
DO ABUSO DO *JUS PUNIENDI* PELO USO DO SIMBOLISMO PENAL NA ATUAL SOCIEDADE DO MEDO.

BATALINI, Guilherme Rodrigues¹

RESUMO: No presente artigo, de maneira geral, abordaremos um fenômeno que se mostra cada vez mais presente em nossa sociedade e em nosso ordenamento jurídico, é uma espécie de antecipação da punição, uma atuação exagerada do Direito penal, em âmbitos que, em tese, não lhe competiriam, isso, para conferir uma falsa idéia de segurança à população, que se encontra cada vez mais mergulhada na atual sociedade globalizada e imersa em uma noção de risco constante, muitas vezes influenciada pelo poder da mídia. O que perceberemos no decorrer de nosso estudo é que essa super atuação do Direito penal para além de seus limites fixados pela Constituição configura verdadeiro abuso de direito por parte do Estado, violando direitos individuais e fundamentais, configurando verdadeiro atentado contra a Constituição Federal, além de que, esvazia por completo o conteúdo da norma penal.

PALAVRAS CHAVE: Sociedade do risco; *Jus puniendi*; Direito penal simbólico; Modernização reflexiva; intervenção mínima.

1. INTRODUÇÃO

Na moderna sociedade mundial, e, mais especificamente, e, com maior força, na atual sociedade brasileira, a população tem se tornado cada vez mais preocupada e verdadeiramente assustada. Novos riscos rondam a sociedade moderna,

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

e se mostram cada vez mais presentes e em uma intensidade cada vez maior, o que acaba gerando um descrédito no poder estatal, que, despreparado e, muitas vezes, desavisado, não consegue prevenir tais riscos e nem mesmo remediar eventuais danos.

A mídia, de modo geral, preocupada com os níveis de audiência tem sido verdadeira “mercadora da morte” na nova sociedade do risco, transmitindo toda e qualquer notícia sobre fatos criminosos, mesmo que “rotineiros”, com imensa balbúrdia, ressaltando sempre a ineficiência do poder público, e, criticando de maneira desmedida, e, muitas vezes, desacertada, o que só aumenta mais e mais o nível de incerteza já tão grande no coração do cidadão brasileiro.

O poder público, em especial o poder legislativo (eleito pelo povo), no escopo de demonstrar atuação, acaba seguindo essa “onda social” e legislando além de seus limites materiais, criando Leis penais cada vez mais rígidas, e, muitas vezes, restringindo garantias penais e processuais penais, alcançando o que a doutrina chama de *terceira velocidade do Direito penal* (MORAES, 2011, p. 229 a 233) tudo no escopo de atender os anseios da sociedade moderna.

Ocorre que tal uso desmedido da violenta arma do Direito penal, acaba sendo verdadeira violação à Constituição Federal, que, além de não resolver o problema e cercear direitos e garantias individuais, acaba por esvaziar o caráter extremista e punitivo do Direito penal. Essa utilização simbólica do Direito penal configura verdadeiro abuso de direito por parte do Estado; é o que abordaremos nas poucas linhas traçadas no presente estudo.

2. DA SOCIEDADE DO RISCO

Para entendermos o que a doutrina denominou como “Sociedade do Risco”, antes de qualquer outra coisa é preciso que entendamos a que risco se referem

os pensadores, de maneira que se mostra necessário uma conceituação etimológica, gramatical e contextualizada do vocábulo risco.

A melhor definição conceitual e gramatical para a palavra risco, sem sombra de dúvidas, é a de perigo. Risco é a chance que há de que algo aconteça, entretanto, esse algo que tem probabilidade de ocorrência é algo negativo, algo que pode causar dano, algo perigoso, arriscado. Quando se fala em probabilidade de ocorrência de coisas positivas, fala-se apenas em chance, em possibilidade. Associa-se então a palavra risco com a palavra perigo, conceituando-a como a probabilidade de superveniência de fato negativo.

Uma vez que se tenha em mente esse conceito, claro, muito embora sintático, de risco, entende-se também que estes são comuns, e inerentes à existência humana. É impossível que se fale em vida sem que se fale em risco. Por mais que mínimos, os riscos estiveram, estão, e sempre estarão presentes na vida de maneira geral, em todo e qualquer ato da vida humana e mesmo no simples fato de existir.

Ocorre que, quando se vive em sociedade, os riscos tendem a se maximizar, tendo em vista o alto nível de contato com seres vivos, pessoas e coisas. A verdade é que, quanto maior for o nível de relação entre as matérias existentes no mundo, maior será o risco, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de resultados negativos, possibilidade esta que surge justamente em virtude dessa nova interconexão de coisas, possibilidade que antes não existia.

