

A CRISE DE RACIONALIDADE DA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA BRASILEIRA: ENTRE O SIMBOLISMO E A SOCIEDADE DE RISCO

Hioman Imperiano de Souza
Advogado

Lara Sanábria Viana
Advogada

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar os fenômenos que contribuíram para a crise de racionalidade das leis penais. A realização desse estudo está centrada na constatação da existência de comportamentos precipitados quando da organização e elaboração dos tipos penais. O controle da racionalidade legislativa é de fundamental importância para o funcionamento coerente e harmônico do ordenamento jurídico penal, pois torna-se o paradigma central da atual sociedade do risco. Por meio da pesquisa essencialmente bibliográfica e do método qualitativo, constata-se a importância de delinear o papel da atividade legiferante em tempos de globalização. O uso frenético e exagerado do processo de criminalização primária traz prejuízos ao meio social. Por tal razão, percebe-se que há uma massificação de bens jurídicos penais materialmente vagos, os quais carecem de melhor reflexão, desde a sua gênese até a sua fase de positivação, com fito a se evitar o expansionismo penal e a ruptura do sistema normativo.

Palavras-chave: Ordenamento jurídico. Sistema normativo penal. Crise de legitimidade. Racionalidade legislativa. Sociedade de risco.

Abstract

This research paper aims to analyze the phenomena that contributed to the crisis of rationality of criminal laws. The present study is focused on the finding of behaviors precipitated when the organization and preparation of criminal types. The rationality of legislative control is crucial for the coherent and harmonious functioning of the legal criminal system, because it becomes

the central paradigm of current risk society. Through a bibliographic research and essentially qualitative method notes the importance of delineating the role of legislating activity in times of globalization. The frantic and exaggerated use of the process of criminalization primary causes damage to the social environment. For this reason, it is clear that there is a mass of goods legal criminal materially vague, which need further consideration, from its genesis to its stage of positive, with the aim to avoid penal expansionism and disruption of the regulatory system.

Keywords: Legal System. Criminal legal system. Crisis of legitimacy. Legislative rationality. Risk Society.

1 Introdução

A abordagem realizada pelo presente artigo traz consigo a íntima relação entre os eventos sociais e a criação do ordenamento jurídico, em especial o sistema penal. Evidencia-se a emblemática crise de racionalidade da política criminal legislativa brasileira. Importante destacar que, ante o modelo de “sociedade de risco” na era da globalização, há pontos típicos e caracterizadores de uma política legislativa penal expansionista e simbólica.

Essa problemática é justificada pelo fato de o legislador pátrio se basear no fenômeno da antecipação da punição.

Neste diapasão, observa-se que as técnicas legislativas de elaboração da normativa muitas vezes são desconsideradas, tendo em vista que as políticas criminais são mal elaboradas ou até mesmo são elaboradas de modo isolado sem os aportes teóricos da Criminologia e da Política Criminal.

A má técnica legiferante compromete o momento da elaboração da norma, durante ou até mesmo posterior ao momento de sua positivação no ordenamento jurídico. Isso porque, sem estas observâncias, se percebe que a crise de racionalidade não atinge apenas a instituição legislativa, como também os próprios institutos penais e – por que não dizer? – afeta diretamente o meio social ao qual a norma é direcionada, o que, por sua vez, pode ocasionar o sentimento de descrença na norma penal.

Com base na questão suscitada, a partir da análise da técnica legislativa buscaremos avaliar a crise de racionalidade que permeia o ambiente legislativo que compreende a seara penal.

Abordam-se, portanto, alguns níveis de racionalidade e diretrizes para a estruturação de uma política criminal legislativa racional e harmônica, expondo, neste sentido, o que venha a ser *bem jurídico*, sua função a ser cumprida pelo ordenamento, bem como os problemas trazidos pela sua excessiva massificação, revelando a faceta expansionista típica do nosso tempo.

2 O ordenamento jurídico e o sistema penal

A noção do que venha a ser *ordenamento* remonta à ideia de “ordem”, ou seja, um conjunto de preceitos ordenados a determinado objetivo. Um ordenamento assim, ao mesmo tempo em que emana de si mandamentos para seu exterior, conjuga vários conceitos determinativos internos, dando uma ideia de conjunto de ordens.

Frisa-se, pois, que o sentido de ordenamento compreende um conjunto de determinados elementos eivados de caráter cogente em relação a outros elementos aos quais são direcionados.

