cuidou de mim com dedicação e paciência admiráveis, com quem posso sempre contar e rir verdadeiramente.

Agradeço ao meu orientador, Luís Roberto Gomes, que prontamente aceitou o meu convite para realização do presente trabalho, e deu suporte ao estudo com suas precisas orientações e indicações bibliográficas.

Aos examinadores pelo oportuno aceite para fazerem parte da banca avaliadora desta pesquisa.

RESUMO

A sociedade brasileira possui uma estreita relação com o processo legislativo penal, inspirando a realização de várias tipificações. É importante que o poder estatal se preocupe com a opinião de seus eleitores, pois assim pressupõe-se que seja um Estado Democrático de Direito. Nesta toada, deveria o legislador sopesar os interesses individuais com os ditames orientadores do Direito Penal quando optasse por este ramo para prevenir e punir condutas. Podemos observar que atualmente existem inúmeros crimes, porém, parece que a cada dia a imaginação criminosa desafia as pessoas comuns e os políticos. E esse cenário dá azo ao surgimento de um Direito Penal Simbólico na tentativa de solucionar variados tipos de demandas, e quando este aparece, podemos ter várias consequências, umas esperadas e outras não. Enfim, a satisfação popular e a efetivação das novas leis penais são situações diversas que somente o tempo pode indicar os efeitos com a precisão necessária que ambas as perspectivas demandam. Porém, a contínua incitação para a criação de leis a fim de protegerem bens jurídicos ou para que sejam agravadas as sanções dos crimes já existentes, sugerem um questionamento desta tendência largamente adotada no Brasil: alta produção legislativa penal. Toda essa insatisfação popular pode se tornar incontrolável, ao ponto de algumas pessoas começarem a cometer atos de vingança privada, hoje, por meio de linchamentos. Ou seja, os assuntos tratados são pertinentes, e requerem análises sociológica e jurídica para serem compreendidos.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal Simbólico. Bem jurídico. Vingança Privada. Linchamento.

ABSTRACT

Brazilian Society has a close relationship with the criminal procedure law, inspiring the creation of several classifications. It is important that the State Power concerns about the elector's opinion, since it is presupposed to be a Democratic State. This way, the legislator should poise the personal interests with the guiding dictates of the Criminal Law when choosing this area to prevent and punish conducts. We can observe that nowadays there are innumerable crimes, however it seems like day by day the criminal mind dares regular people and the politicians. And this scenario gives opportunity to the appearance of a Symbolic Criminal Law which is an attempt to solve various types of occurrences, and when this happens, several consequences might appear, some expected, others not. So, the popular satisfaction and the implementation of new penal laws are diverse situations in which only the time might indicate the effects with the necessary precision that both perspectives demand. However, the continuous incitation to the creation of laws in order to protect legal assets or to aggravate the sanctions of the already existing crimes suggest a questioning of this tendency broadly adopted in Brazil: the high criminal legislative production. All this popular dissatisfaction might become uncontrollable to the point that some people start to commit private revenge acts, nowadays, through lynchings. That is, the referred subjects are pertinent and require both sociologic and juridical analysis in order to be comprehended.

Keywords: Criminal law. Symbolic Criminal Law. Legal Assets. Private Revenge. Lynching.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DESVIRTUAMENTO DO CARÁTER DE <i>ULTIMA RATIO</i> DO DIREITO PENAL	11
2.1 Princípios Informadores do Direito Penal	11
2.2 O Direito Penal na Sociedade de Risco	12
2.2.1 A influência midiática.....	15
2.3 O Apoderamento Político do Discurso Midiático	17
2.4 Implicações da Superprodução Legislativa	19
3 O SIMBOLISMO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO.....	23
3.1 O Direito Penal Simbólico.....	24
3.2 Classificação das Legislações Simbólicas	26
3.3 A Vitimização e o Direito Penal Simbólico.....	27
4 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	31
4.1 Legislar: Uma Escolha Nacional.....	32
4.1.1 A sociedade brasileira não compreende a justiça	32
4.1.2 A criminalização que abrange direitos coletivos	33
4.1.3 Comportamentos imorais se tornam tipos penais	34
4.2 Legislações Simbólicas Brasileiras	36
5 A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO	39
6 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO SOB OUTRO ASPECTO.....	44
6.1 A Vingança Privada.....	45
6.2 A Origem dos Linchamentos	47
6.3 Retorno à Vingança Privada.....	49
6.4 A Motivação.....	52
6.5 Quem são os Linchadores?.....	54
7 NOTÓRIOS CASOS DE LINCHAMENTOS OCORRIDOS NO BRASIL	56
8 CONCLUSÃO	59

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61
---	-----------

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal Brasileiro é um tema de notória importância para abordar-se na atualidade, tendo-se em vista que quase de maneira diuturna novas tipificações penais têm-se incorporado ao ordenamento jurídico.

Assim sendo, o que despertou a motivação para a realização da pesquisa foram três realidades brasileiras. A primeira atinente à expansão do âmbito de abrangência das legislações penais, a outra, o contínuo questionamento popular no que toca à efetiva justiça estatal e, por fim, os atos de linchamentos ocorridos nos últimos anos.

O presente trabalho buscou compreender os motivos que levam o legislador brasileiro a criar novos crimes e agravar as penas dos já existentes. Para tanto, num primeiro momento foram abordados os princípios basilares do Direito Penal, assim como o aspecto social brasileiro. Neste contexto, foram também expostas as relações da mídia e política com o processo legislativo, assim como algumas consequências derivadas da intensa produção legislativa.

Sob esse enfoque, apresentou-se um dos temas centrais do trabalho, qual seja, o Simbolismo do Direito Penal e o Direito Penal Simbólico, a ocorrência de ambos, classificação das legislações simbólicas e a influência da vítima para o seu surgimento.

A teoria de origem alemã foi analisada no âmbito brasileiro. Nesta toada, foram apresentados dois grandes segmentos do Direito que exemplificariam a tendência nacional em criar legislações de cunho simbólico. De igual modo se expôs as leis brasileiras que constituiriam espécies de Direito Penal Simbólico.

Divagou-se acerca da eficácia do Direito Penal Simbólico como um todo e suas eventuais implicações de ordem prática.

A fim de completar o cerne da pesquisa, explicou-se sobre a vingança privada, como primeiro meio de justiça primitiva, anterior ao Direito Penal, sendo aquele a razão de ser deste. Sob este prisma, revelou-se um retorno da vingança privada, hoje, representada por meio de atos de linchamento.

Tentou-se relacionar este ressurgimento da vingança privada com o Direito Penal Simbólico, que daria supedâneo para que algumas pessoas adotassem a prática como forma de executar uma justiça mais incisiva do que a estatal.

Para compreender o fenômeno, investigaram-se as motivações e as personagens envolvidas nos linchamentos.

Em sede de finalização do trabalho, conseguiu-se demonstrar o objetivo do estudo, ou seja, os dois temas foram interligados a partir do arrolamento de casos que demonstraram o vínculo.

Todo o procedimento somente foi possível de ser realizado a partir da utilização dos métodos indutivo e dialético, eis que de uma premissa geral almejou-se demonstrar a ocorrência dos fatos, do mesmo modo, tivemos que coligar conhecimentos do Direito Penal com a Sociologia para elucidar as questões abordadas.

2 O DESVIRTUAMENTO DO CARÁTER DE *ULTIMA RATIO* DO DIREITO PENAL

Neste capítulo revelaremos o desvinculamento do Direito Penal atual de sua essência.

2.1 Princípios Informadores do Direito Penal

O Direito Penal é considerado um ramo subsidiário do Direito, em razão da sua aplicabilidade apenas se fazer necessária em casos específicos na defesa dos bens jurídicos de maior importância para o meio comum.

No Brasil, a restrição da liberdade é a forma mais grave de pena, que priva o indivíduo de um direito fundamental previsto constitucionalmente no *caput* do artigo 5º. Porém, este direito não é tido como absoluto, pois a restrição de liberdade pode ser efetuada pelo Estado, atuando por meio do *ius puniendi*, desde que resguarde a ampla defesa, contraditório e devido processo legal, e por essa razão, tal poder não pode ser exercido de forma leviana.

Quando afirmado que Direito Penal é um poder estatal, e, por conseguinte pertencente ao ramo do direito público, também se deve conceber essa vertente do Direito como *ultima ratio* ou última opção, significando que ele deve ser utilizado somente quando não houver outros meios competentes para reprimir ou evitar que uma determinada conduta venha a ser efetivada.

“Decorrente da ideia de necessidade da pena, sua aplicação afasta o Direito Penal nas hipóteses em que não seja considerado meio idôneo, adequado ou eficaz para a prevenção do delito”, salienta Luiz Regis Prado (2010, p. 148).

Assim agindo, esse ramo do direito público preocupa-se em proteger os chamados bens jurídicos, sendo que bem é aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas, e quando ele é valorado pelo Direito, passa a ser um bem jurídico, conforme delineia Damásio Evangelista de Jesus (2014, p. 46). Figurando entre os mais importantes: a vida, integridade física, psíquica, dignidade sexual, patrimônio, entre outros.

Nesta toada, entende-se que para possuir tutela penal, os bens devem ser eleitos para tanto, e, portanto, precisam ser submetidos a um longo estudo para que possam ser aquilatados como um interesse público ou individual que uma vez violado ou ameaçado, configure infração penal.

E a este processo de escolha dos bens jurídicos mais importantes está acoimado o princípio da intervenção mínima que pode ser relacionado com o ideal de menor intervenção punitiva por parte do Estado na vida das pessoas.

A intervenção mínima possui como corolário o princípio da fragmentariedade, que nos relembra que o Direito Penal é apenas um fragmento, segmento do Direito, cabendo a ele uma pequena parcela de interesses para ser tutelada, por isso, “deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual”, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 88).

O último autor aponta ainda que pode a fragmentariedade ser subdivida em primeiro e segundo grau, onde a primeira refere-se ao delito consumado, devendo o bem jurídico ser integralmente protegido; e a de segundo grau, definida pela tentativa de perda ou lesão do bem.

Nucci (2011, p. 88) também pondera como decorrente da intervenção mínima o princípio da ofensividade ou lesividade, que incide sobre a indispensabilidade da criação dos tipos penais incriminadores, “cujo objetivo seja eficiente e realístico, visando à punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados”.

Enfim, esses subprincípios reforçam a essência residual do Direito Penal, pois em síntese, podemos afirmar que esse segmento jurídico deveria ser tocado apenas quando fosse insubstituível a sua atuação.

2.2 O Direito Penal na Sociedade de Risco

A missão do Direito Penal nos tempos atuais ainda se calca na prevenção e punição de condutas que não são bem-vindas em sociedade. De modo geral, a busca por resolução rápida de problemas é comum na sociedade globalizada, onde tudo acontece com impressionante celeridade, o que não permitiria, em tese, o tempo necessário para o ordenamento penal se adequar para a reprimenda de novas condutas que começam a ser praticadas e são negativamente reconhecidas no meio social.

A intervenção estatal que outrora era praticamente nula na vida das pessoas, passa a ser requerida, influenciando no direito de liberdade dos cidadãos de maneira excessiva.

Para compreendermos essa situação é fundamental analisarmos o atual contexto social em que estamos inseridos. Onde o desenvolvimento desenfreado dos grandes centros urbanos fez com que as pessoas andassem cada vez mais indiferentes com as questões que ocorrem à sua volta, e muitas delas constroem e continuam construindo verdadeiras muralhas, chamando-as de casa, lugar este que consideram o mais seguro do mundo.

Porém, a realidade, infelizmente, desmente as pessoas, fazendo-as perceber que nenhum lugar é seguro para os seus pertences e, não raro, também para as suas vidas.

Quando chega ao conhecimento popular a ocorrência de crimes nas redondezas da cidade, bairro, rua de onde moram, as pessoas começam a sentir-se em constante estado de alerta, como se algum ato criminoso pudesse alcançar-lhes a qualquer momento, não importando o lugar, pois, hoje vivemos na chamada sociedade de risco.

Segundo Ney Fayet Júnior e Inezil Penna Marinho Junior (2009, p. 295-297), a sociedade globalizada é balizada em riscos pelos quais o ser humano deve se pautar, que põe por terra antigas certezas, fazendo com que todos vivam com receio de novos e antigos riscos, estado este que os autores sugerem nomear de “cultura fóbica”.

Os referidos citam os atuais riscos, tais como: fobia de ataque nuclear; doenças, no Brasil, apontando o retorno de várias delas em decorrência da ineficácia das agências estatais; acidentes aéreos, terrestres, marítimos; desastres naturais, devastação ecológica, escassez e/ou contaminação de alimentos, falta d’água, clonagem humana, guerras, aquecimento global, violência urbana, e ainda drogas, escravidão, tráfico de pessoas, tráfico de órgãos, sequestro, bala perdida, desemprego, falta de assistência médica ou de medicamentos adequados etc.

Diante dessa insegurança, as pessoas passam a pensar no Direito Penal como alternativa mais efetiva para a resolução desse constante estado de angústia e medo que as sufocam, pelo menos no que toca à segurança pública.

De acordo com o apresentado por André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2010, p. 22): “Com isso, há uma revitalização da ideia do

Direito Penal enquanto força conformadora dos costumes, ou seja, passa-se a ver no Direito Penal um mecanismo de orientação social de comportamentos”.

Nasce assim na sociedade o falacioso pensamento de que a simples criação de leis mais severas terá o condão de garantir a almejada segurança que buscam, sem compreender o quão ilusória se torna essa alternativa.