É fácil perceber isso quando se analisa o tema sob um contexto histórico e concreto. Após a revolução industrial, por exemplo, houve o aumento da tecnologia de que dispunha o ser humano, um aumento nos níveis de produção e uma geração imensa de novos empregos, o que resultou numa vinda muito grande de pessoas do campo para a cidade (êxodo rural), fazendo aumentar de maneira mastodônica o número de habitantes das cidades. Ocorre que as cidades ainda não possuíam infraestrutura suficiente para suportar tamanho número de moradores, de maneira que muitos destes acabaram por ficar sem empregos, sem moradia e até mesmo sem alimentação, vivendo verdadeiramente às margens da sociedade.

Com o colossal número de pessoas sem emprego, sem moradia fixa, sem alimento e geralmente sem ocupação, é evidente que aumentaram também a criminalidade, a prostituição e a mendicância, uma vez que foram estas as formas que as pessoas encontraram para se manter vivas naquele ambiente novo e hostil que eram as cidades da época da primeira revolução industrial. Além disso, merece destaque o fato de que, com o grande contingente de trabalhadores e a insuficiência de vagas nas empresas para suprir essa demanda, os patrões aproveitavam para exigir de seus trabalhadores muito mais do que seus corpos podiam suportar, pagando-lhes muito menos do que o que seria justo. Horas infindáveis de trabalho, trabalhos forçados, trabalho infantil, ambientes insalubres, e isso tudo em troca de remuneração que muitas vezes era insuficiente até mesmo para a alimentação daquele dia.

A consequência lógica dessa série de fatores não poderia ser outra que não o aumento no número de doenças, mortes, pragas, crimes, mortalidade infantil e etc. A verdade é que, por mais que tenham surgido inúmeros benefícios a toda a sociedade com o advento da revolução industrial, esta, sem sombra de dúvidas, foi também a causadora de um aumento colossal nos riscos sociais.

O mesmo fenômeno aconteceu e vem acontecendo, mais recentemente, com o advento dos meios de comunicação em massa e com a globalização. Atualmente as pessoas tem grande facilidade em encontrar outras pessoas, as notícias se espalham pelo mundo todo em uma fração de segundos, e a conexão entre raças, culturas, povos e religiões diferentes tornou-se algo comum. No século XXI as distâncias diminuíram, bem como o tempo.

Hoje é possível se atravessar o globo terrestre em questão de horas, os continentes estão infinitamente mais próximos, não fisicamente, é claro, mas em questão de acessibilidade. Nos dias atuais existem tecnologias nunca antes imaginadas pelo homem, e que mudam com extrema velocidade e de maneira violenta, de modo que aquilo que hoje é a última tecnologia, amanhã já pode ser algo completamente obsoleto.

Essa facilidade de obtenção de informações e de acesso à tecnologia exige muito do ser humano. O profissional que não se mantiver a todo tempo atualizado

e informado se torna obsoleto, ultrapassado, de maneira que, não na mesma intensidade da época da revolução industrial, mas, em menor escala, os empregadores exigem esforços extremos de seus empregados, sob pena de estes não se encaixarem no dinâmico e ríspido mercado de trabalho do século XXI.

Como conseqüência, assim como na revolução industrial, há um número grande de desempregados, que não conseguem encontrar meios lícitos para sustentar sua família, o que, somado ao ócio e ao fácil acesso à informação e aos meios e instrumentos mais atuais, invariavelmente leva ao aumento da criminalidade, principalmente nos grandes centros, nos quais a população já é muito maior do que a infra-estrutura do local pode ordinariamente suportar, e só tende a aumentar. A isso soma-se a insuficiência de funcionários do Estado (policiais, juízes, escreventes, promotores) para prevenir e reprimir a criminalidade, bem como a corrupção de alguns destes, a falha no setor educacional brasileiro, dentre diversos outros fatores que não são o tema principal de nosso estudo.

Com essa nova revolução tecnológica pela qual passa a humanidade, expandem-se as fronteiras para a criminalidade, surgem novos tipos penais que antes seriam impensáveis, que encontram arrimo justamente nessa facilidade de comunicação e acesso a informação que se tem nos dias atuais. São os crimes contra a ordem tributária, crimes contra a ordem econômica, crimes virtuais, dentre tantos outros.

Não se pode olvidar que a expansão tecnológica aumentou também a cadeia produtiva, de modo que hoje se produz muito mais do que se produzia há dez anos atrás, há cem anos atrás. Esse aumento constante dos níveis de produção e essa busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico resulta, também, em um dos maiores males do século XXI: os danos ao meio ambiente.

Apenas há pouco tempo o ser humano começa a se preocupar com a proteção do meio ambiente, que engloba uma séria infundável de coisas e que vem sendo tão violado nos correntes dias. Seja por meio do desmatamento desenfreado da vegetação mundial, pela poluição dos ares, dos mares, dos rios, nascentes e fluviais, pela caça clandestina, pela poluição e destruição do solo, a verdade é que hoje em dia

existem incontáveis maneiras de se prejudicar o meio ambiente, tudo sob a justificativa do desenvolvimento econômico e social.

