

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/09/2012

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/33845-a-apropria-o-do-discorso-midi-tico-pela-pol-tica-e-a-constru-o-de-um-modelo-de-direito-penal-simb-lico-uma-an-lise-da-lei-de-crimes-hediondos>

Autore: Nathália Rosa Mendes

A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de Direito Penal Simbólico: uma análise da Lei de Crimes Hediondos.

**A APROPRIAÇÃO DO DISCURSO MIDIÁTICO PELA POLÍTICA E A
CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO: uma análise
da Lei de Crimes Hediondos.**

Nathália Rosa Mendes*

RESUMO

O presente trabalho busca verificar se a Lei de Crimes Hediondos possuiu função eminentemente simbólica e qual o papel da mídia na sua elaboração e na determinação de seu caráter simbólico. Primeiro, é analisado o conceito de Direito Penal Simbólico, depois, o processo legislativo e suas fases pré-legislativas, legislativas e pós-legislativas a fim de determinar a influência da mídia em cada uma delas. Após isso, são estudadas as fases pré-legislativa e legislativa da Lei de Crimes Hediondos, verificando como foi determinante o papel da mídia e da opinião pública na elaboração dessa lei. Ao final, são avaliados os efeitos da lei; oportunidade na qual concluiremos que ela fracassou quanto aos objetivos instrumentais que anunciou buscar, limitando-se a atender a opinião pública da época com a falsa impressão de que o legislativo ao tomar medidas drásticas escolhia as mais eficazes na solução do problema.

Palavras-chave: Direito Penal Simbólico. Lei de Crimes Hediondos. Mídia.

ABSTRACT

This article is aimed at checking if the Brazilian Law of Hideous Crimes (Law n. 8.072/90 modified by the Laws n. 8.930/94, 9.677/98 and 9.695/98) has eminently symbolic function and which is the media's role in its elaboration and symbolism. First of all, the concept of Symbolic Criminal Law is analysed. Afterwards, the before-legislative, legislative, after-legislative phases are analysed in order to find out the influence of the media upon each of them. Later on, the before-legislative and legislative phases of the Law of Hideous Crimes are studied, verifying how significant the media and the public opinion roles were on the making of this Law. Eventually, the effects of this Law are evaluated drawing to the conclusion that it failed when it came to its instrumental objectives which were announced, only answering the public opinion from that time with a fake impression that Legislative when it took drastic measures was choosing the most effective solution to the problem.

Key-words: Symbolic Criminal Law. Law of Hideous Crimes. Media.

O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Os últimos vinte e cinco anos do século vinte foram marcados pelo desalento quanto à possibilidade ressocializadora da pena e, conseqüentemente, por uma reorientação das

práticas penais. Essa reorientação coincide com pensamentos criminológicos radicalmente opostos aos anteriormente produzidos, que se caracterizavam, de forma genérica, pela limitação do Direito Penal pelos direitos humanos.

Pensadores reacionários como James Q. Wilson ganham destaque, primeiro nos Estados Unidos da América, depois, também na América Latina, com suas propostas de adoção de políticas de “mão de ferro”. Em nome de uma atuação eficaz do Estado frente à criminalidade e da garantia de segurança interna e externa, são flexibilizados, quando não ignorados, os limites traçados no Iluminismo. Trata-se do fenômeno da “emergência”, que na América Latina assume a forma de um “discurso da segurança”. Sobreveio ainda a “criminologia da vida cotidiana” e a análise econômica do Direito com toda a sua fé na prevenção geral negativa, partindo do pressuposto de que todo comportamento humano é resultado de uma escolha racional entre o custo do castigo e o benefício do delito (ANITUA, 2007).

Segundo Baratta (1994), a prevenção geral negativa continua sendo o fundamento da confiança ainda depositada no Sistema Penal. Mas não foi só essa teoria que passou a ser exaltada, também a prevenção geral positiva ganhou destaque e é a ela que muitos atribuem a denominação de Função Simbólica do Direito Penal.¹

No entanto, não basta uma orientação para a função de prevenção geral positiva para falar em um Direito Penal Simbólico, pois ela pode ser mais uma função do Direito Penal, embora não possa ser a mais destacada e, muito menos, a única. Inadmissível que todo o Sistema Penal (a produção de leis incriminadoras, a persecução penal, a imposição de uma pena e sua execução) vise restabelecer a confiança nas instituições públicas, conforme preleciona Günther Jakobs. Anitua ressalta que, segundo essa concepção, a pena teria duas funções: a “latente” destinada à consolidação da sociedade e a “manifesta”, que marginaliza o fato criminoso e o seu autor (ANITUA, 2007, p. 800).

Por outro lado, segundo Terradillos Basoco (1995) a função simbólica seria indissociável da função instrumental do Direito Penal, qual seja a proteção de bens jurídicos. Já Díez-Ripollés vai além e afirma que as funções simbólicas seriam inclusive necessárias para a proteção de bens jurídicos, na medida em que a pena gera emoções e representações - no indivíduo e no coletivo - inibitórias de comportamentos lesivos ou perigosos aos bens jurídicos (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2002).