Neste sentido, deixa-se de levar em conta a efetividade da norma, onde passa a bastar a sua modesta existência, que já se torna suficiente para sanar o problema social para o qual ela fora criada. De modo que a deficiência do Estado acaba sendo camuflada, conforme Callegari e Wermuth (2010, p. 55).

E o Brasil segue essa prática, pois tem editado leis de modo desenfreado, e isso não é preocupante apenas do ponto de vista da superprodução de leis, que são muitas vezes inúteis, mas também por afetar a maneira que a sociedade brasileira vislumbra a função do Direito Penal.

Como forma de retirar o foco na ineficiência de serviços de segurança pública, que padece com carência de recursos humanos, tecnologia ultrapassada, falta de pessoal, desvalorização dos funcionários públicos, os parlamentares brasileiros vêm nas leis uma saída de fácil acesso para calar a população, que se sente cada dia mais insegura.

E esta situação causa um caos generalizado, pois ao procrastinar-se o implemento de soluções mais efetivas, os temores comuns sociais são corrompidos a fim de restabelecer as forças governamentais do Estado, para a reafirmação de sua autoridade, que há tempos se mostra reduzida e enfraquecida, consoante o entendimento de Zygmunt Bauman (2005, p. 81).

Ao invés desse ramo do Direito evoluir com o passar dos anos, o que se verifica é uma crescente manipulação das normas penais, para o fim de atendimento a interesses ilegítimos, derrocando numa verdadeira banalização do Direito Penal.

Callegari e Wermuth (2010, p. 21-22) afirmam que essa situação impõe uma nova perspectiva sobre a incriminação das condutas, onde se busca a prevenção dos crimes com a criação de leis, sendo que as situações de risco se tornam de perigo concretizado.

A título de exemplificação, os mesmos autores citam a alegoria das “janelas quebradas”, que preceitua que se uma pessoa quebra uma janela de um edifício e não é punida, outras pessoas poderão futuramente, com base naquela

impunidade, também quebrar janelas. Portanto, haveria uma decadência geral, que fomentaria a criminalidade, e por isso, qualquer tipo de infração penal, independentemente da lesão ou perigo que ela apresente, deveria ser punida sem complacência, para não desencadear em um crime de maior proporção no futuro.

Sendo esta uma linha norte americana adotada em Nova York que derrocou na política de Tolerância Zero, que prevê técnicas incisivas de controle e redução da criminalidade, incluindo a punição de todos os delitos, mesmo os menos lesivos. O objetivo desta política seria restaurar a ordem violada pela falta de emprego, proteção social e trabalho assalariado precário (MONGRUEL, 2002, p. 175).

Sobre o tema, importante aqui mencionar o entendimento de Alessandro Baratta (2002, p. 204) acerca do sentimento social na legitimação da legislação penal:

Em segundo lugar, a opinião pública, entendida no sentido de “comunicação política de base”¹¹, é portadora da ideologia dominante, que legitima o sistema penal, perpetuando uma imagem fictícia dominada pelo mito da igualdade. É, além disso, a nível de opinião pública (entendida na sua acepção psicológico-social) que se desenvolvem aqueles processos de projeção da culpa e do mal, e que se realizam as funções simbólicas da pena, analisadas particularmente pelas teorias psicanalíticas da sociedade punitiva. Como estas teorias mostraram, a pena atua como elemento de integração social, produzindo sentimentos de unidade em todos aqueles que são somente seus espectadores e, desse modo, realiza uma consolidação das relações de poder existentes.

Assim, o medo leva as pessoas a se apoiarem nas leis, e a conversão desse pensamento acaba por gerar um sentimento comum de que a paz é alcançável por meio da utilização do Direito Penal, todavia, a sociedade não consegue perceber que é falaciosa essa tentativa de pacificação.

2.2.1 A influência midiática

O interesse pelo crime sempre existiu, não sendo à toa que muitas condenações à morte já foram presenciadas, no passado, por populares, conforme alude Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 37):

[...] a pena de morte pública era prodigamente distribuída como espetáculo festivo nas praças. Essa prática, sem dúvida, reafirmava a vigência das normas de modo mais concreto que simbólico e, ao mesmo tempo, cumpria

a função de contenção, dado que o executado era neutralizado por toda a eternidade.

Hoje, não havendo tais “espetáculos” em praças públicas, cabe à mídia que pode ser considerada um “quarto poder”, replicar esse modelo em novos moldes, ou seja, por meio de incessantes coberturas de reportagens com temática policial.

Importante mencionar que a colaboração midiática possui participação fundamental nesse processo de exploração do Direito Penal, pois os meios de comunicação de massa influenciam a visão que a sociedade projeta sobre esse ramo do Direito, construindo a opinião pública.

Nobre seria se o propósito da mídia fosse tão somente a informação, porém, seu principal objetivo é de cunho mercadológico, com a busca incessante por altos índices de audiência.

De acordo com Antoine Garapon (2001, p. 92-93) a mídia pode ser considerada um poder mantido por pessoas “invisíveis”, abrindo terreno para irresponsabilidades, agravando as proporções do problema, pois ela diversas vezes mascara a realidade.

Para o autor, isso que dá a característica de “toxicidade” à televisão, no momento em que ela destitui autoridades, optando por expor os bastidores à cena, a violência à sua solução social, o homem à personalidade pública e a injustiça em vez da justiça.

Para tanto, a mídia, com um poder que ela mesma outorga para si, estampa crimes raros como recorrentes, de modo que o clamor popular pede pelo recrudescimento da intervenção punitiva, de acordo com o apontado por Callegari e Wermuth (2010, p. 46).

Por meio das notícias criminalísticas, exploram-se as vítimas e seus familiares, inculcando nas pessoas um sentimento de constante insegurança, o que as fazem crer que a criação de leis penais mais graves é a única solução plausível.

Nesse sentido, ponderam os mencionados autores (2010, p. 79):

Cada vez mais são tomados como argumentos os sentimentos das vítimas e/ou seus familiares, bem como da população cada vez mais temerosa diante do fenômeno da criminalidade falsamente construído pelos meios de comunicação de massa, para apoiar a elaboração de novas e mais rígidas leis penais.

Sobre o assunto, o eminente Zaffaroni (2007, p. 175) aponta a semelhança da publicidade do sistema penal com a dos dentifrícios ou analgésicos. Dizendo que em ambas, costuma-se apresentar especialistas ou atores que representam esse papel. Sendo que para o ramo penal, são as vítimas ou seus parentes que assumem esse papel nos meios de comunicação, de modo que a justiça de sua causa – a reivindicação de um melhor serviço de segurança – lhes garantisse automaticamente conhecimentos técnicos capazes de viabilizar a realização dessa demanda.

Hoje, os programas de televisão que se prestam a “informar” crimes, ocupam o espaço que era destinado à queima de bruxas, e mesmo que não estejamos de volta aos suplícios, essa forma de exploração do crime é preocupante (RAUTER, 2012, p. 69).

Resultando na transferência da titularidade da exposição da penalidade que antes era do Estado, para a mídia comercial, que concede ampla cobertura às operações policiais em áreas habitadas por população de baixa renda e aos julgamentos nas salas de audiência em torno dos réus famosos. A ocupação do lugar físico que no passado era reservado às penas de morte públicas como a notória execução do regicida Damiens, em *Place de Grève*, em Paris, agora pertence à justiça televisiva em *reality shows*, noticiários diários e famosos seriados dramáticos (WACQUANT, 2002, p. 23).

2.3 O Apoderamento Político do Discurso Midiático

O discurso punitivo explorado pela mídia tem sido alvo de apropriação dos políticos que sabem que a atual sociedade busca nas leis a pacificação, de acordo com Callegari e Wermuth (2010, p. 53), e com isso, os representantes do povo confirmam essa falsa ideia, não por serem crédulos na mudança oriunda da lei, tal como seus eleitores, mas sim com o exclusivo objetivo de angariar votos.

Esses verdadeiros manipuladores do poder legislativo criam tipos penais que buscam suprir a falta Estatal, ou seja, agravando penas e tipificando inúmeras condutas que consideram imprescindíveis para a prevenção da prática de crimes.

“Os discursos comercial, político e da mídia têm em comum, além disso, o fato de se basearem na sedução. É preciso agradar, vender ou ser eleito, a qualquer preço”, Garapon (2001, p. 94).

Nesse ínterim, na tentativa desorientada de atender os clamores sociais, no caso, a segurança pública, os legisladores começam a idealizar diversas leis, mesmo estando cientes de que tais medidas apenas calarão os seus eleitores, ao menos, por algum período de tempo.

Para Winfried Hassemer (2008, p. 228) “o legislador penal acaba buscando alívio de seu fardo de duas maneiras: pelos crimes de perigo abstrato e pelo Direito penal simbólico”.

Importante mencionar sobre o tema a prática *völkisch* exposta por Zaffaroni (2007, p. 15-16), que pode ser denominada como popularesco, mas não se confunde com o populismo que é a simpatia que beira a idolatria a um político, mas sim o discurso político injetado na sociedade “mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo dos seus piores preconceitos”.

E essa lembrança de sentimentos primitivos traz como um de seus principais modelos, a vingança, como bem alude o mencionado autor (2007, p. 75):

Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabecem campanhas de lei e ordem, nas quais a vingança é o principal objetivo. As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *völkisch* ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular.
Grifo nosso.

Este apoderamento das razões apresentadas pela mídia não é satisfatoriamente legitimador para que se façam reformas penais, uma vez que além de possuir frágil alicerce no sentimento social das vítimas e da sociedade solidarizada, carece de sustento científico, pois a maioria dos especialistas que se propõe a tratar do assunto não possui dados empíricos sérios, vez que esses supostos estudiosos são palpiteiros que se limitam a repetir o discurso popular, consoante o exposto por Zaffaroni (2007, p. 74-75).

Por isso, “O sentimento que reúne pessoas, de modo muito efêmero, diante o horror é suficientemente forte para unir rapidamente pessoas bastante

heterogêneas; porém insuficiente para fundar uma comunidade política”, conforme diz Garapon (2001, p. 103).

Segundo Hassemer (2008, p. 227):

O Direito penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, onde se contentava com o asseguramento do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento de domínio das grandes perturbações, sociais ou estatais. O combate, ou melhor, o tratamento do crime parece muito pequeno como tarefa do Direito penal. Agora, trata-se de guarnecer as políticas de subsídios, do ambiente, da saúde e das relações internacionais. De repressão pontual a ofensas concretas a bens jurídicos, converte-se em prevenção abrangente de situações problemáticas.

Ou seja, ocorre o desvirtuamento do caráter subsidiário do Direito Penal, que passa a ser utilizado como primeira opção na tentativa de saneamento das mazelas sociais.

2.4 Implicações da Superprodução Legislativa

A criação de novos tipos penais sem os devidos estudos para alicerçá-la tem como resultado várias consequências maléficas, haja vista que novas tipificações necessitam de base empírica sólida que, inúmeras vezes, não é valorizada da forma devida, não sendo rara a sua supressão por breves e inflamados discursos despidos de qualquer sombra de imparcialidade.

Importantes gravames são possíveis de vislumbrar com a inflação legislativa, dentre eles o descontrole institucional na aplicação do poder punitivo, que não consegue punir nem mesmo os crimes mais comuns, como homicídio, roubos, estupros, com a esperada eficácia diante da reprovabilidade social que tais infrações penais representam, o que indiretamente revela como impraticável a repressão de novos crimes.

Portanto, ao criminalizar diversas condutas, o Estado compromete “uma moeda boa”, uma vez que ao tipificar novas práticas, o que deveria promover a censura almejada, acaba por enfraquecer condutas já há muito consolidadas como criminosas, pois a hiperpenalização ameaça a função social da punição (PAVARINI, 2002, p. 99-100).

Logo, quando passa-se a punir inúmeros fatos, na tentativa de tornar bens jurídicos “impenetráveis”, acaba-se por fomentar a ideia de que se condutas

que outrora eram consideradas irrelevantes, hoje são puníveis, os crimes não são bem escolhidos, então tudo seria permitido.

Para contextualizar a situação, cabe aqui elencar o exemplo de Zaffaroni (2007, p. 76), que em nota de rodapé cita a ocorrência em sua terra natal, Argentina, do chamado “sequestro *express*”, que ao ser exposto em publicidades, aviltou o pensamento de que o sequestro era “rápido” e “rentável”, de modo que adeptos inexperientes começaram a realizar “sequestros relâmpagos”, que resultaram em diversas mortes, uma vez que essa é a espécie de sequestro que mais coloca em risco a vida das vítimas.

Vê-se assim uma publicidade às avessas, ao passo que pessoas com desígnios infratores ao saberem que mesmo os criminosos mais cruéis conseguem sair “ilesos” após a prática de crimes bárbaros, passam a adotar crimes em voga, e ignorar as novas tipificações legais. Enquanto as pessoas de bem acreditam veementemente que estarão a salvo com esta ou aquela nova lei penal.

Outro significativo resultado desse excesso legislativo é a violação dos direitos fundamentais. Um estado policialesco que desvaloriza os direitos fundamentais tem um exercício democrático retórico, com a sintomatização de um discurso político do crime profundamente embebecida em contradição, sendo uma verdadeira “demagogia panfletária” (DUARTE, 2001, p. 36).

O aludido autor ao divagar sobre a temática, afirma coexistir o Estado Democrático de Direito e o diuturno vilipêndio da legislação penal, vislumbrando um retorno ao Direito Penal do Terror.

