**DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A FALSA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS**

**SYMBOLIC CRIMINAL LAW AND THE FALSE PROTECTION OF LEGAL GOODS**

*Ana Gabriela Pasinato[[1]](#footnote-1)*

***SUMÁRIO:*** *1 Introdução. 2 Direito Penal e proteção dos bens jurídicos. 2.1 Conceito de bem jurídico-penal. 2.2 Seleção de bem jurídico-penal. 2.3 Definição de Pena. 3* *Efeitos simbólicos do direito penal e direito penal meramente simbólico: distinções. 4* Casos de legislação penal meramente simbólica no Brasil*. 5 Considerações Finais. 6. Referências.*

**RESUMO:** Com a crescente ocorrência de crimes e o apelo social por segurança pública, nosso legislador, na tentativa de corresponder a esse clamor, não raras vezes enxerga na edição de leis penais uma resposta, aparentemente, adequada para reduzir a criminalidade. Contudo, na maior parte dos casos, seja por má elaboração das leis, seja pela falta de um estudo adequado acerca do cenário criminal naquele momento, ou seja, por falta de efetiva preocupação, as legislações editadas em nada contribuem para reduzir a criminalidade, ocorrendo, em alguns casos, até mesmo um retrocesso no combate ao crime. É o chamado Direito Penal Simbólico que, ao invés de refletir em uma real preocupação com a segurança pública e a proteção dos bens jurídicos, serve para demonstrar para a sociedade uma aparente atuação legislativa na tentativa de combater o crime e restaurar a paz social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal Simbólico. Legislação. Função da pena.

**ABSTRACT:** With the increasing occurrence of crimes and the social appeal for public security, our legislator, in an attempt to respond to this cry, not infrequently sees in the enactment of criminal laws an apparently adequate response to reduce crime. However, in most cases, either due to poor drafting of the laws, or due to the lack of an adequate study of the criminal scenario at that time, that is, due to lack of effective concern, the enacted laws do not contribute to reducing crime, occurring, in some cases, even a setback in the fight against crime. It is the so-called Symbolic Criminal Law that, instead of reflecting a real concern for public safety and the protection of legal interests, serves to demonstrate to society an apparent legislative action in an attempt to fight crime and restore social peace.

**KEYWORDS:** Symbolic Criminal Law. Legislation. Feather function.

**1 INTRODUÇÃO**

Para o bom convívio social e a harmonia nas relações interpessoais, é necessário que se estabeleça algumas regras, afim que de que ninguém aja de forma arbitrária sobre outrem, sem legitimação para tanto. Assim, diversos mecanismos legais são editados para estabelecer essas regras de conduta. Dentre esses mecanismos, surge o direito penal, como *ultima ratio,* visto sua finalidade de proteger os bens jurídicos mais importantes.

Todavia, com certa frequência, apenas a edição de diplomas legais não se mostra suficientes para proteger os bens jurídicos da forma como deveria o ser. Ainda que existentes diversas leis estipulando que determinadas violações a bens jurídicos consistam em crimes e sujeitam seu autor à uma sanção penal, os crimes continuam a ocorrer – e até aumentar – e a sensação de impunidade paira sobre a coletividade.

Nesse diapasão, a população, intimidada, anseia por segurança pública e clama aos seus representantes, eleitos democraticamente para fazer o bem social, para que estes resolvam o problema da segurança pública. Quase que sempre, a atitude tomada para o reestabelecimento da paz pública é a edição de leis.

Ocorre que, muitas vezes, estas leis são editadas sem muita análise técnica-jurídica, acarretando, tão somente, numa inflação legislativa, sem corresponder, necessariamente, a uma resposta eficaz no combate à criminalidade. No presente artigo, veremos como o Direito Penal Simbólico é exercido no Brasil, bem como a forma com que, em muitos casos, acaba acarretando uma menor proteção dos bens jurídicos, do que havia antes de sua atuação.

Nesse sentido, o objetivo desse estudo é fazer uma análise comparativa entre o chamado Direito Penal simbólico e a Função de proteção dos bens jurídicos, para investigar se o Direito Penal, quando reduzido à sua função simbólica, contribui para a desproteção de bens jurídicos. Utilizou-se, para isso, o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental.

**2 DIREITO PENAL E PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS**

O Direito Penal, enquanto ramo do direito público, é dotado de diversas funções, como a função garantista, que visa proteger a sociedade de arbitrariedades estatais; função de controle social, que consiste na utilização do direito penal para preservação da paz pública; além da proteção aos bens jurídicos, que se apresenta como a principal delas (PRADO, 2003).