Para Basoco, a função simbólica da pena estaria na sua “aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, de valor positivo ou negativo” (BASOCO, 1995, p. 10, tradução nossa).²

Díez-Ripollés, ao tratar das funções simbólicas, utiliza a expressão “efeitos simbólicos”, que conceitua como “o fim ou a função de transmitir à sociedade certas mensagens ou conteúdos valorativos, e sua capacidade de influência se limitaria às mentes ou às consciências, nas quais produziriam emoções ou, quando mais, representações mentais” (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2002, p. 68, tradução nossa).³

Eles adotam um conceito mais genérico para efeitos simbólicos; conceito que coincide com efeitos tanto expressivos quanto integradores. Os primeiros são aqueles que “suscitam emoções ou sentimentos nas consciências”, bem coincidente com os efeitos da prevenção geral negativa, de caráter intimidativo. Os segundos “geram determinadas representações valorativas nas mentes” e se aproximam da prevenção geral positiva. A esses dois efeitos, espécies do efeito simbólico, se contrapõem as funções instrumentais, que são “aquelas que promovem modificações na realidade social e no comportamento humano” (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2002, p. 69, tradução nossa).⁴

Embora seja difícil demonstrar que a pena tenha tal capacidade inibitória, com forças e resultados minimamente satisfatórios, como Díez-Ripollés atribui à função expressiva da pena, não há como aprofundar nesta análise por ora.⁵ Mas é importante tê-la em conta, pois não parece acertado defender que as funções simbólicas, tal como entendidas por Díez-Ripollés, são de per si ilegítimas, mas que sua capacidade de influir na proteção de bens jurídicos não é verificável.

Para ele, as funções simbólicas são ilegítimas apenas quando o emprego da sanção penal descansa de forma relevante sobre efeitos sociais e pessoais desnecessários a partir do princípio teleológico legitimador da sanção penal ou quando resultam inaceitáveis sobre o ponto de vista dos princípios restantes, não utilitários, legitimadores da pena, como a proporcionalidade e a humanidade das penas. Dessa forma, não se trata apenas do desequilíbrio entre funções simbólicas e instrumentais. É que o conceito de Direito Penal Simbólico estaria atrelado ao que denomina de “desnaturalização” da intervenção penal porque falta legitimidade a quase todos ou a grande parte dos efeitos simbólicos.⁶

A “desnaturalização” é verificada quando a pena produz efeitos simbólicos, desrespeitando os “princípios da sanção penal”: o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade das penas e, por fim, o princípio teleológico, que enunciaria a necessidade de que a pena cumpra os efeitos a ela atribuídos pela escolha política.

Díez-Ripollés (2002, p. 86) assevera que o Direito Penal Simbólico não se trata de garantir coerência entre os programas de decisão política e os resultados obtidos, mas de

questionar sobre a legitimidade de certos efeitos que são produzidos; legitimidade que se afere mediante análise do atendimento aos princípios da sanção penal.

Ocorre que constantemente a produção legislativa em matéria penal e a programação teleológica do Sistema Penal declaram que a pena pode proteger o bem jurídico, que ela promove efetivo controle e redução da criminalidade e realiza a tarefa de defesa social com presteza. Isto é, as leis são promulgadas com a pretensão de bem defender os bens jurídicos e promover segurança. Porque é essa a exigência que cresce. Esse é o resultado da demanda social, que é canalizada pela mídia.

As leis penais, como pronta resposta à insegurança subjetiva que se instala, vêm envoltas por uma eufórica crença de que elas são a solução para conter a criminalidade ou a medida necessária diante de um episódio que chocou a população pela “conduta desafiadora dos criminosos”. Traçado superficialmente o perfil pretencioso dos programas de decisão política, a conclusão básica é que as modificações na realidade social são mínimas, ainda que drásticas. Nesse contexto, o Direito Penal Simbólico consiste sim na discrepância entre os objetivos que a lei penal anuncia - quando anuncia- e os resultados alcançados.

Claro que todo Direito guarda discrepâncias entre o que a lei objetiva e as mudanças sociais que ela efetivamente produz. Assim, não é só a discrepância entre os efeitos latentes e os manifestos que caracterizam o Direito Penal Simbólico, é preciso que adicionar uma qualidade negativa a essa discrepância: a falsa aparência de instrumentalidade (HASSEMER, 1995).

Ressalte-se que quando os efeitos simbólicos são superiores aos instrumentais, já é preciso aferir a legitimidade do Direito Penal, pois ela estará sendo colocada em xeque. Não é possível, então, deixar de ter em conta o que o Sistema Penal tem efetivamente conseguido realizar. Não há como pensar em um Direito Penal desvinculado do “ser” (ANDRADE, 2003). Muito porque deixar de aferir a eficiência das funções declaradas por certo reflete em afronta aos princípios elencados por Díez-Ripollés: o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade das penas e, por fim, o princípio teleológico.

