

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

CURSO DE DIREITO

**INFLUÊNCIA DO LOBBY NA CRIAÇÃO E EXCLUSÃO DE TIPOS PENAIS DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA
INFLUÊNCIA DA TUTELA PENAL SOBRE OS BENS JURÍDICOS**

Ana Elizabeth Tavares Pinheiro de Souza

Presidente Prudente/SP

2021

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

CURSO DE DIREITO

**INFLUÊNCIA DO LOBBY NA CRIAÇÃO E EXCLUSÃO DE TIPOS PENAIS DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA
INFLUÊNCIA DA TUTELA PENAL SOBRE OS BENS JURÍDICOS**

Ana Elizabeth Tavares Pinheiro de Souza

Monografia apresentada como requisito parcial para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a
orientação do Prof.º Matheus Silva Sanches.

Presidente Prudente/SP

2021

**INFLUÊNCIA DO LOBBY NA CRIAÇÃO E EXCLUSÃO DE TIPOS PENAIS DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA
INFLUÊNCIA DA TUTELA PENAL SOBRE OS BENS JURÍDICOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof.º Matheus Silva Sanches
Orientador

Prof.º Rodrigo Lemos Arteiro.

Letícia Braz Mendonça

Presidente Prudente, _____ de junho de 2021.

“O tribunal é o único lugar onde todas as pessoas deveriam ser tratadas iguais, não importando de qual cor do arco-íris elas sejam, mas as pessoas sempre acabam levando seus ressentimentos para o banco do Júri”.

Harper Lee em “O Sol é para todos”

AGRADECIMENTOS

Primeiramente sou grata a Deus.

Ao meu orientador Matheus Silva Sanches, por aceitar esta proposta de projeto, por confiar em meu potencial e me manter motivada durante esta jornada.

Agradeço aos meus pais, Neuza e Antônio, pelo apoio incondicional e investimento em minha educação.

Agradeço aos meus amigos que estiveram comigo, e tornaram os dias de graduação mais especiais.

Agradeço por último, mas não menos importante, a instituição de ensino Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, por todos professores e colaboradores que auxiliaram direta ou indiretamente nesta minha jornada.

“Ser grato é reconhecer os grandes e pequenos gestos e momentos, é valorizar as mínimas coisas da vida, aprender a dizer OBRIGADO, a Deus e as pessoas.”

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise a respeito da influência da mídia, da religião, da cultura e das forças econômicas na edição de leis que compõe o grande emaranhado que é o Direito Penal brasileiro. Para elaborar uma reflexão crítica a respeito da influência do lobby na criação e exclusão de tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro, foi necessário visualizar como o lobby influencia a sociedade para que ela bata as portas do Congresso. Para isso, foi necessário mergulhar em questões sociológicas e criminológicas para se compreender como a mídia, a Igreja, a cultura e outros tipos de lobbies podem influenciar a sociedade. Além disso, foi necessário demonstrar como a sociedade influencia a edição de normas, já que ela mesma é a detentora de todo o poder em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro. Assim, após uma pesquisa crítica, baseada em pilares consagrados da teoria do bem jurídico, foi possível da vida ao presente trabalho.

Palavras-Chave: Criminologia. Bem jurídico. Direito Penal. Lobby. Mídia.

ABSTRACT

This essay analyzes the influence of the media, religion, culture and economic forces in the edition of laws that make up the giant web that is the Brazilian Criminal Law. In order to elaborate a critical reflection on the influence of the lobby on the creation and exclusion of criminal types in the Brazilian legal system, it was necessary to visualize how the lobby influences society so that it knocks on the doors of Congress. For that, it was necessary to dive into sociological and criminological issues to understand how the media, the Church, the culture and other kinds of lobbies can influence society. In addition, it was necessary to demonstrate how society influences the editing of norms, since it itself is the holder of all power in a Democratic State of Law, as is the case of the Brazilian State. Thus, after a critical research, based on established pillars of the theory of the legal good, it was possible give birth to the present work.

Keywords: Criminology. Legal good. Criminal Law. Media.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

1. INTRODUÇÃO	09
---------------------	----

CAPÍTULO II - CONCEITO DE CRIME E ESTRUTURAÇÃO DO FENÔMENO CRIMINOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

11

1. DIREITO PENAL DO INIMIGO	20
-----------------------------------	----

2. DIREITO PENAL SIMBÓLICO	28
----------------------------------	----

CAPÍTULO III – TEORIA GERAL DO BEM JURÍDICO

1. A FORMAÇÃO DO BEM JURÍDICO	32
-------------------------------------	----

2. BEM JURÍDICO-PENAL E O DIREITO PENAL COMO ÚLTIMA <i>RATIO</i>	35
--	----

3. FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO	40
----------------------------------	----

CAPÍTULO IV – A INFLUÊNCIA DO LOBBY NA CRIAÇÃO E TRATAMENTO DO BEM JURÍDICO PENAL

1. CULTURA, RELIGIÃO E DOGMAS E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL	43
---	----

2. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL	49
--	----

3. A HIPERTROFIA DE BENS JURÍDICOS	59
--	----

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO	62
------------------------------	----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
----------------------------------	----

CAPÍTULO I

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro encontra-se em crise, porém, essa não é uma novidade. Na verdade, a mídia brasileira costuma divulgar com certa frequência essa informação, deixando bem claro que o país se encontra em total instabilidade social, como uma carroça puxada por touros arredios.

A cada quatro anos surgem aqueles que prometem salvar o país e, na maioria das vezes, asseguram que, para isso, irão endurecer o sistema penal, trazendo penas maiores e justiça para as vítimas. No ano seguinte, o brasileiro se decepciona.

Ocorre que, na verdade, o Brasil já não é mais governado por seus políticos. O país também não é governado pelo seu povo, que é o ideal trazido pela Constituição Federal. Na realidade, o Brasil é governado por lobbies: grupos detentores de certo poder que exercem pressão nos três poderes e controlam a população.

Não há aqui ingenuidade. As coisas sempre foram assim. A Europa, na Idade Média, era governada pela Igreja. A Inglaterra do século XIX, conhecida na época como “Rainha dos Mares”, era governada pelos donos das frotas de navios. E os Estados Unidos de Nixon eram governados pelas grandes corporações. Em todos os casos, aquele que ocupava o cargo mais alto do governo apenas sucumbia aos interesses de quem realmente detinha o poder.

O Brasil, atualmente, também é governado por seus lobbies, que, através de pressão direta ou indireta, protege seus interesses. Para isso, influencia a edição de leis que os beneficiem ao invés de beneficiar os cidadãos do país.

A influência dos lobbies invade também o Direito Penal, o que pode gerar dois diferentes fenômenos: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal Simbólico. Ambos os fenômenos são derivados da substituição do bem jurídico-penal pela vontade dos lobbies como norteador da edição de leis e criação de políticas criminais.

O presente trabalho, portanto, pretende abordar como a Igreja, a Mídia, a Cultura e as corporações conseguem exercer tamanha pressão direta no Congresso Nacional e utilizar a população como ferramenta de pressão indireta.

Para isso, buscou-se interligar o Direito Penal com questões sociológicas, filosóficas e criminológicas, abandonando a ideia de que o Direito é uma ciência que é bastante em si mesmo, pois, como produto da sociedade, sofre influência dela.

Aborda-se igualmente a ideia de crime e de Direito Penal e como eles evoluíram junto com a humanidade até chegar à ideia atual de que devem estar sempre norteados pela proteção dos bens jurídico-penais.

Dessa forma, disserta-se também a respeito da teoria do bem jurídico, explorando como ele é formado no bojo da sociedade para apenas posteriormente ser positivado e protegido juridicamente. Estabelece-se, também, as funções do bem jurídico, as quais confrontam a influência dos lobbies no sistema penal atual.

Toda a pesquisa bibliográfica converge, portanto, para a tentativa de se compreender como o lobby influencia o tratamento do bem jurídico penal e, conseqüentemente, em todo o Direito Penal, norteados a criação e a exclusão de tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro.

Com essa finalidade, utiliza-se o método dedutivo, do qual se parte de uma premissa maior, qual seja, a de que o bem jurídico-penal é fundamento de todo o Direito Penal, para uma premissa menor, de que a criação de tipos penais deve ser apoiada na proteção de um bem jurídico-penal e não na vontade dos lobbies.

Parte-se do axioma de que o bem jurídico-penal é fundamento para o Direito Penal. Em seguida, surge o teorema de que o tipo penal é parte do Direito Penal.

Como conclusão da convergência entre o axioma e o teorema, tem-se que o bem jurídico-penal é fundamento para a criação de crimes.

CAPÍTULO II - CONCEITO DE CRIME E ESTRUTURAÇÃO DO FENÔMENO CRIMINOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O crime é um fenômeno complexo e antigo que vem desafiado diversas civilizações desde o surgimento da humanidade. Esse fenômeno é discutido por diversas áreas do conhecimento humano e intriga tanto as ciências humanas quanto as ciências biológicas.

Referir-se ao crime como um interesse exclusivo do Direito não é possível, pois a medicina já tentou desvendar a existência da fatores biológicos que levavam ao crime e a sociologia já compreendeu o crime como um fato social. Ocorre que, diante de tantas abordagens, os estudiosos encontram dificuldade até mesmo em conceituar o que é crime.

Por isso, o presente estudo decidiu trazer à baila três diferentes ângulos de observação do fenômeno do crime para poder conceitua-lo sob o aspecto material, sob o aspecto formal ou legal e sob o aspecto analítico.

O conceito material define o crime ao tentar entender o que faz com que determinado comportamento humano seja assim considerado. Ao elaborar o conceito material de crime, a doutrina ajuda o legislador a selecionar as condutas que devem ser taxadas como crime.

Neste bojo, do ponto de vista material ou ontológico, crime é a conduta que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais pela sociedade.

Esse conceito busca descobrir a essência do delito, fixando os limites de atuação do legislador em matéria penal.

O conceito material permite “dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertatis* dos cidadãos” (JESUS, 2011, p. 193).

Sob o enfoque material, Fernando Capez (2020, p. 253) entende que o “crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social”.

Já o conceito formal ou legal foca nas consequências da conduta para definir o que é crime. Do ponto de vista formal, legal ou extrínseco, crime é o ato ilícito que dá ensejo a aplicação de uma pena criminal.

Esse conceito é furto “da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo” (CAPEZ, 2020, p. 253). Logo, esse conceito não leva em conta outros fatores que não a vontade do legislador de prever uma conduta como criminosa e uma sanção para a sua prática.

Esse é o conceito adotado pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, segundo o qual crime é o apenado com reclusão ou detenção e contravenção penal é aquela apenada por prisão simples ou multa. Atualmente, o único crime que excepciona esse conceito é o porte de drogas, o qual tem levantado muitas polêmicas desde 2006.

Por fim, o conceito analítico é o conceito desenvolvido pela doutrina para compreender os elementos e a estrutura do crime, a fim de se aplicar uniformemente o Direito Penal. Analisando analiticamente o crime, é possível conceitua-lo como sendo um fato típico, antijurídico e culpável.

Necessário referenciar-se a existência de uma corrente doutrinária defensora da teoria bipartite no Brasil, da qual faz parte Fernando Capez, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Renê Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Cleber Masson e Julio Fabrini Mirabete. Para essa corrente, o crime é um fato jurídico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto para a aplicação da pena.

Apesar de filiar-se a essa corrente, o autor muito bem explana acerca da importância do conceito analítico de crime ao dispor que “a finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas” (CAPEZ, 2020, p. 253).

Fica evidente que não é possível estudar o crime como um fenômeno completo observando-o apenas por uma das óticas apresentadas, razão pela qual a maior parte dos conceitos doutrinários de crime tangenciam mais de um ângulo de observação.

Por exemplo, Francesco Carrara (1956, p. 48), ao observar o crime tanto sob aspecto material quanto sob o aspecto formal, conceitua-o como sendo “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”.

O conceito de crime não foi o único a evoluir com o passar do tempo, pois o próprio fenômeno passou por mudanças, de modo que a ideia e os elementos do crime nem sempre foram aqueles conhecidos atualmente. Cada momento histórico teve seu próprio sistema penal, que é o conjunto de teorias que buscam sistematizar os elementos e a estrutura do crime.

O primeiro sistema penal a ser estruturado foi o sistema clássico, também conhecido como sistema Liszt-Beling-Radbrunch. Influenciados pelo positivismo e pela necessidade de fazer com que o Direito se aproximasse das ciências naturais, Franz Von Liszt e Ernst Von Beling idealizaram esse sistema que tem como alicerces a teoria causal ou naturalista da ação e a teoria psicológica da culpabilidade.

Para a teoria naturalística da ação de autoria de Liszt, a ação é a inervação muscular, produzida por energias de um impulso cerebral, que provoca modificações no momento exterior. Por sua vez a teoria psicológica da culpabilidade define a própria culpabilidade como o vínculo psicológico que une o autor ao fato por meio do dolo ou da culpa (CUNHA, 2020, p. 355).

É necessário reconhecer um importante avanço desse sistema que, ao colocar o dolo e a culpa como elementos do crime, exclui qualquer possibilidade de responsabilização penal objetiva.

Todavia, no sistema clássico, a ação é observada sob uma ótica totalmente objetiva e naturalista. Embora reconheça-se que toda ação tem origem em uma vontade, essa vontade é irrelevante para a teoria naturalística da ação.

Esse pensamento gerou um excesso de formalismo, pois, ainda que tenha tentado analisar o crime colocando-o em uma placa de Petri, não foi capaz de estabelecer o que, em sua essência, pode ser considerado uma infração penal, pois rechaçou o fato de o crime também ser um fenômeno sociológico.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bittencourt pontua que

O conceito clássico de delito foi produto do pensamento jurídico característico do positivismo científico, que afastava completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. Essa orientação, que pretendeu resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação, deu um tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso (2020, p. 586).

Conforme bem pontua Damásio de Jesus (2011, p. 271), o sistema clássico baseia-se nas leis das ciências naturais, porém, “Como o delito é um fenômeno social, as normas que o regem devem ter por fundamentos princípios sociológicos, baseados na convivência social”.

Diante desse cenário, foi necessário evoluir para um modelo reformulado do sistema Liszt-Beling-Radbrunch que, apesar de não abandonar a teoria causal ou naturalista da ação, avança ao conceber a teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

Conforme afirma Rogério Sanches Cunha (2020, p. 242), o sistema neoclássico ou neokantista, desenvolvido no início do século XX, tendo como maior expoente Edmund Mezger, é marcado pela superação do positivismo (e não por sua negação) por meio da introdução da racionalização no método.

Para a teoria psicológico-normativa, marca desse novo sistema, a culpabilidade deve ser compreendida como um juízo de reprovabilidade, de modo que só haverá culpabilidade quando o comportamento for reprovável. Isso ocorre quando, diante de uma possibilidade reprovável e de uma possibilidade meritória, o

agente praticar a primeira conduta. Em contrapartida, se o agente age do único modo possível ou opta pela possibilidade meritória, não há culpabilidade.