Neste sentido, surge na doutrina moderna o chamado “Funcionalismo”, com a finalidade precípua de analisar a real função do direito penal. Dentro destes estudos, duas correntes funcionalistas se destacam: o funcionalismo moderado, ou teleológico, e o funcionalismo radical (COELHO, 2003).

O funcionalismo radical, encabeçado por Günther Jakobs, acredita que a função do direito penal é a proteção da norma por si mesma. Bastante criticado, especialmente por ser deste pensamento que surge o Direito Penal do Inimigo, tal teoria não é muito aceita pela doutrina nacional (CARNEIRO, 2010).

Do outro lado, desenvolvido por Claus Roxin, o funcionalismo moderado acredita que 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, 2015, p. 34).

Carneiro (2020, p. 01) complementa ainda que:

O estabelecimento do Direito Penal como ramificação de utilização subsidiária da estrutura jurídica não é por menor justificada inadequadamente, caso haja em sua esfera argumentativa o fato de ser este o modo mais colérico no que tange a essência do ser humano quanto a sua dignidade e liberdade, visto que, o Direito Penal é a modalidade mais agressiva de reprovação de condutas, correção comportamental e, por conseguinte, sistematização das penas cominadas

Os bens jurídicos “são valores ético-sociais selecionados pelo direito com o objetivo de assegu-rar a paz social, e colocados sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 2002, p. 16).

Neste sentido, adota-se no Brasil a teoria da exclusiva proteção dos bens jurídicos, como principal expoente de tal finalidade do direito penal, que prevê não apenas a proteção aos bens jurídicos, mas também uma limitação ao poder punitivo estatal, porquanto não permite que a legislação puna condutas que atentem contra bens jurídicos – e não por pensamentos ou personalidade do agente, por exemplo, e bens estes selecionados como mais importante, dignos de tutela na esfera penal (ROXIN, 2009).

**2.1 Conceito de bem jurídico-penal**

O conceito de bem jurídico-penal é descrito por Roxin (2006, p. 18):

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

É importante destacar que, a ideia de bem jurídico volta-se primeiro a análise do bem existencial, no qual se torna fundamental para o bom convívio na sociedade, sobre esse aspecto Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 232), apontam que:

[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo

Sabe-se que, desde as civilizações primárias, o ser humano, como qualquer outro animal, tem a necessidade de se reunir com seus semelhantes em comunidade, ou ainda, com um certo grau de desenvolvimento, em sociedade, sendo que dessas relações surgem os conflitos, devido à divergência de interesses e insatisfação do ser humano, havendo a necessidade de regras sociais, um complexo de normas que se sucedem, contrapõe e se integra. “Na sociedade, as normas se adaptam, se modificam, crescem ou diminuem em número aparente, mas jamais desaparecem” (BERMUDES, 2006, p. 10).

Nesse sentido, Coelho (2003, p. 130) aponta o conceito de bem jurídico penal como:

“[...] um valor tutelado pelo direito penal, que possui seu substrato na Constituição, ancorado na realidade social, sendo o elemento material da estrutura do delito e que tenha a capacidade de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor fundamental para a convivência pacífica em sociedade.

Assim, a normas de condutas são de suma importância para organização e para convivência em sociedade, agregando valores fundamentais e impondo limites aos que a integram, com papel primordial de controle social.

É por meio da sanção que se da tutela ao conteúdo da norma jurídica caso esta seja descumprida. Essa norma coercitiva denominada sanção pode ser específica ou compensatória. Específica quando o direito está capacitado a fazer ou dar o bem que voluntariamente foi caracterizado pelo indivíduo que descumpriu a regra jurídica e compensatória quando, diante da impossibilidade material ou moral de substituir o bem não alcançado voluntariamente, estabelecem uma compensação em favor do prejudicado (FILHO, 2009, p. 13).

São inúmeras as causas da origem dos conflitos, ressaltando-se a limitação de bens, a insatisfação humana, a existência de interesses contrapostos e o desrespeito à diversidade. Logo, os conflitos surgem, especialmente, pelas disputas sobre um determinado bem. Nesse sentido, explica Carnelutti (2000) que, se o interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades são ilimitadas; se são, todavia, limitados os bens, isto é, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, correlata à noção de interesse e de bens é a noção de conflitos de interesses. Há conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa (COELHO, 2003).