O que podemos concluir dessa breve e sintática história é que os riscos são, de fato, inerentes à vida, entretanto, estes se potencializam muito com o advento de novas tecnologias, que proporcionam a conexão entre os elementos físicos, sociais e psicológicos do planeta e da raça humana, de maneira que percebe-se facilmente uma relação forte, direta e proporcional entre desenvolvimento tecnológico e riscos.

Grande parte desses riscos que surgem com o aumento da tecnologia surge justamente na tentativa (vã) do ser humano de eliminar ou mesmo diminuir riscos anteriormente existentes. 'É o que se percebe, por exemplo, com o desenvolvimento das grandes indústrias de automóveis, remédios e até mesmo nucleares, que surgem para auxiliar as pessoas em seu dia a dia, para curar doenças e etc., mas que, por si só, acabam gerando novos riscos à sociedade. Nesse sentido ensina Marta Rodriguez de Assis Machado:

“De outro lado, estabelece-se uma segunda distinção entre riscos controláveis e riscos incontroláveis. Se a modernidade criou mecanismos para dominar a natureza e controlar perigos e riscos, acabou dando causa ao surgimento, acabou dando causa ao surgimento de outros riscos, que escaparam do controle de suas instituições”. (2005, p. 37).

Na sociedade moderna, que, como vimos, cada vez mais se enche de riscos em virtude do desenvolvimento tecnológico desenfreado, da superpopulação e de diversos outros fatores, existem, então, essencialmente, dois níveis de risco, a saber, aqueles que existem por natureza na órbita da vida humana e aqueles que são criados pelo próprio ser humano, justamente na tentativa de impedir os primeiros.

O grande problema nessa criação de riscos pelo ser humano é que estes riscos – os criados pelo homem – são de difícil controle, uma vez que estes apresentam uma natureza mais sofisticada e estão muito mais permeados no tecido social do que os primeiros. Esse segundo tipo de risco acaba por se tornar tão comum à sociedade

quanto o primeiro, a diferença entre ambos é que o Estado não consegue eliminar esse segundo tipo de risco.

É o caso, por exemplo, das armas de fogo, que foram desenvolvidas, inicialmente, como uma forma de proteger o ser humano, protegê-lo de animais perigosos, de outros grupos humanos, para ajudá-lo a caçar, e, mais recentemente, para prevenir e reprimir a criminalidade. Entretanto, como se percebe facilmente, a finalidade das armas de fogo nos dias atuais foi completamente desvirtuada, uma vez que pessoas as usam como instrumento para a prática criminosa. É o potencial destrutivo – e, também protetivo – criado pelo homem sendo usado contra si mesmo.

As armas de fogo são um claro exemplo do que citamos acima, pois foram criadas para mitigar riscos naturais à existência humana, entretanto, as próprias armas de fogo se tornaram um risco muito maior, risco esse que o Estado brasileiro, hoje, não consegue controlar. Isso se percebe de maneira clara com uma simples análise do colossal número de armas de fogo que transitam em nosso país sem qualquer registro, colecionadas por qualquer pessoa que tenha o interesse. A fiscalização quando à aquisição, venda, posse e porte de armas de fogo no Brasil é extremamente frágil, deixando brecha para que a utilização desses instrumentos de gigantesco potencial destrutivo sejam usados “à torto e à direito”.

Nesse ínterim, há, ainda, de se reconhecer dois momentos essenciais nessa sociedade do risco, o da criação desses riscos e o do reconhecimento da existência desses riscos pela sociedade. A partir do momento em que a sociedade reconhece a existência desses riscos aquela sociedade industrial passa a ser uma sociedade do risco, que vive apavorada e em uma constante tentativa de elidir tais riscos. Esse fenômeno é nomeado pelo sociólogo Ulrich Beck (1997, p. 12) de “modernização reflexiva”. Nesse sentido, explica Marta Rodriguez de Assis Machado:

“A reflexibilidade refere-se à transição autônoma, indesejada e despercebida do modelo da sociedade industrial para o da sociedade de risco. Sendo assim, pode-se dizer que o principal aspecto desse mecanismo de transição é exatamente a irreflexão e sua não-intencionalidade – aliás, para Beck, é exatamente a abstração dos fenômenos causais que conduz à sociedade do risco.” (2005, p. 31).

3. DA PUBLICIDADE DOS RISCOS: OS EFEITOS DA MÍDIA NA SOCIEDADE DO MEDO.

Como já dissemos antes, um dos efeitos inarredáveis da globalização é o aumento no potencial informativo do mundo. Hoje, um fato ocorrido na Índia se torna conhecido aqui no Brasil em questão de minutos. Hoje todo o mundo conhece – ou pode conhecer – a situação econômica, social, e até mesmo criminológica de cada país no globo terrestre, tomando ciência, assim, dos riscos inerentes a cada parte do globo.

No Brasil, especialmente nos últimos, anos a mídia vem tomando uma postura odiosa, disseminando informações de maneira completamente desregrada e sem a menor preocupação com o conteúdo daquilo que é divulgado, sem qualquer atenção ao rigor das informações, isso tudo em uma busca insanável pelos pontos na tabela IBOPE.