Acerca da questão, assim se manifestam Ney Fayet Júnior e Inezil Penna Marinho Junior (2009, p. 311):

Vale dizer, o diagnóstico atual revela a tendência de que os direitos e garantias – estrutura basilar do sistema jurídico do Estado democrático de Direito – assumam mero caráter nominal, denunciando uma crise de confiança nos direitos fundamentais e a fragilidade das estruturas modernas, quando essas não contam com o assentimento da população. Esse caráter nominal de direitos e garantias denuncia suas fraquezas quando uma das grandes questões político-criminais, hoje, ainda que por vezes velada, parece encaminhar-se justamente para o questionamento de “quem é o cidadão” e quem deve ser o portador de direitos e de garantias e, paradoxalmente, quem não as merece. Foi nesse marco, inclusive, que se teorizou um “Direito Penal do Inimigo”, formulação teórica de práticas punitivas beligerantes, nas quais o inimigo eleito passa a ser visto como um “não sujeito de direitos” [...]

Na mesma esteira, Callegari e Wermuth (2010, p. 21-22) criticam o abuso de prisões cautelares, como no caso da prisão preventiva, e no Brasil tal apontamento se encaixa, tendo-se em vista que o art. 311 do Código de Processo Penal se abstém de impor prazo para o seu término, se limitando a citar os pressupostos e hipóteses autorizadoras.

Colocando a cargo da doutrina e jurisprudência a árdua tarefa de limitar o prazo dessa prisão, o que nos parece desarrazoado, devido à possibilidade de vários posicionamentos surgirem, causando irremediáveis divergências.

Em contrapartida, o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal apregoa que ninguém será considerado culpado senão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, parece incoerente manter preso alguém sem termo certo antes deste pronunciamento judicial, então, a prisão preventiva estaria violando o princípio da presunção da inocência? Grosso modo, estaria.

Ao divagar sobre as garantias constitucionais feridas com a criação de novas leis descoimadas de profundos estudos e resguardo da Lei Maior, do seguinte modo manifesta-se Zaffaroni (2007, p. 78-79):

Nesta conjectura, políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular os códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam a mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente, constringer os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool* [...]

Outro irremediável resultado, é que como muitos destes novos tipos preveem penas com restrição de liberdade, em decorrência da visão ocidental de que a prisão é a pena de maior importância, gera principalmente no Brasil, um significativo aumento da população carcerária, ocorrendo simultaneamente com a redução de gastos com o sistema penitenciário idealizada pelo governo, consigna Vera Malaguti Batista (2003, p. 46).

Enfim, estes são apenas alguns exemplos dos problemas oriundos da má utilização do direito penal, pois de acordo como bem define Hassemer (2008, p. 227-228), o papel do Direito Penal num Estado de Direito liberal é inadequado para

alicerçar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou promover ampla prevenção de situações perigosas.

Veza que os seus instrumentos são pesados, anacrônicos e não pode produzir efeitos de forma igualitária. E justamente por causa dessas características ele é impedido de contribuir com o “estabelecimento de objetivos e meios de solução de problemas que permitam versatilidade, abertura para o futuro e flexibilidade diante de perturbações inesperadas”.

Ora, ainda de acordo com Hassemer, se o Direito Penal só age quando o ilícito foi consumado “é tarde demais para uma prevenção efetiva”. Haja vista que ainda nas situações mais gravosas só pode ser movido para indivíduos concretos e específicos após o cumprimento de pressupostos de imputação, pois o Direito Penal não pode agir enquanto pairarem dúvidas, pois o *in dubio pro reo* obsta essa possibilidade.

Logo, podemos entender que medidas mais severas não são soluções mágicas que podem acabar com a violência, falta de empregos, problemas econômicos, desigualdade social, educação deficitária, retomada de legitimidade no poder estatal, pois seria como acreditar em personagens fantásticos, como Papai Noel ou coelho da páscoa, que não existem no mundo fático (MONGRUEL, 2002, p. 176).

Nesse diapasão, todos os esforços atualmente empregados na recuperação social de delinquentes se tornam cada vez mais hercúleos, para não dizermos impossíveis, e exatamente por esses motivos estamos muito distantes da efetivação do nosso direito/responsabilidade elencado no art. 144 da Constituição Federal de 1988¹.

¹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

3 O SIMBOLISMO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O simbolismo do Direito Penal pode ser entendido como o conjunto de mecanismos que representam esse Direito, ou seja, são todos os meios que o exteriorizam, de modo que a simbologia influencia no modo que a sociedade concebe esse ramo do Direito.

Por esta razão, a simbologia do Direito Penal não é inócua, haja vista que promove, se assim podemos dizer, um *feedback* acerca do que ele invoca nas pessoas. Portanto, toda lei, seja ela de cunho penal, civil, administrativo, ambiental, deve ter o mínimo de peso simbólico ou percepção social sobre a sua existência, pois sem o simbolismo a lei pode ser tida como indiferente perante a sociedade, o que definitivamente não é o desejável.

No âmbito penal essa simbologia deveria ser suficiente para cumprir com a precípua criação do tipo penal, que se refere à prevenção geral e à prevenção especial, sendo aquela devotada à população como um todo, e esta para o criminoso. Em ambas se almeja que a lei e a sua sanção sejam bastantes para inibir práticas criminosas.

Acerca das teorias preventivas da pena, do seguinte modo posiciona-se Hassemer (2005, p. 369):

Estas teorias possuem duas orientações finalísticas: uma variante “preventiva especial”, que dirige a sua atenção ao autor concreto condenado a uma pena e espera para ele, a partir da pena, um efeito “ressocializador”, um efeito de adaptação; e uma variante “preventiva geral” que se interessa pela generalidade dos cidadãos e, através da pena e da execução penal, espera em sua concepção estrita (apenas) uma intimidação do potencial delinqüente, e em sua concepção ampla robustecer a consciência normativa de todos.

Este simbolismo possui como exemplo mais latente a lei penal, proveniente do Poder Legislativo, que representa a regulamentação estatal de condutas passíveis de repressão. Hassemer (2008, p. 217) salienta que mesmo uma regra rigorosamente criada para ter efetividade instrumental, como a proibição do homicídio, traz “a esperança preventiva de fortalecer simbolicamente o respeito à vida humana”.

Na mesma esteira, as polícias representam essa simbologia do Direito Penal, na forma preventiva, como por exemplo, a militar, que se porta

ostensivamente com o uso de impactantes logotipos, armamento e postura inquisitiva.

A própria arquitetura dos presídios, com grades, circulação vigiada, limitado acesso exterior, entre outros, indica essa simbologia da pena, muito mais na forma da repressão, mas também na forma preventiva, pois os meios de comunicação ao expor as prisões reafirmam indiretamente a prevenção geral do delito.

A sanção penal em si também faz parte do simbolismo do Direito Penal, sendo, aliás, um de seus símbolos mais expressivos, pois constitui na reação estatal frente à conduta penalmente reprovável, advindo daí, a ideia de retribuição ao criminoso, por meio da sanção que poderá ser de multa, detenção, reclusão, privativa de direitos e, até mesmo, a medida de segurança, determinada ao criminoso inimputável.

O simbolismo do Direito Penal é então essa força proveniente dessa pequena esfera do Direito, por intermédio de seus símbolos, na defesa dos bens jurídicos de maior importância na preservação da paz do meio social.

3.1 O Direito Penal Simbólico

Hassemer (2008, p. 223), quanto à origem do Direito Penal Simbólico, pondera que quando o Direito Penal protege os bens jurídicos a ele confiados cumpre satisfatoriamente sua função preventiva, todavia, afirma não ser mais possível, na atualidade, saber no que consistiria uma real proteção destes bens, e quando há essa impossibilidade nasce o Direito Penal Simbólico.

De acordo com Leonardo Sica (2002, p. 73-75), o Direito Penal Simbólico não surgiu de uma ideia doutrinária ou de qualquer notória Escola penal, “mas sim de uma constatação empírica”, advinda da análise da atividade legislativa de distanciamento dos objetivos preventivistas e seus fins de dignidade e idoneidade. Sendo que a falência de outros meios de controle social ou políticas efetivas de serviços públicos sociais transformou o Direito Penal em uma expectativa de solução de grandes problemas políticos e sociais.

O autor ressalta que a tendência do Direito Penal de controlar a fidelidade da população e dissuadi-la da prática de crimes tornam as consequências previstas em lei sem importância, pois a existência do dispositivo legal já seria o

bastante. Nesse processo, a lei penal se torna um produto, impassível de instrumentalização, onde a pena, notadamente a privativa de liberdade, ilude a sociedade com falsas promessas de segurança e proteção.

Com isso, os objetivos e os princípios basilares do Direito Penal como a punição, ressocialização, prevenção, fragmentariedade e subsidiariedade são colocados em segundo plano, isso quando não são completamente aniquilados, em prol de uma aparente resposta Estatal incisiva. Como resultado, temos a deslegitimação desta vertente do Direito, eis que nesse quadro não existe a fidedigna preocupação com a tutela de valiosos bens jurídicos, mas sim o desejo de expansão incriminadora.

Hassemer (2008, p. 217) sugere um conceito para o termo legislação simbólica:

[...] trata-se de uma oposição entre “real” e “aparente”, entre “manifesto” e “latente”, entre “realmente pretendido” e “realmente realizado”; e trata-se, sempre, dos efeitos reais das leis penais. “Simbólico” associa-se a “ilusório”, em sentido transitivo e reflexivo.

Segundo Ana Carolina Carlos de Oliveira (2013, p. 47), o Direito Penal simbólico é caracterizado por leis que servem somente como “declarações de princípios”, desvinculadas de pretensão de sua aplicabilidade, com forte apelo moral. Marcado ainda por leis de emergência, compromisso, formuladas de maneira genérica, demonstrando apenas “que determinado bem é caro ao legislador”.

A autora ainda menciona que esse Direito apresenta-se por meio de mecanismo de prevenção geral, como também, pela imposição de graves penas.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 101-102) afirmam que quando a pena cumpre apenas com a função simbólica, seria irracional e antijurídica, pois utiliza-se do homem como um meio de sua simbolização, pois sequer consegue cumprir com a suas funções preventiva geral e especial.

Montesquieu (2005, p. 96-97) já salientava que governos mais violentos, quando ocorre algum problema, tentam imediatamente corrigi-lo com o estabelecimento de pena cruel, e não optando pela execução de antigas leis. Porém, quando o governo faz isso, do mesmo que a população acostumou-se com a antiga sanção, também se habituará a esta nova, diminuindo o temor por ela, por isso, o legislador estaria obrigado a paulatinamente ir aumentando as penas em todos os crimes.

Mais à frente ressalta que tendo o legislador se utilizado da imposição de pena mais grave, apenas visa punir mais severamente, e deixa de lado os malefícios trazidos por tal atitude. Logo, o mal sendo corrigido, apenas a severidade do legislador subsistiria, e o espírito da sociedade estaria corrompido, acostumado com o despotismo.

Hassemer (2008, p. 229-230) afirma que o Direito Penal Simbólico trai as tradições liberais do estado de Direito, com mais evidência, o conceito de proteção dos bens jurídicos. Também fraudada a confiança da população na tutela penal, vez que se limita a ser uma “necessidade de ação” do legislador.

O mencionado autor pontua que o Direito Penal Simbólico encaixa-se às concepções de “insegurança global” numa “sociedade de risco”.

Enfim, o Direito Penal Simbólico nasce dessa supressão dos alicerces do Direito Penal convencional, que são substituídos por objetivos diversos daqueles para o qual fora criado. Como consequência, temos um Direito Penal figurativo, que está muito aquém de sua efetividade, valorizando antes de tudo o formalismo da lei penal.

3.2 Classificação das Legislações Simbólicas

Hassemer (2008, p. 213-214) nos apresenta uma classificação existente na doutrina alemã das legislações simbólicas.

As leis simbólicas podem ser classificadas em quatro categorias. A primeira constitui-se das declarações de princípio legislativas, incidindo sobre questões como o aborto, que se revela um embate moral entre a determinação feminina e o crime do homicídio.

Outra categoria se relaciona com as leis com apelo moral, que seriam aquelas que tentam educar a sociedade, como o Direito penal ambiental, criado a fim de sensibilizar ecologicamente as pessoas por meio de proibições de cunho penal. O autor também cita como exemplo, as legislações em prol da proteção da mulher, que seria de “pedagogia popular”.

A terceira é composta por reações compensatórias do legislador, que nas palavras do autor seriam “leis-álibi, leis de crise”, exemplificando o caso da lei de terrorismo que fora criada para acalmar o medo e a indignação do público.

A derradeira categoria é a das leis de compromisso, que se perfazem por normas genéricas de Direito Penal, que mesmo não resolvendo os problemas, representam uma coalizão do legislador no sentido de satisfazer uma necessidade de ação. Tendo como exemplo germânico a lei que tornou imprescritíveis os homicídios ocorridos em razão do nazismo, com a 16ª Lei de Reforma Penal de 16 de julho de 1979 e a criminalização do genocídio ocorrida em 1954, que tiveram como objetivo não a instrumentalização da lei penal, mas sim a superação do nazismo do ponto de vista de política interna e externa, constituindo esta última a principal atenção das tipificações.

3.3 A Vitimização e o Direito Penal Simbólico

Conforme salientado no primeiro capítulo do presente estudo, o interesse pelo crime pode ser considerado “intrínseco” ao ser humano, assim sendo, tanto os vitimados quanto a sociedade em geral, ante a uma situação criminosa, tendem a não permanecerem silentes, muito pelo contrário, parecem querer de qualquer maneira serem ouvidos, pois, diversas vezes, manifestam indignação pelo fato criminoso e pelo seu respectivo agente causador.

É irrefutável o fato de que a vítima e seus familiares são os que mais sentem os efeitos do crime, por esta razão, exortam diversos sentimentos que vão desde ira, revolta, vingança, e em casos, aceitação e até o perdão do mal suportado. Mesmo se tratando de sentimentos distintos, todos possuem algo em comum: são notáveis às demais pessoas.