Já no entendimento sobre bens jurídico penais, Prado (2003, p. 44) define como:

[...] um fundamento de valores culturais que, se baseiam como em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica”.

Nesse sentido, os bens jurídicos podem ser tantos individuais quanto coletivos, na visão de Ávila (2013) o primeiro refere-se aqueles da pessoa e não afeta os demais, a sua vida particular, seu patrimônio, tudo relacionado a pessoa e não afeta o coletivo, são divisíveis, já os bens jurídicos coletivos são indivisíveis, e afetam um todo, como uma guerra, fere um jurídico de todos, que é a paz, outro exemplo é a saúde pública é um bem jurídico coletivo, suas condições afetam toda uma sociedade, e no bem jurídico individual, como crime contra a vida de uma pessoa, fere um bem jurídico de um indivíduo que é o direito à vida.

Para tanto, Carneiro (2020, p. 03) apresenta que:

[...] o bem jurídico introduzido no âmbito da legislação penal, por tratar de elemento central do tipo o qual já identificamos seus diversos conceitos, pode destacar que este é e deve ser como critério existencial lógico, imbuído de valor, valor este que se demonstra a partir da adequação da conduta X como criminosa, como violadora de parâmetros sociais adequados de atuação no que tange ao respeito do ser como equivalente existencial e dono dos mesmos direitos que o ente delinquente, isto é, algo negativo perante a sociedade

Fragoso (2003) define bem jurídico como um bem da pessoa humana na qual se busca preservar, onde a natureza e a qualidade têm relação direta com o sentido no qual a norma tem e que é atribuída, onde em qualquer caso é uma realidade no qual se contempla o direito, assim, a proteção em um bem jurídico é reconhecimento dado na norma jurídica.

**2.2 Seleção do bem jurídico penal**

O direito penal, segundo o princípio da intervenção mínima, é o direito de “*ultima ratio*”. Nesse aspecto, entende-se os motivos pelos quais, o Direito Penal pode intervir como garantir a proteção dos bens jurídicos de forma precípua e, quando não é solucionado em nenhuma área do Direito, e assim intervém em último caso. finalidade do Direito penal é a proteção de bens jurídicos (PRADO, 2003).

Para tanto, no ordenamento jurídico-penal somente pode:

[...] se legitimar materialmente se estiver consoante tais princípios. Princípios estes de raízes constitucionais, expressa ou tácita, mas de obrigatória observância para o modelo constitucional adotado pelo país, qual seja o modelo de Estado Democrático de Direito. Tais princípios servem ao mesmo tempo de limite à intervenção estatal no âmbito do Direito Penal e de legitimação de tal intervenção (SERRETTI, 2009, p. 01).

Mas sua intervenção é limitada pela intervenção mínima e fragmentariedade: intervém para proteger bens jurídicos, mas quando os demais ramos do direito falharam (intervenção mínima) e para criminalizar somente as condutas mais graves, que atentam mais severamente contra os bens jurídicos (fragmentariedade) (PRADO, 2003).

Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2011, p. 165):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Sobre esse aspecto, Luiz Régis Prado (2011, p. 148) “*ultima ratio* é um princípio informador do Direito Penal dotado de grande carga ética, filosófica e jurídico-político, apresenta-se como verdadeiro sustentáculo da ciência dos delitos e das penas”. Corroborando assim, com o entendimento que o Direito Penal não deve ser aplicado em qualquer causa e tipo de crime, mas sim apenas em alguns crimes previstos no rol de crimes que contemplam o Direito Penal.

De acordo com Lopes (2006) quando se viola um bem jurídico surge para o lesado o direito de ter o dano reparado ou, em se tratando da seara penal, surge para a vítima e/ou para o Estado o direito/dever de aplicar uma sanção penal, que pode se consistir de diversas formas (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária).

De acordo com o princípio da legalidade, do qual se desdobram outros, como o princípio da anterioridade e da taxatividade, para que surja para o interessado - seja particular, seja Estado – o direito de exercer o *ius puniendi* mister se faz que haja previsão legal de uma norma penal que incrimina a conduta praticada (GOMES; MOLINA, 2007).

Não somente isso, é preciso haver uma previsão legal que, seja anterior à pratica delitiva, afinal, ninguém pode ser punido por um fato que, no momento da sua prática, não era previsto na legislação como crime.