Assim, já fica claro que o conceito de Direito Penal Simbólico é gradual ⁷ e inversamente proporcional à legitimidade do Direito Penal. E por ser o Direito Penal Simbólico passível de gradação é que é possível entender o descompasso entre funções objetivadas e efetivadas como insertas na sua conceituação. Isso porque o descompasso pode ser em menor ou maior grau e revelar um Direito Penal menos ou mais simbólico e, assim, menos ou mais ilegítimo.

Ademais, cabe lembrar que na sociedade pós-moderna⁸ a insegurança subjetiva é tão ressaltada que, quando o Sistema Penal dirige sua atividade para a promoção de efeitos expressivos e integrativos, o resultado nunca é suficiente. Cumpre ressaltar ainda que, diante da crescente insegurança subjetiva, o Estado, na tentativa de restabelecer a confiança nele e na capacidade integrativa da lei, é forçado a recorrer cada vez mais à imposição de seu poder punitivo. Assim, os efeitos simbólicos de cunho positivo são imperceptíveis em face dos negativos. Por conseguinte, o que Díez-Ripollés considerou secundário, torna-se sobremaneira relevante, ao menos no contexto brasileiro.

Posto isso, é possível afirmar que as funções simbólicas são de cunho predominantemente maléfico, porque seu caráter benéfico – seja de concretização da consciência jurídica ou de intimidação geral - é pouco verificável. Conseqüentemente, a realidade do Sistema Penal é de tal forma que “a eficácia das funções declaradas do Direito Penal é, sobretudo, simbólica e legitimadora, ao invés de instrumental” (ANDRADE, 2002, p. 292).

No presente trabalho melhor análise será destinada a função simbólica-espécie destinada à concretização de uma consciência jurídica, a qual Díez-Ripollés denomina de integrativa. É a essa função que a maioria dos doutrinadores atribui o termo função simbólica.⁹ Ela é atributo de uma legislação orientada muito mais aos cidadãos fiéis à lei para restabelecer a confiança deles no ordenamento, quebrada pela percepção do delito.

Assim, quando falarmos em função simbólica nesse trabalho trataremos apenas dessa acepção, deixando de lado aquela referente à capacidade de influir na conduta de possíveis delinquentes. E daí porque as funções simbólicas estão constantemente atreladas à função da prevenção geral positiva.

Um Direito Penal Simbólico não é feito apenas do descompasso entre funções instrumentais e simbólicas, mas quando essa última é demasiado destacada se comparada à instrumental ou quando parece ser a única existente. Ou seja, quando o Sistema Penal não logra proteger bens jurídicos e toda sua atuação se destina à sua própria reafirmação e a do Estado, e a lei penal se dirige àqueles que seguem a norma, os cidadãos, ratificando a confiança que eles depositam nas instituições.

Mesmo que o Sistema Penal logre, em tese, ainda que minimamente, proteger bens jurídicos, o recurso aos efeitos instrumentais não seria legítimo se em descompasso com os princípios elencados por Díez-Ripollés: o da proporcionalidade, o teleológico e o da humanidade das penas.

E é por isso que, mais adiante no trabalho, quando for atribuída função simbólica à Lei de Crimes Hediondos, falar-se-á em uma função “eminentemente simbólica”. Pois, a lei foi e está sendo aplicada, gerando efeitos concretos e massacrantes nas vidas dos condenados, e, assim, de certa forma, ela promove uma mínima, incipiente e temporária *neutralização*¹⁰, tendo em vista as elevadas penas e, antes da alteração dada pela Lei 11.464/2007, a determinação de regime integral fechado. E somente esse fato já nos impediria de atribuir-lhe tão somente funções simbólicas. O que não quer dizer que seu grau de simbolismo não seja suficiente para tê-la como ilegítima.

O Direito Penal Simbólico, como um Direito Penal marcado pela realização de funções simbólicas, a despeito das instrumentais, está francamente associado à Expansão do Direito Penal, típica do final do século XX. É que esse movimento, ao traduzir a criação de novos bens jurídicos penais, a introdução de novos tipos e o agravamento daqueles já existentes, aumenta a fé no Sistema Penal como solução, na medida em que mais leis estão à disposição para “solucionar” problemas (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 21). Porém, mais ineficiência se obtém e mais simbólico o Direito Penal se torna. Por outro lado, a ineficácia exige uma atuação estatal, e, então, se recorre mais uma vez às funções simbólicas do Direito Penal, e esse se expande cada vez mais. Trata-se de um sistema que se retroalimenta.

Silva-Sánchez entende que uma das explicações para o expansionismo penal observado nas sociedades pós-industriais está no constante uso pelo Estado da legislação penal como uma aparente solução simples aos problemas sociais. E com isso, é deslocado para o simbólico o que deveria ser resolvido no plano da instrumentalidade. Isto é, o Estado não trata de deferir proteção efetiva e se limita à “declaração de princípios que tranqüilizam a opinião pública” (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 23). Mas esse recurso permanente à legislação penal, conforme alerta o autor, deve ser compreendido à luz da mudança de expectativa da sociedade em relação ao Direito Penal. É preciso entender que há uma verdadeira demanda social por mais proteção.