Certamente, o conceito de ordenamento encaixa-se perfeitamente no mundo jurídico, dado o típico caráter mandamental que compõe a essência das normas *lato sensu*.

Contudo, um ordenamento jurídico, uma vez tendo como característica um conjunto de elementos, por outro lado, tem como corpo a interligação de preceitos normativos postos por determinado “ente”.

O Direito, propriamente, “seria um conjunto de regras que se fazem valer pelo uso da força, ou seja, um ‘ordenamento normativo de eficácia reforçada’”, onde o uso da força é efetivado justamente por um poder soberano, de sorte que “a soberania caracteriza não uma norma, mas um ordenamento”. O conceito de ordenamento jurídico e soberania são, portanto, conceitos que se referem um ao outro.

Parafraseando Noberto Bobbio, norma jurídica é aquela cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada, concluindo não ser

possível definir o ordenamento jurídico a partir da norma considerada isoladamente.

Também é de se notar a particularidade que há quando se trata de ordenamento jurídico, no tocante à origem das normas que o compõe. É dizer que seus preceitos não derivam unicamente de uma única origem/fonte; ao contrário, advém de mais de uma morada.

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho.¹

Construir um ordenamento jurídico é focar, sobretudo, na elaboração de um sistema cogente, legitimado por um poder, capaz de nortear e dirigir o meio social no qual vige e tem aplicação. Surgem, pois, aspectos/características, tais quais “coação”, “construção objetiva ou valorativa”, “imperativo da norma jurídica”, que são basilares na consecução de uma ordem jurídica. Tratando-se de ordenamento jurídico penal, termo “coação” é justificado na atuação estatal quando regula condutas na sociedade, o que carece, pois, de maiores cuidados na sua aplicação.

Certamente, um todo jurídico não deve ser compreendido somente a partir de uma “norma”, senão com base numa teia normativa, um sistema jurídico posto, sempre buscando a harmonia, entre si e também em relação, sujeitos e objetos com o qual se direciona.

Ocorre que as normas jurídicas são limitadoras de si próprias, no sentido de que não podem regular toda e qualquer ação possível do homem, entendendo-se ação possível como aquelas que não sejam nem necessárias nem impossíveis. O campo das ações possíveis é, portanto, vastíssimo e deve ser regulado com cautela, sob pena de se ter um ordenamento jurídico longo, hermético e estagnado.

O Direito Penal não pode, por sua vez, tentar açambarcar todas as condutas humanas em sociedade, tendo em vista não só o caráter subsidiário que deve atender, mas, sobretudo porque ele, o Direito Penal, implica, na

¹BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UNB, 1994, p. 38.

maioria das vezes, limitações de liberdades individuais, sendo que estas são valores indispensáveis para a harmonia social.

Assim, de certa forma, há determinado grau de “hierarquia” ou “escalonamento” para a organização de um ordenamento jurídico, sob o ponto de vista formal, importando que a unidade do ordenamento se dá não pela busca de determinadas características específicas ou intrínsecas às normas jurídicas, mas pela possibilidade de se remontar sempre a uma norma fundamental primitiva.

E assim segue também o Direito Penal, quer lastreado por elementos norteadores homogêneos e heterogêneos, hierarquicamente superiores ou presentes no mesmo nível de normatividade.

Assim, para saber a validade na teoria do ordenamento jurídico, é necessário remontar-se de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental, a fim de estabelecer o papel de cada categoria integrativa do sistema.

A norma fundamental, portanto, é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento, ou seja, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema (...). Uma teoria coerente do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis.²

Destarte, conclui-se que o direito é fundado, em última instância, sob o poder, entendido como poder coercitivo que pode recorrer à força para garantir a ordem jurídica, com certa eficácia reforçada na dinâmica do controle social.

Tem-se, então, que o Direito Penal se molda a essa teia normativa, diga-se também, teia normativa própria, buscando a pacificação social e a harmonia entre os atores sociais.

Ora, o direito é impossível sem o exercício da força (sem um poder), mas ter esse poder como seu fundamento último não significa reduzi-lo à força ou ao grande número de normas, mas reconhecê-la como necessária para a realização do direito, ao fomento e concretização de um

²BOBBIO, op. cit., p.61-62.

ordenamento jurídico eficiente e aplicável, seguido de coerência e materialidade normativa.³

3 A crise de legitimidade do sistema penal brasileiro

O Direito Penal, sob o prisma intervencionista visa atuar incansavelmente no condicionamento dos comportamentos humanos, regulando-os, mormente por meio de ameaças de privações da liberdade individual.