Não se desconhece, nem se intenta aqui, de qualquer maneira, atentar contra o princípio constitucional da liberdade de pensamento e da liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX da Constituição), entretanto, há de haver bom senso por parte dos veiculadores de informação midiáticos. Grandes redes televisivas, de imprensa escrita e até mesmo de rádio vêm usando a violência e a criminalidade como verdadeiro produto de venda, propagando informações de maneira exagerada e dramática, incitando de maneira negativa a opinião pública, o que acaba resultando em situações indesejadas, nas quais a visão popular se torna massa de modelar perante essa informação midiática desregrada.

É o que se observa em casos polêmicos e emblemáticos, que foram muito explorados pela mídia e que, sem sombra de dúvidas, renderam às grandes redes televisivas bons níveis de audiência. É o caso, por exemplo, o caso do ex goleiro do

time do Flamengo, Bruno, acusado de matar e ocultar o cadáver da ex-namorada, Elisa Samúdio; o caso Nardoni, no qual pai e madrasta foram acusados de arremessar a menina Isabela da janela de um prédio; da enfermeira goiana que matou seu cachorro com pancadas na frente do filho. Tais casos, evidentemente, foram de situações extremas, de violência desmedida e que abalaram toda a sociedade nacional, entretanto, será que são mesmo tão raros? Tamanha publicidade não teria sido joguete midiático para prender a atenção do telespectador? Fica a dúvida.

A verdade é que a mídia exerce forte influência sobre a população – especialmente a brasileira – e, justamente por isso, sua responsabilidade é grande. O fenômeno que se observa atualmente é que toda a sociedade, por intermédio da mídia, quer, agora, tornar-se julgadora, e pior, legisladora dos crimes de grande repercussão. É o que Marta Rodriguez de Assis Machado chama de “*novos gestores atípicos da moral coletiva*” (2005, p. 89). Nesse ponto, merece transcrição o trecho de um artigo publicado pelo sempre lúcido Luiz Flavio Gomes:

“O comportamento da mídia, que retrata a violência como um “produto” de mercado, é decisivo (para a propagação do referido vírus). É muito difícil, nos dias atuais, ver o “populismo penal legislativo” desgarrado da mídia. Mídia e “populismo penal” acham-se umbilicalmente ligados. Essa relação incestuosa é tão evidente que dá até para prever alguns capítulos dessa novela. Na próxima agitação midiática envolvendo um menor de idade, o Senado vai fazer andar a sua idéia (o seu projeto) de redução da maioria penal. Referido projeto já foi aprovado na CCJ do Senado. Está parado, só aguardando uma nova onda midiática. Há momentos certos para se praticar o “populismo penal”. Essa é uma arte que os “bons” legisladores (eleitores, claro) sabem utilizar muito bem.

A criminalidade (e a persecução penal), assim, não somente possui valor para uso político (e, especialmente, para uso “do” político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural, gerando, para se falar de efeitos já notados, a banalização da violência (e o conseqüente anestesiamiento da população, que já não se estarrece com mais nada).” (GOMES, 2009, s.p).

Nesse ponto, a todo o momento, a mídia critica a atuação estatal. As leis estão erradas, os juízes, promotores e delegados estão errados (isso quando não são

corruptos), tudo se torna um grande caos. Por mais que se reconheça que o sistema persecutório brasileiro não é dos melhores, também há de se reconhecer que não é dos piores, e está evoluindo. O que ocorre é que existem questões legislativas e jurídicas que são atropeladas pela mídia em geral e desconhecidas pela população brasileira, o que leva a uma crítica desenfreada – e, muitas vezes destituída de razão - ao Direito penal brasileiro.

Nesse contexto, Boaventura de Souza Santos, em sua obra *“A crítica da razão indolente”* descreve muito bem, e de maneira, inclusive, poética, a sensação de angústia, caos e medo que se forma na atual *“sociedade do risco”*:

“Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projectos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão freqüentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica. (2000, p. 41)

Essa situação caótica, passada pela mídia e reconhecida e absorvida pela sociedade acaba retirando o crédito da população no Estado, o que só faz crescer mais ainda essa sensação de insegurança, que diminui cada vez mais o crédito no ente estatal. É um verdadeiro ciclo vicioso, que mantém a população brasileira nesse constante estado de alerta, o que Ulrich Beck denomina como *“sociedade do medo”* (1998, p. 56).

O que agrava mais ainda a situação é que, no mais das vezes, não há qualquer fundamento ou novidade nos riscos passados pela mídia. Tais riscos, na grande maioria das situações, sempre existiram, são naturais ao planeta terra, apenas,

agora são, com muito maior intensidade difundidos, e, assim, passam a ser mais reconhecidos pela sociedade, o que gera a tão afamada situação de insegurança.