Fato é que as sociedades pós-industriais são “sociedades da insegurança sentida ou do medo” e também de mais insegurança real, porque há sim novos riscos. Disso decorre uma “demanda social por mais proteção” por vezes canalizada para conteúdos e níveis irracionais graças aos meios de comunicação (SILVA-SÁNCHEZ, 2002). Mas também há uma demanda por uma atitude estatal frente aos antigos problemas que aparecem como maiores na sociedade moderna, seja pela já difundida insegurança generalizada, seja pelo seu real incremento diante da omissão estatal quanto a políticas sociais amplas (ANITUA, 2007).

Segundo Silva-Sánchez (2002, p. 25-26), os “debates clássicos sobre o Direito Penal foram substituídos por um consenso geral, ou quase geral, sobre as virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos”. Assim, o discurso Lei e Ordem da década de 1970, que reclamava uma reação legal, judicial e policial incisiva contra a criminalidade, não desapareceu, mas integrou o “consenso social sobre o papel do direito penal”. O discurso passou a ser unívoco.

O legislador, então, recorre à edição de leis penais, porque tem consciência do fracasso de outras medidas ou por sua ignorância, ou porque anseia por resultados fáceis – em nível de satisfação da sociedade – e, logo, eleitores.

Assim, “cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais”. Trata-se de uma contradição entre o que o legislador declara objetivar e o que o sistema logra realizar. Com isso, há mais do que o engano dos cidadãos pelos políticos, há também completa discrepância entre “as aquisições científicas relativas às reais possibilidades da ação instrumental do sistema da justiça criminal e os centros das decisões políticas do legislador” (BARATTA, 1994, p.23).

E esse é um problema geral da sociedade industrial avançada. São as disfunções da estrutura política e comunicativa da sociedade, com o estabelecimento de uma visão deformada da realidade e da capacidade do sistema punitivo em transformá-la, que motivam a crise do sistema decisório representativo (BARATTA, 1994).

A incapacidade estatal para a real tutela dos bens jurídicos é compensada pela ilusão de segurança e sentimento de confiança no sistema penal, que possuem uma base real cada vez mais frágil (BARATTA, 1994, p. 22).

Trata-se de uma atuação legislativa declarativo-formal cuja pretensão é elaborar leis fiéis à opinião coletiva sobre uma realidade social conflitiva, sem qualquer consideração acerca da eficiência da medida legislativa para a solução do problema (DIEZ - RIPOLLÉS, 2002).

Óbvio que as medidas adotadas são de cunho repressivo-conservador, de forma que o Direito Penal Simbólico está vinculado ao “ressurgir do punitivismo”. E esses seriam dois fenômenos que conformam a involução da política criminal, traduzida no conceito de Expansão do Direito Penal: a produção de novos tipos e as reformas dos tipos já existentes em uma velocidade maior do que aquela já antes observada, aliada à carência de técnica. E o produto disso é o que se denomina Direito Penal do Inimigo (MELIÁ; JAKOBS, 2005).

No presente trabalho, porém, não trataremos dos novos tipos, mas tão somente da reforma daqueles já existentes. A discussão sobre o Direito Penal do Risco relativo a esses novos tipos foge à proposta do trabalho, que pretende focar nas medidas de endurecimento com os crimes já previstos em lei, conforme o ideal penal de que “o público seja protegido e que seus sentimentos sejam expressados”. Trataremos de medidas populistas destinadas a privilegiar a “opinião pública”¹¹ em detrimento dos especialistas, que são frequentemente aprovadas “com pouca pesquisa prévia, bem como carecem do planejamento de custos e das projeções estatísticas” (GARLAND, 2008, p. 316).¹²

Assim o Direito Penal Simbólico denomina o fenômeno pelo qual o legislador recorre constantemente à edição de leis penais, não porque elas são eficientes para a solução de problemas e conflitos, mas porque determinados problemas alcançam tamanho grau de interesse e alarme social no público que esse é o recurso utilizado pelos políticos para a obtenção do consenso que buscam na chamada “opinião pública” (BARATTA, 1994).

A MÍDIA E A POLÍTICA

Destacada a utilização do Direito Penal para fim único ou predominantemente simbólico, é necessário reorientar a atenção para o processo legislativo, desde os mecanismos formadores da “demanda social” – que impõe ao legislador uma necessidade de agir - até a “avaliação social da lei” – isto é, aquilo que ela logrou realizar (PAIVA, 2009).

O processo legislativo será dividido em três fases: a pré-legislativa, a legislativa e a pós-legislativa.¹³ O objetivo é tornar possível a compreensão dos “atores sociais” que participam em cada fase do processo legislativo, desde as discussões pelas quais eles promovem a inclusão de uma determinada temática ou acepção na agenda política até a avaliação dos efeitos da lei. Dessa forma, será possível constatar as falhas discursivas e os condicionamentos que produzem distorções relevantes (DIEZ-RIPOLLÉS, 2005).