A vitimologia demonstra que a vítima do crime após a ocorrência do fatídico episódio se sente abandonada e incompreendida no meio social, sensação esta que se mostra mais agravada durante o processo penal, que a faz sentir-se como a verdadeira culpada pelo crime sofrido, de acordo com o destacado por Raul Cervini (1995, p. 232).

Neste contexto, a instrumentalização da vítima é um dos alicerces do Direito Penal Simbólico, uma vez que os casos de grande repercussão geram a solidarização popular com as vítimas.

Esta temática recebeu a devida atenção do ilustre jurista Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 53), incluindo-a em seu estudo acerca da expansão do direito penal, que é um fenômeno comum em sociedades globalizadas. O

mencionado doutrinador traz à baila uma teoria explorada por alguns autores, de que a instituição da pena seria um “mecanismo de ajuda à superação por parte da vítima do trauma gerado pelo delito”.

Nesta toada, para o supracitado autor, a sociedade teria uma dívida com a vítima, pois aquela não pôde proteger esta do mal advindo do crime, e por isso, a pena de prisão ou multa cumpriria a desejada função simbólica para a vítima, pois a sanção seria de grande importância para ela.

Deste modo, há a “substantivização dos interesses das vítimas, outrora subsumidos na noção de interesse público”, aludem Callegari e Wermuth (2010, p. 75-76).

Se a pessoa da vítima substitui a importância do bem jurídico tutelado por tais tipificações, o legislador opta por “dar um rosto à lei”, o fazendo sob pena de retirar o interesse público da norma, eis que “perde-se de vista que a justiça não é vingança, nem terapia, mas triangulação das relações sociais”, conforme Garapon (2001, p. 118).

E não é só, a sociedade além de solidarizar-se com a vítima, acaba por sentir-se como potencial vítima, o que faz com que ela queira a incriminação de novas condutas, para que não sofra qualquer tipo de risco, como bem define Silva Sánchez (2002, p. 54):

Pois o sujeito que precipuamente se contempla como vítima potencial não encontra resposta aceitável na qualificação de certos riscos como “riscos permitidos”. E tal se manifesta de modo claro em uma definição social-discursiva tendenciosamente expansiva do âmbito das condutas criminais.

Na mesma esteira, segue o entendimento de Hassemer (2005, p. 110-115), que afirma que em épocas de crescente medo da criminalidade, há uma tendência dos indivíduos conceberem-se como futuras vítimas de crimes, o que pode gerar uma pressão sobre a legislação penal.

O referido autor exemplifica o caso alemão de violência com taxistas, que fez com que outras pessoas, além daquelas pertencentes à classe, igualmente se identificassem com a ameaça sofrida pelos taxistas, e acabassem insistindo em reações súbitas e irrefletidas contra o autor da ação, constituindo uma política criminal emocional, uma vez que ocorreu a socialização do interesse da vítima, ao passo em que:

[...] faz surgir o perigo de que sejam adotadas decisões político-criminais desvinculadas do objetivo que perseguem: de que novos tipos penais sejam criados, apesar dos existentes serem realmente suficientes; de que as penas sejam elevadas ao máximo, apesar do aumento de pena, como todos os versados sabem, não resulta em nada; que os direitos de todos os acusados sejam cortados no processo penal, apesar de se querer atingir apenas uma pequena parte dos suspeitos [...]

Assim, todos adotam a causa, tanto a vítima quanto a sociedade, o que desencadeia a expansão do Direito Penal, que não prima com a devida atenção pelas garantias constitucionais, de acordo com o afirmado por Silva Sánchez (2002, p. 69):

A aspiração *naïve* (ingênua) de eficácia na obtenção das ansiadas segurança e satisfação por parte de uma coletividade que se autocompreende antes de mais nada como vítima conduz a uma verdadeira ojeriza em relação a alguns dos elementos característicos do Direito Penal clássico: o trato com valores (a começar com a “verdade” e a “justiça”) e a articulação de tal trato por meio de procedimentos formais. Uns e outros se interpretam como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. Assim, desde a presunção de inocência e o princípio de culpabilidade, assim como as regras de devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.

E este problema gera na visão de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002, p. 94-95) um conflito entre o *ius puniendi* (poder punitivo estatal) e o *ius poenale* (regramento do *ius puniendi*), pois no momento em que a pessoa se sente como vítima potencial de um delito, pretende ao máximo de proteção ou prevenção, porém, ao ocupar a “posição de infrator potencial, o que espera é o máximo de garantias.²⁷”

Hassemer (2005, p. 115-117) destaca que numa época de temor generalizado, onde os interesses das vítimas estão mais expostos, o ambiente é propício para aniquilar a curto prazo os estudos e trabalhos de décadas no desenvolvimento de um Direito Penal equilibrado e moderno, de modo a reduzi-lo a uma mera função simbólica.

O estudioso elenca que quando o sistema penal se galga na retribuição do injusto cometido, leva em consideração a vítima, se tornando retributivo, pois se interessa pela dimensão do dano, intensidade da dor, prejuízo para a vítima e seus familiares, orientando a sanção aplicada frente ao delito cometido. Ele pune o autor do crime em face do mal por ele praticado.

Em sentido contrário, quando o direito penal norteia-se pela prevenção, não vislumbra a vítima, mas sim um futuro autor e na tentativa de fortalecer a consciência social pelas normas, protegendo as vítimas em caso de necessidade, de modo que a retribuição e a satisfação, próprios de um Direito Penal retributivo, são trocados pela segurança e assistência.

4 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil temos uma vasta legislação penal de cunho simbólico, eis que várias leis foram projetadas, aprovadas e publicadas com grande velocidade, para o fim de atenderem situações específicas, mas que foram tidas como rotineiras. As ocasiões a seguir explanadas sofreram o processo de mobilização social, exploração midiática e o manuseio político, conforme o explanado em linhas anteriores.

A história brasileira remonta essa prática, vez que há tempos fazemos lei “pra inglês ver”. Esta expressão surgiu em novembro de 1831, quando o ministro Feijó, no período regencial, editou uma lei que proibia o tráfico negreiro no Brasil e que declarava livres os escravos que aqui chegassem.

Porém, a lei não foi cumprida, de modo que a sociedade da época popularizou o caso dizendo que o ministro teria criado a lei “pra inglês ver”, pois ela havia sido promulgada por conta das pressões britânicas pelo fim da escravidão (MENEZES, 2009, pg. 235).

Isso revela que, desde tempos remotos, o legislador não se preocupa com a efetivação da lei, satisfazendo-se com a sua mera existência, o seu símbolo.

Porém, na atualidade esta prática se tornou rotineira, principalmente no âmbito penal, porque, igualmente com o ocorrido no Código Penal espanhol, os legisladores brasileiros com impressionante frequência parecem estar dispostos a acrescentar o Código Penal brasileiro, e também, a multiplicar a legislação extravagante de conteúdo punitivo, conforme bem alude Silva Sánchez (2002, p. 21):

[...] realmente não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes,¹² que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”.¹³

4.1 Legislar: Uma Escolha Nacional

Por ora, trataremos de alguns indicadores que revelam a pertinência do tema.

4.1.1 A sociedade brasileira não compreende a justiça

Conforme traçado alhures, nota-se que o Direito Penal tem sido utilizado indiscriminadamente como “saída de emergência”, cuja aceitação passa pela sociedade e pelo Poder Legislativo de maneira corriqueira.

Todavia, um dos fatores que agravam essa situação é a falta de conhecimento de grande parte da população no tocante ao funcionamento dos institutos regulados pelo Direito Penal e Processual Penal.

Ao explanar acerca do desconhecimento de grande parte da sociedade de como agem os mecanismos de reação estatal frente ao delito, o tradutor Luiz Otavio de Oliveira Rocha (2002, p. 72), em nota de rodapé, traz uma demonstração bastante elucidativa:

^(NT7) Veja-se, como exemplo desse desconhecimento, a enorme repercussão havida no Brasil em fins de 2001 ao ser noticiado que o ex-ator Guilherme de Pádua, que há quase uma década assassinou – juntamente com sua mulher – a atriz Daniela Peres, seria colocado em liberdade e voltaria a ostentar a condição de primário após a reabilitação, revelando que a quase totalidade dos cidadãos, inclusive boa parte dos profissionais da mídia, desconhece os benefícios legais da execução de pena e acredita que as penas são cumpridas em sua totalidade e produzem efeitos jurídicos permanentes.

A mídia acaba deseducando a população para que ela aja com esta indignação, pois tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, incita o medo e a punição de criminosos, de modo que gera um “efeito homogeneizador” nas pessoas, pois mesmo os moradores de favelas passam a comprar esse discurso em busca da justiça, apensar de desconhecerem as engrenagens dos poderes legislativo e judiciário (RAUTER, 2012, p. 71-72).

Ora, como um leigo poderia entender um sistema como o nosso, que condena à pena de x anos, concede progressão de regime, remição de pena, comutação, indulto, fazendo com que o condenado saia muito antes da prisão? O cidadão comum quando é informado acerca da concessão de algum desses

benefícios a um conhecido próximo (não querido) ou para um famoso condenado, mesmo que já tenha ouvido falar sobre essas benesses, age com indignação, haja vista que além de estar longe do sistema punitivo estatal, se informa por intermédio da mídia que não se presta a educa-lo da maneira devida.

De acordo com Rogério Greco (2014, p. 168), a sociedade em geral sente-se satisfeita com a pena privativa de liberdade, concebendo como impunidade quando ao criminoso é imputada pena restritiva de direitos ou multa, por considerar o aprisionamento uma recompensa ou moeda de compensação ao condenado que cometeu o ilícito penal. O referido autor afirma que o homem ainda se regozija com o sofrimento decorrente do cerceamento de liberdade do delinquente.

Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes (2009, p. 58) salientam que o grau de reprovabilidade da população e da opinião pública ao injusto penal, assim como a percepção social das formas, ritos e cerimônias penais e processuais penais, fornecem subsídio para compreender-se as expectativas, atitudes e reações da sociedade perante a sanção penal. Os renomados autores afirmam ainda que a simbologia da sanção penal é latente, inobstante, criticam a utilização do Direito Penal para cumprir apenas com esse efeito.

4.1.2 A criminalização que abrange direitos coletivos

Oliveira (2013, p. 174) aponta que as relações de consumo e o meio ambiente também representam esse extravasamento do Direito Penal, ao passo em que confunde norma administrativa com norma penal, e começa a preservar bens jurídicos supraindividuais e criar tipos penais de precaução, colacionando como espécimes dessa tendência as Leis 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, e a 9.605/1998, que dispõe sobre sanções decorrentes de ofensas ao meio ambiente.

Ainda acerca do meio ambiente, a possibilidade de punição de pessoas jurídicas contida no art. 54 da Lei 9.605/1998 é criticada por Rogério Greco (2014, p. 87), que ressalta que o legislador somente pode ser valer do Direito Penal quando outros ramos do ordenamento jurídico não consigam proteger determinado bem, acreditando que ao punir criminalmente a pessoa jurídica por dano ambiental, restou violado o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, na vertente da subsidiariedade.

Hassemer (2008, p. 228-229) classifica as legislações ambientais como de perigo abstrato, observando que o “ilícito penal não é mais a causação de um dano, e sim uma atividade que o legislador incrimina”. Lecionando que esse tipo de crime prescinde de prova de dano e simplifica a imputabilidade. O autor alemão denuncia que nos crimes de perigo abstrato, como na legislação penal ambiental, é um campo onde o “*déficit* de implementação” se tornou um permanente fundo musical.

Sobre o tema Direito Ambiental, apenas os referidos problemas foram citados, pois o âmbito do assunto envolve Direito Penal Administrativo, que não poderia ser delineado neste estudo, por distanciar-se da temática principal e carecer de pormenorizadas pesquisas.

4.1.3 Comportamentos imorais se tornam tipos penais

Outro motivo que agrava a situação é a confusão entre norma penal e social. De acordo com Oliveira (2013, p. 96-97), quando se começa a criminalizar condutas de pouca lesividade, mas com alta carga de reprovação social, ocorre o uso indiscriminado do sistema penal, elencando como exemplo a imigração.

No Brasil contamos com a tipificação de condutas menos lesivas, todavia, criminalizadas pelo Direito Penal, são as chamadas contravenções penais, que possuem casos peculiares que revelam que a sabedoria do legislador brasileiro é bastante duvidosa.

Dois exemplos a título de esclarecimento do tema podem ser colocados, como a tipificação prevista no art. 59 da Lei 3.688/1941, que prevê a vadiagem, que conforme delineia Luiz Flávio Gomes (2002, p. 40), não configura conduta ofensiva a terceiros, mas o legislador considerou-a perigosa e a incriminou, porém, errou uma segunda vez, pois além de utilizar-se do Direito Penal para punir atitude meramente imoral, sancionando o modo de vida de certas pessoas, o fez violando o princípio da igualdade, uma vez que somente o pobre poderia cometer tal contravenção penal, já que o rico ocioso possui meios de subsistência, e por isso não seria um vadio. Em razão disso, o legislador violou o “princípio da materialidade de um fato ofensivo”.

Sobre a temática, Greco (2014, p. 97) discorre que o princípio da adequação social deveria orientar o legislador tanto para a criação, quanto para a

revogação de tipos penais. Como ocorre com a contravenção do jogo do bicho, que é incriminada mesmo sendo o Estado o maior “banqueiro” de jogos de azar, conforme critica o autor, que afirma que o princípio da adequação social serve para aferir-se quando a conduta deve ser proibida, imposta ou mantida, e que não se faria necessário o uso do Direito Penal quando determinada prática já estivesse perfeitamente assimilada pela sociedade.