Por meio desse raciocínio dos neokantianos, insere-se um novo elemento na estrutura do crime: a exigibilidade de conduta diversa, o qual permanece até os dias atuais.

É nesse momento que a antijuridicidade, elemento do crime desde o sistema clássico, deixou de ser observada apenas por meio da simples lógica de contradição de uma conduta a um tipo penal. Reinhart Frank, grande expoente do sistema neoclássico, começa a enxergar um conceito material de antijuridicidade que seria representado pela danosidade social (BITTENCOURT, 2020, p. 592).

À época, o grande problema do sistema neoclássico foi a manutenção do dolo e da culpa como elementos da culpabilidade, pois certos injustos apenas podiam ser analisados se apurados dolo e culpa. Conforme bem exemplifica André Estefam (2018, p. 216), um médico que toca a região genital de sua paciente pode estar um mero exame ginecológico de rotina ou praticando o crime de violação sexual mediante fraude. Para saber se é caso de conduta atípica ou típica é necessário analisar a intenção do médico no momento do toque.

É fato que o próprio Edmund Mezger reconheceu esse problema e, para adequar seu sistema, elaborou a teoria dos elementos subjetivos do injusto, segundo a qual, nos delitos chamados delitos de intenção, o injusto continha três elementos: a tipicidade, a antijuridicidade e o dolo ou culpa.

Segundo Fernando Capez, foram dois os elementos que levaram a falência do sistema neoclássico: "(I) ser contraditório ao reconhecer elementos normativos e subjetivos do tipo; (II) permanecer considerando dolo e culpa como elementos da culpabilidade" (2011, p. 178).

Diante da necessidade de consertar os problemas do sistema neokantista, Hans Welzel, durante as décadas de 1930 a 1960, elaborou sua teoria finalista, que é a base para um novo sistema que, em homenagem a ideia de Welzel, é conhecido como sistema finalista.

O finalismo tem como ponto principal a ideia de que a finalidade é a espinha dorsal de toda conduta humana. Todo e qualquer conduta humana é movida por

uma finalidade, razão pela qual o dolo e a culpa são componentes indispensáveis da conduta, o que os retira da culpabilidade e os transporta para o fato típico.

O sistema finalista é alicerçado na teoria finalista da ação e na teoria normativa pura da culpabilidade. Segundo a teoria finalista da ação, a ação é uma conduta humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade.

Nas palavras de André Estefam (2018, p. 219)

Para a teoria finalista da ação, esta deve ser compreendida como o comportamento humano, consciente e voluntário, movido a uma finalidade. Welzel afirmava que a causalidade (ou teoria causal da ação) era cega e o finalismo, vidente. A conduta passa a ter um colorido particular (a intenção ou dolo), que antes não continha (ou pensava-se não conter).

Já de acordo com a teoria normativa pura da culpabilidade, a culpabilidade consiste em um juízo de reprovabilidade composto apenas por elementos normativos. Logo, no sistema finalista, a culpabilidade é composta apenas pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa.

Conforme explica André Estefam (2018, p. 221), o sistema finalista foi um enorme avanço para a culpabilidade, pois “Com as lições de Welzel, todos os elementos da culpabilidade continham natureza normativa, porquanto exprimiam um juízo de valor”.

O sistema elaborado por Hans Welzel influenciou diversos doutrinadores em terras tupiniquins a partir da década de 1970. Com isso, a reforma do Código Penal de 1984 revelou uma certa predileção pelo finalismo, conforme é possível notar pela análise da redação atual dos artigos 21, 22 e 26 a 28 do Código Penal.

Apesar disso, ainda que a maior parte da doutrina defenda que o Código Penal adotou o sistema finalista, muitos ainda o criticam, pois seu conceito de crime deixa de lado a reflexão sobre a função do Direito Penal. Assim, surge o sistema funcionalista, que recebe esse nome por entender que a função do Direito Penal é o aspecto mais importante a ser considerado na estrutura do crime.

Enquanto os finalistas não relacionavam a função do Direito Penal a estrutura do crime, os funcionalistas entendem que ela deve ser agregada ao conceito analítico de crime. Todavia, o grande calcanhar de Aquiles do sistema funcionalista é o fato de que não há um consenso sobre qual seria a função do Direito Penal.

Para Damásio de Jesus, que segue as lições de Francesco Carrara, a função precípua do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, pois, “Impondo sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem” (JESUS, 2011, p. 46).

Já para Claus Roxin, um dos principais expoentes do sistema funcionalista, “a função do Direito Penal é assegurar bens jurídicos, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal” (CUNHA, 2020, p. 36).

De outro bojo, Günther Jakobs, também um dos principais expoentes do funcionalismo, defende que “a função do Direito Penal é a de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado” (CUNHA, 2020, p. 36).

Assim, é possível perceber que o funcionalismo precisa lidar com o embate entre duas correntes: aquela que defende que o Direito Penal tem função de indispensável proteção de bens jurídicos essenciais (Claus Roxin) e aquela que defende a função garantidora do Direito Penal (Günther Jakobs). Devido a essa divergência, o sistema funcionalista se divide em funcionalismo racional-teleológico, de Claus Roxin, e em funcionalismo sistêmico ou radical, de Günther Jakobs.

Ao comparar as ideias de Roxin e Jakobs, André Estefam sintetiza suas diferenças da seguinte forma:

o funcionalismo de Roxin é moderado em comparação ao de Jakobs, uma vez que aquele admite seja o Direito Penal submetido a limites exteriores ao sistema penal. Na concepção de Jakobs, entretanto, nota-se um funcionalismo monista ou exacerbado, em que o sistema penal considera-se fechado (autopoiético), não se admitindo ingerências externas como fatores que o limitariam. Apenas em Roxin é que o funcionalismo encontra limites na realidade empírica (ESTEFAM, 2018, p. 227).

Os pilares do funcionalismo são a teoria da imputação objetiva e a teoria funcionalista da culpabilidade. A primeira teoria busca limitar, por meio de pressupostos jurídicos, a imputação de um resultado a uma conduta, limitando a relação de causalidade material. Já a teoria funcionalista da culpabilidade expande a culpabilidade para uma ideia de responsabilidade, que consiste na soma da

culpabilidade com a verificação das necessidades preventivas (ESTEFAM, 2018, p. 226).

Um caso de adoção da teoria funcionalista da culpabilidade é o artigo 121, § 5º, do Código Penal, que traz a possibilidade de se aplicar o perdão judicial quando os resultados causados pelo homicídio culposos são maiores e mais danosos que qualquer pena. Nesse caso, a função preventiva já se esgota nas próprias consequências do ato.

É possível afirmar que os sistemas clássico e neoclássico encontram-se superados, porém, o mesmo não se pode dizer do finalismo, que claramente ainda não foi superado pelo funcionalismo. Tanto na doutrina brasileira quanto internacionalmente muitos doutrinadores defendem que o finalismo, apesar de não ser perfeito, é superior ao funcionalismo, pois proporciona maior segurança jurídica.

Conforme dispõe Miguel Reale Júnior (2004, p. 127),

o sistema torna-se mais firmemente instrumento de segurança jurídica se fundado em bases ontológicas, em uma estrutura lógico-objetiva tal como propõe o finalismo, considerando-se, recentemente, que a construção da ação e do delito a partir da natureza das coisas foi uma das mais importantes contribuições da história do direito penal.

Todavia, embora não haja exatamente um processo de superação do sistema anterior, é possível perceber como a ideia de crime se alterou com o passar do tempo. Saindo de uma concepção baseada nas regras das ciências da natureza, o conceito de crime passou por transformações para chegar ao que é atualmente, um fenômeno jurídico-social.

Por conta disso, o Direito Penal está em constante mudança, pois, se o crime é um fenômeno jurídico-social e a sociedade está em constante mudança, o conceito de crime também está sofrendo transformações, bem como os bens jurídicos que serão resguardados por eles.

Evidência irrefutável desse processo de mudança é a necessidade de se repensar o conceito formal de crime. O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal define crime como sendo a infração penal para qual “a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.” (BRASIL, 1941).

Entretanto, o crime do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 traz em seu preceito secundário apenas três tipos de sanções: a advertência sobre os efeitos das drogas,

a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Percebe-se, portanto, que apesar de ser crime, o porte de entorpecentes para consumo próprio jamais será apenado com reclusão ou detenção.

Dessa forma, indaga-se se, apenas por isso, deixaria de ser crime. Não é esse o caso, pois, a obrigatoriedade da cominação de pena restritiva de liberdade para todo e qualquer crime violaria o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena. Ora, não se pode prever sanção mais gravosa do que a necessária para coibir a prática do crime apenas porque a lei assim determina. É necessário se pautar na gravidade abstrata do delito ao se elaborar o preceito secundário.

O próprio relator do projeto do qual se originou a Lei n 11.343/2006, o deputado Paulo Pimenta, afirmou em seu relatório que:

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário — o Brasil é, inclusive, signatário de convenções — internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (BRASIL, 2004, p. 60).

Percebe-se, portanto, a necessidade urgente de se atualizar o conceito formal de crime no sistema jurídico brasileiro, pois o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal já não corresponde mais aos anseios sociais e a noção de justiça atual.

Porém, conforme tratado anteriormente, o conceito formal é o de menor importante se confrontado com o conceito material, o qual imporá limites abstratos para a tipificação de uma conduta, e o conceito analítico, o qual determinará quando a prática de uma conduta será considerada criminosa.

Ora, ao se compreender que o crime é todo fato típico, culpável e antijurídico, conforme a teoria finalista adotada pelo Código Penal, percebe-se que é a partir dos elementos do crime que, diante de um caso concreto, chega-se à conclusão se o indivíduo praticou ou não um crime.

Por exemplo, para que haja tipicidade, é necessária a conduta, a qual, segundo Cleber Masson (p. 198), “é o comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a um fim”. Logo, são elementos da conduta a exteriorização do pensamento, a consciência, a voluntariedade e a finalidade.

A partir daí percebe-se que, mesmo que idealizado tipo penal pelo legislador, não é possível criminalizar o pensamento do agente, pois é necessária exteriorização do pensamento. Igualmente, não é possível haver crime quando a conduta é, por exemplo, derivada de um reflexo involuntário.

Imagina-se o caso de um médico que, após sentar seu paciente na maca, com o seu martelinho, encontra um nervo no joelho e imprime um impulso. Devido a um reflexo involuntário neurológico, o paciente estende a perna e acaba por chutar um vaso chinês de R\$ 2.000,00 que estava posicionado na mesa a sua frente. Independentemente do valor, não há crime, pois não há voluntariedade.

Percebe-se, portanto, que ainda que seja da vontade do legislador, algumas ações não podem ser alcançadas pelo Direito Penal, pois não podem ser entendidas como crime em seu sentido analítico ou material.

Todavia, respeitados esses limites, aparentemente tudo mais pode ser criminalizado pelo legislador. Ocorre que, ao se atribuir esse poder ao legislador, hipertrofia-se o Direito Penal, gerando a chamada espiritualização, liquefação ou desmaterialização dos bens jurídicos.

Segundo Filippo Sgubbi (1998. p. 63-68), o fenômeno da “espiritualização do bem jurídico” conta com dois processos. O primeiro processo é a criação artificial de bens jurídicos supraindividuais sem fundamento na vida social ou cultural. O segundo processo é a estatização de bens jurídicos ou a própria expropriação desses bens pelo Estado, que se apropria deles como sendo de seu interesse e não mais dos particulares, dos titulares originários. Devido a esses dois processos, o bem jurídico tutelado por uma norma penal passa a se amoldar ao fim social ou estatal, sem que haja qualquer fator pré-positivo para sua proteção.

Sintetizando essa ideia de Sgubbi, Juarez Tavares (2003, p. 189) define a espiritualização ou desmaterialização dos bens jurídicos como sendo a “definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma”.

Isso faz com que os substratos dos bens jurídicos não sejam produzidos na sociedade civil para só então serem pré-constituídos nas relações das funções públicas. Assim, cada vez mais os bens jurídicos protegidos por normas penais são

fabricados pelo Estado, criando um verdadeiro “Estado de prevenção” em detrimento ao “Estado de certeza do direito” (BARATTA, 1994, p. 13-14).

A desmaterialização, espiritualização ou liquefação do bem jurídico pode desencadear dois fenômenos diversos: o Direito Penal Simbólico e o Direito Penal do Inimigo.

1 Direito Penal do Inimigo

Para elaborar o sistema chamado de Direito Penal do Inimigo, Günther Jakobs estudou a fundo a teoria das expectativas do sociólogo alemão Niklas Luhmann. Porém, antes de abordar os pensamentos de Jakobs e Luhmann é importante analisar suas vidas.

Niklas Luhmann nasceu no dia 08 de dezembro de 1927, na Alemanha. Durante a Segunda Guerra Mundial, então com 18 anos, o sociólogo decidiu ingressar na força aérea alemã e, durante uma missão, acabou sendo preso pelos aliados. Com o fim da guerra, foi libertado e cursou Direito na Universidade de Freiburg (FRAZÃO, 2020, s/n).

Por sua vez, Günther Jakobs nasceu em 26 de julho de 1937, também na Alemanha. Durante a infância, o jurista cresceu em um país destruído pela guerra e pelo remorso de ter permitido a prática de atrocidades contra os judeus. Passou a difundir a ideia do Direito Penal do Inimigo no final da década de 80, quando a queda do muro de Berlim inspirava apreensão devido ao choque de cultura entre ocidente e oriente. No entanto, sua teoria apenas ganhou os holofotes quando o autor voltou a propô-la como meio de lidar com o ataque sofrido as Torres Gêmeas (BARROS, 2020, s/n).

Percebe-se, portanto, que tanto Luhmann quanto Jakobs viveram a explosão da criminalidade ocorrida do século XX, bem como foram obrigados a conhecer os horrores da Segunda Guerra Mundial estando em solo alemão.

Assim, Günther Jakobs, baseando-se na teoria das expectativas de Niklas Luhmann elabora a ideia do Direito Penal do Inimigo, segundo a qual o Estado deveria possuir dois sistemas penais: um para o cidadão e outro para o inimigo.

Segundo Niklas Luhmann, o Direito é a estrutura que norteia toda a sociedade e as normas são a generalização das expectativas dessa sociedade. Para a teoria das expectativas, a sociedade moderna é complexa e, com o objetivo de se organizar esse fenômeno complexo, criam-se sistemas. Um desses sistemas é o da expectativa, por meio do qual um indivíduo integrante de uma sociedade espera que algo aconteça e confia nos integrantes daquela mesma sociedade para proceder de acordo com as expectativas do coletivo.

Luhmann dá como exemplo o sujeito que vai ao teatro assistir uma peça. Esse sujeito tem a expectativa de que os atores ajam conforme a trama proposta, ou seja, ele confia de que, ao pagar pela peça, receberá a apresentação de acordo com o enredo.