A “fase pré-legislativa” tem início com a problematização social diante da falta de relação entre a realidade social e a respectiva resposta jurídica e termina com a apresentação de um projeto de lei. A “fase legislativa”, por sua vez, começa com a recepção da proposta de lei e termina com a aprovação e publicação da lei. A “fase pós-legislativa” vai da publicação da lei até o questionamento da pertinência e eficácia da lei pela sociedade, adotando-se como parâmetro a realidade para a qual se pretendia legislar (DIEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 18-20).

2.1 A fase pré-legislativa

Essa fase consiste em um “processo sociológico complexo” desencadeado quando os agentes sociais tornam crível a existência de uma “disfunção social”, que, portanto, exige resposta penal. A disfunção social nada mais é que a falta de relação entre uma determinada situação social e a resposta ou a falta de resposta que a ela dá o Direito Penal (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 21).

O “agente social” é aquele capaz de tornar pública a sua percepção quanto à existência de uma “disfunção social”, geralmente sob a forma de uma reivindicação (*claim*), e promover uma discussão a respeito em âmbitos comunicacionais relevantes na sociedade. É ainda aquele capaz de “garantir, com sua credibilidade pessoal ou com a exposição de suas razões, a pertinência da disfunção social alegada” (PAIVA, 2009, p. 84-86).

Para Díez-Ripollés (2005, p. 21-22) os agentes sociais podem ser institucionalizados (governo, partidos políticos, sindicatos...), ou organizados não institucionalizados (associações de proteção ao meio ambiente, de religiosas, de pacifistas, de feministas, de vítimas...), ou pessoas isoladas (ensaístas, cientistas, vítimas proeminentes...), ou os meios de comunicação.

Por outro lado, os agentes sociais são tidos por Zaffaroni e Nilo Batista como “empresários morais” sem os quais novas leis penais não seriam elaboradas pelas agências políticas. Podem ser empresários morais um “comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica direitos das minorias, etc...”. É preciso ressaltar a relevância da atuação dos empresários morais nessa fase de elaboração da lei penal (criminalização primária) para o processo seletivo do Sistema Penal. Não se pode olvidar que também desempenham seu papel de seleção quando da aplicação da lei penal (criminalização secundária), momento em que o poder punitivo atua sobre pessoas concretas (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 44-45).

Zaffaroni e Batista alertam que a empresa moral promove a “reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de drogas, etc...”. No entanto, tal reivindicação não é resolvida com a respectiva punição, mas com a adoção de medidas punitivas de caráter urgente que mitigam as reclamações e/ou as retiram do foco comunicativo com o decurso do tempo (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 45). Mas isso será tratado mais adiante e com foco no “agente social” mídia. Por ora a

intenção é apenas apresentar, em linhas gerais, como surge um “problema social” que demanda uma resposta penal e elencar os “agentes sociais” que contribuem para tanto.

A “disfunção social” pode ser real ou aparente. Os “agentes sociais” ativadores do processo podem ou não ter consciência do que ela é, mas também é possível que os agentes atuem exatamente para fazer parecer real uma disfunção aparente. E essa última opção é bastante freqüente na prática e, por isso, não pode ser ignorada. Trata-se de representações da realidade social que não são verificáveis empiricamente (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 22).

Para que uma “disfunção social” seja incluída na pauta de discussão pública, além de sua percepção, é preciso que o assunto desperte “atenção social” (PAIVA, 2009). E isso ocorre quando não se trata de assuntos “irresolúveis”, “remotos” ou “incompreensíveis”, mas daqueles dotados de elementos dramáticos, como ocorre com a criminalidade ou, pelo menos, com determinados tipos de crime, como aqueles violentos, geradores de preocupação social imediata, em razão da clara oposição aos princípios básicos da convivência. Além disso, esses crimes estão no foco dos meios de comunicação justamente pelo interesse que despertam. Chamam à atenção ainda os assuntos relacionados à experiência direta da maioria, em oposição às matérias de ordem técnica. Assim, um crime tributário não possui a repercussão que tem um crime violento (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

À inclusão da “disfunção social” na agenda temática social deve suceder a disseminação dessa disfunção ao conhecimento geral da sociedade, acompanhada por uma certa “estabilização cognitiva”, isto é, uma persistência da temática na agenda e o envolvimento emocional da população.¹⁴ Com isso, fica assentada uma insatisfação generalizada em relação à ausência, presença ou modo da intervenção penal, o que é potencializado com o medo em relação ao delito (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

Quando a disfunção é amplamente visível e está assentado o mal estar dela decorrente, ela ganha autonomia e se concretiza para tornar-se um “problema social”. E uma vez evidenciado o problema, surge a “demanda social”, sempre por uma lei penal (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2003).¹⁵ A “fase pré-legislativa” termina com absorção dessa demanda pela burocracia legislativa (PAIVA, 2009).

A mídia atua em todos os momentos: na constatação da disfunção, na sua inclusão na pauta de discussão social, na estabilização cognitiva da disfunção, bem como no envolvimento emocional da população e ainda na visibilidade da disfunção, necessária para sua elevação a um “problema social”. É ainda notória a participação da mídia na conformação da opinião pública e na transformação de um estado de opinião num programa de ação.