4. DA ABSTRATIVIZAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Bens jurídico-penais são aqueles valores especialmente considerados e primados pela sociedade de modo que ganham a atenção especial do Direito penal, a *ultima ratio* normativa. No advento dessa moderna sociedade do risco, na qual permanece um constante clima de insegurança e acaba havendo um maior descrédito na autoridade estatal, faz-se necessário que o Direito penal alcance novas fronteiras para garantir a efetiva proteção.

Com os riscos cada vez mais ampliados e desmaterializados que surgem na sociedade do risco, passam a se destacar, também, bens jurídicos e até mesmo bens jurídico-penais que antes não demandavam a tutela penal do Estado, é o caso do meio ambiente, das relações de consumo, da ordem financeira e etc. A tendência é justamente de, cada vez mais, se ampliar os limites dos bens jurídicos tutelados pela esfera penal, sob pena de ter-se como ineficaz sua atuação.

Com o já citado aumento dos riscos, surge também uma potencialização dos mesmos, que têm alcance a nível municipal, estadual, nacional e até mesmo global, dependendo da intensidade com que se operam os riscos. Para que se puna tais riscos e evite-se os resultados danosos, se faz necessária essa verdadeira *desmaterialização* dos bens jurídicos (MUSSIG, 2002, p. 169/208).

Com essa abstrativização dos bens jurídicos, o Estado acaba se tornando um Estado preventivo, que busca, a todo custo, evitar a ocorrência de riscos. Não retiramos as razões estatais para tentar evitar os perigos que circundam o seio social, essa é uma função única e exclusivamente incumbida ao próprio Estado. O que ocorre

é que a ferramenta utilizada pelo Estado não é a ideal. O Direito penal, como vimos, é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, e não pode ser usado como arma para evitar a ocorrência de riscos sociais, trabalho que deveria pertencer exclusivamente ao Direito administrativo ou civil.

Esse fenômeno é muito bem explicado por Baratta, que o intitula *dinamização dos bens jurídicos*:

Dinamización de los bienes jurídicos posee por lo menos dos significados: em primer lugar, um desplazamiento em la relación entre Estado y sociedad em relación com la producción y protección de bienes jurídicos. En el modelo del Estado liberal clásico, el Estado de la certeza del Derecho, los substratos reales de los bienes jurídicos son producidos em la sociedad civil, preconstituídos em relación com las funciones públicas. En el Estado de la prevención, los bienes jurídicos por proteger son, cada vez más, “bienes” producidos por el Estado mismo, conciernen a infraestructuras, complejos administrativos y funciones que tienen que ver com la actividad del Estado y de los entes públicos.

En segundo lugar, el Estado de la prevención asume por si mismo, ampliamente, La distribución de los bienes producidos em la sociedad civil, el control de su producción, así como la administración de los riesgos que acompañan a la producción. la administrativización del Derecho penal em el sentido de la tendencia de las normas y de las decisiones penales a devenir accesorias a norma y funciones administrativas, constituye entonces, sólo um aspecto de una administrativización general del Estado. De garante de la certeza del Derecho (o sea de las reglas del juego y del espacio jurídico em el que se realizan las relaciones de producción e los relativos conflictos). El Estado se transforma em garante de la seguridad de los bienes, administrador de los riesgos anexos a la producción de ellos y de los conflictos que los acompañan.

El segundo aspecto de la transformación de los sistemas penales indicado por el término “dinamización de los bienes jurídicos”, hace relación al desarrollo de técnicas de imputación de responsabilidad penal que anticipan la esfera de punibilidad a fases anteriores de la conducta em las cuales no se há realizado todavía una lesión efectiva de bien tutelado” (BARATA, 199, p. 37-55).

Essa nova visão de bem jurídico como imaterial e abstrato foge completamente da visão tradicional que estudamos anteriormente, uma vez que lá se tutelava um bem material, palpável, como vida, patrimônio, integridade física, e etc. e

aqui, de modo diverso, tutelam-se bens genéricos, coletivos, de interesse de todo o corpo social. Há de se entender que essa nova “super proteção” estatal têm resultados, no mais das vezes, bons, de utilidade social, mas, em não raras vezes, extrapola-se os limites do Direito penal, tendo em vista a extrema *sensibilidade* desses novos bens jurídicos de ordem coletiva.

4.1. Da Sensibilidade dos Bens Jurídicos

Existem bens jurídicos que, por sua própria natureza, são mais sensíveis à condutas humanas, de maneira que se ofendem com maior facilidade, enquanto que outros bens jurídico-penais, estes mais resistentes, raramente se ofendem, havendo de se reconhecer uma variação natural na resistência oferecida por esses bens jurídicos. Há, assim, uma maior facilidade na ocorrência de crimes – entenda-se aqui crime como a conduta descrita em lei que ofende significativamente bem penalmente tutelado – que atentam contra aqueles bens mais sensíveis do que quando se ataca aqueles de maior resistência.