Esta inclinação do Direito Penal brasileiro em incriminar condutas simplesmente imorais é criticável, nas palavras de Cervini (1995, p. 181) “o que é imoral nem sempre é e nem sempre deve ser passível de punição”. Eis que, por mais que o Direito e a Moral andem próximos, a avaliação moral deve ocupar uma mínima função orientadora do Direito Penal, e não o seu fundamento único, conforme já ocorrera no passado, quando ideias teocráticas e metafísicas do direito de punir permeavam esse ramo do Direito, lembra Cervini (1995, p. 183).

Hassemer (2008, p. 223), advogando na mesma causa, também critica a situação, dissertando que as práticas unicamente morais, valores sociais compartilhados ou interesses do soberano deveriam ser afastados do rol dos crimes, uma vez que a ideia de bem jurídico deveria ser definida com a maior precisão possível para que as condutas que os ofendam possam ser punidas.

Logo, não pode haver tipificação de atos que não afetem bens jurídicos de terceiros, pois quando o contrário ocorre, o Direito Penal assume um valor simbólico para determinados grupos, conforme salientam Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 87-95).

Cabendo trazer a lume o entendimento de Garapon (2001, p. 106), que afirma que o Direito Penal é sempre uma opção aparentemente plausível de ser aplicada “quando os outros meios de regulação fracassam ou quando a coragem política capitulou”, haja vista que sempre a justiça penal é obrigada a dar a resposta estatal que todos aguardam, por isso, a democracia a sobrecarrega de demandas não-resolvidas.

E essa canalização dos problemas para a justiça penal pode se justificar pelo desaparecimento das antigas instâncias que preenchiam uma função moral na sociedade.

“Em suma, o Direito Penal não deve ser um ‘remendo’ de desajustes sociais incipientes mas sim o último recurso da comunidade”, afirma Cervini, (1995, p. 194).

4.2 Legislações Simbólicas Brasileiras

O fato de a legislação penal brasileira conter alta carga simbólica é um fato consumado, assim sendo, diversas leis podem ser citadas como frutos dessa simbologia, já que várias tipificações dessa natureza servem como registros históricos de casos notórios que à época receberam destaques.

Podemos citar alguns dos vários exemplos existentes, como o de Rogério Greco (2014, p. 22), que recorda-nos que o clamor social, mais especificadamente o midiático, impulsionou a criação de Lei 8.072/1990, que definiu os crimes hediondos, configurando na visão do célebre autor, uma norma propulsora da legislação de emergência.

Gomes e Bianchini (2002, p. 110-111) apontam o “escândalo dos remédios falsos”, para o qual foi elaborada a Lei 9.677/1998, que posteriormente com a Lei 9.695/1998 tornou hedionda a prática de falsificação de medicamentos, o que na visão dos mencionados autores “em lugar de providências administrativas eficazes para a prevenção da falsificação, privilegiou-se a edição de uma nova lei penal”.

Este último episódio torna-se mais simbólico pelo fato de que a mencionada Lei foi aprovada às vésperas das eleições presidenciais, e em apenas quarenta e oito horas, com celeridade ímpar, conforme apontam os autores.

Na mesma deixa, os juristas recordam que o fomento da Lei 9.455/1997, Lei da Tortura, se deu após a filmagem amadora da tortura praticada por policiais em Diadema, no caso da Favela Naval, que foi transmitida pelas redes televisivas de abrangência nacional.

O doutrinador Sica (2002, p. 86-87) revela que desde o colonialismo as legislações de países influentes servem de “inspiração” para a criação de leis de nações marginais, como a brasileira. O referido estampa como amostra o pânico gerado pelo atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 ocorrido nos Estados Unidos, que resultou no Brasil na edição da Lei 10.300/2001, de 31 de outubro de 2001, considerada pelo autor de como uma legislação emergencial, histericamente sensível, casuística, emotiva, promocional, simbólica, administrativista e severa quanto à pena.

Oliveira (2013, p. 172) exara que a assunção de compromissos internacionais perpetrados nas últimas duas décadas pelo Brasil têm contribuído

para a expansão do Direito Penal, fazendo com que os crimes adquiram caráter transnacional, fomentando tentativas de combate à criminalidade entre fronteiras.

Callegari e Wermuth (2010, p. 76) mencionam o caso em que uma legislação ganhou o nome da vítima, a Lei 11.340/06, largamente conhecida como Lei Maria da Penha, que instituiu um tratamento mais severo para os acusados de violência doméstica, foi assim nomeada em homenagem a uma vítima desse tipo de violência, que após ser agredida pelo marido por longos anos acabou paraplégica.

Oliveira (2013, p. 173-174) ressalta que o fomento desta lei se deu por pressões internacionais para que o Brasil aplicasse um tratamento mais severo aos causadores de violência doméstica, tendo-se em vista a vulnerabilidade da mulher nas relações afetivas e a postura machista de seus parceiros.

Mais recentemente, temos o caso da Lei 12.737/2012, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, que recebeu tal nome por conta da atriz ter sido vítima de crime desta natureza, com a divulgação indevida de suas fotos.

Como exemplo em voga, temos o *bullying*, que conforme Rogério Greco (2014, p. 50-51), é um termo originário do inglês que deriva da palavra *bully*, que significa “valentão”, e designaria a prática de agressões físicas, morais, ou psicológicas, de modo reiterado e intencional, com o objetivo de sobrepor a vítima, subjulgando-a, com intimidações, agressões, humilhações, etc.

O autor afirma que a prática não é atual, mas que somente passou a receber mais atenção a partir de 1980, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, cuja ocorrência mais comum se dá no ambiente escolar, e com menos incidência, mas ainda assim, em ambientes de trabalho e nas famílias.

Segundo Greco (2014, p. 51):

O *bullying* é praticado de diversas formas, que vão desde pequenas intimidações, como insultos, ameaças, trotes, humilhações, falsos rumores sobre a reputação da vítima, apelidos ridicularizantes, até a prática de infrações penais mais graves, a exemplo do estupro, roubo, extorsões, chegando, inclusive, em algumas situações extremas, ao homicídio.

Enfim, é recorrente uma extensa produção legislativa ante a ocorrência de problemas sociais, nesta toada, temos o caso da Escola Municipal Tasso da Silveira, situada no bairro Realengo, no Rio de Janeiro, quando em 07 de abril de

2011, um ex-aluno, supostamente vítima de *bullying*, assassinou e feriu dezenas de crianças (ARANTES; VAZ, 2012, p. 77-78).

O fato serviu de supedâneo para a produção de projetos de lei na área da infância e adolescência, na Câmara e Senado Federal, e nos âmbitos municipais e estaduais, a fim de criminalizar o *bullying* e para obrigar as escolas e unidade de saúde a notificar a sua prática.

No judiciário, houve um texto chamado Um debate essencial, de autoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Marco Aurélio de Mello, que equiparava a prática de *bullying* à tortura.

Recentemente, foi publicada no Diário Oficial da União – DOU, de 09 de novembro de 2015, a Lei 13.185/2015, que instituiu o programa de combate à intimidação sistemática (*bullying*).

Importa ressaltar que o que se critica neste estudo não é a tipificação dessas condutas, que são peremptoriamente reprováveis, mas sim o momento em que elas foram tipificadas, pois configuraram exemplos de Direito Penal Simbólico.

Outro assunto que pode ser considerado como produto, aliás, tentativa de Direito Penal Simbólico é a proposta de redução da maioria penal, materializada no Projeto de Emenda Constitucional – PEC nº 171 de 1993, que até hoje pende de julgamento e constitui uma “pauta bomba” do Poder Legislativo.

Silva Sanchez (2002, p. 57) afirma que esta é uma tendência adotada por vários países na abordagem da criminalidade infantil e juvenil, considerando que a diferenciação, no sentido de menos severidade legal para os jovens, baseia-se na ideia de corresponsabilidade social por estes indivíduos de tenra idade. Afirma ainda que o tratamento igualitário destes com adultos poderia ser maléfico, todavia, ressalta que a redução da maioria para autores de crimes violentos é amplamente difundida e acolhidas em vários segmentos sociais.

5 A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O Direito Penal Simbólico, por seu turno, ocorre quando o simbolismo se apodera deste ramo do Direito, fazendo com que a sua força seja carregada e até mesmo substituída pelo simbolismo. Nos fazemos entender, no momento em que o Direito Penal se torna Direito Penal Simbólico, furta-se do primeiro sua efetividade, ao passo em que a existência dos símbolos ou meios de exteriorização do Direito Penal suplantam a sua instrumentalidade.

Segundo Hassemer (2008, p. 221), “a previsibilidade da eficácia de uma norma se mede pela qualidade e quantidade das condições objetivas postas a sua disposição para sua concretização instrumental”.

Sobre o assunto, ressalta o contratante entre função manifesta e latente da norma, onde a primeira se refere à concretização dos preceitos estabelecidos por aquela, dispondo sobre os casos futuros que pretende alcançar, conferindo proteção dos bens jurídicos. A latente, por outro lado, são descritas pela doutrina com diversos fins, que vão desde “uma ‘necessidade de ação’, a um apaziguamento da população, até a demonstração de um estado forte”.

E a mencionada função latente é justamente o efeito da legislação simbólica, que possui ilusão ou dissimulação, eis que os objetivos que ela procura alcançar são “diversos dos efetivamente esperados”, assim sendo, é impossível crer na efetividade do tipo que essa lei cria, já que a função latente acaba por cumprir uma situação diversa daquela inicialmente prevista.

No entendimento de Silva Sánchez (2004, p. 53-54), é comum na legislação moderna a crescente adoção de instrumentos jurídicos-penais, uma vez que a utilização do Direito Penal é a menos custosa de implementação em relação aos mecanismos jurídico-administrativo, garantindo a curto e médio prazo a confiança popular, cumprindo com a prevenção geral.

Todavia, concebe que o “Direito Penal moderno” incidiria somente “no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança”, decerto que quando o Direito se torna “meramente simbólico, de pura aparência de eficiência”, a médio ou longo prazo, não cumpriria nem mesmo com a sua função preventiva.

Quando falamos em efetividade, queremos nos referir à verdadeira aplicação do Direito Penal, por seus símbolos correspondentes, que seria aplicabilidade da lei e sanção penal pelo judiciário, a atuação da polícia na

pacificação social e o cumprimento da função ressocializadora da pena nos presídios.

Por isso, no Direito Penal Simbólico apenas a função formal é valorizada, haja vista que são tidos como suficientes a lei e sua sanção, a polícia e os presídios, pouco importando se estes símbolos concretizam ou não as missões que lhes foram incumbidas.

E este processo de transformação do Direito Penal em Direito Penal Simbólico, retira, no caso da lei, a sua efetividade, conforme aludem Callegari e Wermuth (2010, p.58):

Ou seja, a legislação penal simbólica tem na sua própria existência a sua principal virtude, visto que representa ações expressivas, catárticas, no sentido de censurar o crime e confortar o público, uma vez que são aprovadas no calor da indignação popular em face de crimes violentos marcantes.

A existência de leis sem forças torna o cenário atual comparável ao estado de exceção clássico, uma vez que é comum nesse tipo de ocasião, como numa guerra civil, que se adotem práticas que almejam a efetividade, mas que não a conseguem, e isso, ressaltam Ney Fayet Júnior e Inezil Penna Marinho Junior (2009, p. 312-313), faz parecer que estamos num estado de exceção permanente.

Sendo essa uma tendência internacional, pois os Estados diante a reação social provocada por situações de catástrofe, “a primeira coisa de que se lança mão o governante (o Poder Político) é do Direito penal (especialmente e sobretudo pela sua inegável força simbólica)”, segundo Gomes e Bianchini, (p. 77, 2002).

O simbolismo do Direito Penal à primeira vista é importante de existir, uma vez que é vantajoso para o Estado o reconhecimento popular de que as leis penais por ele editadas são bem aceitas socialmente, porém, o Direito Penal Simbólico é preocupante por ser exclusivamente um emblema, deixando de ser apenas essa aceitação popular e passando a ocupar o lugar que antes era reservado ao Direito Penal.

Neste sentido manifesta-se Silva Sánchez (1992, p. 305-306), que afirma que quase todas as manifestações do Direito Penal são repletas de simbolismo, todavia, considera problemático o fato dessa função simbólica se tornar

exclusiva, de modo que a legislação seja incapaz de cumprir com a proteção dos bens jurídicos, em outros termos, com a função instrumental do Direito Penal.

O mencionado autor chega a afirmar que a legislação essencialmente simbólica é um traço do Direito Penal de nossa época, ponderando que as disposições dessa espécie são ilegítimas e deveriam ser retiradas do ordenamento jurídico.

Inobstante, quando isso ocorre, temos como resultado um importante problema que acomete o Brasil: a criação de tipos penais que são impraticáveis.

Muitas leis penais não são aplicáveis, seja por conta da excessiva desproporção entre a sanção e a conduta praticada, pela supervalorização errônea dada ao bem jurídico protegido, seja por conta da ineficácia dos órgãos executores da lei, pois larga e preocupante parcela de crimes cometidos constitui a chamada “cifra negra da lei”, pois sequer chegam ao conhecimento das autoridades.

Logo, a lei penal brasileira que sofre diversos acréscimos acaba por se tornar unicamente um símbolo, desprovida de qualquer tipo de efetividade.