A princípio, sabemos que toda a vida em sociedade é composta de determinados conceitos que são objetos de certas cargas valorativas. Sendo assim, é possível eleger abstratamente a medida necessária para cada conceito existente, isto é, considerar uma categoria mais ou menos relevante.

Os atores sociais são responsáveis por essa primeira mensuração, e o Estado, como entidade reguladora superior, elege aqueles que são considerados mais importantes para a *societatis* durante o seu momento valorativo.

Justifica-se tal comportamento, em virtude do interesse comum e a sua emergente necessidade de sua satisfação por meio de uma *voluntas* maior (representatividade estatal), em que se cria um modo de pensar, sentir e agir coletivo, sobretudo dotado de um poder coercitivo, a fim de garantir a pacificação e harmonia social. Nascem os “fatos sociais” regulados pelo Estado Democrático de Direito.

³Cf. Atualmente, não é possível corroborar com a noção de sistema fechado. Segundo informa Almiro Salvador, o sistema fechado apresenta maiores dificuldades em aceitar a instância preventivo-racional subjacente à norma, a qual tem como base evitar efeitos nocivos ocasionados pela utilização social do sistema penal. Em razão disso, não poderá ser utilizado como parâmetro de questionamento dos próprios limites do Direito Penal. Mas, contudo, para que as informações cheguem ao nível de construção sistemática do delito, deve-se permitir um modelo de abertura cognitiva e produzir o fechamento operativo do sistema de modo geral, ou seja, fixar limites estritos. Como marco da legislação brasileira, tem-se o tecnicismo jurídico como sua principal fonte. Pode ser evidenciado através do sincretismo das sanções criminais reafirmada pela tendência positivista que influenciou todo o sistema penal brasileiro. No que diz respeito ao sistema aberto cognitivamente e interessado na proteção de bens jurídicos relevantes, este pode atenuar problemas sistemáticos apontados, sem comprometer o ideal de segurança jurídica. O uso de conceitos demasiadamente abertos e, por isso, comumente formais, aponta para soluções desinteressantes do ponto de vista político-criminal. A relação inversa também é verdadeira, ou seja, na medida em que o sistema começa a se interessar pelos reflexos político-criminais de suas decisões, o que já importa certo grau de abertura cognitiva, as estruturas do delito gradativamente abandonam sua mera formalidade. SALVADOR, Almiro. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.33-97.

O ente estatal, por sua vez, elencando quais valorações ou “situações sociais” merecem mais atenção, na busca de proteger e amparar o meio social, procedendo sob uma faceta coercitiva, com base num ordenamento jurídico (em tese congruente), traz a lume o que vem a ser “bem jurídico”.⁴

Vale observar que o Estado não cria os bens jurídicos, uma vez que estes já estão presentes no meio social. Ele só os adapta e os transforma em categorias jurídicas para poder, enfim e a partir daí, exercer a sua política, em especial sua política criminal.

Por conseguinte, Hans Welzel, em sua posição, conceitua “bem jurídico” como “todo Estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões. A soma dos bens jurídicos constitui a ordem social”.⁵

Para o lusitano Jorge de Figueiredo Dias, tão logo exista um bem jurídico digno de tutela estatal, sobretudo de tutela penal, aí deve ter lugar à intervenção correspondente.⁶ Vale dizer: uma vez escolhida aquela situação em que o Estado fará agir o pulso firme protetivo do ordenamento jurídico, no caso o penal, isto é, elevando à categoria de bem jurídico (penal) determinado valor/fato, nele deverá agir o poder estatal com todo o seu aparato, protegendo ou reparando o bem das ofensas ocorridas.

O Estado, por meio da atividade legislativa, não pode trazer ao âmbito jurídico todos os valores e comportamentos que, possivelmente, podem ser considerados como sendo dignos de receber a denominação de “bem jurídico”. Se fosse desta forma, teríamos um rol complexo e interminável de previsões legais acerca desses bens.

Segundo Beccaria, leva-se em conta que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”.⁷

⁴Destarte, *lato sensu*, o “bem” (dito jurídico) é objeto de observação e tutela por parte do ente estatal. Assim, o bem jurídico é núcleo do conceito material de delito, objetivando, no dizer de Roxin, “ancorar a atividade legislativa da política criminal somente a certas realidades ou interesses relevantes para a convivência, deixando fora dessa competência os campos da privacidade e as crenças pessoais”. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. p.52, tomo I.