Bens jurídicos como a vida, por exemplo, muito dificilmente serão ofendidos, pois esta possui caráter altamente resistente. A vida só se ofende quando há a efetiva morte ou a demonstrada tentativa de matar (nesse caso é imprescindível a demonstração da intenção homicida). A integridade física, por outro lado, por mais que seja bem da mesma natureza da vida, uma vez que ambos tutela, de maneira mediata, a pessoa, se ofende com maior facilidade, é mais sensível. Qualquer tipo de agressão física é capaz de ofender a integridade física, desde um simples tapa no rosto até um disparo de arma de fogo (desde que não haja a vontade de matar) são capazes de lesionar a integridade física, reconhecendo-se, entretanto, diversos níveis de violação ao bem.

Para que se entenda melhor o instituto que aqui desenvolvemos, pode-se analisar, por exemplo, a diferença dos crimes contra a dignidade sexual daqueles que atentam contra a liberdade sexual. A dignidade sexual é prevista no título VI do Código penal, e é bem jurídico complexo (que engloba, em si, outros bens jurídicos mais restritos), ou, macro bem jurídico, pois dentro dela estão presentes outros bens jurídicos, como o pudor público, o ultraje, os costumes, a incolumidade sexual do menor e até mesmo a liberdade sexual do menor.

A dignidade sexual, justamente por ser mais ampla, se lesa com maior facilidade do que a liberdade sexual, que é mais restrita. Ora, em se praticar qualquer das condutas previstas entre os artigos 213 e 234 do Código penal se estará lesionando a dignidade sexual, já a liberdade sexual, refere-se somente ao direito de escolha quanto à com quem, quando, de que forma e com que frequência o indivíduo irá manter relação sexual. Esse bem jurídico-penal, mais resistente, somente se ofende quando for tolhido um desses direitos específicos do indivíduo. Atualmente, as únicas condutas previstas em nosso ordenamento jurídico que ofendem a liberdade sexual são as descritas entre os artigos 213 e 216-A. Por mais que se reconheça a reprovabilidade de qualquer conduta que atente contra a dignidade sexual, é mister reconhecer também, a distinção dos bens jurídicos por ela englobados.

Mais focados no tema central de nosso debate, apontamos agora, bens jurídico-penais que são extremamente sensíveis e que se ofendem com maior facilidade. Nesse contexto encontram-se geralmente bens jurídicos de interesse difuso, como a ordem econômica, o meio ambiente, as relações de consumo e a própria segurança pública, aqui tão debatida.

Esses bens jurídicos, justamente por serem muito mais amplos, ofendem-se com grande facilidade. São bens que adquiriram o status de penais há pouco tempo, como vimos, com esse novo processo de desmaterialização dos bens jurídicos. No caso do meio ambiente, por exemplo, dentro dele protege-se a fauna, a flora, os rios, o solo, o ar, e etc., de maneira que, qualquer conduta que atente contra qualquer desses signos, atentará, também, contra o meio ambiente, ofendendo-o diretamente.

No caso da segurança pública, como vimos, esta diz respeito, não à segurança de todos e cada indivíduo em conjunto, mas sim, à incolumidade da sociedade de maneira geral, de um ente maior, coletivo, de maneira que, qualquer conduta que atente contra a segurança desse ente social, atentará contra a segurança pública. Havendo insegurança social já estará ofendido este bem jurídico, e, então, a conduta que o ofendeu, será possivelmente criminosa, desde que presentes os demais elementos do tipo penal.

O que concluímos com esse estudo, ainda pioneiro, da sensibilidade dos bens jurídico-penais é que, quando mais amplo o bem, maior sua sensibilidade, principalmente quando se fala em bens jurídicos complexos, porque quando o bem jurídico é classificado como complexo ele é continente de outros bens jurídicos mais específicos, de modo que, ofendido qualquer destes bens mais restritos, estará, inarredavelmente, se lesando o bem mais amplo. A recíproca, entretanto, não é verdadeira.

Ofendendo-se a flora nacional, por exemplo, evidente que se ofende ao meio ambiente, entretanto, ofendendo-se a fauna, embora se lese o meio ambiente (mais amplo, continente), não há qualquer lesão à flora (mais restrito, contido), por isso, imprescindível que se reconheça uma maior sensibilidade lógica nos bens jurídico-penais mais amplos e uma conseqüente resistência naqueles mais específicos.

Por isso, propomos, aqui, uma classificação que, embora básica, possui grande importância para a compreensão do tema. Trata-se de classificação tríplice dos bens jurídico-penais quanto à sua sensibilidade. De acordo com nossa classificação existem bens jurídico-penais: I) Resistentes são os bens que dificilmente serão lesionados, tendo em vista sua especificidade, que gera uma natural resistência; II) São os bens sensíveis. É aqui que se encontra a grande maioria dos bens jurídicos, que, nem são tão específicos a ponto de poucas condutas humanas os atingirem, e nem são tão amplos que poderiam ser lesados com mera desobediência normativa, e, por fim, III Hipersensíveis são os bens jurídicos mais sensíveis em nosso ordenamento jurídico. Condutas, muitas vezes simples, e destituídas de resultado naturalístico, por exemplo,

são capazes de ofendê-los. É o caso dos macro bens jurídicos, ou bens jurídicos de interesse difuso, que, na grande maioria das vezes, acabam sendo complexos.