Desta feita, o ordenamento jurídico nacional conta com diversos tipos penais incriminando as mais diversas condutas e visando proteger os mais diversos bens jurídicos. Além do Código Penal (Dec. Lei. 2848/1940), principal código do ramo, há outras leis como a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), Lei de Trânsito (Lei 9.503/97), Lei dos Crimes Tributários (Lei 8.137/90), dentre outros, todos elaborados visando garantir a maior proteção possível dos bens jurídicos e, consequentemente, estabelecer o convívio mais harmonioso possível da sociedade.

Diante então de um crime, a vítima, no caso de ação penal privada, tem o direito de ver o autor responsabilizado pela conduta pratica, e o Estado, no caso de ação penal pública, possui o dever de responsabilizar aquele que praticou um fato típico.

Dessa forma, é preciso haver uma proporção segundo Luiz Regis Prado (2011, p.149), na aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal significa que “em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada a intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança a periculosidade criminal do agente”.

Já René Ariel Dotti (2005, p.04) muito antes já dizia que:

[...] a proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade de impor uma medida penal “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.

É fundamental, o legislador analisar o grau do dano causado, e ainda analisar a necessidade, o nível de gravidade causada pelo causador do delito, e assim adequar a pena de acordo com toda essa análise, ou seja, uma pena nunca vai ser idêntica a várias pessoas, pois é analisado tudo que envolve o dano, a pessoa, e a magnitude do delito por isso, deve ser adequada, necessária e a proporcionalidade deve ser em sentido estrito (LOPES, 2006).

**2.3 Definição de Pena**

O direito penal se apresenta como um dos principais meios de controle social. Exercido de modo formal, tal controle se apresenta na sociedade por meio da pena. Para se compreender a função da pena na sociedade, algumas teorias surgiram (CALDEIRA, 2009).

De acordo com a Teoria Absoluta, ou Retribucionista, a pena possui um caráter meramente retributivo, ou seja, é um castigo necessário, decorrente da prática de um mal. Numa visão mais moderna e, consequentemente mais adequada ao ordenamento jurídico moderno (CASTRO, 2007).

Já de acordo com as Teorias de Prevenção ou Relativas, a prevenção se manifesta de duas formas: geral e especial. A prevenção geral parte da ideia da pena como um mecanismo para impedir o surgimento de criminosos. Através da pena, os cidadãos se veem obrigados a agirem com respeito aos bens jurídicos, atuando de forma íntegra na sociedade. Nesse diapasão, divide-se a prevenção geral em positiva, que consiste nesse caráter de imposição de conformismo e respeito à ordem jurídica, e prevenção geral negativa, que consiste no caráter intimidatório que a pena exerce na sociedade (LOPES, 2006).

Já a prevenção especial, ao invés de direcionar-se à toda a sociedade, possui destinatário específico, ou seja, destina-se ao delinquente, para que este não venha a reincidir, se importando, portanto, mais com o autor do que com os fatos. Tal qual a prevenção geral, a especial pode ser dividida em positiva, que volta-se para a reeducação do delinquente, e negativa, que consiste no afastamento do criminoso do seio social, visto sua impossibilidade de conviver com as demais pessoas (CALDEIRA, 2009).

Por fim, surge a Teoria Eclética ou Mista, que mistura os ensinamentos das outras duas teorias. Para esta teoria, a pena possui diversas funções, que variam conforme o momento a que se trate. Assim, a pena possui uma função no momento de sua cominação legal, outra no momento da condenação e outra no momento da execução. Em suma, a pena possui a função de retribuição ao criminoso e de prevenção ao delito (CASTRO, 2007).

No ordenamento jurídico nacional, a pena possui função tríplice: retributiva, preventiva e reeducativa. Retributiva no sentido de ser uma penalidade aplicada em desfavor daquele que praticou uma conduta ilícita; preventiva enquanto intimidadora, afim que impedir que pessoas venham a delinquir, por temor de serem punidas; e reeducativa no sentido de reabilitar o criminoso, para que este possa ser reinserido na sociedade e não volte a delinquir (PRADO, 2011).

Ocorre que, apesar das diversas legislações prevendo a proteção dos bens jurídicos, os crimes continuam a acontecer e, sem sua maioria, até mesmo apresentam um aumento da prática. Em consequência, o legislador tende, com o fito de inibir a atuação criminosa e, diante da pressão popular, a criar novos tipos penais ou aumentar a pena daqueles já existentes, dando azo ao chamado Direito Penal Simbólico (CASTRO, 2007).

Para compreender o Direito Penal Simbólico e seus reflexos na sociedade, mister se faz abordar acerca das funções do direito penal, tema a ser abordado, se forma sintetizada, no próximo tópico.