Nos dizeres de Silva Sánchez (2002, p. 71), a expansão do Direito Penal gera:

Isso se acha sem dúvida na mesma linha que o recurso cada vez mais freqüente a critérios informais ou, ao menos, de oportunidade, para tratar de fazer frente ao colapso dos tribunais penais¹⁵⁵ em sociedades como as nossas, desmoralizadas apesar de “judicializadas”. Tudo isso apenas conduz a um esvaziamento do Direito no que respeita ao conteúdo que lhe é próprio (de sua pretensão de validade), reduzindo-o a uma pura manifestação administrativo-executiva.

E isso apenas contribui para o enfraquecimento do Direito Penal, uma vez que “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”, conforme Prado (2010, p. 148).

O problema não é simplesmente o fato do Direito Penal Simbólico existir, mas sim quando torna o Direito Penal puramente simbólico, o que acarreta a sua inocuidade. O que é estarrecedor, pois sendo esse ramo tão fragmentário, devido à sua força punitiva, ele acaba diminuído mais uma vez, sendo que esta subtração não faz parte de sua natureza, mas sim do seu abuso.

Conforme salienta Gomes e Bianchini (2002, p. 69-70), o legislador não possui mais uma “sábua lentidão” na feitura das leis, para que elas sejam bem feitas,

porque temos hoje em seu lugar um “legislador turbinado”, que frequentemente é retórico, simbólico e demagógico, o que desencadeou o atual caos normativo. À época do estudo, os autores apontavam que no país estavam em vigor cerca de 28.000 normas jurídicas, sendo 10.000 delas leis ordinárias e milhares de medidas provisórias.

Os supracitados estudiosos confirmam que ocorre uma “descodificação”, mesmo nos países que adotam o *common law*, e também destacam que no Brasil temos mais de mil tipos penais, situação essa que consideram um exagero punitivo, classificando-a como “uma aberrante hipertrofia legislativa”.

Conforme bem leciona Hassemer (1995, p. 81), o Direito Penal moderno deseja ser instrumento efetivo de solução de problemas, porém, não aceita ser questionado sobre a sua eficiência, revelando um “défice de execução”, nas áreas mais modernas do Direito Penal, como drogas, sistema econômico e ecologia, ressaltando que isso representa “o perigo de uma eficácia puramente e aparentemente e portanto simbólica”.

Ademais, assevera que é correto que o Direito Penal com o tempo necessite abarcar novas áreas, todavia, precisa mirar em sólidos bens jurídicos, e não apenas estampar simbolicamente uma promessa de sua eficácia.

Cabendo frisar o entendimento de Santiago Mir Puig (2006, p. 93), que afirma que não basta a importância social de um determinado bem para que se passe a protegê-lo penalmente, pois se existirem meios menos lesivos como o administrativo ou civil, certos bens deverão ser protegidos por estes ramos. Mas se ainda assim o bem se mostrar vulnerável, apenas em situações realmente perigosas, deve-se utilizar o Direito Penal.

E mesmo quando o Direito Penal é instado, ele não pode se limitar à letra fria da lei, pois a criação normativa é apenas um pequeno indício de tentativa de solução de problemas, eis que vários outros fatores preponderam para alcançar-se a resolução dos imbróglios existentes na sociedade, como bem dissertado por Hassemer (2008, p. 215):

Afinal, a manutenção e a promoção da confiança na ordem jurídica e da lealdade dos cidadãos ao Direito constituem processos comunicativos que se desenvolvem a longo prazo, compreendendo uma infinidade de variáveis cognitivas e emocionais, uma imensa engrenagem na qual a decisão que

individualiza uma pena criminal não passa de uma peça minúscula (que, no caso concreto, nem sempre é possível saber em que direção gira).

Por fim, insta destacar que o Direito Penal Simbólico não é suficiente, uma vez que a disposição de uma lei penal estabelece a confiança social no ordenamento jurídico, cumprindo funções educativas, promocionais, de integração, porém, a médio e longo prazo, perde-se tudo isso, pois a norma mostra-se inaplicável e ineficaz, mitigando assim, as funções instrumentais do Direito Penal, ressalta Silva Sánchez (1992, p. 307).

Hassemer (2008, p. 228) pontua que na proporção que o Direito Penal não consegue atender as expectativas de prevenção, as ideias de “Política criminal moderna” e “déficit de implementação” se tornam uma “espécie de irmãos gêmeas”.

Por todos os argumentos explanados pode-se entender que quando o Estado busca se afirmar perante a sociedade, o caminho que deveria buscar para tanto é muito complexo, não devendo ele valer-se da lei penal como um atalho, porque mesmo que a norma penal possa surtir algum efeito desejável de início, posteriormente se tornará impraticável, até mesmo porque ela não foi feita para servir de instrumento, sendo um fim em si mesma.

Logo, a efetivação das leis penais segue um entendimento comum que ouvimos com certa frequência que mais um menos pode ser expresso nos seguintes termos: grandes mudanças requerem grandes transformações e muito trabalho, fugir desta lógica com o fito de ganhar tempo é como cair na própria armadilha.

6 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO SOB OUTRO ASPECTO

Inobstante as teses apresentadas acerca da ineficiência do Direito Penal Simbólico, trataremos por ora de um tema específico que dá nome ao presente trabalho. O assunto que se passa a divagar é um retorno da vingança privada, como consequência do desserviço proporcionado pelo Direito Penal puramente estampado. Para estabelecermos a seguinte interrelação, faz-se necessária a apresentação de alguns argumentos.

Tendo-se em vista que a punição estatal é uma forma de prevenção contra a reação social frente ao delito, ou seja, a vingança privada lembrada por Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 107), o controle estatal substitui a vontade da vítima e de seus familiares na punição do indivíduo que causa o mal. Porém, quando o sistema punitivo formal é falho, algumas pessoas começam a fazer justiça com suas próprias mãos.

Eis que, conforme Betina Heike Krause Suecker (2013, p. 97):

Percebe-se, na sociedade contemporânea, em termos punitivos e criminológicos, um evidente descontentamento no que tange ao aparato do sistema penal acerca da efetividade das penas, a uma falta de rigor, de um “braço” penal mais enérgico, como se o juiz fosse o “pai” do contexto social, capaz de colocar um freio, um limite, apto a impor um castigo exemplar tal qual uma criança é tratada quando desobedece.

Atualmente, em algumas sociedades, como no Brasil, é possível vislumbrar uma coexistência do sistema punitivo constituído e da vingança privada, esta geralmente associada às práticas de linchamento como forma de punição extrajudicial (e criminosa). E essa forma de “justiça” possui como uma de suas balizas o descrédito social no poder estatal de punição e prevenção de delitos. Linchar parece, para algumas pessoas, muito mais efetivo do que aguardar a aplicação da sanção estatal, conforme afirma Santiago Mir Puig (2006, p. 49).

De acordo com Silva Sánchez (1992, p. 181-182), a ausência do Direito Penal liberaria as forças sociais, que agiria com agressão e vingança, uma vez que a função do *ius puniendi* tem efeito dissuasório de prática de crimes, substituindo a antiga vingança privada, a fim de criar um cenário menos violento. Silva Sánchez (1992, p. 224) elucida que a missão preventivo-geral do Direito Penal é manter em limites aceitáveis os delitos e reduzir a ocorrência de reações informais frente à delinquência.

Hassemer (2005, p. 114) ressalta que a neutralização da vítima e a generalização do seu interesse são características tanto do Direito Penal estatal quanto do controle social do desvio. Apontando que a vingança e o conflito ocorrido na história do Direito, como as reações sociais de medo da criminalidade que desembocam na justiça privada e no linchamento, indicam que a vítima é uma dupla ameaça.

Ao passo em que ela pode se tornar autora de crime quando devolve violência com violência e com a socialização de seus interesses, grupos sociais vinculados ou que se sentem coligados a ela também podem fazer parte da barbárie, apoiando campanhas de vingança frente o autor do delito.

6.1 A Vingança Privada

Ainda preliminarmente ao tema central cabe-nos esclarecer acerca do que consiste a vingança privada, que como o próprio nome sugere, possui cunho pessoal, vez que propicia a satisfação da necessidade psicológica da vítima de causar um sofrimento a quem tenha lhe ofendido.

Podemos dividir o período em que vigorava a vingança penal em três, segundo Rogério Sanches Cunha (2016, p. 43-44). O primeiro é revelado com a vingança divina, época em que a sociedade acreditava em “totens” ou divindades que, supostamente, regulavam o tempo de acordo com o comportamento adotado pelas pessoas, e quando havia o descumprimento de regras, o próprio grupo punia o transgressor com penas cruéis.

Também existiu a vingança privada, que era a punição pela vítima ou pessoas de seu ciclo social contra o criminoso. Com o Código de Hamurabi, na Babilônia, pensou-se na ideia de igualdade entre a infração e a pena, sendo esta a regra de talião, porém, o sistema mantinha penas desumanas e distinguia os ofensores livres e escravos, sendo que estes, por óbvio, eram mais severamente punidos.

Por fim, houve a vingança pública que era mais organizada, fortalecida pelo Estado, quando a punição passa a ser de incumbência de autoridades especializadas, protegendo o Estado e o Soberano. Nesta época foi mantido o caráter perverso de punição e permitida, em casos, a transcendência da pena.

Quanto à vingança privada, cerne do presente estudo, ela era, se assim podemos dizer, uma forma de resolução de conflitos sociais, de cunho iminentemente primitivo, vez que se calcava quase que de modo exclusivo na retributividade do mal gerado pelo autor do fato tido como injusto, de acordo com Guilherme Costa Câmara (2008, p. 22-23).

Sendo que os próprios ofendidos que reagiam contra seus algozes, mediante intensa violência, fazendo com que, em muitos casos, ultrapassasse o mal originariamente causado, o que demandava, em tese, uma nova “retribuição” por parte do primeiro agressor, de modo que a vingança se tornava uma mórbida cadeia.

Essa forma de justiça não contava naturalmente com o atual princípio da intranscendência da pena, nem mesmo a do vingador, uma vez que a vingança também envolvia a presença da família, tribo ou clã da vítima, da mesma forma que atingia o agressor e o seu grupo. Demonstrando o traço característico das sociedades primitivas de solidariedade grupal, que ampliava essa necessidade de punição, transformando-a numa luta pela sobrevivência do grupo, relembra Câmara (2008, p. 25-26).

Com o passar do tempo, por meio do aperfeiçoamento dos meios de subsistência humana, surgiu a ideia de uma mais benéfica forma de pacificação de conflitos, a chamada vingança limitada, que foi impulsionada pelo sedentarismo das populações. Ele fomentou um sistema mais restrito de reparação, com o Talião, que possibilitava a reparação pecuniária, no lugar da de sangue, logicamente, quando se tratava de crimes menos graves. Esta tendência seguiu firme até o retorno da vingança privada no período medieval cristão, afirma Câmara (2008, p. 27-30).

Para os povos germânicos, a vingança privada era conhecida como *Faida* ou *Fehde*, que significa inimizade criada pelo fato criminoso, e o sistema sancionatório germânico era subdividido entre vingança e reparação. No último caso, poderia ser paga uma multa (*Busse*) que consistia em mercadorias, como cavalos, que uma vez adimplida, implicava na renúncia à vingança, *contrario sensu*, se não fosse quitada, a vítima poderia exercer a sua vingança como sanção. Assim sendo, a vingança ilimitada e a limitada por tempos coexistiram, pontua Câmara (2008, p. 33-37).

Hassemer (2005, p. 113-114) aponta que tendo o Direito Penal germânico modificado a forma de vingança, subsistiria debate entre os historiadores

se este antigo direito era independente ou um marco do Direito Penal estatal, vez que o último possui como essência a neutralização dos interesses da vítima.

No Direito Penal germânico, a vingança e o conflito eram as respostas à violação de um direito, porém, não transferia legitimidade para todo o povo aplicar a recompensa do mal, já que somente o ofendido e sua família poderiam agir com a autorização da comunidade, porém, esta não participava dos atos.

O reconhecido autor salienta que após um sistema de composição, com a graduação de penas de acordo com as lesões, o emprego da sanção passa das mãos da vítima para o Estado, que passa a ser “o detentor do monopólio de reação jurídico-penal”. Desta feita, a vítima é proibida de castigar o autor do fato, pois hoje, só pode haver autotutela nesse contexto em ocasião de legítima defesa, que tem seus limites previstos em lei.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 181-188) elencam as legislações portuguesas que previam a vingança privada como forma de punição de criminosos. Nas Ordenações Afonsinas havia a possibilidade do marido traído, em flagrante, assassinar o adúltero sem sofrer punição, desde que este não fosse cavaleiro ou fidalgo solar, como forma de preservação da pessoa e da fidalguia.

No mesmo passo, as Ordenações Filipinas, cuja parte criminal vigeu no Brasil por mais de dois séculos até a instituição do Código Criminal do Império de 1830, permitia a vingança privada também em relação ao adultério, onde a morte de ambos os adúlteros não resultava em punição do traído; do mesmo modo, era possível a aplicação da perda da paz quando houvesse aberta admissão à vingança particular.

Quanto à perda da paz, esta se perfazia com a completa exclusão do agente criminoso do convívio com o seu grupo, devendo ele manter-se sozinho e assim sobreviver excluído de seu respectivo seio social, ensina Suecker (2013, p. 67).

6.2 A Origem dos Linchamentos

O termo linchamento faz referência ao fazendeiro americano William Lynch, considerado o difusor da prática de justicamento ocorrida no século XVIII, durante a Guerra da Independência norte-americana, segundo Nathan Fernandes (2016, p. 43).

A palavra linchar constitui verbete de dicionário (2009, p. 2.011), sendo assim definida: “linchar. [Do antr. (*William*) *Lynch* (1742-1820), norte-americano, + -ar².] **V. t. d.** Justicar ou executar sumariamente, sem qualquer espécie de julgamento legal, segundo as normas instituídas por William Lynch nos E. U. A”.