⁵WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 4. ed. Buenos Aires: Juridica de Chile, 1965. p.13.

⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.78. Nota 23.

⁷BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. A. Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978. p.307.

Ao contrário, o Direito Penal deve ser subsidiário aos demais ramos do Direito, ou seja, deve assumir um papel de “segunda velocidade”.⁸

Contudo, está se transmutando a *ultima ratio* (a fragmentariedade e subsidiariedade) penal em uma espécie de *prima ratio*, em que os mais variados tipos penais se afluam à conveniência do legislador, a um espírito protetor puramente utilitarista e subjetivista sem um conteúdo dogmático relevante.

É mister, pois, delimitar não só quando atuará o Estado na sua modalidade protetiva, mas delinear o momento em que atuará o Direito Penal como realmente sendo de *ultima ratio*, e não como a única opção a se utilizar para combater o ilícito, assim como estabelecer limites materiais ao poder legiferante.

Note-se que o que há é o excessivo recurso de novos conceitos para o mundo jurídico sem qualquer cuidado, tipificando situações abstratíssimas, pondo em cheque o verdadeiro sentido da proteção estatal do bem jurídico penal.

Desta forma, o que realmente carece de tutela estatal acaba ficando a esmo, dando-se lugar a proteções de situações que, por sua natureza, não ensejariam a atuação de todo o maquinário estatal (penal) para a sua defesa, como será demonstrado mais concretamente nos tópicos a seguir.

O sistema normativo penal deveria cuidar, sim, de um número limitado de condutas/eventos que realmente lesassem a paz, a boa convivência social; que violassem, de fato, a harmonia do meio.

Conclui-se, com isso, que o Direito Penal agiria somente em situações críticas, singulares, em que não mais resolveriam a ingerência de outras esferas do direito (do Estado).

Eis a necessidade de um racionalismo na criação de normas penais, selecionando-se cuidadosamente o que carece de proteção penal estatal, sob pena de agravar a situação já existente, qual seja, “normas demais, eficácia de menos”.

Assim, para evitar a crise de racionalidade das leis penais, faz-se mister

⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.148. 11v. Nota 50.

o uso da boa técnica legislativas, e que esta esteja ampara pelos aportes teóricos do garantismo penal genuíno.

4 O simbolismo penal na atividade legiferante

Em virtude da pretensão formada ao longo da história de submeter o Estado ao Direito, sendo balizado por sistemas normativos que visassem a um controle e a uma pacificação social, vem, *pari passo*, o Direito Penal sendo fruto de um processo de hipertrofia, na medida em que o Estado foi crescendo e ganhando novas missões.

Cresce, por conseguinte, a consciência extremamente protecionista, garantista, do Estado para com seus atores sociais, avocando para si, por meio do *ius puniendi*, no sentido de tentar proteger uma gama imensa de bens jurídicos os quais crê estar pacificando, com isso, o meio de convívio social. Tenta-se controlar a maior gama de tipos de conflitos possível. Desta forma, traz, como resultado, uma jurisdicionalização penal.

Obtempera oportunamente o jurista e pesquisador Luis Flávio Gomes que,

a atribuição de uma sanção de natureza 'penal' a fatos privativos de um profundo significado ético-social (ou mesmo quando o fato conta com grande aprovação social) permite transformar o *vetita quia mala* (proibido porque é ofensivo) em *mala quia vetita* (é ofensivo presumivelmente porque está proibido). Em outras palavras, o ato passa a ser criminoso não porque seja um mal em si mesmo, senão porque o Poder Político artificialmente colocou-lhe tal etiqueta.⁹

Ora, o trabalho do legislador é o de fazer, dentro de uma infinidade categorização de delitos, a seleção daqueles que devem ser tipificados penalmente e dar-lhes a face de delito, isto é, ilícito penal. Mas, não em qualquer situação.

Assim, como supra exposto, a liberdade do legislador, embora ampla e absoluta, somente encontra, como óbice ao seu trabalho desmedido, princípios constitucionais existentes.

⁹GOMES, Luis Flávio. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional, caos normativo, instrumentalização distorcionante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.41. 10v.

Entretanto, não obstante, mesmo assim ainda pensa a *mens* legislativa que há autorizações implícitas contidas no texto constitucional capazes de autorizar novas criminalizações, fato este puramente equivocado.