Importante aqui salientar que, em qualquer das três espécies de bens jurídicos, mas, especialmente quando se falar em bens hipersensíveis, deve-se atentar à legalidade e principalmente à intervenção mínima e à insignificância, aferindo sempre se estão presentes os requisitos para sua aplicação, conforme abordado em capítulo anterior, uma vez que, mesmo que haja ofensa ao bem jurídico-penal, se essa ofensa não for significativa, a conduta, ainda assim, será atípica materialmente, passando a mera infração administrativa, ou mesmo ilícito civil.

Por fim, não há que se confundir a sensibilidade dos bens jurídico-penais com a especial vulnerabilidade de certos indivíduos. Em nosso estudo, a maior ou menor sensibilidade (ou vulnerabilidade) é do bem jurídico objetivamente tutelado, não de seus titulares, até mesmo porque muitos bens jurídicos são vagos (não possuem titular específico).

De modo diverso, quando se fala em vulnerabilidade ou hipossuficiência da pessoa tutelada pela norma penal, está a se referir a indivíduo específico, com peculiar condição de fraqueza, o que acontece, por exemplo, nas relações de consumo, onde o consumidor é parte mais fraca (Código de Defesa do Consumidor), ou mesmo nas relações domésticas envolvendo violência contra a mulher (Lei Maria da Penha. Por mais que a tutela das referidas Leis seja de caráter geral (a todas as pessoas que possuem a condição especial de consumidor ou mulher no âmbito doméstico), ela se refere a indivíduos, não a bens jurídicos. Por mais que indivíduos sejam, naturalmente titulares de bens jurídicos, os conceitos não se confundem. A vulnerabilidade do indivíduo é propriamente subjetiva, enquanto que a sensibilidade dos bens jurídicos é de caráter objetivo.

5. DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O que a doutrina conceitua como Direito penal simbólico é justamente esse uso da máquina pública, mais especificamente do Direito penal, para reprimir cada vez mais condutas, na tentativa de mostrar serviço e, principalmente, conquistar o coração da população, os eleitores.

Em nosso país, como bem sabemos, o poder pertence ao povo e é por ele exercido por meio de seus representantes legais, que são escolhidos por eleições diretas (democracia). Ocorre que esse sistema representativo democrático, como todo sistema de exercício do poder, possui alguns pontos fracos. No Brasil, por exemplo, é público e notório que não se elege legisladores por sua honestidade e probidade ou por sua competência, mas sim por sua habilidade dialética e de convencimento, por sua popularidade.

Justamente por isso – e assim deve ser, infelizmente, em um sistema nos quais os legisladores são eleitos e representam o povo – o legislador acaba sendo muito influenciado pela opinião popular na elaboração legislativa. O legislador penal, infelizmente, acaba criando novos tipos penais baseado no pensamento dessa nova sociedade do medo, que se influencia muito fácil pelos veículos midiáticos, o que acaba resultando em um Direito penal muito mais rígido, com menos limites, e até mesmo violador de alguns Direitos e garantias fundamentais.

O Direito penal simbólico tem como ideologia a criminalização de condutas que não deveriam estar sob o âmbito do Direito penal, condutas que, por mais que perturbem a paz social, não demandam o interesse do gigante adormecido do Direito penal. Ocorre que os legisladores, que, na maioria das vezes desconhecem, ou simplesmente ignoram os princípios da intervenção mínima do Direito penal, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade, da culpabilidade, e tantos outros que são tão caros ao Estado Democrático de Direito, simplesmente criminalizam novas condutas a seu bel prazer, ferindo de morte os ideais iluministas pelos quais o povo tanto lutou.

Nesse sentido leciona Silva Franco:

“os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a idéia de que seria mister, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal”. (1994, p. 32-34).

O povo justifica a utilização dessa medida com afirmativas tolas e que se aproximam do totalitarismo, tais como “bandido não tem direito”, “para mim, bandido tem é que morrer” e “o Estado tem que nos proteger dos bandidos a qualquer custo”. Entretanto, esquece-se que a ideia de criminoso, ou de “bandido” é subjetiva e vem se alterando com muita freqüência com o passar do tempo.

Se criminoso é quem pratica conduta criminosa, e quem define quais condutas criminosas são o legislador, que representa o povo, é o próprio povo quem escolhe quem serão ou não os “bandidos”, e, na medida que se expande cada vez mais e mais o âmbito de aplicação do Direito penal, mais e mais condutas serão criminosas e mais e mais bandidos existirão. É mais um ciclo vicioso dessa odiosa onda de hipertrofia legislativa trazida pela sociedade do medo.