Por meio da teoria das expectativas, Luhmann confere ao Direito a tarefa de criar mecanismos para assegurar que a sociedade possa continuar a acreditar em suas expectativas, ou seja, para que a sociedade funcione conforme o esperado pela coletividade.

O sociólogo alemão ainda divide as expectativas em dois grupos: as expectativas cognitivas e as expectativas normativas. A diferença entre essas duas categorias de expectativas está na reação que será desencadeada se elas forem frustradas.

Diante de uma expectativa frustrada, dois comportamentos são possíveis: (a) a mudança de expectativa com conseqüente mudança do comportamento humano ou (b) a manutenção da expectativa com seu reforçamento através de normas.

Quando uma expectativa é violada e, com isso, deixa de existir, está-se diante de uma expectativa cognitiva. Conforme explica Luís Greco (2000, p. 10), no caso da expectativa cognitiva “o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar”.

As expectativas normativas, por sua vez, mantêm-se ainda que violadas, pois “o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos” (GRECO, 2000, p. 10).

A sociedade percebe que a conduta que violou a expectativa é que estava errada e não a expectativa em si, de modo que cria normas para coibir aquela

conduta. A partir dessa ideia Luhmann retira o conceito de norma, que “são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente” (LUHMANN, 1987, p. 43).

Entretanto, o sociólogo também faz um alerta dizendo que as expectativas normativas, se violadas continuamente, perdem sua credibilidade, razão pela qual é necessário o processamento da decepção dessa expectativa. Toda decepção de uma norma deve gerar uma reação para que a validade daquela norma seja reafirmada. Por isso, quando violada uma norma, deve haver uma reação (LUHMANN, 1987, p. 43).

Apesar de geralmente a reação a decepção de uma expectativa normativa ocorrer mediante uma sanção, Niklas Luhmann ressalta que esse não é o único meio de se reestabelecer uma expectativa, pois existem outros meios, equivalentemente funcionais, que podem gerar o mesmo efeito (LUHMANN, 1987, p. 61).

Após conhecer a teoria das expectativas de Luhmann, Günther Jakobs passa a aprofundar essas ideias durante a Guerra Fria até que finalmente apresenta sua teoria com o fim desse período e a iminente queda do muro de Berlim.

Jakobs entende que a vida em sociedade é organizada através de um complexo de expectativas e que todos os indivíduos integrantes daquela sociedade são responsáveis por manter essas expectativas. Cada pessoa tem o dever de organizar seu círculo social de forma a manter as expectativas e não violar normas penais e, quando decepciona expectativas normativas veiculadas em normas penais, pratica um delito.

Para que o Direito Penal possa cumprir sua função de reestabelecer uma expectativa decepcionada e reforçar a norma, precisa que seu aparato seja construído teleologicamente. A partir do pensamento de Jakobs, como todos são responsáveis por assegurar expectativas normativas, o criminoso não é aquele que causa ou pode evitar uma violação a norma, mas sim todo aquele que é competente para causar ou evitar a decepção de uma expectativa.

Ao invés de se analisar se a conduta é típica, antijurídica e culpável, analisa-se se há necessidade de uma reação para reestabilizar as expectativas, ou seja, se

é necessário punir alguém para reafirmar a validade da norma e reestabelecer o sistema social criado com base nas expectativas normativas (JAKOBS, 1991, p. VII).

Em resumo, para Jakobs, a sanção penal tem a função de reestabelecer a normalidade do sistema, reestabilizando as expectativas decepcionadas quando o sujeito se nega a agir conforme elas ou deixa de organizar o sistema social ao seu redor para que elas sejam mantidas.

Conforme aponta Luís Greco (2000, p. 11), o posicionamento de Günther Jakobs choca e incomoda, “especialmente por tratar-se de um sistema obcecado pela eficiência, um sistema que se preocupa sobremaneira com os fins, e acaba por esquecer se os meios de que se vale são verdadeiramente legítimos”.

Na teoria de Jakobs, o conceito de bem jurídico sofre um esvaziamento substancial de seu conteúdo, pois, para ela, o verdadeiro bem jurídico penal é a validade fática das normas. O atingimento da proteção dos bens jurídicos como a vida, a incolumidade física e o patrimônio seriam efeito colateral dessa proteção da própria norma penal.

Protege-se a norma para proteger-se expectativas. Assim, “a finalidade de reafirmação da fidelidade e da confiança da comunidade no Direito passa a ocupar o centro da fundamentação de todo o sistema penal.” (BITTENCOURT, 2020, p. 344). Essa função do Direito Penal de reafirmar o próprio Direito é chamada por Jakobs de prevenção-geral-positiva.

Conforme explica Carlos Roberto Bittencourt (2020, p. 296), em relação ao

crime de homicídio, Jakobs argumenta que a provocação da morte não constitui propriamente a lesão do bem jurídico-penal, mas tão só a lesão de um bem. Em sua ótica, a conduta de matar adquire sentido para o Direito Penal, não porque lesa o bem vida, mas na medida em que representa uma oposição à norma subjacente do delito de homicídio.

Ocorre que, se o Direito Penal não tutela bens jurídicos, mas sim a própria vigência da norma, não há limites para o poder punitivo abstrato do Estado. Qualquer norma penal pode ser criada, ainda que não seja para proteger um bem jurídico, pois ela protegerá a si mesma.

Conforme aponta Hans-Heinrich Jescheck (1981, p. 1185),

um Direito penal cujas finalidades sejam buscadas, exclusivamente, em atenção à prevenção-geral-positiva (reintegração do ordenamento jurídico), poderá legitimar um sistema de máxima intervenção ilimitada e, ao mesmo

tempo em que possui condições de se acomodar bem às novas demandas impostas pela pós-modernidade ao Direito Penal, possuiria o risco de abrir completamente as comportas para qualquer sistema político buscar a sua legitimação.

Por conta da ausência de limites, Jakobs acaba criando uma forma de se eliminar um ser-humano do convívio social quando nocivo a estabilidade das expectativas. Como algumas pessoas estão em constante confronto com o Estado, não seriam as suas condutas que poriam em risco as expectativas, mas sim a sua própria existência em sociedade. Surge aqui o Direito Penal do Inimigo.

Para Jakobs, aquele que afrontar a estrutura social estabelecida com a pretensão de desestabilizar a ordem adquirida pelo sistema de expectativas ou até mesmo destruí-la deve ser considerado inimigo do Estado. Todo aquele que vive de forma contrária as normas jurídicas e não aceita as normas impostas pelo Direito para possibilitar a vida em sociedade é inimigo e não cidadão, razão pela qual não merece as garantias que um cidadão detém (MASSON, 2020, p. 93).

Portanto, Günther Jakobs, indo na contramão de todos os demais juristas, passa a defender a existência de um Direito Penal do autor, rotulando indivíduos como cidadãos ou como inimigos. Enquanto os cidadãos respondem pela violação da norma penal, o inimigo responde pela mera desestabilização de uma expectativa normativa.

De acordo com o funcionalismo radical de Jakobs, a mensagem do Direito Penal para a sociedade não é o de que não se deve violar um bem jurídico tutelado, mas sim o de que não se deve violar o papel de cidadão fiel ao direito. Aquele que viola seu papel de cidadão, é inimigo.

Ao ser considerado inimigo, o indivíduo perde todos os direitos que tinha como cidadão. Assim, não terá direitos processuais, como o do devido processo legal, englobando as garantias da ampla defesa e o de constituir defensor. Além disso, por ser uma ameaça à ordem pública, deixa-se de lado o juízo de imputabilidade, pois leva-se em consideração que, devido a sua periculosidade, o indivíduo deve ser afastado de qualquer forma da sociedade.

Conforme explica Cléber Masson (2020, p. 94),

Em síntese, as penas são substituídas por medidas de segurança. De fato, a pena teria duração determinada, ao contrário da medida de segurança, possibilitando sua retirada do convívio público por todo o tempo em que

persistir sua situação de perigo, compreendida como a probabilidade de tornar a cometer infrações penais.

Como o inimigo não tem direito as garantias individuais do cidadão, uma vez que não é assim considerado por Jakobs, torna-se cabível o uso de tortura como meio de prova e também para pôr fim às atividades ilícitas do criminoso e de seus comparsas.

Outra consequência da adoção do Direito Penal do Inimigo é a criminalização de atos preparatórios. Por se tratar de um Direito Penal prospectivo, voltado para o futuro, adianta-se a tutela penal e pune o agente que apenas tinha praticado atos preparatórios quando capturado sem que, por isso, sua pena seja reduzida. Para Jakobs, não se pode esperar que o agente pratique a infração penal para puni-lo, pois isso é privilégio do cidadão.

Um exemplo da aplicação atenuada do pensamento de Jakobs é o artigo 5º da Lei 13.260/2016 - Lei de Terrorismo –, cujo tipo penal incriminador traz punição para a prática de atos penais de atos preparatórios de terrorismo. Porém, ainda assim, esse dispositivo traz uma diminuição de pena em relação aos crimes consumados de terrorismo.

Também decorre do Direito Penal do Inimigo a mitigação do princípio da reserva legal, pois, devido a altíssima periculosidade do inimigo, não seria possível ao legislador prever todos os atos que por ele possam ser praticados. Além disso, como sua vida em sociedade põe em risco a ordem pública, não se pode deixar de puni-lo por violar expectativas apenas porque não previstas minuciosamente em lei (MASSON, 2020, p. 95).

Ocorre que a teoria de Jakobs, aplicada em sua integralidade, é violadora dos direitos e garantias constitucionais e instrumento de controle social daqueles que estão no poder. Como não há limites para a criminalização de uma conduta, já que a única função da norma é proteger a si mesma, qualquer coisa poderia ser tipificada.

O Direito Penal do Inimigo não leva em conta a conduta praticada, a consumação ou qualquer outro elemento, pois apenas foca no grau de periculosidade do inimigo, o qual é obtido por uma suposição do âmbito interno do indivíduo. Perde-se toda e qualquer objetividade e segurança jurídica.

Para Zaffaroni, a ideia de Jakobs é de impossível aplicação, pois pode se retirar do homem sua qualidade de cidadão, mas jamais se retira dele a sua qualidade de ser-humano. Logo, sendo ele considerado inimigo ou não, tem direitos e garantias individuais.

[...] Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que seja oculto, incorre nessa privação. (ZAFFARONI, 2007, p. 19).

O Direito Penal do Inimigo leva invariavelmente a um Estado repressor e violador dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico interno e internacional. Estaria se punindo o violador do contrato social por meio de uma violação do próprio contrato social. Como todo contrato, o pacto social tem duas partes: de um lado o Estado, titular de direitos e deveres, e de outro lado o cidadão, titular de direitos e deveres.

Nesse sentido, Zaffaroni acertadamente dispõe que o Direito Penal do Inimigo

[...] leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites [...] (ZAFFARONI, 2007, p. 25).

Todavia, a ideologia de Jakobs é fomentada intensamente na atualidade devido a diversos fatores, dentre eles a “criminologia midiática” que, atualmente, molda a opinião da maior parte dos brasileiros.

Os jornais criam guerras contra as favelas, marginalizam o mulçumano, incutem nas pessoas o medo e a sensação de insegurança. Como consequência, todos viram inimigos em programas como Cidade Alerta e Brasil Urgente. Ao contrário do que determina a Lei de Execução Penal, o criminoso que aparece nas notícias deixou de ser alguém a ser ressocializado para se tornar o inimigo da sociedade.

Muitas vezes as pessoas transformadas em inimigos pela mídia acabam se mostrando inocentes, porém, uma vez intituladas inimigas do Estado, sempre serão lembradas assim.

Um caso que exemplifica essa criação do inimigo pela mídia é o de Daniel Echaniz, um ex-BBB acusado pelos jornais de ter praticado crime de estupro durante o *reality show* contra Monique Amin, também participante do *reality*. A notícia veiculada se baseava nas imagens de uma das câmeras da Rede Globo na qual os participantes apareciam embaixo do cobertor. Todavia, a participante do programa e suposta vítima negou o ocorrido e, sem qualquer prova do fato, o inquérito policial foi arquivado (BARROS, 2014, s/n).

Porém, Daniel Echaniz foi eliminado do reality show, hostilizado nas ruas e é marcado até hoje como “Daniel estuproador”. Ao buscar os termos no site de pesquisa Google, 274.000 resultados são apresentados ao usuário da internet associando Daniel ao crime de estupro.

Segundo Zaffaroni, o rebaixamento do indivíduo a categoria de “inimigo do Estado” no Direito Penal tem sempre caráter político. O inimigo é fabricado. Ele é resultado de uma mídia que difunde sua propaganda vingativa.

[...] a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda völkisch e vingativa sem precedentes [...] guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade. (ZAFFARONI, 2007, p. 16)

Assim, apesar de essa não ter sido a ideia inicial de Günther Jakobs, seu Direito Penal do Inimigo, se aplicado, permite o controle da sociedade pelo grupo detentor do poder, pois não existem limites objetivos para a criminalização.

Ao se controlar as mídias, é possível transformar qualquer um em inimigo da sociedade. Se, ainda por cima, o Estado retirasse dele seus direitos processuais, principalmente seu direito a se defender, jamais seria possível descobrir se esse indivíduo é realmente um inimigo da ordem social ou apenas daqueles que estão no poder.

2 Direito Penal Simbólico

O Direito Penal Simbólico é aquele no qual o Estado, na pretensão de dar rápida resposta aos anseios sociais, muitas vezes criminaliza a conduta sem qualquer fundamento criminológico, criando uma ilusão. Dessa forma, o Direito Penal acaba cumprindo apenas uma função simbólica.

É aquele que tem a reputação de extremamente rigoroso, mas, exatamente por esse motivo, acaba se tornando ineficaz. Ele traz símbolos de um rigor que, por ser tão excessivo, acaba não sendo efetivamente aplicável.

Conforme ensina Fernando Capez,

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação (CAPEZ, 2020, p. 71).

É possível extrair do conceito trazido por Fernando Capez que o Direito Penal tem uma importante função no ordenamento jurídico, a de proteger os bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Isso é feito primeiro pela seleção dos comportamentos humanos que irá se criminalizar e depois estabelecendo tipos penais e a sanção correspondente.

Todavia, o autor não se basta a uma ideia rasa e diz que, é necessário também que regras para a sua correta e justa aplicação sejam estabelecidas, ou seja, é necessário que o Estado seja organizado para que o tipo penal seja aplicado. O símbolo, por sua vez, não tem esse poder.

Segundo o dicionário Michaelis (SÍMBOLO, 2021), símbolo é “1. Qualquer coisa usada para representar ou substituir outra, estabelecendo uma correspondência ou relação entre elas. 2. Aquilo que, em determinada cultura, apresenta valor evocatório ou místico.”.

O símbolo representa uma figura ou uma imagem concreta, porém, ele, por si mesmo, é apenas abstrato. Ele depende de seu intérprete para receber significado e sentido.