José de Souza Martins (2015, p. 21-23), considerado um dos maiores expoentes do tema na atualidade, finalizando recente e importante obra acerca dos linchamentos, que serve de cerne para esta parte do trabalho, ressalta que a prática de linchamentos pode ser aferida na Ásia, África, América Latina, mas a maioria dos estudos existente é americana.

No Brasil, a prática tem ganhado notoriedade, mas, não é considerada nova, eis que há documentos que registram a conduta, antes mesmo dela possuir o popular nome, desde o século XVI. No final do século XIX, às vésperas da abolição da escravidão negra, jornais brasileiros noticiavam linchamentos ocorridos nos Estados Unidos e no Brasil, nesta época, a palavra linchamento já era bastante conhecida e utilizada por aqui.

O célebre autor leciona que mesmo com motivações peculiares, os linchamentos possuem em comum como destinatário da ação um portador de estigma físico, cor, origem étnica ou estigmas de caráter.

Nos Estados Unidos a propulsão era racista, e se devia também à relação conturbada no sul do país. O primeiro motivo era o mesmo que ensejava os linchamentos brasileiros perpetrados por volta do século XIX, contudo, estudos mais atuais não conseguem revelar se a motivação racial ainda é o fomento da prática.

Ainda com relação aos Estados Unidos, na fase mais aguda de linchamentos, entre 1870 e 1930, a violência era embasada por questões raciais, mais precisamente a “ameaça” negra no mercado de trabalho e no poder “aplicada contra os brancos”.

Porém, o autor sugere que as raízes estão na mudança social ocorrida na época, apontando seu posicionamento sociológico do tema.

Martins (2015, p. 25) elucida que existem duas modalidades de grupos de linchadores: *mob lynching* e o *vigilantism*. Quanto à primeira, consiste no justicamento produzido por grupos organizados que aplicam valores morais e normas de condutas por meio do “julgamento rápido e sem apelação da própria comunidade”, cuja origem puritana remonta desde o início do século XVIII. Como um

dos grupos mais emblemáticos desse tipo, existiu o *Ku Klux Klan*, que praticava o vigilantismo no Sul dos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, o *vigilantism* era empregado na expansão e ocupação do Oeste americano com a pregação dos preceitos puritanos, orientados pela moralidade puritana tradicional, a ordem e a lei, na tentativa de repelir que a nova sociedade ali constituída, em novo território, desviasse dos valores e orientações disseminadas pela sociedade. No Sul do país, por sua vez, o objetivo era manter os negros distantes dos direitos formalmente previstos em lei.

Apesar das diferenças ideológicas “nos dois casos, a inspiração dos linchamentos era conservadora e orientada para a preservação da ordem que se acreditava ameaçada”, diz Martins (2015, p. 25).

Já o *mob lynching* é caracterizado pela súbita organização de grupos que se unem para realizar o linchamento contra uma pessoa que pode ou não ser culpada da infração a ela imputada. E esta modalidade, conforme o aludido autor é a mais recorrente no Brasil e “cuja lógica está subjacente ao acontecimento em si e raramente pode ser explicado de modo racional pelos participantes”.

Todavia, o autor salienta uma possível contradição, pois por aqui mesmo sendo mais comum o *mob lynching*, é possível identificar notas do vigilantismo, pois a prática envolve, na maioria dos casos, grupos estruturados, geralmente comunitários e locais, mesmo que no ato ajam como multidão.

6.3 Retorno à Vingança Privada

Pois bem, apresentados os esclarecimentos devidos, voltemo-nos à segunda parte da pesquisa, que procura coligar a comprovada existência do Direito Penal Simbólico e a Vingança Privada no Brasil.

De acordo com Silva Sánchez (2004, p. 39):

As causas de um Direito Penal ineficiente podem ser muito diferentes, tais como: irracionalidade, emotividade, razões psicossociais de vingança; interesses políticos em aparentes soluções a curto prazo (caso do Direito Penal simbólico); a combinação das duas, entre outras.

Tendo-se em vista que nos primórdios não havia Direito Penal para regular as interações humanas, não havia outra forma de punição que não fosse a adoção da vingança privada. E no atual contexto brasileiro, vemos corriqueiramente

tal prática, o que se deve às diversas falências estatais, dentre elas, a falta de efetividade do *ius puniendi*.

Segundo Martins (2015, p. 26-27) os linchamentos indicam a existência de um profundo sistema de valores subjacentes ao comportamento coletivo violento, como também, uma conturbada relação entre eles e os valores racionais da lei e da justiça. Nesta toada, há uma dupla moral, a popular e a legal, relacionadas nas ocorrências, onde a moral popular acaba julgando a legal, colocando em xeque a sua legitimidade.

Para Hassemer (2008, p. 230) “o Direito penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal”.

Portanto, podemos afirmar que coexistem um sistema penal deficitário classificado como Direito Penal Simbólico e a vingança privada no Brasil, sendo esta completamente desviante dos fundamentos do Direito Penal, pois se galga na exclusiva punição dos supostos criminosos.

Martins (2015, p. 27) explica que provavelmente o que move a população a linchar é a tentativa de punição, e a prática também revela a insatisfação com as alternativas de mudança social ocorridas, que rompem com as visões e valores enraizados. Então, quando a sociedade se vinga rejeita os indesejáveis que violam com os dogmas seguidos pela maioria da sociedade.

Portanto, com o linchamento a população reafirma seus preceitos, por intermédio de uma incipiente participação democrática, reforçando a soberania do povo, todavia, ao mesmo tempo rechaça a racionalidade impessoal da justiça e do direito.

O sociólogo sugere que o linchamento não pode ser considerado uma demonstração de desordem, mas sim um questionamento da desordem, haja vista que acaba sabatinando o poder das instituições que deveriam assegurar os valores e os códigos, com a impessoalidade propugnada pela lei.

Segundo o autor (2015, p. 59-60), quando a polícia chega antes da ação dos linchadores, além de haver o represamento do desejo de linchar por mais tempo, em grau máximo, pode ocorrer a destruição de edifícios e veículos da polícia e da justiça, o que daria ao linchamento um incremento: exteriorização da perda da legitimidade das instituições incumbidas de tipificar condutas e punir de acordo com a razão e o direito.

A sociedade mostra-se amedrontada ao ponto de considerar normal a prática de justiça por seus próprios meios, negando o sistema punitivo formalmente constituído. Preocupa-se com a exclusiva punição, e por isso, sequer busca julgar seus linchados ou confirmar a veracidade das alegações para “legitimar” sua prática.

Acerca do medo, Leonardo Sica (2002, p. 80):

Esse sentimento, no plano individual, caracteriza-se por um traço que só se revela com clareza em nível coletivo: o elo entre o medo e angústia de um lado, desemboca na agressividade, de outro. [...], do plano singular para o coletivo resulta numa neurose que leva à explosões violentas ou perseguições de bodes expiatórios.

O medo generalizado alimenta o desejo pela punição, que possui como uma de suas características a brutalidade extrema, como se naquele momento de “concretização de justiça” os linchadores deixassem de ser pessoas civilizadas.

Neste sentido Suecker (2013, p. 101):

A vingança privada de cunho privado não guarda medida do fato com a pena, com a culpabilidade do agente. Identifica-se mais com as práticas inquisitoriais de imposição de sofrimento e da forma como é infligindo, com a crueldade intrínseca.

“Os linchamentos que aqui ocorrem, *pela forma que assumem e pelo caráter ritual que frequentemente têm*, são claramente *punitivos*, não raro situados no que se poderia chamar de lógica de *vingança* e da *expição*”, Martins (2015, p. 26).

O estudioso afirma que os linchamentos que ocorrem no Brasil são predominantemente compostos de irracionalidade do comportamento coletivo, e que o objetivo deles não é prevenir o crime por meio da intimidação, mas sim de punir mais cruelmente o delito, relevando o caráter vingativo dos linchamentos.

Garapon (2001, p. 104) relata um episódio de linchamento ocorrido numa pequena aldeia de Alpes-de-Haute-Provence, onde os habitantes lincharam os advogados de pessoas que estavam sob investigação acerca do estupro e assassinato de uma menina. O autor indaga sobre qual seria o motivo das pessoas para o cometimento do ato, sugerindo que devem ter considerado inadmissível que acusados pudessem ter seus direitos defendidos, e por isso, seus defensores acabaram sendo linchados.

As pessoas naquela ocasião, afirma o autor, optaram por agir por seus próprios meios em vez de acionar os mecanismos de direito, como uma possível ação de anulação do processo.

6.4 A Motivação

Devemos elucidar que vingança privada não é um sinônimo de linchamento, aliás, este é uma forma de exteriorização daquela.

Quanto às motivações, Martins (2015, p. 72) sugere que ela muda de acordo com o tempo, vez que os linchamentos que ocorriam no século XIX eram praticados contra os negros ou brancos que defendiam os negros, e que hoje, não ocorreria simplesmente pela condição racial, em primeiro plano.

O referido autor (2015, p. 48) revela que os linchamentos no Brasil têm motivações distintas, variando com relação a cada região do país. Nas regiões norte e centro-oeste, devido à luta por terra, onde ocorre escravidão por dívida, a chamada peoagem, os linchamentos mais recorrentes são rurais e indígenas, e seriam motivados pelo poder pessoal e pela justiça privada dos detentores de terras.

Já na região do sudeste do país, com menos lutas por terra, há várias tentativas de linchamentos que envolvem os personagens subjugados oriundos das localidades em que vigora a luta por terras, já que muitas das vítimas de violência agrária se deslocam para o sudeste, por conseguinte, se verifica um maior número de incidentes em bairros novos, de migrantes do interior e da zona rural.

Martins (2015, p. 72) resume que o que impulsiona a multidão a cometer o linchamento é uma motivação conservadora, o objetivo de aplicar um castigo exemplar, radical, àqueles que tenham, de modo intencional ou não, rompido ou ameaçado os valores e normas que alicerçam as relações sociais estabelecidas e reconhecidas.

O autor (2015, p. 32) assevera que além da espontaneidade, os linchamentos são marcados por dois fatores: sendo o primeiro a concepção de que uma norma social essencial foi violada, e a ação de linchamento seria uma espécie de julgamento popular da infração cometida. E o outro corresponderia ao reconhecimento de que houve grave infração, porém, a atitude escolhida para punir não seguiria a mesma dosagem das leis incidentes ao caso.

Tendo-se em vista o entendimento de Martins (2015, p. 50-51) de que os linchamentos podem possuir diversas causas, nos ateremos à sua vertente que questiona a legitimação estatal, haja vista que o ato de linchar nega aos supostos criminosos a possibilidade de defesa, contraditório, devido processo legal, enfim, galga-se na emoção.

Para o autor, pessoas lincham com vontade de justiça, desejando não ser vítima de roubo, estupro, homicídio, como também, do pouco caso. No caminho, acabam abolindo a cadeia das relações e do respeito que norteiam a legitimidade das instituições. Na busca pela justiça, não há balanceamento, os crimes são igualados, muitas vezes, adota-se o aumentado ponto de vista da vítima.

Nesta toada, os linchadores passam inclusive a classificar os crimes de maneira particularmente curiosa, conforme Martins (2015, p. 53-54) menciona. O crime de roubo, por exemplo, não é visto como uma violação ao direito de propriedade, mas por suprimir o fruto do trabalho, seria um crime contra a pessoa, sua família e à sua sobrevivência.

Assim, os linchadores julgam baseados em concepções muito mais morais do que legais. O linchamento seria uma violência secundária, baseada na moral, e tal moral nem sempre é a convencional, já que está condicionada às particularidades de cada local onde ocorre o linchamento.

Acerca desta moral deturbada, cabe aqui mencionar o exemplo de Martins, num episódio em que o morador de uma favela quase fora linchado por devolver à polícia dinheiro de sequestro em vez de distribuí-lo à comunidade.

Ainda de acordo com Martins (2015, p. 91-92), os impulsos que levam ao linchamento podem ser vingança, descrença na justiça, divergência de majoração de pena, ou ainda, por questão de conveniência de alguns. Enfim, ainda é possível que “a diversidade das motivações se cominem, sem que se possa distinguir o que é especificadamente expressão de cetismo e o que é especificadamente expressão de vingança”.

Martins (2015, p. 86) sugere que a violência do linchamento pode ser considerada uma segunda violência, por tratar-se de uma resposta à violência urbana. Constituindo uma crítica às instituições, à lei, onde há um verdadeiro embate entre a sociedade e o Estado para decidir a quem cabe o direito de punição.

6.5 Quem são os Linchadores?

O fato de que as pessoas que lincham não serem propriamente da família da vítima não descaracteriza o linchamento como forma de vingança, pois, conforme Martins (2015, p. 79), a concepção de justiça está ligada à vingança. Só que de forma repaginada, uma vez que há a socialização da vingança no meio urbano.

No meio rural, os atos de linchamento revelam o sentimento de pertencimento grupal, justiça tradicional e agrário, praticado por grandes famílias, mas na zona urbana, surgem os vizinhos e conhecidos, principalmente nos bairros pobres e de classe média baixa, ocupando a função de parentesco real ou fictício comum dos linchamentos rurais.

Martins (2015, p. 22) pondera em sua pesquisa que por trás das ocorrências de linchamento há uma estrutura social estável, formada por grupos de famílias e de vizinhança com estreitos sentimentos e laços familiares e comunitários, e por isso, após a prática do crime, caem no anonimato.

Também menciona (2015, p. 41) que a crueldade presente nos linchamentos contrasta com a conduta social dos praticantes, que são “pacíficos transeuntes, pacíficos vizinhos, devotados parentes e pais”.