2.2 O agente social mídia

Muito embora a mídia não seja a única promotora do medo, da produção legislativa penal e da aplicação da lei penal, seu papel é de extrema relevância (SCHNEIDER, 1988). E aqui importa sua função na produção legislativa penal de cunho punitivista.

Para Zaffaroni, é evidente a importância da atuação dos meios de comunicação, especialmente da televisão, no exercício de poder de todo o Sistema Penal. Os meios de comunicação são como o “aparelho de propaganda do Sistema Penal”. Ele observa como esse aparelho propagandístico lança uma campanha “lei e ordem”, propaga o medo na população e pressiona as agências políticas e judiciais. Em nível nacional, os meios de comunicação geram a ilusão de eficácia do sistema penal e nos fazem acreditar que o perigo se restringe às “ameaças de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão” (2001, p. 128-129).

O discurso legitimador do Direito Penal veiculado na mídia tem promovido a crença na pena como solução de todos os conflitos, e o fundamento da legitimação pode ser qualquer um, porque não se debate a respeito. Sequer é considerado o fracasso da pena historicamente revelado. Trata-se do que ele denomina de “dogma da pena”. Há ainda, porém, o “dogma da criminalização provedora”, a crença de que a criminalização é capaz de resolver os problemas, como se ela pudesse influenciar a alma humana para fazê-la praticar determinadas condutas e abster-se de outras (BATISTA, 2003).

E não importa que a criminalização seja uma resposta inócua de efeitos meramente simbólicos. Porque ela é “mais do que um ato de governo do príncipe no estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou” (BATISTA, 2003, p. 246).

Certo é que a mídia, ao promover a divulgação da criminalidade como quer e, principalmente, com a gravidade que deseja, gera reações sociais – organizadas ou não - que serão canalizadas em menor ou maior medida para uma insatisfação com a ineficiência estatal no domínio do problema da segurança pública. Dessa forma, a mídia impõe mudanças na própria atuação do governante, dos parlamentares e/ou do parlamento como todo. Até porque eles têm a popularidade política diretamente afetada conforme são divulgados os crimes na mídia. Assim, o retrato da criminalidade dado pela mídia gera medidas políticas “populistas”, tomadas para “privilegiar a opinião pública em detrimento dos especialistas da justiça criminal” (GARLAND, 2008, p. 316).

Na América Latina os meios de comunicação propagam justificações ao exercício do poder penal, promovem a ilusão da eficácia do Sistema Penal e ainda interferem no processo social, na medida em que desencadeia reações sociais em razão das notícias que veicula (CERVINI, 1994). Tratado em linhas gerais o discurso legitimador que a mídia reproduz, é preciso estudar o seu ativismo na geração de reações sociais que podem culminar na elaboração de leis penais rígidas.

2.2.1 A constatação de uma disfunção social, sua inclusão na pauta de discussão social e a persistência da disfunção.

Para melhor entender a força da mídia na determinação do que é a realidade da criminalidade, é de grande valia notar que, nas sociedades do passado, o conhecimento dos homens acerca da realidade dependia das relações que eles mantinham diretamente com o meio; porém, nas sociedades atuais, a idéia que o indivíduo tem da realidade é cada vez mais produto “de uma transformação informativa dos meios de comunicação”(COHEN-SEAT; FOUGEYROLLAS, 1967, p. 10).

Dessa forma, os fatos tratados na mídia podem até existir anteriormente ao relato, mas eles não teriam qualquer significado para o indivíduo antes de serem por ela relatados (CERVINI, 1994, p. 44). Assim, certo é que a grande maioria que não vivenciou o crime pessoalmente percebe a realidade da criminalidade por meio da divulgação dada pela mídia.

E quando a mídia atua na divulgação de determinado caso, ela é capaz de fazer dele o representativo de uma insegurança incompatível com a realidade, contribuindo para o incremento da sensação de insegurança (insegurança subjetiva). Desencadeia-se, na verdade, um ciclo vicioso. Uma vez instigada a sensação de insegurança com a exposição de determinado fato pela mídia, aumenta o interesse da sociedade acerca do tema. Esse interesse contribui para que a mídia se debruce sobre a temática e persista na difusão de casos-símbolos, gerando mais interesse por parte da população. Nesse ciclo, a insegurança subjetiva torna-se de tal monta que: 1) fica difícil aferir se ela coincide com a insegurança objetiva ou ao menos dela se aproxima; 2) a população e mesmo as instituições organizadas se investem no papel de agentes sociais e, assim, a “demanda social” originariamente advinda da mídia passa a ser comungada pela população e seus diversos segmentos (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