Assim compreende-se o Direito Penal Simbólico como um Direito Penal que evoca um tratamento mais rigoroso no combate ao crime, mas, que na verdade, é apenas um valor místico sem qualquer correspondência ou relação com a realidade.

Cléber Masson (2020, p. 37) define o Direito Penal Simbólico como sendo “uma forma de utilização aparente dos instrumentos de controle penal, sem lhes conferir eficácia material.”. Isso ocorre porque essa espécie de Direito Penal se preocupa apenas com a primeira parte do conceito de Capez: a criminalização de condutas.

Classifica-se um Direito Penal como simbólico quando o legislador edita leis que carregam tipos penais incriminadores e deixa de adequar o sistema penal para que se obtenha a eficácia material dessa lei. Assim, tem-se apenas uma intervenção formal do legislador sem realmente se alterar a realidade de total insegurança pública.

O Direito Penal Simbólico é inidôneo e inefetivo, pois, conforme expõe Mariângela Gomes (2003, p. 130) “a idoneidade penal é relacionada à efetividade penal, que, por seu turno, pode ser aferida em três distintos níveis: (i) efetividade da norma; (ii) efetividade da pena; (iii) efetividade dos aparatos (efetividade *stricto sensu* ou eficiência)”. Está-se, portanto, diante de uma lei incapaz de gerar efeitos.

Se o Direito Penal Simbólico não tem a capacidade de gerar a eficácia material de uma lei, à primeira vista, não se vê qualquer vantagem em editar leis de caráter meramente simbólico. Realmente é possível dizer que o Direito Penal Simbólico não tem muita eficácia jurídica, porém, tem eficácia psicológica.

Por vezes, percebe-se que o simbolismo é utilizado em momentos de grande tensão, nos quais a população clama por mudança ou, de certa forma, por vingança. Geralmente, isso ocorre quando crimes de grande notoriedade, veiculados pela mídia, geram comoção pública.

É o que defende o Promotor de Justiça José Ribamar Sanches Prazeres (2000, p. 49):

assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade,

apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.

Mas qual seria a motivação da mídia em artificialmente criar um anseio na população por um Direito Penal mais rigoroso? Nota-se que, na verdade, não se busca um Direito Penal que apene mais severamente todo e qualquer tipo de crime, mas apenas a criminalidade convencional.

Ao focar em um homicídio brutal, desvia-se o foco de questões como fome, saúde precária e falta de saneamento básico, questões essas que tem matado muito mais do que crimes bárbaros.

Os crimes de homicídio, lesão corporal, latrocínio dentro outros são concebidos para assegurar a incolumidade física do sujeito. Porém, no Brasil, cerca de 15 pessoas morrem de fome por dia, conforme mostra levantamento do IBGE.

Conforme expõe Caitano Neto (2020, s/n), “Em 2018, o número de pessoas em situação de fome aumentou em 100 mil (para 5,2 milhões) devido ao aumento acentuado nas taxas de pobreza e desemprego e a cortes radicais nos orçamentos para agricultura e proteção social”.

A mídia acaba atuando como uma cortina de fumaça para crimes de corrupção e outras decisões políticas contrárias aos anseios populares. Assim, utiliza-se dessa publicidade do caos para criar um medo na população que é respondido pelo legislador com leis simbólicas que, na verdade, não terão eficácia material. Dessa forma, oculta-se a criminalidade sistêmica.

No livro “Admirável mundo novo”, Aldous Huxley traz um regime que esconde a verdade sem realmente ocultá-la, ou melhor, deixando a vista de seus cidadãos, mas retirando deles o interesse em busca-la. O governo bombardeia o cidadão com tantas notícias e informações que acaba tornando-o cego para a ação perigosa do governo.

Dessa forma, o Direito Penal simbólico é utilizado como estratégia para desviar a atenção ou para trazer uma resposta rápida, mas ineficaz para a população. Nesse sentido, Maria Lúcia Karam dispõe que

Ocultando o caráter violento destes e de outros fatos qualitativa e quantitativamente mais danosos, a publicidade do sistema penal, trabalhando com esta falsa ideia que reduz violência à criminalidade convencional, explora o medo, criando um clima de pânico, de alarme social, a que costuma se seguir um crescimento da demanda por mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas, clima este que

desencadeia e é alimentado pelas chamadas campanhas de lei e ordem (KARAM, 1991, p. 198).

A criação de um crime precisa de bases criminológicas, sociais e jurídicas para ser ferramenta apta a reprimir as condutas que lesem o bem jurídico que se deseja tutelar. A edição de uma lei que carrega em si um tipo penal sem essas bases e sem as regras gerais de aplicação justa e efetiva é meramente simbólica.

Por ser meramente simbólica, a criação desse crime não tem outro objetivo senão acalmar os ânimos da população e jogar uma cortina de fumaça sobre algum tema polêmico. O Direito Penal Simbólico traz, assim, uma falsa sensação de segurança.

CAPÍTULO III – TEORIA GERAL DO BEM JURÍDICO

1 A Formação do Bem Jurídico

Conforme abordado anteriormente, Claus Roxin defendia a ideia de que o Direito Penal tinha como função primária a proteção de bens jurídicos essenciais.

Ademais, já se abordou também que o conceito material de crime compreende o crime como a conduta que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais pela sociedade.

Dessa forma, durante toda a explanação a respeito do que é crime, referiu-se mais de uma vez a ideia de bem jurídico, atribuindo a ela ampla importância, pois, além de nortear a atuação do Direito Penal, é essa ideia que norteia a criação de normas penais incriminadoras, conforme defende Damásio de Jesus (2011, p. 193).

Ora, Fernando Capez (2020, p. 253), ao abordar o crime sob enfoque material, entendeu que ele “pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social”.

Entretanto, até o presente momento, o que se tem é a explanação sobre a importância do bem jurídico para o Direito Penal, porém, para que ele sirva como norte, como direção, é necessário compreender o significado carregado por esse termo.

Conforme explica Bittencourt (2020, p. 776),

O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.

O conceito do que é bem jurídico surge na Alemanha do início do século XIX. Como os iluministas pautavam o fato punível na ideia de uma lesão a direitos subjetivos, surgiu a necessidade de se demonstrar que todo tipo penal traz em si a proteção de um direito subjetivo, seja ele do particular ou do Estado.

Paul Johann Anselm von Feuerbach surge, então, com a ideia inicial de lesão jurídica, a qual lesa o Estado e contraria a existência conjunta e pacífica dos homens conforme a lei. Essas lesões jurídicas deveriam ser anuladas pelo Estado de duas formas: “1) Preventivamente, quando impede uma lesão ainda não consumadas; [...] 2) Posteriormente à lesão, obrigando o ofensor à reparação ou reposição.” (QUEIROZ, 2009, p. 188).

É assim que Feuerbach chega à concepção até hoje sustentada, a de que o Direito Penal é responsável por tutelar os direitos subjetivos mais preciosos para

uma sociedade, cominando sanções que desencorajam a violação e punem a lesão a eles.

A ideia de Feuerbach acaba sendo aprimorada por Johann Michael Franz Birnbaum, quando, em 1834, publica um estudo sobre a tutela da honra em seu livro *Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, Archiv des Criminalrechts*.

Segundo Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (2009, p. 17), nessa obra, Johann Michael Franz Birnbaum traz a ideia de que os bens jurídicos seriam valores de conteúdo liberal capazes de conferir punibilidade a qualquer conduta que os ofendessem. Inicialmente, os bens jurídicos carregavam com si uma visão individualista, pois Johann Michael Franz Birnbaum identificou o bem jurídico aos interesses fundamentais do indivíduo na sociedade, incluindo entre eles a integridade corporal, a liberdade e o patrimônio.

Além disso, enquanto Feuerbach defendia que, sem lesão efetiva a direito subjetivo do cidadão não haveria crime, Birnbaum afirma que crime é toda e qualquer lesão ou perigo de lesão a bens atribuíveis aos seres humanos. Afirma, ainda, que esses bens que, se lesados ou ameaçados, geravam o delito, tem natureza pré-jurídica, pois derivam da própria necessidade de se conviver em sociedade (apud, GOMES, 2003, p. 17).

O principal objetivo da teoria de Johann Michael Franz Birnbaum era trazer o fundamento da norma penal para um contexto menos abstrato, entendendo que o delito lesiona um bem jurídico e não um direito subjetivo.

Todavia, sua teoria deu um passo em direção ao positivismo puro, o qual encontra seu maior expoente em outro alemão: o jurista Karl Ludwig Lorenz Binding (1841 - 1920). A fim de fundar a ideia de bem jurídico no direito positivo vigente, Binding passou a defender que bem jurídico é tudo aquilo que o legislador considerar de importância suficiente para que sua proteção seja positivada.

O grande problema dessa ideia é a ausência de limitação do poder estatal, que, como decide o que é bem jurídico, também decide o que será ou não crime. Apoiando-se na teoria de Binding, o bem jurídico se torna o sentido e o fim das normas penais (PRADO, 2019, p. 24).

Todavia, conforme aponta Cezar Roberto Bittencourt (2020, p. 776),

O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.

Devido de se limitar a ação legiferante, Franz von Liszt (1851 – 1919) concebe uma nova teoria do bem jurídico, na qual defende que o bem jurídico encontra validade em si mesmo, de modo que não é o legislador que irá fazer um juízo de valor e determinar o que é bem jurídico.

Indo na contramão da teoria de Binding, a teoria de Liszt pressupõe que o legislador, ao conceber um tipo penal, não cria um bem jurídico, mas apenas o encontra. Ora, se o fim da norma é proteger os interesses do homem e eles são anteriores à própria norma, não é possível que eles sejam criados pelo legislador (PRADO, 2019, p. 26). Na verdade, esses interesses se impõem ao legislador frente a atividade de regular a vida em sociedade.

Conforme bem resume Luiz Regis Prado (2019, p. 26), nessa dimensão material, “O bem jurídico se encontra no limite entre política criminal e Direito Penal, como ponto de união. E, portanto, vem a ser criação da experiência, e como tal é interesse juridicamente protegido, sendo indispensável ao indivíduo ou à sociedade”.

É possível perceber, portanto, que o bem jurídico é anterior a qualquer norma. Ele surge quando um valor passa a ser compreendido como necessidade individual de cada um dos membros de uma sociedade e, para que a expectativa de sua existência seja atendida, recebe proteção jurídica.

Percebe-se que há um processo no qual uma necessidade individual passa a ser aceita como tal por toda a sociedade e se torna um valor cultural. Depois, percebe-se que há risco a esse valor e sobrevém a necessidade de se criar normas que protejam esses valores. Com a proteção jurídica, surge o bem jurídico (PRADO, 2019, p. 30).

Não há, na doutrina, um conceito unânime do que seria bem jurídico, pois, conforme ensina Aline Bianchini (2002, p. 42), é “impossível aprisionar o bem jurídico num conceito hermético, que esgote qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo.”

No entanto, fixam-se alguns parâmetros. Primeiramente, ele precede a norma, de modo que não é criado pelo legislador. Em segundo lugar, apesar de tratar-se de interesse individual tutelado, o bem jurídico tem importância social. Por

fim, o bem jurídico compreende valores que a sociedade entende de tamanha importância que, se violados, desestabilizariam a paz social.

Ao estabelecer esses ditames mínimos, o bem jurídico passa a ter a capacidade de limitar a atividade legislativa, pois o legislador não pode criar um bem jurídico, mas apenas poderá criar tipos penais que protejam os bens jurídicos concebidos pela sociedade por ele representada.

Dessa forma, evita-se cair na falácia do Direito Penal do Inimigo, no qual a norma encontra seu fundamento de validade em si mesma. Ao compreender o bem jurídico, percebe-se que a norma penal não é válida por si só, mas sim devido ao bem jurídico por ela protegido.

2 Bem Jurídico-Penal e o Direito Penal como Última *Ratio*

Conforme já abordado, o bem jurídico é a razão pela qual o legislador edita uma norma. Apenas é possível legislar para conferir proteção jurídica a um valor reconhecido como necessário pela sociedade. Todavia, existem várias formas pelas quais o Direito pode proteger um bem jurídico, de modo que nem sempre a ameaça de imposição de pena é necessária.

Há que se dizer que nem todo bem jurídico é um bem jurídico-penal, ou seja, nem todo valor eleito pelo legislador para receber proteção jurídica receberá essa tutela do Direito Penal. Ainda que não seja esse o cenário montado no Brasil, o bem jurídico pode ser protegido por normas de Direito Civil, Direito Tributário, dentre outras searas do Direito.

Conforme dispõe Cezar Roberto Bittencourt (2020, p. 879) “somente interessa ao Estado punir com pena aquelas condutas antijurídicas que representem uma grave ofensa aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade”.

Uma conduta lesiva a um bem jurídico pode ser, assim, um ilícito civil e não ser um ilícito penal, pois, enquanto o Direito Civil protege incontáveis bens jurídicos, ao Direito Penal apenas cabe a proteção dos mais importantes. Percebe-se, portanto, que, para um bem jurídico ser elevado ao *status* de bem jurídico-penal, ele precisa atender a mais exigências.

A maior parte da doutrina entende que o bem jurídico-penal é aquele que possui valor mais elevado para a ordem social. Todavia, trata-se de uma ideia extremamente abstrata, pois seria necessário adotar um conceito de valoração.

Luiz Regis Prado (2019, p. 126) estabelece dois critérios de valoração do bem jurídico: “um é contemplá-los do ponto de vista de sua importância para a sociedade; o outro é valorá-los em razão de sua influência na seara individual”. Adotando-se o primeiro critério, estar-se-ia diante de um Estado social autoritário, pois o indivíduo estaria subordinado ao todo social. Adotando-se o segundo, privilegia-se o interesse de um só em detrimento do que, talvez, fosse melhor para a coletividade.

Todavia, essa não parece ser a visão mais acertada, pois deixaria a cargo do próprio Estado a valoração, diminuindo o poder limitante do bem jurídico. Depois de muito se analisar a doutrina, percebe-se que a teoria do bem jurídico não se encontra avançada o suficiente para delimitar o bem jurídico-penal com base em critérios positivos, ou seja, elencando requisitos que um valor cultural deveria preencher para ser bem jurídico.

Por isso, Alice Bianchini (2002, p. 42) defende que a melhor forma de delimitar o bem jurídico-penal é levando em conta critérios negativos fundados no princípio da intervenção mínima do Estado e no princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Aplicando-se esses critérios, torna-se possível refutar proteção jurídica penal a certos bens jurídicos. Após a aplicação desses critérios negativos, aqueles bens jurídicos sobre os quais a proteção do Direito Penal ainda pairar são bens jurídico-penais.

De todos os critérios negativos para se chegar até o bem jurídico-penal, talvez o mais importante seja a ideia de que o Direito Penal deve ser sempre a *última ratio*, ou seja, ele apenas agirá quando os outros ramos do Direito não forem eficazes para proteger um bem jurídico.

A ideia da *última ratio* se pauta em três princípios basilares do Direito Penal: o princípio da proporcionalidade, o princípio da intervenção mínima do Estado e o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos.