Assim, cabe a observação de que hipertrofia do sistema penal é oriunda do processo de criminalização de infrações de pequeno potencial ofensivo e são conhecidos também como os crimes de bagatela. Estes, por sua vez, atuam em uma perspectiva meramente simbólica, tendo em vista que representam um grau menor de lesividade para a sociedade.¹⁰

Cria-se, com isso, um emaranhado de leis circunstanciais, as quais apenas aspiram à emoção do momento; traçam, em seu revestimento, uma poderosa defesa social, entretanto, dentro do íntimo âmago, detêm nada mais do que um núcleo frágil, grosseiro e, por vezes, deveras incoerente.

Tem-se, por exemplo, a tipificação de novos crimes ou contravenções penais visualizando condutas ínfimas e mínimas, tais como o rigor da “Lei Seca” quanto ao teor alcoólico pequeníssimo no sangue; o porte pessoal de pequenas quantidades de drogas, entabulado pela Lei de Drogas; o crime de porte de arma, mesmo que desmuniçada, dentre outras condutas.

O que existe é uma verdadeira e absoluta incapacidade operacional, ou seja, o que está programado para ingressar no âmbito do controle penal (*input*) é infinitamente superior a sua capacidade de atuação (*output*).¹¹

Ora, concretizando-se toda esta atuação meramente simbólica, meramente ilusionista, o sistema jurídico penal se torna não mais não menos que apenas uma gama de papéis preenchidos por textos vagos e sem qualquer aplicabilidade finalista, pois técnica e forma já deveras possui.

Com efeito, observa o jurista latino Eugenio Raúl Zaffaroni, em

¹⁰Cf. A crise da racionalidade das leis penais tem sido corroborada pelas intervenções penais simbólicas. Acerca do simbolismo, tem-se o pensamento de Pierre Bourdieu que diz: *this proposition confuses the symbolic structure, the law properly so called, with the social system which produces it. To the extent that it presents under a new name the old formalist theory of the juridical system transforming itself according to its own laws, systems theory provides an ideal framework for the formal and abstract representation of the juridical system.* BOURDIEU, Pierre. The force of Law: toward a sociology of the juridical field. In: *The Hastings law journal*, 1998. p.816. 38v.

¹¹GOMES, op.cit., p.87.

consonância com Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde (1989), em qual obra? A citação deverá ser mais específica.

aos que sustentam o ‘efeito preventivo da ignorância’ (as pessoas em geral ignoram que a incidência do Direito Penal é quase nula), que desempenharia uma função positiva e estabilizadora no controle penal, cabe responder que tudo isso (na verdade) revela a total falácia do princípio da legalidade (obrigatoriedade) processual, assim como o deplorável funcionamento do sistema penal.¹²

Inegáveis são as diversas consequências negativas advindas desta inoperatividade funcional que viola inclusive princípios basilares e constitucionais, com vista a apenas satisfazer o interesse momentâneo da sociedade.

E assim, o princípio da proporcionalidade, do devido processo legal, da ressocialização e humanidade, da culpabilidade, da materialidade e exteriorização do fato ofensivo, da fragmentariedade e subsidiariedade são violados.

Em suma, clara se faz a observação de que quanto mais se sobrecarrega o Direito Penal, mais se obtém um efeito contrário ao pretendido. Desta maneira, é importante, necessário e essencial que o legislador ordinário encontre limites no momento da seleção e tipificação de novas condutas antijurídicas.¹³

5 A busca pela racionalidade das leis penais

Na feitura de novos tipos penais com a seleção de determinados bens jurídicos a serem objetos da tutela penal estatal, mister serem estabelecidos

¹²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Temis, 1990. p.16. Nesse mesmo sentido aponta, HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984. p.79.

¹³Nesse diapasão, Meliá afirma que “o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. CALLEGARI, André (Org.); GÜNTER, Jakobs; MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.5.

conteúdos de racionalidade os quais devem ser necessariamente levados em consideração em qualquer procedimento legislativo.

Deste modo, a racionalidade legislativa penal seria o final de uma teoria argumentativa jurídica, a ser desenvolvida no campo legislativo e que, por sua vez, venha garantir leis (*lato sensu*) suscetíveis de se adequarem à realidade social na qual são elaboradas.

Durante o trabalho legiferante, é possível se constatar a presença de três fases, sucessivas e circulares no tempo: fase pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa.