**3 EFEITOS SIMBÓLICOS DO DIREITO PENAL E DIREITO PENAL MERAMENTE SIMBÓLICO: DISFUNÇÕES**

Como aludido anteriormente, cedendo a pressão popular diante do aumento da criminalidade e da sensação de insegurança, o legislador – não raras vezes – edita novas legislações estabelecendo novos crimes ou aumentando a pena dos já existentes, crendo que penas mais elevadas acarretam em aumento na segurança pública.

O pensamento não é de todo equivocado, visto que, conforme visto no tópico anterior, algumas funções da pena seriam, em tese, alcançadas com isto, em especial o tocante a finalidade de prevenção geral negativa, diante do temor de uma penalidade maior que as anteriores. Portanto, a legislação é – ou deveria ser – capaz de inibir a atuação criminosa, visto o temor que causa na sociedade.

Contudo, tais legislações, na maioria dos casos, é elaborada de forma displicente, e na prática pouco – ou nada – mudam na atuação dos criminosos. Mesmo diante das inconsistências legislativas, nota-se uma inércia do Poder Legislativo em corrigir tais irregularidades, o que demonstra claramente tratar-se não de uma preocupação com a segurança pública, mas tão somente com passar uma boa imagem para a população e a impressão de que nossos representantes de fato atuam para o bem comum.

Assim, surge o Direito Penal Simbólico: uma legislação que, na prática, pouco ou nada muda, e algumas vezes até atrapalha a proteção de bens jurídicos, mas que, na teoria, traz mais segurança para a população, pois aumenta a pena dos crimes ou torna mais rígida sua aplicação. Sobre esse aspecto, o Direito Penal simbólico é considera por Santoro Filho (2003):

[...] direito penal simbólico, 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 alarmeiam, da criminalidade.

Nesse sentido, a criação das leis penais ocorre de forma imediata e no intuito de sanar de forma imediata a cessão e contenção da criminalidade, fazendo com que a comunidade, se sinta segura, porém, é utilizada como uma forma de justificar a ausência de medidas e políticas públicas eficazes, no qual buscam a promessa para solução do conflito, porém não se atentam ao fato hiperprodução legislativa de caráter simbólico que não cumprirá esse objetivo (BERMUDES, 2006).

**4 CASOS DE LEGISLAÇÃO PENAL MERAMENTE SIMBÓLICA NO BRASIL**

Não são poucos os exemplos existentes na legislação brasileira. O mais famoso provavelmente seja o delito contido na lei nº 7.643[[2]](#footnote-2), de 18 de dezembro de 1987 que prevê a pesca e o molestamento de cetáceo, *in verbis:*

Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas aguas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.

A presente lei surgiu num período em que havia grande comoção social em torno da preservação das baleias, ameaçadas de extinção. Especificamente acerca do molestamento intencional de cetáceo, Maíra Zapater relata a forma curiosa como foi introduzida:

Reza a lenda (assim me refiro ao episódio por já tê-lo ouvido de mais de um professor de Direito Penal, de gerações diferentes, sem contudo jamais ter conseguido localizar uma fonte escrita que confirmasse a história oral) que na ocasião uma baleia teria encalhado nas areias de uma praia famosa do Rio de Janeiro (Leblon? Ipanema? Copacabana? A localização exata varia ao gosto de quem conta o conto) e, enquanto ativistas tentavam devolver o animal às águas, um garotinho teria introduzido um palito de picolé no espiráculo (uma salva de palmas para o Google, que nos dá o nome certo para aquele orifício por onde os cetáceos respiram), causando, a um só tempo, a morte da baleia e uma grande comoção em torno do caso. O ocorrido teria inspirado o deputado a incluir o “molestamento intencional de cetáceo” na redação do tipo penal.

Seja ou não verídico tal episódio, questiona-se: Com que frequência tal conduta ocorre no país e qual a probabilidade de ocorrer novamente? Ainda que o Brasil seja cercado por um oceano e que, de fato, animais possam encalhar nas areias nacionais, qual a aplicabilidade prática de tal lei?

Se analisarmos sob o enfoque da Criminologia (ciência empírica e interdisciplinar que tem por objetos de estudo o crime, o criminoso, a vítima e o controle social), mais precisamente da visão de Shecaira (2020), são necessários alguns critérios para que um fato possa, efetivamente, ser considerado como crime no meio social, são eles: incidência massiva na população; incidência aflitiva; persistência-espaço temporal; e consenso sobre a sua etiologia e técnicas de intervenção.