O princípio mais básico dos três, mas também um dos mais fundamentais, é o princípio da proporcionalidade, que, geralmente, apenas é associado à pena do

Direito Penal, porém, sua importância é muito superior a isso. Segundo esse princípio, a sanção deve ser proporcional ao ato praticado.

Analisando-se tal ideia sem imergir no ambiente da pena, percebe-se que não se fala apenas em sanção penal, mas sim de toda sanção. Dessa forma, não é só porque um ilícito foi praticado que o agente deve receber uma sanção penal. Se uma sanção civil for suficiente para aquela conduta, não há porque aplicar uma sanção penal, pois isso não seria proporcional.

Conforme explica Humberto Ávila (2007. p. 158),

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Pode-se tomar como exemplo a quebra de um contrato de compromisso de compra e venda. Aquele que deu causa a extinção da obrigação, deverá arcar com a multa e com as perdas e danos, porém, não responderá penalmente por isso, pois a sanção civil já repara o dano, demarca a reprovabilidade do fato e penaliza o agente pelo seu ato. Uma sanção penal, nesse caso, não seria proporcional.

Para elencar um bem jurídico como bem jurídico-penal, é necessário que haja proporcionalidade entre a sua importância para a vida em sociedade e as reprimendas do Direito Penal. Para isso, é necessário que a sanção penal seja adequada, necessária e proporcional a conduta lesiva (GOMES, 2003, p. 85).

Segundo Mariângela Gomes, antes mesmo de se pensar no princípio da proporcionalidade para a aplicação da pena, deve-se utilizá-lo para saber se há bem jurídico-penal a ser tutelado naquele crime. Nesse primeiro uso da proporcionalidade, “o que há de ser valorado é se a conduta a ser incriminada preenche os requisitos constitucionais necessários a ser elevada à categoria de ilícito criminal” (GOMES, 2003, p. 80/81).

O segundo princípio que age como critério negativo na busca do bem jurídico-penal é o da exclusiva proteção do bem jurídico. Segundo esse princípio, nenhuma criminalização é legítima se não busca evitar a lesão ou o perigo de lesão

a um bem juridicamente determinável. Dessa forma, ele impede que o Estado use o Direito Penal para proteger bem jurídico ilegítimo.

À primeira vista, o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico é utilizado apenas para impedir que o Estado se utilize do Direito Penal para impedir o exercício de direitos, como seria o caso de proibir a prática de uma religião, sendo que a liberdade religiosa é um direito.

No entanto, não se pode observar tal princípio de um nível tão raso. O princípio da intervenção mínima também impede que o Estado proíba condutas sem qualquer fundamento ou apenas para garantir uma obediência.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2020, p. 79), o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico torna “inconcebível a tipificação fundamentada na proibição pela proibição ou mesmo a utilização da lei penal como simples instrumento de obediência, sem que se visasse à proteção específica de algum bem jurídico cuja relevância merecesse a intervenção do Direito Penal.

Nesse mesmo sentido, Fernando Capez (2020, p. 102) dispõe que “A atuação repressivo-penal pressupõe que haja um efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante”. O autor ainda continua dizendo que, a norma penal na qual não se vislumbra a tutela de um bem jurídico bem definido e com relevância social deve ser considerada nula e materialmente inconstitucional.

Por fim, o princípio da intervenção mínima do Estado é o mais relacionado ao dogma do Direito Penal como *última ratio*. Segundo esse princípio, o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, mantendo-se subsidiário, isto é, a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle, e fragmentário, ou seja, observada somente em casos de relevante lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado.

Partindo-se do pressuposto da fragmentariedade, tem-se que o Direito Penal não tutela todos os direitos e bens da vida, mas apenas alguns. O Direito Penal é ocasional, aplicando-se apenas as situações em que um bem jurídico-penal é violado. Logo, é necessário escolher com cautela quais bens receberão proteção jurídica dessa forma.

Isso deveria ser feito através de um estudo criminológico, social e estatístico. No entanto, a edição de leis que criminalizam condutas geralmente ocorre devido à

pressão pública, a opinião das mídias e a vontade dos lobbies. Sagaz e correta, portanto, a crítica de Juarez Tavares a atuação legiferante daqueles escolhidos pelo povo para discernir entre um bem que merece tutela penal e outro menos importante.

Analizando atentamente o processo de elaboração das normas incriminadoras, a partir primeiramente do dado histórico e depois do objetivo jurídico por elas perseguido, bem como o próprio enunciado típico das ações proibidas ou mandadas, chega-se à conclusão inicial, embora trágica, de que efetivamente, na maioria das vezes, não há critérios para essa elaboração. Isto pode parecer panfletário, à primeira vista, mas retrata fielmente a atividade de elaboração legislativa. Estudos de Haferkamp na Alemanha e Weinberger na França demonstram que, com a institucionalização do poder político, a elaboração das normas se expressa como evento do jogo de poder efetuado no marco das forças hegemônicas atuantes no Parlamento. A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação (TAVARES, 2003, p. 73-74).

Por sua vez, o pressuposto da subsidiariedade recomenda que o legislador não tipifique uma conduta quando perceber que aquela violação pode ser resolvida por outra área do Direito. Dessa forma, apenas merece punição criminal os fatos que não puderem ser convenientes solucionados de outra forma.

Conforme explica Fernando Capez (2020, p. 96), a subsidiariedade

Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).

Em síntese, para observar se um bem jurídico pode ser classificado como bem jurídico-penal, é necessário observar três critérios: (a) se a importância do bem jurídico é proporcional ou desvalor da sanção penal; (b) se o bem jurídico é legítimo; e (c) se a intervenção estatal por meio do Direito Penal é a única medida possível e adequada.

3 Funções do Bem Jurídico

Luiz Regis Prado, um dos mais proeminentes estudiosos da Teoria do Bem Jurídico no Brasil elenca, dentre as diversas funções do bem jurídico, as seis de maior importância, sendo elas: a função dogmática, a função de garantia ou de limitação ao direito de punir do Estado, a função teleológica, a função de orientação político-criminal, a função individualizadora e a função sistemática ou classificatória.

A função dogmática se refere a função que o bem jurídico exerce dentro da doutrina. De acordo com Luiz Regis Prado (2019, p.44), a função dogmática consiste na valorização dada pelo ordenamento jurídico ao papel do bem jurídico na delimitação do delito.

Sempre que a doutrina ou a jurisprudência deseja analisar um delito, seja abstrata ou concretamente, precisa antes analisar o bem jurídico ao qual esse tipo penal está dando proteção jurídica. É a partir dessa análise que surgem teses como o princípio da insignificância e a do furto de uso.

De outro lado, não é possível analisar a presença de excludentes de ilicitude como o estado de necessidade sem antes analisar os bens jurídico-penais envolvidos no fato. Ora, apenas há estado de necessidade quando o bem sacrificado for de valor menor ou igual ao do bem jurídico protegido (CUNHA, 2020, p. 330).

Em segundo lugar, Luiz Regis Prado aponta a função de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado da qual é investida o bem jurídico. Essa função fica extremamente evidente quando se insere a ideia de bem jurídico no conceito material ou ontológico de crime, de modo que o crime é definido como “todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social” (CAPEZ, 2020, p. 253).

Conforme já demonstrado anteriormente, a atividade legiferante do legislador não pode criminalizar a utilização correta de bens jurídicos protegidos e nem pode tipificar condutas sem que o objetivo seja a proteção daqueles poucos bens penais escolhidos como merecedores da tutela jurídica penal.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2019, p. 45) dispõe que

O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado democrático e social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo

autênticos bens jurídicos. Tal função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais.

No mesmo sentido, Winfried Hassemer dispõe que o bem jurídico é o responsável por limitar o direito de intervenção estatal por meio do Direito Penal. O autor explica que, apenas se observada essa função do bem jurídico, o tipo penal será constitucional.

en condiciones de reconstruir desde el punto de vista del Derecho constitucional las tradiciones del Derecho penal en cuyo centro se encuentra el bien jurídico, ya que representan los dos polos que determinan el derecho de intervención estatal conforme a la Constitución (HASSEMER, 2007, p. 98)

Em seguida, o autor elenca como terceira função do bem jurídico-penal a função teleológica ou interpretativa, segundo a qual o bem jurídico deve ser utilizado para interpretar os tipos penais, de modo a se alcançar, através deles, a finalidade da norma e, conseqüentemente, seu alcance.

Em quarto lugar está a função de orientação político-criminal. Por meio dessa função, o bem jurídico-penal atua como um orientador do plano de política criminal desenvolvido pelo Estado, indicando onde deve ser a atuação do sistema de segurança pública. A política criminal deve ser desenvolvida sempre em prol da proteção dos bens jurídicos.

Essa ideia é reiterada por Winfried Hassemer (2007, p. 96), quando, ao reiterar alguns pressupostos na formulação de sua teoria pessoal do bem jurídico, estabeleceu que não se pode renunciar o bem jurídico-penal como instrumento de política criminal.

No exercício de sua função individualizadora, o bem jurídico atua na dosimetria da pena, exercendo influência na primeira, segunda e terceira fase do sistema brasileiro de dosimetria da pena.

Percebe-se, inicialmente, essa influência no artigo 59 do Código Penal, segundo o qual, na primeira fase da dosimetria da pena, deve se levar em conta as conseqüências do crime, ou seja, quais os danos produzidos no bem ou nos bens jurídicos pelo delito.

Já nas agravantes genéricas, é possível observar inúmeros casos em que o bem jurídico é de extrema relevância para o cálculo da pena. Por exemplo, no artigo

61, inciso II, alínea e, do Código Penal, agrava-se a pena devido ao titular daquele bem jurídico, pois, incide a agravante se o crime for praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. O mesmo ocorre na causa de aumento de pena do feminicídio, pois leva-se em conta o gênero do detentor do bem jurídico-penal para aplicá-la.

Segundo Luiz Regis Prado, a sexta função do bem jurídico é a função sistemática ou classificatória. O próprio Código Penal exemplifica muito bem essa função. Do artigo 121 ao artigo 128, o Código Penal brasileiro traz os crimes que lesam ou põem em risco o bem jurídico da vida. No artigo 129 do Código Penal, o legislador tutela a integridade física. Já em seu capítulo V, o Código Penal traz os crimes que violam a honra. Todo o Código Penal e até mesmo as leis especiais são organizados de acordo com os bens jurídicos.

Conforme dispõe Luiz Regis Prado (2019, p. 45),

Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente. [...] Em suma: essa função aparece como guia ao reagrupamento dos delitos em uma ordem legal representativa de uma hierarquia de valores.

Apesar de todas as funções acima citadas serem relevantes, a função de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado e a função de orientação político-criminal são as mais importantes. Todavia, ao mesmo tempo que são fundamentais para as bases do Direito Penal, também são as mais atacadas.

Atualmente, vê-se que a política criminal tem obedecido muito mais os desejos dos lobbies, inserindo-se aqui os grupos sociais, as religiões organizadas e as grandes corporações, do que os ditames dos bens jurídicos.

Da mesma forma, percebe-se que o legislador, na tentativa de agradar os lobbies, pois apenas assim poderá ser reeleito, viola a função de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado, o que gera uma hipertrofia desnecessária dos bens jurídicos e, muitas vezes, um Direito Penal com caráter meramente simbólico.

CAPÍTULO IV – A INFLUÊNCIA DO LOBBY NA CRIAÇÃO E TRATAMENTO DO BEM JURÍDICO PENAL

1 Cultura, Religião e Dogmas e sua Influência no Direito Penal

Ao procurar a palavra lobby no dicionário, é possível encontrar significados como “Grupo organizado que busca influenciar as decisões de outras pessoas, especialmente o voto de parlamentares” e “Campanha realizada por quem busca exercer influência ou controle sobre algo ou alguém, mas sem se expressar formalmente” (In: Dicio, 2021).

Percebe-se, portanto, que, ao contrário do que a opinião popular sugere, o lobby não é exercido apenas por grupos econômicos, de modo que essas campanhas ou grupos podem ter diferentes interesses e exercer pressões para obter resultados positivos ou negativos.

Um grupo cultural, ainda que disperso pelo país, pode exercer pressão no Congresso e acabar por criminalizar uma conduta ou até mesmo descriminalizá-la. É o caso, por exemplo, da vaquejada.

A polêmica a respeito da prática da vaquejada se inicia em 2013, quando é proposta a ADI n. 4.983, que buscava declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.299/2013 do Estado do Ceará, que reconhecia a vaquejada como atividade desportiva e cultural.

A vaquejada, que se diz uma prática esportiva, consiste em uma reunião de vaqueiros empenhados em derrubar um touro puxando-o pelo rabo, o que, muitas vezes, leva a retirada violenta da cauda do animal. Por vezes, o animal acaba sendo gravemente ferido pelos golpes e acaba sendo sacrificado ou morrendo de exaustão.

Devido a crueldade da prática desportiva, a ADI n. 4.983 buscava justamente a declaração da inconstitucionalidade da lei estadual que a elevava a prática cultural e a protegia com fundamento no art. 225, §1º, VII da Constituição Federal:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” (BRASIL, 2020).

No julgamento da referida ação, ao confrontar os argumentos em defesa da prática e os argumentos trazidos por inúmeros juristas, ONGs e protetores dos animais, o relator do feito, o Ministro Marco Aurélio, apontou que:

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura. (BRASIL, 2017, p. 12).

Assim, o Ministro Marco Aurélio encerrou seu voto dizendo que, “no âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente” (BRASIL, 2017, p. 13)

Dos 11 ministros, 6 seguiram o voto do relator e 5 entenderam que, por ser prática cultural, a vaquejada não violaria a Constituição Federal. Dessa forma, em um placar apertado, prestigiando-se a proteção ao meio ambiente, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 15.299/2013 do Estado do Ceará.

[...] A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (ADI 4983, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017, grifos nossos)

Ocorre que a prática da vaquejada movimentava o mercado nordestino e faz circular dinheiro, razão pela qual grupos com interesses econômicos, mas também grupos que entendiam que a vaquejada era parte de sua cultura, começaram a exercer uma pressão sobre o Congresso para que a vaquejada voltasse a ser permitida.

Como forma de pressionar os legisladores, 3 mil pessoas, entre vaqueiros e criadores, dirigiram-se a Brasília para protestar contra o reconhecimento da vaquejada como uma prática inconstitucional. Na ocasião, os manifestantes vestidos a caráter para a prática esportiva ou então usando camisetas alusivas foram recebidos no Congresso Nacional por congressistas favoráveis à prática. (CAMARGO, 2017, p. 9).

Como resultado da pressão social, o deputado federal Capitão Augusto (PR-SP) propôs o Projeto e Lei da Câmara 24/2016, o qual recebeu parecer favorável do senador Otto Alencar (PSD-BA). Esse projeto buscava elevar o rodeio e a vaquejada à categoria de patrimônio cultural imaterial.