Nos dizeres de José Luis Díez Ripollés,

A fase pré-legislativa tem início quando se problematiza socialmente a falta de relação entre a realidade social e sua correspondente resposta jurídica e termina com a apresentação de um projeto ou proposta de lei diante da Câmara. A fase legislativa começa com a recepção pelas casas legislativas da proposta legal e finaliza com a aprovação e publicação da lei. Por último, a fase pós-legislativa se inicia com a publicação da norma e termina, fechando o círculo, com o questionamento pela sociedade em geral, ou por grupos relevantes da mesma, sobre se a lei guarda adequada relação com a realidade social e econômica que pretende regular.¹⁴

Pode-se dizer que estas três fases se encontram num contexto de coabitação, no sentido de que a primeira fase (pré-legislativa) não só irá condicionar o desenvolvimento da fase legislativa, bem como irá pré-determinar os pontos que devem ter mais ênfase na fase pós-legislativa; por conseguinte, a legislativa poderá levar à modificação de parte das diferentes etapas pré-legislativas; enfim, num momento pós-legislativo serão fornecidas informações essenciais para se iniciar uma nova fase pré-legislativa.

Especialmente, na presente temática, tem-se como foco a etapa pré-legislativa, visto que é nela que se selecionam ou se elaboram novos tipos penais.

¹⁴DIÉZ, RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trab. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.19. Cf.: SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Política Criminal y Técnica Legislativa: prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*. Granda: Comares, 2007. p.3.

5.1 Do racionalismo pré-legislativo

A primeira etapa de um pensamento racional prévio à elaboração legislativa se dá com o creditamento social de uma disfunção, ou desvirtuamento que há em seu meio.

Seria como uma “disfunção social”, sendo definida pela “falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o sistema jurídico, nesse caso o Direito Penal”.¹⁵

Estas disfunções podem ser percebidas pelos vários agentes que atuam na sociedade, como partidos políticos, sindicatos, associações ou mesmo pessoas isoladas, concluindo que tais temáticas devam se adaptar à nova realidade social.

Num segundo momento, a observação daquela disfunção passa a evoluir para um “mal-estar”, gerando uma preocupação e certo temor ante aos comportamentos desviantes de que se disseminem de maneira generalizada na sociedade.

Desta forma, este “mal estar” pode vir a provocar um envolvimento emocional da população, quer preenchido por um sentimento coletivo, quer individual.¹⁶

Em seguida, a opinião pública é ponto decisivo para a propagação desses comportamentos que têm efeitos negativos e repulsivos na mentalidade objetiva social.

¹⁵DIÉZ RIPOLLÉS, op. cit., p.21.

¹⁶Cf. Segundo Díez Ripollés, a preocupação com o fenômeno delitivo está diretamente ligada ao que se pode chamar de *punitivité subjective*. A *punitivité subjective* expressa o grau de intervenção penal que uma sociedade julga necessário. Ela é extremamente relevante, pois estabelece parâmetros político-criminais no imaginário social. Essas opiniões valorativas correspondem à fase pré-legislativa. RIPOLLÉS, José. *A racionalidade das leis penais*. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p 25. Cf. O papel seletivo da mídia corrobora para a disfunção na percepção dos fenômenos da realidade, conforme Adamo e Beaudoux, *La consecuencia del proceso selectivo que tiene lugar en los medios cuando eligen sus temarios esque la opinión pública considera a dichos problemas como los más relevantes, mucho más que otros que han sido menos tratados*. ADAMO, O. D'; BEAUDOUX, Virginia García. Medios de comunicación de masas y percepción social de la inseguridad. In: *Boletín de Psicología*, Valencia, n.90, 2007, p.20. Disponível em: <<http://www.promolibro.com>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

O mal-estar social existente precisa concretizar-se através de um processo comunicativo de intercâmbio de opiniões e impressões, processo que, por um lado, reforçará a visibilidade social do desajuste social e do mal-estar que este cria e, por outro lado, outorgará a essa disfunção social a substantividade e autonomia necessárias para que seja considerado um autêntico problema social.¹⁷

Tal mentalidade social é que reflete o interesse de maiorias expressivas e inequívocas ou de tendências significativas, surgindo um verdadeiro “estado de opinião”, vale dizer, uma interpretação consolidada de determinada realidade e uma básica confluência sobre a necessidade e o modo de influência sobre a mesma realidade.

Destarte, surgindo esta opinião pública sobre os desajustes sociais propagados por outros atores, entre eles a mídia, buscam-se influenciar os programas de ações para combater os comportamentos desviantes que existem no meio onde se convive.

Ao final, observa-se que os referidos programas de ação elaborados terão acesso à fase pré-legislativa, somente quando adquirirem o selo de projetos ou propostas de lei.