Some-se a isso, a capacidade midiática de selecionar outros casos, até então desconhecidos, reproduzi-los e ligá-los ao primeiro, promovendo uma conexão ainda não

perceptível. A mídia ainda é capaz de destacar os danos provenientes do fato anunciado, bem como a necessidade de implementar determinadas medidas de ordem legislativo-penal para a solução do problema. Ao final desse processo, o resultado é a conformação da opinião pública pela mídia. E a opinião pública não é a opinião de toda a sociedade, tampouco de sua maioria, mas é a opinião de um grupo qualificado, dotado de capacidade para influir ou determinar o conteúdo e o modo de veiculação desse conteúdo na mídia (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

2.2.2 A ativação das burocracias

É no momento em que um “estado de opinião” transforma-se em um “programa de ação” que se fala em “ativação das burocracias”. Trata-se do aprofundamento da discussão do “problema social” para oferecimento de propostas para sua solução, que, no âmbito do Direito Penal Simbólico, é sempre a elaboração de uma lei penal de caráter rígido (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

É certo que aquela opinião antecipa as propostas políticas que sobrevirão. No entanto, os programas de ação são geralmente formulados por “grupos de pressão especializados”, que tomam o problema arraigado na opinião pública e passam a estudá-lo segundo seus conhecimentos de especialistas. Esses grupos analisariam as alternativas para a solução do problema e, ao final, elaborariam propostas exequíveis, sejam elas legislativas ou não. Ademais, tais grupos, no melhor dos casos, se preocupam com a realização de uma análise das conseqüências derivadas das medidas eleitas (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

Ocorre que os grupos especializados têm perdido cada vez mais espaço para os grupos de pressão da mídia e para grupos de vítimas e afetados no estabelecimento de programas de ação, que virão a ser incorporados pelas burocracias. É possível também que ambos os grupos atuem conjuntamente. Cabe destacar nesse momento que o ativismo das vítimas e de seus familiares deve muito à mídia e sua capacidade de fazer com que a sociedade compartilhe do sofrimento por eles experimentado.

Segundo Garland, uma das características do recente controle penal é o lugar privilegiado onde a imagem da vítima é colocada nos circuitos políticos e midiáticos. Os sentimentos dela e de seus familiares são como fonte de legitimidade dos programas de ação, do projeto de lei e da própria lei quando promulgada (GARLAND, 2008).

Pelo exposto, verifica-se que a recente¹⁶ política legislativa penal é marcada pela perda progressiva da intervenção de grupos especializados para grupos de pressão da mídia, que têm

assumido posição hegemônica para influir no surgimento de uma disfunção e na promoção dessa disfunção a problema social. A hegemonia da mídia ainda está em sua capacidade para mover um programa de ação dirigido explicitamente à solução do problema. O resultado desse protagonismo midiático é a redução expressiva de reflexão em torno da necessidade da intervenção penal e de sua capacidade para solucionar ou minimizar o problema (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2003). Decai a reflexão de ordem jurídica, criminológica e político-criminal.¹⁷

Segundo Raul Cervini, na América Latina, muito frequentemente, os meios de comunicação criam o ambiente propício, bem como geram e fortalecem o estado subjetivo de insegurança, propiciando o surgimento de uma solução punitiva ou precipitando a aprovação de reformas legislativas de caráter cada vez mais repressivo (1994, p. 47).

O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

A legislação brasileira parece pautar-se cada vez mais numa função simbólica, notoriamente após a década de 1990. Nesse contexto, a Lei de Crimes Hediondos é exemplo paradigmático. A Lei 8.072/90 definiu como hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte e genocídio, tentados ou consumados; aumentou-lhes as penas mínimas antes cominadas, vedou a concessão de liberdade provisória, anistia, graça e indulto e vedou o recurso em liberdade. Após, vieram ainda as Leis 8.930/94, 9.677/98 e 9.695/98 para estender o rol dos crimes hediondos.

3.1 As fases pré-legislativa e legislativa da Lei 8.072/90

Já no momento da Assembléia Constituinte de 1988 a criminalidade era consensualmente entendida como “problema social”. Surgiu inclusive proposta para que se estabelecesse pena de morte na Constituição como solução ao “problema da violência”, mas ela não foi incluída no texto constitucional. No entanto, o afã repressivo do constituinte teve lugar nos incisos XLII, XLIII, XLIV do art. 5º da Constituição da República de 1988. O penúltimo inciso previu que seriam considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia os crimes definidos como hediondos e equiparados.

No final da década de 1980 já havia uma “disfunção social” vinculada à extorsão mediante seqüestro, que estava na pauta de discussão pública. É o que demonstra a reportagem de capa da Veja, revista semanal de maior circulação no país¹⁸: “*Seqüestros: o medo chega às famílias*”. Segundo a reportagem, a inflação, a corrupção e as dificuldades do presidente Sarney para contornar a situação financeira do país não deviam preocupar o brasileiro tanto quanto o “seqüestro”,¹⁹ que seria “fenômeno bem mais grave e urgente, que tira a paz das famílias, humilha as autoridades e representa um risco imediato de vida para um número cada vez maior de pessoas”.²⁰

Conforme esclarece Paiva, nesse momento não são constatadas reivindicações pelo recrudescimento de penas, mas seus defensores já tinham lugar na mídia. Assim é que autoridades políticas centraram o problema na lei penal. O secretário de segurança pública do estado de São Paulo, Luiz Antonio Fleury Filho, sustenta na reportagem que “seria necessário adotar penas mais duras” e que “uma das medidas adotadas poderia ser a pena de morte para crimes de seqüestro seguido de morte”. Além dele, o ministro da justiça Saulo Ramos disse que “a liberdade da lei acaba transformando o seqüestro num bom negócio” (PAIVA, 2009, p. 98-99).