Ainda no ano de 2016, mais precisamente no mês de novembro, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.364/2016, a qual:

Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. (BRASIL, 2019).

Após a promulgação da Lei nº 13.364/2016, o Congresso Nacional, a fim de evitar que essa lei também fosse julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, aprovou a Proposta de Emenda à Constituição nº 50/2016, promulgando, assim, a Emenda Constitucional nº 96, de 2017.

Essa emenda constitucional adicionou um § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, fazendo constar em seu texto que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais [...] registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro” (BRASIL, 2020).

Dessa forma, a pressão exercida por esses grupos culturais resultou na aprovação de uma nova lei e de uma mudança na Constituição Federal por meio de emenda. Logo, a vaquejada passou a ser considerada manifestação cultural, razão pela qual aquele que é praticante do esporte não pratica crime de maus tratos aos animais.

Conforme explica John Brookshire Thompson (2009, p. 173), “a cultura de um grupo ou sociedade é o conjunto de crenças, costumes, ideias e valores, bem como os artefatos, objetos e instrumentos materiais, que são adquiridos pelos indivíduos enquanto membros de um grupo ou sociedade”.

A cultura da vaquejada, muito forte no nordeste brasileiro, uniu diversas pessoas para pressionar o Congresso Nacional. Acabou-se organizando um lobby que impôs sua cultura a toda a população brasileira na medida em que foi aprovada um projeto de emenda constitucional que alterou a lei maior.

Apesar de chocar os protetores dos animais, os juristas já deveriam ter se acostumado com a ideia de que a cultura produz direito. É dos valores culturais que surgem os bens jurídicos e é dos bens jurídicos que surgem as normas. Se uma norma penal é contrária a proteção de um bem jurídico, ferir-se-ia de morte o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico.

Conforme já explicado anteriormente, antes de se tornar bem jurídico, aquilo que é protegido pela norma era um valor cultural (PRADO, 2019, p. 30). O bem jurídico só surge quando há risco a esse valor cultural e, no caso da vaquejada, o risco era a própria norma. Por isso, no intento de protegê-lo, a Constituição Federal passou a determinar que a prática não poderia ser criminalizada pelo Direito Penal.

A cultura, porém, não é estática. Ela se encontra em constante movimento, o que gera mudanças no papel que a sociedade anseia que seja desempenhado pelo Direito e no que se deve criminalizar ou descriminalizar. Um exemplo que como a cultura alterou o Código Penal é o extinto crime de sedução.

Até 28 de março de 2005, o Código Penal Brasileiro contava com o artigo 217, que tipificava o crime de sedução. Segundo esse dispositivo, era crime "seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança" (BRASIL, 2020).

Todavia, esse crime já não era aplicado muito tempo antes de sua revogação formal. Tratava-se de um crime que protegia a virgindade da mulher, de modo que se entendia que ela não poderia dispor dela. Entretanto, devido a inúmeros movimentos em prol da liberdade sexual feminina, sua virgindade não precisava mais de proteção jurídica e, se a mulher, voluntariamente, quisesse dispor dela, não deveria encontrar vedações.

Conforme acentua Maria Bethânia Alves (2002, p. 177):

O corpo das mulheres não pode ser tomado como um lugar de definição do seu "destino", mas justamente ao contrário; a sua integridade corporal e o reconhecimento do direito sobre seu próprio corpo como dimensão fundamental da sua cidadania abrem o caminho para vivenciar as diferenças que existem entre os vários aspectos de ser mulher e também de ser homem, sobre os quais esses direitos também devem ser estendidos.

Surgiu, então, o Projeto de Lei nº 1.308/2003, resultado da Sugestão nº 78/2002 da Comissão Legislativa Participativa, que buscava corrigir o tratamento

discriminatório que o Código Penal dispensava as mulheres quando o assunto era a moral sexual, tratamento esse que em nenhum momento era dispensado aos homens.

Ocorre que, em que pese a mudança legislativa só tenha vindo em 2005, o crime de sedução já não coadunava com a sociedade há muito tempo. Como já explicitava Nelson Hungria em 1981, a mulher do século XX já era muito diferente dos padrões suscitados pela lei.

É fora de dúvida que a moça de nossos dias já não é mais aquela cândida *jeune filie* de 1890, zelosamente preservada na ignorância das maldades do mundo. O ambiente social moderno, com as suas compiacências e licenciosidades, apresenta-nos um tipo de moça bem diferente do que era há meio século [...] a moça de hoje não é precisamente aquele modelo de inocência que, outrora, nem sabia defender-se do perigo, por isso mesmo que o não conhecia. A *virgo intacta* de nossos dias está perfeitamente inteirada a respeito do amor como contato de duas epidermes e de todas as consequências que advêm do abraço sexual, fora do matrimônio. As moças modernas, como observa Filipo Mancini, entraram de participar ativamente do vórtice da vida cotidiana, disseminando-se nas oficinas, nas repartições públicas, nas lojas comerciais e foram eliminando, pouco apouco, aquela reserva feminina que constituía o seu maior fascínio e traduzia, no mesmo passo, a força inibitória do apurado sentimento de pudor. Subtraíram-se à vigilância e disciplina familiares e fizeram-se precoces na ciência dos mistérios sexuais (HUNGRIA, 1981, p. 155-156).

Felizmente, em 28 de março de 2005 entra em vigor a Lei nº 11.106/2005, que revogava o crime de sedução, dentre outros, como é o caso do crime de rapto consensual, o rapto da mulher honesta e o adultério. Assim, acolhendo a pressão feita por setores femininos da sociedade, o Congresso Nacional permite que o Código Penal trate a mulher como uma cidadã comum.

Outro crime também revogado pela mesma lei foi o crime de adultério que, apesar da vontade da Igreja no Brasil, acabou sendo retirado do Código Penal em 2005. O artigo 240 do Código Penal, extinto crime de adultério, tutelava a organização jurídica da família e do casamento, o qual hoje é tutelado quase que exclusivamente pelo Direito Civil.

Como o Direito Penal apenas deve se encarregar da proteção jurídica dos bens jurídicos de maior valor pela sociedade, deixou-se de tutelar o casamento por meio do crime de adultério, pois as normas carreadas na legislação civil são suficientes para a proteção do instituto.

Entretanto, o mesmo não ocorreu com o crime de bigamia, o qual, apesar de ter enfrentado críticas por setores da sociedade, continua sendo plenamente válido e eficaz e muito disso em razão da forte influência cristã no Brasil.

Ocorre que, no caso da bigamia, há flagrante violação do princípio da intervenção mínima do estado, pois um fato concernente a esfera privada do indivíduo, ainda que siga todos os ditames e formalidades da lei civil, não pode contrair novo matrimônio já sendo casado.

E há que se ressaltar que o crime de bigamia é de ação penal pública incondicionada, de modo que, ainda que a primeira esposa ou marido não se oponha ao novo casamento, o agente ainda sofrerá com a persecução penal e provável condenação.

Não obstante, a lei civil faz-se suficiente ao caso em tela, pois o Código Civil, em seu artigo 1.521, traz como impedimento absoluto para o casamento ser a pessoa já casada. Dessa forma, tem-se um ato nulo criminalizado pelo Código Penal sem qualquer necessidade, pois o direito do cônjuge original, se ofendido, está resguardado pelo Código Civil.

Conforme explicam Tamara Amoroso Gonçalves e Thais de Souza Lapa (p. 102, 2008)

A instituição da monogamia e do controle da sexualidade feminina, embora tenha ocorrido no âmbito da estruturação econômica e, conseqüentemente, da família, foi apropriada pelas diversas religiões, em especial pela Igreja Católica, que associou o discurso monogâmico ao da castidade, impondo às mulheres a obrigação de serem “puras” e “livres de pecado”, devendo ser “mães e virgens” simultaneamente, como a Virgem Maria. A imposição da virtuosidade e da castidade feminina também tem a ver com uma necessidade de controle sobre a mesma — que não é explicitamente anunciado, mas aparece revestido de preceito religioso e respeito à religião.

A Igreja também exerce sua influência sobre o crime de aborto, o qual condena terminantemente, razão pela qual a discussão sobre o tipo penal é sempre marcada pelas ideias religiosas ao invés de ser trazida à pauta de criminologia e saúde pública.

Conforme aponta Roberto Arriada Lorea, Diretor do Departamento de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos do Rio Grande do Sul,

O debate sobre aborto está muito mal colocado no Brasil. Não cabe a ninguém ser a favor ou contra o aborto. O razoável é dizer que cabe à mulher decidir. No cenário internacional, não há mais espaço para dúvida. O

aborto vai ser descriminalizado no Brasil. É uma questão de tempo. Por influência da Igreja Católica, o Brasil aprovou o divórcio com quase 100 anos de atraso em relação à França (SEGATTO, 2007, p. 84).

Em pesquisa publicada por Tamara Amoroso Gonçalves e Thais de Souza Lapa, as pesquisadoras constataram a influência de grupos religiosos em processos nos tribunais estaduais que pleiteavam a autorização para interrupção da gravidez em casos de anencefalia e má-formação. Esses grupos religiosos manifestavam-se contrários ao aborto sob as alegações de que “a vida é divina”, ou que “o feto possui espírito”.

As pesquisadoras observaram ainda que sempre que foi identificada a presença de argumentação religiosa, constatou-se a interferência nos resultados dos acórdãos, demonstrando-se uma tendência de rejeitar os pedidos de autorização para a interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação (GONÇALVES e LAPA, 2008, p. 169).

Em relação aos tribunais superiores, as autoras constataram a interferência religiosa para tentar “desautorizar ordens concessivas para a interrupção da gestação proferidas em primeira instância, o que efetivamente aconteceu em um dos casos” (GONÇALVES e LAPA, 2008, p. 170).

Percebe-se, portanto, que tanto a cultura quanto a religião têm influência direta no Direito Penal, seja para criminalizar (o que geralmente ocorre em função de dogmas religiosos) ou descriminalizar (o que geralmente ocorre em função da cultura) condutas.

Isso ocorre porque tanto a cultura quanto a religião são produtos da sociedade, a qual é responsável por ditar quais serão os bens jurídicos, pois, conforme tratado anteriormente, o bem jurídico é anterior a norma, surgindo da própria sociedade, que percebe a necessidade de tutelar valores máximos para a convivência pacífica.

2 A Influência da Mídia na Formação do Bem Jurídico Penal

Tradicionalmente, na ideia de Montesquieu, o Estado deveria ser dividido em três poderes: o poder legislativo, o poder judiciário e o poder executivo. Porém, ao

escrever sua tese sobre a tripartição dos poderes no século XVIII, o filósofo com certeza não podia imaginar que a sociedade seria governada também por um quarto poder: a mídia.

O Brasil já adotou um sistema de quatro poderes enquanto vigente a Constituição Imperial de 1824. Nesse momento histórico, o poder moderador, cujo titular era o Imperador, tinha a prerrogativa de controlar todos os demais poderes quando achasse necessário.

Apesar de extinto em 1891, um quarto poder volta quase meio século depois personalizado nas Forças Armadas, que reivindicaram para si o poder de controlar os demais poderes e “zelar” pela ordem constitucional.

Com o fim da ditadura civil-militar, emerge um novo poder moderador, o qual, porém, não é constitucionalizado. Trata-se de um poder que surge espontaneamente e não por criação legal (ALBUQUERQUE, 2008, p. 11).

Susana Soto Navarro (2005, p. 02), para exemplificar o poder que a mídia exerce sobre a sociedade, cita o incidente ocorrido em uma noite de Halloween, no ano de 1938, nos Estados Unidos, quando um jovem decidiu transmitir uma adaptação do livro “A Guerra dos Mundos”, de H.G. Wells, pelo rádio.

O jovem George Orson Welles, o qual mais tarde seria responsável por uma das maiores joias do cinema americano (Cidadão Kane), narrou a entrada de alienígenas no planeta Terra, assim como ocorre no livro de H. G. Wells. Ocorre que milhões de ouvintes espalhados por todo país acreditaram que os Estados Unidos estava realmente sofrendo uma invasão alienígena, o que causou comoção e medo.

Vários sociólogos se debruçaram sobre o evento para tentar entender o ocorrido. Atualmente, vê-se como cômico o acontecimento, porém, o mais chocante é que a mídia conseguiu incutir na mente dos seus espectadores um medo que não existia.

É evidente que os níveis de influência da mídia são diferentes em cada país. Segundo Albuquerque, isso ocorre devido a uma confluência de dois fatores: a atuação da mídia e o sistema político. Segundo o autor, é possível vislumbrar quatro possibilidades quando analisados o grau de estruturação do sistema partidário e o grau de intervenção dos meios de comunicação nos assuntos políticos.

1) Sistema Partidário Fortemente Estruturado; Mídia Politicamente Ativa – [...] O sistema político se caracteriza por clivagens bem definidas entre os partidos políticos, as quais são fielmente reproduzidas pelos meios de comunicação. Deste modo, os meios de comunicação se apresentam como instrumentos de intervenção na política, a serviço dos partidos políticos (ou facções).

[...]

2) Sistema Partidário Fortemente Estruturado; Mídia Politicamente Passiva – Esta combinação se refere a uma situação na qual o sistema político-partidário apresenta clivagens bem definidas, em torno das quais se organiza a vida política nacional. Contudo, essas clivagens não se traduzem em uma forte polarização na disputa política; ao longo do tempo, as forças políticas rivais desenvolveram interesses comuns, ou pelo menos um acordo tácito em torno de um conjunto de princípios fundamental.

[...]

3) Sistema Partidário Fracamente Estruturado; Mídia Politicamente Passiva – Esta combinação se refere a um sistema no qual as clivagens ideológicas entre os principais partidos políticos são pouco nítidas. [...] Do mesmo modo, os meios de comunicação rejeitam compromissos ideológicos explícitos, exceto, naturalmente, com o conjunto de valores situados na “esfera de consenso” e caracteriza o seu papel como dizendo respeito a um papel fundamentalmente informativo, antes que de intervenção na realidade.

[...]

4) Sistema Partidário Fracamente Estruturado; Mídia Politicamente Ativa – Aqui também o sistema partidário é pouco estruturado, com reduzido impacto sobre o governo e a organização política da sociedade. Diferentemente do que ocorre na situação anterior, contudo, esta característica se articula com uma desconfiança generalizada quanto à maturidade e o bom funcionamento das instituições políticas[...]. Uma solução clássica aponta para o fortalecimento do poder executivo, seja por uma via carismática – a aposta na personalidade extraordinária do líder como solução para superar os impasses das instituições políticas – ou institucional – através da criação de mecanismos que, em nome da governabilidade, permitam a ele atuar com a maior autonomia possível em relação aos demais poderes. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 14-15).

O Brasil com certeza se insere na quarta forma de manifestação da mídia como um quarto poder. Diante de um sistema político fracamente estruturado e uma mídia politicamente ativa, o quarto poder ganha os palcos ao exercer os papéis que caberiam aos partidos.