A incidência massiva, ou seja, para ser considerado crime, não deve tratar-se de um fato isolado, mas sim que ocorra com alguma frequência (ou ao menos haja possibilidade concreta de tal ocorrência). A incidência aflitiva consiste em conduta que cause alguma dor na vítima, ou seja, condutas que não tenham relevância social não podem ser consideradas crimes. O terceiro critério, persistência espaço-temporal, estipula que para ser considerado crime, o fato deve ser distribuído pelo território nacional, e por um período de tempo. Por fim, o quarto elemento seria o consenso sobre a etiologia do crime e as técnicas para sua intervenção, ou seja, ou seja, para ser considerado crime, a conduta deve ser repudiada por grande parte da população.

Assim sendo, analisando os critérios apontados por Shecaira (2020), questiona-se se a elaboração do tipo penal acima aludido preenche os requisitos para ser considerado, sob o prisma criminológico, como crime. Sabe-se que o fato que ensejou a elaboração da lei ocorreu tão somente uma vez, não havendo, portando, persistência espaço-temporal. Pode-se considerar que preencheria o requisito de incidência aflitiva, visto que pode causar a morte de animais, atingindo assim o meio ambiente, bem como pode-se considerar que a preservação ambiental e proteção dos animais seria de interesse coletivo. Contudo, nitidamente, tal conduta não preenche o primeiro critério apontado, que seja, a incidência massiva na população. Ora, tratou-se de um fato isolado do qual o legislador se apropriou para demonstrar uma aparente preocupação. Shecaira (2020, p. 65) aponta as críticas, inclusive citando o mesmo exemplo do crime acima:

Nem se pretende fazer a crítica do verbo utilizado para descrever a conduta praticada por aquele agente, mas tão somente destacar a impropriedade de, por ocorrência única no País, promover aquele fato à condição de crime.

Portanto, em que pese os conceitos de crime para a Criminologia e para o Direito Penal sejam distintos, deve-se considerar que ambas ciências caminham em um mesmo sentido. Desta feita, é nítido que a conduta acima apresentada não tem aplicabilidade prática, tratando-se tão somente de uma norma editada com o fim de acalmar os anseios sociais e transmitir uma falsa sensação de segurança pública.

No dizeres de Cunha (2020, p. 40):

Esquecendo a real missão do direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou, aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade. Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena.

Embora o exemplo supracitado seja antigo, ainda hoje nos deparamos com normas editadas sob o crivo do Direito Penal Simbólico. Em 2018 tivemos um crasso erro legislativo, na tentativa de promover um Direito Penal Simbólico que, contudo, acabou resultando em impunidade.

Foi editada a Lei 13.654/2018 que alterou os crimes de furto e roubo (art. 155 e 157, respectivamente, ambos do Código Penal). Contudo, na alteração, o legislador acabou suprimindo a majorante para o delito de roubo praticado com emprego de arma branca. Ora, inicialmente o delito de Roubo previa, no §2º, I, acréscimo de 1/3 (um terço) até metade para o delito se praticado com emprego de arma, sem especificar qual o tipo. Com a edição da lei 13.654/2018, na tentativa de aumentar a pena para o delito, se praticado com emprego de arma de fogo, foi acrescido ao delito do Art. 157 o §2º-A, I, prevendo um acréscimo de 2/3 (dois terços) na pena. No entanto, tal dispositivo não mencionou o emprego de arma branca e, não obstante, a referida lei revogou o inciso I do §2º, causando uma *novatio legis in mellius*, ou seja, além de impedir o acréscimo de pena dos delitos de roubo praticado com emprego de arma branca, a partir da vigência da referida lei, tal medida ainda beneficia as condutas praticadas anteriormente, visto a exceção contida no princípio da irretroatividade, ou seja, aplicação retroativa da lei que beneficia o réu, ainda que trate-se de decisão transitada em julgado.

Assim, na tentativa de simbolizar uma proteção maior aos bens jurídicos e transmitir uma sensação de segurança à população, o legislador acabou por causar maior impunidade, diminuindo a proteção dos bens jurídicos.

Para sanar tal irregularidade, a Lei 13.964/2019, popularmente conhecida por Pacote Anticrime, acrescentou o inciso VII ao §2º do Art. 157, prevendo novamente o acréscimo de 1/3 à metade da pena em caso de emprego de arma branca. Salienta-se, contudo, que as condutas praticadas antes da vigência desta referida lei, não são passíveis de acréscimo.