5.1.1 Diretrizes para a elaboração de uma política legislativa criminal racional

Constata-se, no caminhar histórico, o aumento progressivo e exponencial da racionalização legislativa, findando por descuidar e ampliar exageradamente o campo objetivo de aplicação da própria lei, trazendo uma atmosfera excessivamente simbólica.

(...) a aparição e consolidação do Estado Social de Direito consagra um ativismo normativo no qual à já perdida racionalidade da lei se acrescenta a abundância de regulamentos e normas de categoria inferior, instrumentos com melhor atuação na nova sociedade intervencionista.¹⁸

¹⁷DIÉZ RIPOLLÉS, op. cit, p. 28-29.

¹⁸Ibidem, p. 72.

É dizer que, no novo modelo social, qual seja o da “sociedade de risco”¹⁹, pode-se dizer que é ansioso por prevenir os riscos relacionados às atividades sociotecnológicas de benefício ambivalente, ao aumento legislativo, em especial da lei penal que acaba por perder sua essência racional.

Nessa situação, acaba-se tendo uma visão negativa do Direito, mais ainda do ramo penal, e do legislador, como a de que a “criação do Direito é coisa de políticos, que não necessita de grandes elaborações intelectuais (...) e que o jurista deve apenas trazer ocasionalmente certa colaboração técnico-jurídica”.²⁰

Contudo, verdadeiramente o que se tem é que

a legislação é o lugar onde se transforma a política em Direito, satisfazendo assim outra importante missão, a de lograr o equilíbrio temporário do sistema social, equilíbrio que está legado à possibilidade de o sistema político ativar a legislação quando se vê estimulado por outros sistemas.²¹

Ora, o Direito Penal, indubitavelmente, esteve atracado, nos últimos séculos, aos postulados básicos do Estado liberal, quando este apenas identifica, para fins de classificação, bens fundamentais para assegurar-se uma pacífica convivência social (bens jurídicos básicos). Trata-se de um Direito Penal mínimo, desenvolvido por Luidge Ferrajoli, baseando a racionalidade penal apenas em termos negativos.

Passado esse tempo de liberalismo, com a chegada da sociedade de risco na era da globalização, as exigências deste novo modelo social obrigam, de certa forma, a lei penal a volver seus cuidados para novos bens, agora de

¹⁹Pode-se, inclusive, dizer que os riscos sociais da sociedade moderna representam as necessidades insaciáveis da teia social na busca do bem-estar, sendo, pois, desejos sem fim, dado o eterno dinamismo existente. Neste norte, Ulrich Beck, sociólogo alemão, faz um diagnóstico sobre a sociedade em seus diversos momentos históricos até chegar à hodiernidade, ao pós-modernismo. *En passant*, sobre a sociedade de risco, dita o eminente jurista que “*La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidade*”. BECK, Ulrik. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M^a Rosa Borrás. Barcelona: 1998. p.30.

²⁰DIÉZ RIPOLLÉS, op. cit., p.75.

²¹Ibidem, p.80.

caráter transindividual/coletivo, fato este que acaba por estimular uma legislação deveras simbólica, imprecisa, com abundância de tipos penais vagos (a exemplo dos crimes de perigo e a utilização de normas penais abertas ou em branco).

O que de fato deve ser tido como diretriz é uma firme racionalidade, a qual não se restrinja apenas à coerência formal, aparentando uma face protetiva, mas que se ocupe também em buscar os fins a serem alcançados. Ora, “a racionalidade linguístico- -formal na formulação das leis precisa, no mínimo, de um fundamento ou apoio ético para serem ativadas”.²²

5.1.2 Princípios norteadores da racionalidade legislativa em matéria criminal

Em se tratando de intervenção jurídico-penal, podem-se inferir alguns níveis de racionalidade na feita legislativa. Esses níveis seriam orientados por determinados princípios que legitimariam uma real intervenção penal estatal na sociedade de risco.

José Luis Díez Dipollés (2005) traz como princípios estruturantes: a) princípios protetivos, que atenderiam a pautas delimitadoras dos conteúdos de tutela do Direito Penal; b) princípios de responsabilidade, que se ocupariam dos requisitos devem corroborar num comportamento para que se exigível responsabilidade na esfera criminal em razão do mesmo; c) princípios da sanção, destacando-se as bases da reação estatal através de sanções a conduta criminalmente responsável. Com tais parâmetros, seria possível assegurar, no âmbito jurídico-penal, ao máximo, uma resposta positiva a uma série de exigências mutuamente entrelaçadas projetadas pela norma.