Conforme aponta Afonso de Albuquerque, uma forma que a mídia encontra de solucionar a desconfiança generalizada da população em relação ao sistema político é o fortalecimento da figura do poder executivo, como ocorreu no Brasil. Elege-se um líder carismático, como o ex-presidente Lula, a fim de superar os impasses entre as instituições políticas.

Percebe-se, portanto, que a mídia brasileira, diante de um sistema partidário mal organizado e totalmente controlável, exerce influência clara em todo o funcionamento do Estado e isso não seria diferente com o Direito Penal.

Casos como o de Daniella Perez, de Wellington Camargo e de Carolina Dieckmann demonstram como a mídia influencia a opinião popular e a opinião popular influencia o Congresso Nacional para a edição de leis que, por vezes, tem efeito meramente simbólico.

Um caso que ganhou as manchetes e fez com que a população pressionasse o Congresso Nacional com base nas informações divulgadas pela mídia foi o assassinato de Daniella Perez, atriz global filha de Glória Perez, famosa autora de novelas. O crime ocorreu no dia 28 de dezembro de 1992, quando a atriz global foi brutalmente assassinada pelo também ator global Guilherme de Pádua, que protagonizava com a vítima a novela “Corpo e Alma”, figurando como seu par romântico, e a esposa dele.

Guilherme de Pádua foi denunciado por homicídio qualificado pelo motivo torpe e por ter se utilizado de recurso que dificultou a defesa da vítima. Em 15 de janeiro de 1997, ao final de uma sessão do Tribunal do Juri, o ex-ator global foi condenado a 19 (dezenove) anos de reclusão, mas, como na ocasião já estava preso há 04 (quatro) anos, apenas lhe restavam 15 (quinze) anos de sentença. Em 1999, após cumprir 07 (sete) anos da pena, tanto Guilherme de Pádua quanto sua esposa deixaram a prisão.

Originalmente, o crime de homicídio qualificado não constava no rol do artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, razão pela qual o tratamento dispensado aos autores do crime praticado contra Daniella Perez não foi tão rígido como o previsto na Lei nº 8.072/1990.

Diante da comoção pública e da sensação de injustiça instaurada no Brasil, “a escritora Glória Perez, mãe da vítima, liderou um movimento que defendia a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, conseguindo, em 1994, 1,3 milhão de assinaturas para aprovação de um projeto de lei nesse sentido” (CASTRO, 2018).

Glória Perez obteve sucesso em sua empreitada, de modo que o projeto de lei foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, Itamar Franco, em 06 de setembro de 1994.

Esse artificial movimento social, criado em cima de um fato do cotidiano criminal, indiscutivelmente, representou o fator político determinante para motivar o Congresso Nacional a aprovar a Lei 8.930/1994.

Todavia, devido a garantia legal de que a lei penal não retroagirá senão para benefício do réu, a modificação legal não pode influenciar no caso de Daniella Perez, razão pela qual Guilherme de Pádua e sua esposa ganharam liberdade muito cedo e, de certa forma, não receberam a punição que seria compatível com a gravidade do crime praticado (CASTRO, 2018).

Antes do caso acima exposto, milhares de pessoas já haviam perdido suas vidas em crimes de homicídio qualificado, porém, ele não era hediondo. O homicídio qualificado apenas foi acrescido ao rol de crimes hediondos quando o crime atingiu um integrante da mídia.

Todavia, essa classificação do crime como hediondo, na época, demonstrou ser um verdadeiro Direito Penal Simbólico, pois, naquele momento, a progressão se dava com o cumprimento de apenas 1/6 da pena e nenhuma política foi pensada para evitar a prática do crime.

A mídia atual se apropria do medo do ser-humano, algo natural e enraizado, e o transforma em um espetáculo que lhe permite atingir seus objetivos. Os jornais exploram a criminalidade em seu grau máximo e o medo de se tornar a próxima vítima do crime noticiado na televisão toma conta da sociedade, transformando o espectador em um fantoche.

Conforme bem retrata o saudoso professor Luiz Flávio Gomes,

O discurso midiático é atemorizador, porque ele não só apresenta como espetaculariza e dramatiza a violência. Não existe imagem neutra. Tudo que ela apresenta tem que chocar, tem que gerar impacto, vibração, emoção. Toda informação tem seu aspecto emocional: nisso é que reside a dramatização da violência. Não se trata de uma mera narração, isenta (GOMES, 2007, s/n).

Susana Soto Navarro (2005, p. 05) expõe que, em um nível individual, o medo do delito provoca uma mudança de conduta que acaba impactando o modo de vida do cidadão. Já a um nível coletivo, as repercussões são extremamente

destrutivas, pois alteram a vida da comunidade e a interação social na medida em que há uma fuga dos espaços públicos e se rompe o pacto social informal.

A mídia é capaz de exercer uma pressão indireta através da sociedade dessa forma. Com a popularização desse espetáculo da criminalidade, a sociedade passa a buscar controle por meio do uso e abuso da pena intimidativa, buscando manter a ordem social pela previsão de condutas como crime.

Nesse momento, a prevenção geral positiva de Jakobs aparece como milagre para a sociedade brasileira, que busca reaver a estabilidade social que, segundo a mídia, foi perdida com aquele crime. Assim, a sociedade pressiona o Congresso Nacional para elaborar leis que sejam capazes de intimidar os potenciais delinquentes e busca a segregação dos delinquentes selecionados pela própria mídia no sistema penal.

Percebe-se, portanto, que essa sociedade de controle criada pela mídia não busca em momento algum controlar ou eliminar a onda de criminalidade enfrentada pelo país, mas apenas controlar os grupos que, segundo a mídia, apresentam riscos para o modo de vida que a sociedade brasileira deveria entender como correta.

Ao observar a história, percebe-se que a mídia cria o inimigo da vez, colocando aquela figura nos tabloides como forma de criar uma ira contra ela. Na Europa, a mídia dirige essa ira contra os imigrantes e refugiados. No Brasil, a ira é dirigida aos marginalizados.

É notório que no Brasil do século XXI não se busca em momento algum pôr fim ao crime, mas apenas segregar os criminosos escolhidos pela mídia. Os criminosos que a mídia não vê como inimigos, como é o caso dos criminosos de colarinho branco, acabam não ganhando os jornais como deveriam.

Como resultado desse controle midiático, Luiz Flávio Gomes expõe que

O sistema penal, nesse contexto, não está cumprindo seu papel primordial de proteção de bens jurídicos, de forma fragmentária e subsidiária, mas sim, transformou-se em instrumento de "gestão" da exclusão social. Com o abandono da ideia do Estado Social, parte-se agora da premissa de que a exclusão social é inevitável e incorrigível. Já que ela existirá necessariamente, deve ser administrada (GOMES, 2007, s/n).

Conforme estudado anteriormente, o bem jurídico-penal tem como uma das funções principais a função de orientação político-criminal. Logo, toda e qualquer

política criminal deveria ser baseada na proteção do bem jurídico-penal e não pelo medo produzido pelos meios de comunicação.

Com sua teoria sobre a modernidade líquida, Zygmunt Bauman explica que a modernidade se divide em modernidade pesada e modernidade líquida. Na modernidade pesada, o ser humano criou uma ruptura epistemológica pautando-se nas promessas de que a racionalidade instrumental solucionaria todos os problemas da humanidade.

Após um período marcado pelo controle da Igreja, que ditava a vida de uma sociedade por meio de regras morais, o homem decidiu que não iria mais se prender a essas amarras e elaboraria regras pautadas única e exclusivamente na razão.

Por meio dessa racionalidade instrumental, o homem planejava atingir dois grandes anseios da sociedade moderna: a paz e segurança. Surge então uma ética individualista e fragmentária, pois empregava uma razão instrumental para cada área da vida do ser humano, já que cada área possui instrumentos diferentes.

Conforme aponta Zygmunt Bauman (1997, p. 72 19):

[...] os desenvolvimentos modernos forçaram os homens e as mulheres à condição de indivíduos que viram suas vidas fragmentadas, separadas em muitas metas e funções soltamente relacionadas, cada uma a ser buscada em contexto diferente e segundo pragmática diversa.

Essa fragmentação do homem e conseqüentemente do conhecimento humano dá origem ao Positivismo Jurídico, que busca desvencilhar o Direito de toda e qualquer amarra que o prende a moral e a outras ciências. Ocorre que, dessa forma, desconecta-se o Direito também do contexto histórico, social e valorativo em que ele é produzido.

Todavia, essa ideia de que a racionalidade instrumental poderia solucionar todos os problemas da humanidade não tarde a apresentar problemas. A pretensa superioridade europeia e de sua forma de solucionar problemas, pautando-se exclusivamente na lei, a qual não possuía fundamentos morais, acaba resultando em duas grandes guerras.

Percebe-se, então, a incapacidade do ser humano de criar um código de regras que bastem por si mesmo e sejam capazes de produzir a segurança e a paz que foram tão difundidas como objetos do positivismo. Passa-se, aí, a criticar os pilares da sociedade moderna.

Segundo Zygmund Bauman, a humanidade passa a ter consciência de que se encontra em uma era de incertezas com um cenário volátil, na qual a sociedade ondula entre paz e guerra, entre segurança e insegurança.

Conforme explica o filósofo

A partir dessa conclusão, só havia um pequeno passo a se dar para definir como "líquido-moderna" aquela forma emergente de vida, aquela forma que era moderna de uma maneira radicalmente diferente daquilo que havíamos testemunhado (e de que havíamos participado) antes. Uma forma de vida digna de nota sobretudo por sua reconciliação com a ideia de que, assim como todas as substâncias líquidas, também as instituições, os fundamentos, os padrões e as rotinas que produzimos são e continuarão a ser como estas, "até segunda ordem"; que elas não podem manter e não manterão suas formas por muito tempo. Em outras palavras, que entramos em um modo de viver enraizado no pressuposto de que a contingência, a incerteza e a imprevisibilidade estão aqui para ficar. Se o "fundir a fim de solidificar" era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a "perpétua conversão em líquido", ou o "estado permanente de liquidez", é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes – esses tempos em que nossas vidas estão sendo escritas. (BAUMAN, 2010, p. 11-13).

Hoje, a sociedade se encontra longe da promessa de paz e segurança trazida pela modernidade pesada, que agora está no passado. O que se tem, atualmente, é um cenário de insegurança generalizada, o que faz com que o ser humano busque a segurança acima de qualquer princípio, regra moral ou racionalidade.

A mídia se aproveita desse desejo intrínseco ao ser humano por paz e segurança e incita o medo da insegurança, aumentando a necessidade dos indivíduos de controlarem o sistema. Ocorre que, essa busca desenfreada por segurança limita também a liberdade daqueles que a empreende.

A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale a escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite, sem uma injeção de segurança, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre). (BAUMAN, 2003, p. 24).

Segundo Zygmund Bauman, o desejo da sociedade moderna pode ser representado por um panóptico, figura criada por Jeremy Bentham e popularizado na obra de Foucault.

O panóptico, na verdade, é uma forma arquitetônica desenvolvida para ser utilizada em creches, escolas e prisões, pois maximiza a capacidade de controle e vigilância de um determinado grupo de pessoas. Esse modelo arquitetônico é uma construção circular em cujo centro há um ponto de vigilância que permite incutir na mente das pessoas a sensação de estarem sendo sempre vigiadas.

Ocorre que, para que o panóptico cumpra sua função, é necessário que sempre haja vigilantes em seu centro, os quais estão aprisionados nessa tarefa incessante de manter a paz e a segurança do local. Aqueles que vigiam passam a vida cercado daqueles que desejavam vigiar. Assim, não apenas os vigiados têm sua liberdade limitada, mas também aqueles que vigiam.

E assim durante a maior parte de sua história a modernidade se desenvolveu sob os auspícios do poder “panóptico”, obtendo a disciplina pela vigilância contínua. O princípio essencial do panóptico é a crença dos internos de que estão sob observação contínua e de que nenhum afastamento da rotina, por minúsculo e trivial que seja, passará despercebido. Para manter essa crença, os supervisores tinham que passar a maior parte do tempo nos postos de observação, do mesmo modo que os pais não podem sair de casa por muito tempo sem temer travessuras dos filhos. O modelo panóptico de poder prendia os subordinados ao lugar, aquele lugar onde podiam ser vigiados e punidos por qualquer quebra de rotina. Mas também prendia os supervisores ao lugar, aquele de onde deviam vigiar e administrar a punição. (BAUMAN, 2003, p. 35).

Percebe-se, portanto, um mecanismo de retroalimentação da insegurança e do cerceamento de liberdade. A constante busca pela segurança gera um grau mais elevado de controle o que, por consequência, fomenta a sensação de insegurança.

Analisando a realidade brasileira, torna-se evidente que o pensamento de Bauman é real. Embora a população carcerária só cresça cada vez mais, a insegurança não diminui. Na verdade, a sensação de insegurança apenas cresce e a população reivindica cada vez mais prisões. Há uma verdadeira indústria do encarceramento.

Em pesquisa realizada no início dos anos 2000, Susana Soto Navarro (2005, p. 10) chegou a um impressionante dado estatístico: mais de 70% das notícias sobre crimes são veiculadas na primeira página do jornal. Há, portanto, um claro intuito de chocar a população.

Na mesma pesquisa, a autora constata que, entre os anos de 2001 a 2003, 45,51% das matérias jornalísticas que versavam sobre criminalidade eram acompanhadas de alguma ilustração, como fotos, gráficos e até mesmo charges de

humor. Apesar de os números não parecerem altos, a autora informou que, se analisado o período entre os anos de 1978 a 1992, apenas 27,9% das notícias desse tipo eram acompanhadas de ilustrações (NAVARRO, 2005, p. 11-12).

A mídia noticia a prática de crimes e as consequências deles para as vítimas com uma intensidade gigantesca, porém, quase nunca está presente para noticiar o desfecho do processo. Isso causa uma desconfiança por parte do telespectador, que deixa de confiar no sistema judiciário, pois o trabalho dos órgãos que o compõe não é televisionado.

Conforme expõe Fábio Martins Andrade, a mídia e seu sensacionalismo se limitam a fase pré-processual (2007, p. 256)

[...] pouco importa aos órgãos da mídia – e à opinião pública – o resultado do julgamento. Ao final do processo: se o réu for condenado, então todos já sabiam e lamentam a demora da sentença judicial, especialmente se comparada à “sentença da mídia” pronunciada anos antes; se, porventura, for absolvido, então os órgãos da mídia divulgam algumas notícias veiculando informações, opiniões e dados parciais que tendem a descredenciar a decisão do órgão constitucional e legalmente competente ao processo e julgamento da causa (inicialmente adstrito ao universo completo dos autos).

Assim, conclui Maria Lúcia Karam que a mídia age dessa forma com intenções obscuras de vender uma ideia: a de que o sistema penal precisa ser enrijecido imediatamente.

Esta publicidade enganosa cria o fantasma da criminalidade para, em seguida, “vender” a ideia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados (KARAM, 1991, p. 200-201).