Embora os exemplos citados sejam de fácil percepção, a legislação brasileira é recheada de demonstrações de Direito Penal Simbólico que exigem um conhecimento um pouco mais aprofundado. Como exemplo podemos citar o Art. 492, I, e do Código de Processo Penal que prevê que, nos procedimentos de competência do Júri, em caso de condenação a pena superior a 15 anos, o presidente (juiz togado) determinará a execução provisória da pena.

Ocorre que no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o STF decidiu ser inconstitucional a execução provisória da pena. Assim, para o cumprimento da pena, mister se faz o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em que pese os questionamentos acerca dos verdadeiros motivos de tais decisões e, ainda que as decisões tomadas pelo STF não vinculem a atividade típica do Poder Legislativo, é nítido que o Art. 492, I, e do CPP afronta a referida decisão, que é vigente, e, por conseguinte, ofende a Constituição Federal.

Assim sendo, ainda que editada com a melhor das intenções, a legislação demonstra-se tão somente simbólica, visto estar em vias de ser declarada inconstitucional, o que demonstra o mal emprego da verba pública, visto o tempo dos congressistas que fora desperdiçado com a edição da presente lei.

O mais recente caso de demonstração de Direito Penal Simbólico ocorreu em 2021, com a edição da lei 14.245, de 22 de novembro de 2021, apelidada de Lei Mari Ferrer.

Mariana Ferrer é uma influenciadora digital que alegou ter sido vítima de estupro, ocasião em que o acusado foi absolvido em primeira e segunda instância. O casso foi de grande repercussão nacional, visto as diversas *fake News* espalhadas acerca do suposto argumento utilizado para absolvição. Outro ponto que repercutiu muito acerca do caso, foi a forma completamente desrespeitosa com que o advogado de defesa agiu para com a vítima, expondo-a de forma vexatória.

Diante disso, fora editada então a lei supracitada, que visa coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas durante o processo, causando alterações no Código de Processo Penal, no Código Penal e na Lei de Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

Após a edição da referida lei, durante a audiência de instrução de julgamento, ou durante a instrução em plenário, veda-se a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos, bem como a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Analisando a primeira vedação, nota-se que nada mudou em relação a forma como o processo era conduzido antes da edição da lei. Ora, o juiz sempre tivera o poder-dever de obstar as manifestações que fossem estranhas ao processo.

Já no tocante a segunda vedação, esbarramos num problema um pouco mais complexo. É evidente que o advogado deve agir com o máximo respeito possível para com todos os sujeitos do processo. Contudo, em se tratando de um processo por crime contra a dignidade sexual, que por sua essência, na maioria das vezes, é praticado em lugar ermo e longe de qualquer testemunha ou outra prova, a palavra da vítima encontra-se como único elemento para se estabelecer o nexo causal. Desta forma, como poderia o advogado de defesa questionar a vítima acerca dos fatos, que são sempre constrangedores e remetem a vítima ao trauma sofrido, sem que isso lhe ofenda a dignidade? E como poderia restar provado se o fato é verídico ou se é uma falsa acusação, sem que seja inquirida aquela pessoa que, em muitos caso, é a única que presenciou o fato?

O Art. 7ª da Lei 8906/94, Estatuto da OAB, prevê que o advogado tem o direito de exercer com liberdade a profissão em todo o território nacional, bem como prevê a imunidade profissional, não consistindo injuria ou difamação as manifestações irrogadas em juízo. Assim sendo, questiona-se se a lei Mari Ferrer, ao estabelecer tais vedações, não acabaria por dificultar a atuação do advogado e, consequentemente estaria cerceando o direito de defesa do réu.

Portanto, mostra-se com os exemplos acima aludidos a manifestação do Direito Penal Simbólico que, na prática, pouco – ou nada – contribuem para a redução da criminalidade e proteção dos bens jurídicos, embora na teoria sejam apresentados como a grande solução dos problemas globais. Nota-se também que em alguns casos, a manifestação do Direito Penal Simbólico não apenas não contribui para a redução da criminalidade, como acaba tornando os bens jurídicos ainda mais desprotegidos.

Não obstante, em vários momentos, vemos que a edição de leis sob a finalidade simbolismo jurídico, não só causa um inflacionamento na legislação nacional, como ofende diversos princípios penais. É o caso, por exemplo, da primeira lei citada, que tipifica a conduta de molestar cetáceo. Ora, evidentemente tal ato poderia ser abrangido por outra área do direito, vide a administrativa, caracterizando, portanto, violação ao princípio da fragmentariedade, que assevera que o Direito Penal deve se preocupar tão somente com os bens jurídicos tidos por mais importantes. Também ofende o princípio da intervenção mínima, pelo qual o Direito Penal somente deve intervir na coletividade quando outros ramos do direito se demonstrarem insuficientes.