O direito penal simbólico, ou simbolismo penal, consiste então, basicamente, nessa expansão do âmbito de criminalização de condutas, que acaba, no mais das vezes, extrapolando os limites constitucionais de atuação do Direito penal, de acordo com princípios por nós já estudados. Essa ampliação punitiva e expansão legislativa são consequência dessa abstrativização e dinamização dos bens jurídico-penais, que, por sua vez, advém diretamente do surgimento dessa nova sociedade do risco, ou, sociedade do medo.

Esse método legislativo e esse medo social acaba sendo de muito interesse aos aspirantes a cargos eletivos, que fazem campanhas de “tolerância zero à criminalidade” e de eliminação da “bandidagem”, transbordando populismo. Nessa toada, merece transcrição um trecho da obra de Santoro Filho:

uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente, entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade. (2000, p. 132-133).

Esse sistema penal foi muito forte nos Estados Unidos da América, na década de oitenta. A título de exemplo, podemos citar a política das “Janelas Quebradas”, encabeçada por James Q. Wilson e George Kelling, e que preceituava que, se uma janela, de uma fábrica ou escritório, é quebrada, imediatamente deve ser reparada e sancionado o criminoso, do contrário, logo as demais pessoas poderiam pensar que não havia quem se preocupasse com aquele lugar e zelasse por sua paz, o que faria com que novos criminosos quebrasse mais e mais janelas, ampliando a sensação de impunidade e aumentando, cada vez mais a criminalidade, o que culminaria, por fim, com o abandono daquele bairro pelas pessoas de bem, deixando-o à revelia, nas mãos dos criminosos (MORAES, 2011, p. 211-212).

Esse movimento, eminentemente simbólico e populista influenciou na criação de outros movimentos igualmente simbólicos e populistas, tais como as políticas, também norte americanas, de “Tolerância Zero” e “*Law and Order*”, que tinha como características aquelas por nós já citadas como base do movimento simbólico, tais como a aplicação da legislação penal e a redução de garantias penais e processuais penais.

Aqui no Brasil, alguns autores apontam como norma de caráter fortemente simbólico a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Para Dotti, por exemplo, na década de noventa, no Brasil, houve forte influência do movimento *Law and Order*, com a criação de inúmeras leis com estas características, como as Leis 8.072/90; 9.078/90; 9.029/95; 9.455/97, e tantas outras (2004, p. 25-26).

Ocorre que, esse simbolismo penal deve ser evitado, não apenas pelo legislador, mas por todo e qualquer operador do Direito, especialmente pelo Juiz, quando da aplicação da Lei ao caso concreto.

É que o poder judiciário, por ser o único dos três poderes que não possui representantes eleitos pelo povo, não deve respeito diretamente ao povo, mas sim à Constituição. O poder judiciário, de maneira geral, é o guardião das Leis e, principalmente, da Constituição Federal, não podendo este se deixar levar por ondas populistas, criminalistas e simbólicas, devendo sempre atuar estritamente de acordo com a Constituição, mesmo que essa não seja a vontade de quase todos, ou mesmo de todos os cidadãos de um país. Por isso se diz que o poder judiciário tem uma função *contramajoritária* (BARROSO, 2011, p. 385-386). O professor Luís Roberto Barroso bem explica no que consiste essa função *contramajoritária*:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargos de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder que seja desempenhado por agentes público selecionado com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservados das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.[...]. Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, essa possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional n. 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contramajoritário*: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. (BARROSO, 2011, p.385 e 386).

Embasados nesse fundamento é que dizemos e fundamentamos que o poder judiciário não pode se deixar levar pelo pensamento popular, muito pelo contrário, deve seguir as orientações e nortes trazidos pela Constituição Federal,

mesmo que isso implique ir contra toda a população nacional. É o que determina a própria Carta Maior.

É extremamente necessário e essencial ao Estado Democrático de Direito que haja essa fiscalização mais rígida por parte do poder judiciário, que por ter membros nele ingressantes por meio da meritocracia e não da democracia, possibilita uma maior isenção de seus membros, que não tem a necessidade de atender interesses políticos supervenientes, mas somente aqueles já previamente dispostos na Carta Maior.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessando. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. Modernização reflexive: Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. La sociedad Del riesgo: Hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. La Crisi della Legge, in *Discorsi Intorno Al Diritto*. Sem data.

CERVINI, Raúl. Os processos de descriminação; tradução Eliana Granja ... ET al. I. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Tradução da 2ª Ed. espanhola.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. *Mídia e direito penal: em 2009 o "populismo penal" vai explodir*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em 08 de maio de 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. – 10ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. – São Paulo: IBCCRIM, 2005).

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. 1ª Ed (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba. Juruá, 2011.

MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización Del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica Del bien jurídico hacia El sistema. Revista de Derecho penal y Criminología. Madrd, n. 9, jan. 2002.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PELARIN, Evandro. Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização. – São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. – 4. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Bases Críticas do Direito Criminal. Leme/SP. Editora de Direito, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2000.