Isto posto, é possível perceber uma intensa midiaticização dos crimes a fim de causar comoção nos espectadores. Essa comoção acaba se tornando uma forma de controle indireta da mídia sobre o Congresso Nacional na medida em que a cultura do medo se instala na sociedade, a qual pressiona o Legislativo por um Direito Penal mais rígido.

No entanto, a edição de leis que se pautam apenas na cultura do medo é quase sempre ineficaz. Está-se diante, portanto, de um Direito Penal simbólico que hipertrofia os bens jurídicos e impede o Estado de efetivamente desenvolver políticas criminais voltadas para a proteção deles.

3 A Hipertrofia de Bens Jurídicos

O bem jurídico penal tem, precipuamente, a função de garantia ou de limitação ao direito de punir do Estado e a função de orientação político-criminal. Todavia, é possível perceber que eles são substituídos o tempo todo por outros elementos e acabam não sendo capaz de desempenhar essas funções.

A Igreja, a mídia, a cultura e a força econômica são os detentores do controle do nível de intervenção do Estado na vida dos particulares, empenhando uma pressão constante para que o *jus puniendi* estatal seja manejado conforme os seus interesses. Além disso, utilizam-se das políticas públicas de controle da criminalidade para exercerem seu próprio controle sobre os cidadãos.

Esses lobbies, porém, se aproveitam dos chamados riscos sociais, que, na sociedade moderna, tem surgido cada vez mais rápido e em maior quantidade devido a complexidade da vida atual. Isso ocorre devido ao avanço tecnológico, que agravou as desigualdades e marginalizou ainda mais certos grupos sociais, os quais são vistos como oferecedores de risco as classes mais favorecidas.

Além disso, a globalização permite que um indivíduo, que antes passaria sua vida fixado em um único local, possa circular e levar seu modo de vida para diversas localidades. Com isso, surgem novos conflitos e os riscos sociais se agravam.

A mídia, observando essa situação, aproveita-se da sociedade do risco para incutir um medo infundado na mente de seus espectadores, divulgando toda espécie de crime e empregando um sensacionalista que se aproveita da fragilidade de certos grupos.

De um lado, a mídia divulga crimes com grande dramaticidade. De outro lado, ela divulga a suposta impotência do poder público frente a onda crescente de criminalidade. Com isso, acaba criando uma cultura punitiva e a sociedade começa a absorver a ideia de que tipificar condutas é o único caminho viável para se sentir segura novamente.

Assentando-se na ideia de que o único caminho para a segurança é o enrijecimento do sistema penal, a população bate às portas do Congresso Nacional exigindo a edição de novas leis, as quais devem ser mais rígidas.

A fim de manter o prestígio político que garantirá suas reeleições, os congressistas editam uma nova norma, que é aprovada em tempo *record* e difundida em todos os meios de comunicação como uma forma de mostrar aos cidadãos brasileiros que os políticos estão ouvindo suas reivindicações.

Ocorre que, uma lei editada às pressas, aprovada às pressas e sem qualquer estudo criminológico, sociológico ou histórico por trás de sua criação raramente tem a eficácia desejada. Trata-se, na verdade, de uma Ferrari sem motor exposta no pátio de um famoso shopping center. É bonita, passa a ideia de ser veloz, mas jamais poderá sair dali funcionando.

Essa nova lei apenas tem a aparência de possibilitar o controle penal, mas não tem qualquer eficácia. Isso ocorre porque o legislador se preocupou única e exclusivamente com a criminalização de condutas e não criou os instrumentos necessários para sua implementação.

Como resultado, o crime será praticado e, devido à ineficácia da lei, alguns criminosos ficarão livres, o que reforçará a ideia de que o sistema penal ainda não é rígido o bastante. Cria-se, então, uma desordem social, pois as expectativas da sociedade foram frustradas. Para reestabelecer essas expectativas, deve haver uma reação e, como aquela norma não foi suficiente, a sociedade busca a criação de novas.

Conforme assevera Alice Bianchini (2002, p. 123)

Criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa. Produz-se a ilusão de que algo foi feito.

Conforme já havia exortado Luhmann, a ausência de reação diante da violação da norma leva à sua descrença. Ocorre que, além da descrença em relação à norma, devido à hiperinflação do Direito Penal e sua baixa ineficácia, o próprio sistema judiciário foi levado à descrença.

Percebe-se, portanto, que, se a influência do lobby substituiu o bem jurídico-jurídico penal na função de direcionar quais condutas serão criminalizadas e como será feita essa tipificação, o Direito Penal acaba se tornando meramente simbólico ou, em casos mais graves, acaba se adentrando ao Direito Penal do Inimigo.

Enquanto o Direito Penal simbólico leva a descrença de todo o sistema judiciário, o Direito Penal do Inimigo leva a uma lei dirigida aos inimigos do Estado, e não aos seus cidadãos. De qualquer forma, seja o caminho o Direito Penal simbólico ou o Direito Penal do Inimigo, haverá uma hipertrofia de bens jurídicos, o que causará mais insegurança social até que o sistema entre em colapso.

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO

Entender todo o panorama político brasileiro não é tarefa fácil. Compreender o que se passa na mente dos legisladores operantes no Brasil é uma tarefa quase impossível. No entanto, o presente trabalho se comprometeu a mergulhar em uma das faces da criação de leis no Brasil: a influência do lobby no Direito Penal.

Inicialmente, foi necessário voltar a temas do próprio Direito Penal Geral, como o conceito de crime e as teorias do crime. Com isso, foi possível alcançar um certo estágio no qual se visualizou que toda a teoria do delito converge para um único ponto: o bem jurídico.

Após chegar a essa conclusão, foi necessário tentar compreender como o lobby influencia o tratamento do bem jurídico penal, pois, apenas dessa forma, poderá influenciar a criação do próprio Direito Penal.

Percebeu-se, então, uma ação substitutiva do bem jurídico penal pela influência dos lobbies. Enquanto a teoria pressupõe que é o bem jurídico penal que deve nortear a criação de políticas criminais e definir os limites do poder punitivo do Estado, na realidade, os lobbies definem o que deve ou não ser protegido pela criminalização de condutas e quais os grupos destinatários das políticas criminais.

Todavia, o bem jurídico penal possui uma razão de ser. Se ele não desempenha suas funções de forma eficaz, consequências gravíssimas sobrevêm sobre a sociedade.

Se o bem jurídico penal não limita o poder punitivo do Estado, o cidadão passa a ter tolhida a sua segurança jurídica e sua liberdade, pois não se enxerga as barreiras que permitem que ele mantenha suas individualidades, pois o Estado, a qualquer momento, pode decidir que aquela sua conduta já não deve ser mais aceita.

Não obstante, sem o bem jurídico como norteador do Direito Penal, ele poderá ser utilizado como um instrumento de uniformização da sociedade, eliminando toda e qualquer conduta ou pessoa contrária ao padrão imposto por um grupo.

Percebe-se, portanto, que a influência de todos os lobbies existentes no Brasil pode ser nociva. Todavia, talvez a influência mais assustadora seja a da

mídia, que, ao invés de exercer pressão direta sobre o Congresso Nacional, utiliza-se da sociedade para isso.

A mídia fez com que a ideia de que a cominação de um preceito secundário conduziria a uma maior segurança do cidadão se tornasse extremamente promissora, porém, essa ferramenta não é o bastante para assegurar o controle social e nem mesmo uma forma eficiente de incrementar as políticas de segurança pública.

Ante o clamor social e midiático, a tipificação de inúmeras condutas é utilizada pelos governantes como forma de demonstrar uma resposta estatal, ou seja, uma ferramenta que, aparentemente, solucionaria conflitos sociais e amenizaria o temor dos eleitores em potencial. Por vezes, a criminalização de uma conduta acaba sendo vista como o único instrumento que o Estado dispõe para administrar o medo incutido nos cidadãos e responder ao anseio de grupos da sociedade.

É verdade que, entre os vários métodos formais de controle social fornecidos ao Estado, o Direito Penal constitui a forma mais contundente de intervenção no comportamento coletivo. Todavia, a rigidez de seus meios de ação obriga as normas penais como último recurso, ou seja, o Estado só pode recorrer às normas penais quando tiver esgotado os meios menos nocivos de proteção de direitos. Em que pese seu caráter de última ratio, ele é utilizado sem restrições, ampliando seu âmbito de atuação para além do permitido pela Constituição.

A proliferação das leis criminais é um fenômeno causado pela ineficiência do Estado no combate a crescente criminalidade. De fato, uma vez confirmados os fatos de relevante repercussão social, os meios de comunicação continuarão a exercer pressão e a agravar a insatisfação do povo, o Estado, por sua vez, responde às demandas sociais de resolução imediata e ativa recorrendo à intervenção criminosa. Como uma alternativa mais rápida e barata para a luta óbvia contra todos os tipos de conflitos sociais. O aumento do controle punitivo não é apenas um reflexo do aumento da violência, mas o mais importante, ele retrata uma construção social de poder enfraquecida composta por protagonistas políticos que não são leais ao povo.

Essa hipertrofia do Direito Penal apenas gera a sensação na sociedade de que o Sistema Penal é ineficiente para a tarefa de manter a paz social. A crescente criação de leis penais aumenta cada vez mais o descrédito da população nas instituições estatais, o que faz com que a sociedade perceba que suas expectativas estão sendo ameaçadas.

A paz social depende de um sistema de segurança de expectativas, já que a lei não tem o poder físico para impedir sua violação, restando a ela apenas o poder de coerção social. Se a sociedade percebe que as leis não mais asseguram suas expectativas, o sistema de expectativas se rompe.

Isto posto, o colapso do sistema penal no Brasil é inevitável, a não ser que se reintegre os bens jurídicos penais às suas funções precípuas, permitindo que sejam eles os responsáveis por nortear toda e qualquer atuação do Estado na seara criminal.

Apenas o protagonismo do bem jurídico penal é capaz de atender os anseios da sociedade por segurança, pois, antes mesmo de estar presente em leis, ele nasce na própria sociedade, traduzindo os valores máximos para as pessoas que a compõe. Dessa forma, se é a sociedade a detentora do poder no Estado Democrático de Direito, seus anseios é que devem nortear a atuação penal do Estado, anseios esses que se traduzem nos bens jurídicos penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Afonso de. **A mídia como “Poder Moderador”:** uma perspectiva comparada. Trabalho apresentado no XVII Encontro da Compós. São Paulo, 3-6 jun. 2008. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_305.pdf. Acesso em: 18 maio 2021.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

ÁVILA, Maria Betânia. **Reflexões sobre Direitos Reprodutivos.** In: CLADEM. Derechos Sexuales. Derechos Reprodutivos. Derechos Humanos. Lima: CLADEM, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994.

BARROS, Ana Cláudia. **Ex-BBB Daniel se livra de segunda acusação de estupro: "Justiça foi feita, mas ainda não acabou".** Portal R7 [2014]. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/ex-bbb-daniel-se-livra-de-segunda-acusacao-de-estupro-justica-foi-feita-mas-ainda-nao-acabou-24022014>. Acesso em: 06 maio 2021.

BARROS, Rafael. **Entenda a teoria do direito penal do inimigo no Brasil.** Aurum [2020]. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/#1>. Acesso em 03 maio 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna.** Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual**. Revista Liberdades, São Paulo, n.1, 16-29, maio/ago. 2009, p. 16-29. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/1/artigo1.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados. nº 20. Ano LIX**. Brasília. 2004. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13FEV2004.pdf#page>. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 96, de 9 de junho de 2017**. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE**, Relator (a): Min. Marco Aurélio, julgado em 06/10/2016. DJe, 27 abr. 2017d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 16 maio 2021.

CAMARGO, Marcelo. **Senado discute natureza cultural da vaquejada**. Revista Em Discussão! Brasília, DF, ano 8, n. 31, abr. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/vaquejada/@_@images/arquivo_pdf/. Acesso em: 16 maio 2021.

CASTOR, Lana Weruska Silva. **O assassinato de Daniella Perez**. In: Jusbrasil, 2018. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/559022479/o-assassinato-de-daniella-perez>. Acesso em: 18 maio 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** (arts. 1º a 120), 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** (arts. 1º a 120), 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**, 3.ed. Salvador: JusPODVM, 2020.

DILVA, Frazão. **Niklas Luhmann**. Ebiografia [2020]. Disponível em: https://www.ebiografia.com/niklas_luhmann/. Acesso em 03 maio 2021.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**, 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia, segurança pública e Justiça criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10768/midia-seguranca-publica-e-justica-criminal>. Acesso em: 18 maio 2021.

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/DocumentoAborto_religiao.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito: Em comemoração aos trinta anos de Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal' de Roxin**. UNISALESIANO [2000]. Disponível em <http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>. Acesso em: 04 maio 2021.

HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, trad. de Beatriz Spínola Tártaro, In: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, P. 91-100.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal: arts. 197 a 249**, vol. III, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JAKOBS, Günther. ***Strafrecht - Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre***, 2ª ed. Berlin: DeGruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich. ***Tratado de Derecho Penal***, trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KARAM, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Editora, 1991.

LOBBY. In: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/lobby/>. Acesso em: 16 maio 2021.

LUHMANN, Niklas. ***Rechtsoziologie***, 3ª ed. Westdeutscher Verlag: Opladen, 1987.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**, v. 1, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

NAVARRO, Susana Soto. ***La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia***. In: Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº. 7, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>. Acesso: 19 maio 2021.

NETO, Caitano. **A fome no Brasil é um problema antigo que está cada vez mais presente**. Ecodebate [2020]. Disponível em: [https://www.ecodebate.com.br/2020/10/06/a-fome-no-brasil-e-um-problema-antigo-que-esta-cada-vez-mais-presente/#:~:text=Em%20m%C3%A9dia%20de%202015%20pessoas%20morrem,e%20Nutricional%20\(MAPA%20InsAN\)](https://www.ecodebate.com.br/2020/10/06/a-fome-no-brasil-e-um-problema-antigo-que-esta-cada-vez-mais-presente/#:~:text=Em%20m%C3%A9dia%20de%202015%20pessoas%20morrem,e%20Nutricional%20(MAPA%20InsAN)). Acesso em: 10 maio 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRAZERES, José de Ribamar Sanches. **O Direito Penal Simbólico Brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera, n. 7, p. 47–56, jan./dez., 2000. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/>. Acesso em: 10 maio 2021.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11112011-112357/publico/tese_completa_rmrq.pdf. Acesso em: 11 maio 2021.

REALE JR., Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SEGATTO, Cristiane. **Aborto - Sim ou não?** Revista Época, edição nº 465. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG77047-6014-465-3,00-ABORTO+SIM+OU+NAO.html>. Acesso em: 17 maio 2021.

SGUBBI, Filippo. ***El delito como riesgo social: Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal***. Buenos Aires: Ábaco, 1998.

SÍMBOLO. In: Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/simbolo>. Acesso em: 09 maio 2021.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THOMPSON, John Brookshire. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.