A manifestação do Direito Penal Simbólico, portanto, além de não causar uma efetiva proteção aos bens jurídicos, ainda dão azo para uma desproteção dos bens jurídicos. Além dos casos em que diretamente acaba por prejudicar a proteção, indiretamente também podem causar este efeito. Ao contrariar princípios penais, que em sua maioria são constitucionais, as leis editadas com simbolismo vivem em constantes questionamentos acerca de suas constitucionalidades. Não obstante, o legislador parece ainda não ter compreendido que o encarceramento, por si só, não é um meio eficaz de combater a criminalidade. Ocorre que o poder judiciário parece já ter compreendido isto e, paulatinamente, vem buscando interpretações que acarretem em menor restrição de liberdade.

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A segurança pública é um tema de grande relevância e discussão a nível nacional, principalmente em questão a questão da criminalidade que tem apresentado elevados índices nos últimos anos, ou seja, demonstrando sua ineficiência, questionando-se assim, quais os métodos seriam, realmente, eficazes para combater a criminalidade e restaurar a paz pública.

Enquanto o legislador, por muitas vezes, se socorre às leis para tentar dar uma resposta à sociedade, esta paga um enorme preço, seja pela morosidade com que as atitudes são tomadas, seja porque as leis editadas não acabam resultando em efetiva proteção aos bens jurídicos.

Não se nega o fato de nossa legislação nacional possui inúmeras falhas e que devem ser corrigidas. Porém, buscar na edição de novas leis, num sistema legislativo já inchado, como mecanismo único e suficiente para resolver o problema de segurança pública no país, é utópico. Determinar novos crimes, aumentar as penas dos já existentes, enfim, simplesmente retirar o criminoso do meio social por um tempo determinado, por si só, não acaba com os altos índices de criminalidade.

Não existe fórmula mágica para acabar com o crime, mas é possível controla-lo. Para tanto, é necessário investir em prevenção primaria, ou seja, políticas públicas que visem impedir que o criminoso desperte para a vida ilícita; é necessário que se invista em educação, ampliação do mercado de trabalho. Também se faz importante a prevenção terciária, que consiste na reabilitação do detento, afinal, não basca trancá-lo em uma cela com outros criminosos, sem qualquer atuação em sentido contrário, e esperar que milagrosamente, inspirado tão somente em arrependimento, ele pare de delinquir.

Entretanto, medidas sociais e reabilitação de preso não rendem votos. O que atrai os olhares do povo que clama por segurança é a aparência de estar sendo feito algo à curto prazo, e a melhor forma de demonstrar isso é através da edição de leis, ainda que completamente absurdas e ineficazes.

**REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988.** Presidência da República.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Presidência da República.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Presidência da República.

BRASIL. **Lei 7.643, de 18 de dezembro de 1987.** Presidência da República.

BRASIL. **Lei 13.654, de 23 de abril de 2018.** Presidência da República.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 dezembro de 2019.** Presidência da República.

BRASIL. **Lei 14.245, de 22 de novembro de 2021.** Presidência da República.

CASTRO, Renato de Lima. Garantismo penal: uma ilusão? In: PRADO, Luiz Regis. (Org.). **Direito penal contemporâneo:** Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches da. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 8. Ed. rev. Salvador. JusPODIVM: 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral 1. 16. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CALDEIRA, Felipe Machado. A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, 2009.

CALLEGRI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Sistema penal e política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 apud ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade**. [s.l]: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/355620/o-direito-penal-simbolico>> Acesso em: 19 de nov. de 2022.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal.** Mandamentos: Belo Horizonte, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral I, arts. 1º a 120. 6. ed. rev.atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 141.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**.3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral I**, arts. 1º a 120. 10. ed. rev.atual e ampl. São Paulo: RT, 2011. QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. 4ª edição. 2008. p.133.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERRETTI, André Pedrolli. Direitos Fundamentais, princípios penais constitucionais e garantismo penal. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia,** v.6, 2009.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia.** 8. Ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

1. Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientado pela Professora Bruna Azevedo de Castro. [↑](#footnote-ref-1)
2. BRASIL. **Lei 7.643, de 18 de dezembro de 1987.** Presidência da República. [↑](#footnote-ref-2)