Jacqueline Sinhoretto e Sérgio Adorno (2001, p. 13-14) explicam que as redes de vizinhança são extensas e complexas, porque muitas vezes o vizinho é um amigo, compadre, parente ou aparentado.

Importante frisar sobre os atores dos linchamentos, os dados elaborados por Martins (2015, p. 76-77), que revelam que os 677 casos de linchamentos consumados e tentativas ocorridos entre 1976 e 1996, podem ser agrupados em quatro categorias: os parentes e amigos da vítima do linchado, presentes em 8,4% do total mencionado, correspondendo a 4,3% dos participantes e 7,9% das vítimas; os vizinhos e moradores da localidade de alguém vitimado pelo linchado, em 44,8% dos casos, com 71,4% dos participantes e 43,8% das vítimas; a outra, relativa a grupos corporativos de trabalhadores, em especial, motoristas de táxi e trabalhadores da mesma empresa da vítima do linchado, em 12,4% das ocorrências, 6% dos participantes, e 21,4% das vítimas; e, por fim, grupos ocasionais, especialmente multidões da rua, transeuntes, passageiros de trens e

ônibus, torcedores de futebol, ocorrendo em 20,8% dos casos, 16,6% dos participantes e 19,3% de vítimas.

O autor destaca (2015, p. 79) que no sudeste, 52,6% dos casos foram praticados pelo primeiro grupo, parentes e amigos das vítimas do linchado, revelando que os linchamentos nesta região são realizados como forma de vingança privada.

Sob outro prisma, torna-se difícil distinguir quais são os reais personagens dos atos de linchamento, pois o autor destaca um dos mais preocupantes dados de sua pesquisa (2015, p. 87-88): “cerca de um milhão de brasileiros participou de linchamentos e tentativas nos últimos 60 anos”.

Inobstante as estatísticas colacionadas, os atos de linchamento são praticados muitas vezes em locais abertos, como na rua, o que poderia criar nas pessoas uma ideia de “imunidade”, conforme Martins (2015, p. 60), que as levaria a crer que por ser um ato coletivo e realizado em ambiente público, não constituiria um crime, praticado mediante a convivência popular, ato contínuo, restam prejudicadas as investigações das ocorrências.

7 NOTÓRIOS CASOS DE LINCHAMENTOS OCORRIDOS NO BRASIL

Sinhoretto e Adorno (2001, p. 14-17), que tiveram sob enfoque o Estado de São Paulo para a realização de seus estudos, esmiúçam quatro casos significativos de linchamentos que envolveram comunidades locais.

O primeiro, ocorrido em 1985, no bairro Profilurb de Campinas/SP, se deu por conta da existência de bandidos que moravam no local e cobravam pedágios dos moradores diariamente, assaltavam o caminhão de gás, roubavam residências, ônibus, matavam e estupravam. E que após uma de suas empreitadas, não conseguiram guarida de uma moradora, e por essa razão, a ameaçaram e prometeram retornar e estuprá-la.

Ante a ameaça, o pai da moça recebeu a solidariedade de vizinhos e parentes que residiam naquela rua, e os homens armaram-se e guarneceram suas casas, e as mulheres buscaram as autoridades para reclamarem por policiamento, porém, os bandidos não recuaram, o que desembocou na captura de quatro rapazes identificados como bandidos que foram linchados pelos moradores organizados que praticaram o ato de justicamento.

Curiosamente, os moradores afirmam que após o trágico ocorrido, a violência no bairro diminuiu, não havendo mais a cobrança de pedágio, resultando numa espécie de pacto de convivência entre os bandidos e os moradores daquela localidade, tacitamente firmado depois do linchamento, onde os moradores se sentem protegidos por conhecerem os bandidos e os bandidos os conhecerem.

No ano de 1989, em Mauá, na grande São Paulo, ocorreu um caso em moldes parecidos, na ocasião, após um bárbaro crime de estupro seguido por homicídio, parentes e amigos da moça vitimada, depois de participarem de seu velório, cometeram linchamento contra dois homens que eram tidos como bandidos da região. Até hoje a autoria do fato pelo qual os indivíduos foram mortos não foi comprovada. Neste caso, os moradores do bairro também ponderam a redução da violência.

Em Ribeirão Pires, bairro Parque Aliança, região metropolitana de São Paulo, em 1982, após rotineiros roubos e inefetividade de controle pela polícia, os moradores decidiram se reunir e acabaram linchando dois homens que foram identificados como bandidos, em decorrência das agressões ambos foram a óbito.

Após o ato, a investigação policial indicou que eles eram inocentes, todavia, mais uma vez, a população alega que a violência foi minimizada.

O último caso relatado pelos autores ocorreu no Jardim Miriam, zona sul de São Paulo, em 1982, motivado pelo bárbaro assassinato de uma criança, que fora esquartejada pelo seu próprio tio. Os parentes, amigos e conhecidos montaram campanha pelo criminoso, a polícia foi acionada, porém, não conseguiu impedir a ação da multidão enfurecida, que também ceifou a vida do criminoso.

Os casos acima mencionados podem ser considerados manifestação de vingança privada, haja vista, que os sentimentos dos familiares e conhecidos das vítimas dos linchados foram determinantes para a ocorrência da mobilização popular para a prática do linchamento.

Martins (2015, p. 79-80) elenca um caso ocorrido em Campos/RJ, no ano de 1996, onde um adolescente negro cometeu latrocínio contra uma adolescente negra quando esta, pela manhã, abria o humilde estabelecimento familiar. Depois de praticar o homicídio o infrator fugiu, todavia, o fato havia sido testemunhado por um irmão da vítima, de apenas quatro anos, que delatou o assassino.

Os moradores da cidade auxiliaram a família a localizá-lo, logo após, o acorrentaram a um poste e o entregaram à família da vítima para que o linchasse. A família na prática do ato, quando lançava álcool no rapaz para queimá-lo vivo, foi surpreendida pela polícia. Na cena encontrada pelos agentes estatais, a mãe da moça espancava o linchado, sob a contemplação da multidão que não interferia.

Este último incidente, caso não fosse datado e tivesse por retirada a derradeira aparição da polícia, poderia facilmente ser um relato de vingança privada ocorrida numa sociedade primitiva. Por esta razão, classificamos o caso como uma manifestação da vingança privada por meio do linchamento perpetrada no final do século XX.

De acordo com Nathan Fernandes (2016, p. 44-45), recentemente, em 05 de maio de 2014, na cidade de Guarujá/SP, houve a trágica morte de Fabiane Maria de Jesus de 33 anos, que chamou a atenção da mídia nacional, uma vez que teria sido desencadeada por um boato da internet divulgado por uma página do *Facebook*, que estampava um retrato falado de uma mulher acusada de praticar atos de magia negra com crianças. Os moradores realizaram o linchamento sob fundamento de que Fabiane era parecida com a ilustração. Após o ocorrido,

descobriu-se que o retrato se referia a um caso ocorrido dois anos antes no Rio de Janeiro, ou seja, a linchada era inocente.

Pelas jurisprudências de nosso país não é incomum depararmos com o termo linchamento, muitas vezes tratando de situações que não coadunam com o interesse deste estudo, mas um caso especial merece ser trazido à baila.

Trata-se do acórdão preferido pela Terceira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do desembargador Marcos Zanuzzi, nos autos do recurso em sentido estrito n. 250.470-3/8, de fato ocorrido na Comarca de Cotia/SP, acerca do crime de tentativa de estupro de Cláudia Aparecida de Araújo. O crime não teria se consumado por conta da aparição de um conhecido da vítima que afugentou o sujeito, porém, o marido da vítima, seus cunhados e um de seus irmãos, teriam linchado até a morte juntamente com outras pessoas – o agressor e vítima de linchamento – Hercules Domingues Alberto.

Apesar de apresentar nuances particulares, as sinopses dos linchamentos colacionadas, ora ou outra mesclam vingança e descrédito social no poder Estatal no exercício do *ius puniendi*.

8 CONCLUSÃO

A tarefa por nós assumida primeiramente mostrou-se um tanto inconciliável e até mesmo impossível, porém, a constatação de ambos os fenômenos na atualidade revelou que os assuntos não seriam indiferentes entre si.

Ora, se o Direito Penal brasileiro fosse tão efetivo quanto sugere ser com a criação de leis especialmente para alcançar novas condutas, por que ainda subsiste entre nós práticas de vingança privada por intermédio dos linchamentos cometidos contra supostos criminosos?

Se o poder estatal fosse suficiente para apaziguar as contendas sociais, com menos frequência ocorreria, ou até mesmo poderíamos eliminar os linchamentos, e por isso, assumimos a responsabilidade de comprovar que a vingança privada atual, sob forma de linchamento, é um subproduto do Direito Penal Simbólico.

Ao mesmo passo em que o legislador tenta de qualquer maneira apaziguar as carências sociais, mostrando-se demasiadamente “solícito”, cedendo aos apelos para legislar no âmbito penal, a população não se satisfaz com a mera existência de novéis tipificações, pois precisa ver a efetivação da justiça que tanto deseja.

Logo, quando o legislador valoriza a legislação penal em detrimento dos princípios norteadores dessa esfera do direito, que se que galgam na subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, por exemplo, além de não conseguir manter a sua confiança popular por um considerável período de tempo, banaliza o Direito Penal como um todo, pois o reduz a um símbolo.

Portanto, entende-se que muitos dos problemas sociais atuais, como tráfico de drogas, criminalidade de menores, violência doméstica, violações ambientais, e alguns outros pontos de debates, devem primeiramente se valer de outras alternativas e/ou ramos do Direito para serem sanados, mesmo que demandem mais tempo e despendimento de recursos.

A educação é a chave para a resolução de quase a totalidade de preocupações sociais, para que não seja mais necessário moldar valores dos adultos por meio do Direito Penal.

Assim sendo, pode-se concluir que o resgate do Direito Penal deve ser realizado o mais breve possível, sob pena de saturação e maiores desgastes do Direito Penal, assim como, aumento dos casos de linchamentos.

Precisamos ir justamente contra essa tendência de superprodução legislativa, uma vez que este modelo já se mostra ultrapassado e inefetivo. Não podemos mais procrastinar essa mudança, pois conforme demonstrado no presente trabalho já padecemos de inúmeros gravames decorrentes da existência desse Direito Penal Simbólico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal:** (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva: homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. Vol. 2. 220 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. SANTOS, Juarez Cirino dos (Trad.). 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 1. 254 p.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 2. 150 p.

_____ (Org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.** Rio de Janeiro: Revan, 2012. 318 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas.** MEDEIROS, Carlos Alberto (Trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 2005. 170 p.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** introdução e princípios fundamentais. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Ciências criminais; 1. 411 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-lei 3.689. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1941.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 143 p.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, Portugal: Coimbra Ed., 2008. 393 p.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização.** GRANJA, Eliana; VAITSMAN, Jeni; PIERANGELI, José Henrique; LEONARDI, Maria Alice Andrade; GOMES, Luiz Flávio. (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 254 p.

COPETTI, André. et al. **Criminalidade moderna e reformas penais:** estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 198 p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral (arts. 1º ao 120). 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, 560 p.

FAYET JÚNIOR, Ney; MARTINHO JUNIOR, Inezil Penna. **Ciências penais e sociedade complexa II.** Alfredo Cataldo Neto (Org.). et. al. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. 407 p.

FERNANDES, Nathan. Bandido bom não é bandido morto. **O bandido está morto e agora?** Galileu. São Paulo, edição nº 295, p. 38-49, fev. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de língua portuguesa**. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. (Cord.). 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. 2.120 p.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. CARVALHO, Maria Luiza de. (Trad.). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 270 p.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. As ciências criminais no século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 162 p.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 7. ed., rev. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2014. 193 p.

HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra**: a segurança pública no estado de direito. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (Trad.). Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. 122 p.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 2005. 456 p.

_____. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. FERREIRA, Odim Brandão (Trad.). et. al. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (Org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. 336 p.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 1. 807 p.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos**: justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015. 205 p.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires, Montevideo: B de F, 2006. Maestros del derecho penal; 21. 446 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de. **Do espírito das leis**: texto integral. MELVILLE, Jean (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2005. A obra-prima de cada autor; 9 série ouro. 727 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1151 p.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. Monografias; 65. São Paulo: IBCCRIM, 2013. 282 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1. 688 p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito**. Nº 250.470-3/8. Miqueas Tomaz da Conceição e Justiça Pública. Relator Desembargador Marcos Zanuzzi. São Paulo: 10 mai.1999. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=757159AA0291AF55F8487F0E7CF580F3.cjsg2>> Acesso em: 09 set. 2016.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativa à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 216 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992. 425 p.

_____. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. As ciências criminais no século XXI. Vol. 11. 154 p.

_____. **A eficiência do direito penal**. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro (Trad.). Barueri, SP: Manole, 2004. Coleção estudos de direito penal. Vol. 11. 72 p.

SINHORETTO, Jacqueline; ADORNO, Sérgio. **Os justiçadores e a sua justiça**: linchamentos, costume e conflito. In: NEV – Núcleo de Estudos da Violência Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1473&Itemid=126> Acesso em: 24 fev. 2016.

SUECKER, Betina Heike Krause. **Pena como retribuição e retaliação**: o castigo no cárcere. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 187 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. LAMARÃO, Sérgio (Trad.). 2. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 14. 222 p.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 766 p.

ZOMER, Ana Paula (Org.). **Ensaio Criminológicos**. STEFANINI, Lauren Paoletti (Trad.). São Paulo: IBCCRIM, 2002. 205 p.