Dentre os níveis existentes na consecução de um modelo racional-penal, pode-se concluir que a racionalidade legislativa não é só um assunto de juristas, técnicos ou legisladores, mas que também abarca searas sociais diversas.

²²ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p.33-36.

6 Considerações finais

Nesta exposição, buscou-se analisar a crise de racionalidade pelo qual passa o sistema penal, tratando da necessidade de uma verdadeira emergência no campo da racionalidade legislativa.

A partir de uma abordagem crítica, fixou-se a conceituação de bem jurídico e as funções, bem como o fenômeno de sua massificação que tem como mola motriz o expansionismo penal típico do processo de globalização.

Ao final, mostra-se que o paradigma existencial do ordenamento penal constante na sociedade de risco é formado por componentes puramente simbólicos.

Em vista do conteúdo esposto, sob uma análise crítica e sistemática do momento vivido pelo Direito Penal, sobretudo no território pátrio, pudemos obter não só algumas questões ainda a serem desenvolvidas e/ou finalizadas em estudos e pesquisas futuras, mas também reflexões e conclusões a respeito da “crise de racionalidade da política legislativa brasileira entre o simbolismo penal e a sociedade de risco”.

Primeiramente, faz-se mister a observância de uma construção dogmática sólida, embasada em técnicas legislativas racionais, no tocante ao seu conteúdo material, observando os principais fundamentos constitucionais e penais, a fim de firmar um alicerce teórico-epistemológico capaz de ser aplicado na sociedade não só no presente como em momentos vindouros.

Por fim, a necessidade de o legislador agir com mais cautela e atenção na fabricação de novos regramentos penais, quer na constante observação no estudo do que possa a ser digno de proteção penal, quer na própria consciência de manter este sistema normativo harmônico e coerente (também em relação aos demais sistemas). Nestes passos, a observância dos fatos sociais existentes na sociedade de risco é imprescindível, vez que ocorrem inovações de outros conceitos, agora de forma “macro”, englobando não mais bens jurídicos individuais, outrossim coletivos, transindividuais, que perpassam as barreiras físicas de determinado território.

Destarte, podemos considerar, finalmente, que o caminho correto não é o caminho mais curto, qual seja o de elaborar normas penais vagas em sua essência, para servir apenas como elemento pacificador momentâneo e circunstancial (caráter puramente utilitarista, simbólico), abarrotando tanto o

seio do próprio ordenamento jurídico quanto de sua aplicação prática no Judiciário.

Deve-se atentar que o dinamismo social não pode ser justificador de uma criminalização exacerbada e desregrada, mas sim de um processo legitimador analítico e meticuloso, visto que o Direito Penal deve manter a harmonia e coerência em sua teia normativa para não haver prejuízos concentrados e/ou generalizados. Diz-se, pois, que o Direito Penal, deve atuar apenas na defesa de determinados bens jurídicos potencialmente lesionáveis e racionalmente escolhidos, em atenção não mais apenas ao delito individual como também agora àqueles de proporções macro, ativamente praticado em detrimento do Estado e suas instituições sociais.

Referências

ADAMO, O. D'; BEAUDOUX, Virginia García. Medios de comunicación de masas y percepción social de la inseguridad. In: *Boletín de Psicología*, Valencia, n. 90, 2007. Disponível em: <<http://www.promolibro.com>>. Acesso em: 23 ago. 2007.

ASSÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964.

ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, , 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. A. Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978.

BECK, Ulrik. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M^a Rosa Borrás. Santa Perpetua de Mogoda. Barcelona: 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UNB, 1994.

BOURDIE, Pierre. The force of Law: toward a sociology of the juridical field. In: *The hastings law journal*. 1998. 38v.

CALLEGARI, André (Org.); GÜNTER, Jakobs; MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANTERJI, Rafael Braude. *Política criminal e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de Droit*. 3. ed. Paris: Montchrestein, 1999.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *A adequação social: sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

_____. *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Fábio Roberto D'Ávila, Paulo Vinicius Sporleder de Souza (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais: Coimbra: Coimbra, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trab. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luis Flávio. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 10v.

GÜNTER, Jakobs. *Sociedad: normas y personas en un derecho penal funcional*. Trad. De Cancio Meliá y Feijó Sánchez. Madri: Civitas, 1996.

_____. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Trad. Lauren Paoletti Stefanini; rev. Alice Bianchini, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 13v.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984.