Com o seqüestro do empresário Abílio Diniz, em 11 de dezembro de 1989, aumentaram os reclames por uma reforma penal que agravasse as penas de crimes violentos (FRANCO, 2011, p. 159). Posteriormente, em 05 de junho de 1990, foi seqüestrado Roberto Medina. A temática ganhou duas capas da revista Veja: “*A praga dos seqüestros: bandidos, policiais, políticos e advogados se misturam para terminar o maior sequestro do Rio de Janeiro – a cidade em que o crime cada vez mais dá as cartas*”²¹ e “*O pesadelo de uma bela cidade – marcado pelos seqüestros, o Rio tem uma população empobrecida e uma economia anestesiada*”.²²

A repercussão que esses casos tiveram na mídia (televisiva e escrita, principalmente) levou a disfunção ao conhecimento geral da sociedade e permitiu a persistência do problema na pauta de discussão social, bem como o envolvimento emocional da população.

As pessoas se identificavam com o sofrimento das vítimas graças à maneira como a mídia veiculava as notícias a respeito dos casos, relacionando-os ao medo das famílias. Com isso, a sociedade se convenciu da gravidade do problema dos seqüestros, enquanto as pessoas se colocavam como possíveis vítimas, mesmo aquelas com probabilidade irrisória de serem vitimadas conforme as estatísticas (PAIVA, 2009, p.100-101).

A persistência da temática na mídia e o envolvimento emocional da população são fatores que se retroalimentam e, por conseguinte, fortalecem o problema ao ponto de surgir

uma *demanda social* pelo recrudescimento do tratamento penal até então deferido ao crime de extorsão mediante seqüestro.

Impende questionar a esse ponto se a *disfunção social* era real ou aparente, ou seja, é preciso perquirir se realmente faltava a devida resposta penal à situação social em análise²³, ou seja, ao crime de extorsão mediante seqüestro.

Não é todo fato criminoso noticiado que fomenta a constatação de uma *disfunção social*. Também não é toda disfunção que se eleva ao status de *problema social*. Nas décadas de 1980 e 1990 notou-se o aumento na ocorrência de vários delitos²⁴, todavia, a tutela penal não foi entendida como insatisfatória quanto a cada um deles. A rigor, o aumento das taxas poderia ter sido considerado ao menos como indicador de *disfunções sociais*. No entanto, cada uma dessas possíveis disfunções permaneceram ocultas porque elas não foram incluídas na agenda temática social, em razão do que não houve a visibilidade social e o envolvimento emocional da população necessários para elevar tais disfunções ao nível de *problemas sociais*.

Analisando as estatísticas apontadas pela revista Veja em 23 de agosto de 1989, conclui-se que, entre 1989 e 1990, a probabilidade de que um paulistano fosse vítima de extorsão mediante seqüestro era 775 vezes menor do que de homicídio doloso, mas este crime não motivou qualquer reportagem na revista. Uma das razões para isso certamente está no fato de que o elevado índice de homicídios circunscreve os bairros mais pobres da capital paulista.²⁵ É notório que “o perfil do paulistano assassinado não é o mesmo do paulistano seqüestrado” (PAIVA, 2009, p. 105-106).

A esse ponto fica ressaltada a importância da “opinião pública” nessa *fase pré-legislativa*. Porque a “opinião pública” não coincide com opinião de toda a sociedade ou da maioria, ela pertence a um grupo qualificado de pessoas, aquelas capazes de determinar os conteúdos dos meios formadores de opinião e a forma de propagação desses conteúdos (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005).

É válido lembrar que o próprio medo do crime de extorsão mediante seqüestro foi conformado pela mídia. A “construção social da notícia, mediatizada pelo poder econômico e político, vai gerando atitudes e valores, isto é, elementos de juízo, para que se crie um sentimento de insegurança que é absolutamente seletivo”. Com isso, é estabelecido o que se deve temer, ocultando-se outras condutas igualmente danosas, mas que não causam medo (DE CASTRO, 2005, p. 215).

Assim, é forçoso concluir que o *problema social* estava no campo da percepção. No entanto, em maior ou menor medida, assim sempre será. Conforme demonstrado

anteriormente, nessa fase *pré-legislativa*, a atuação dos *grupos de pressão da mídia* e a conformação de uma *opinião pública* tendem a apontar para um *problema social* conforme seus interesses – de forma consciente ou não. Dessa forma, desvia-se da realidade como ela é, pois tais agentes se sustentam numa *representação social da realidade*.

Os grupos de pressão da mídia encontraram “apoio especializado às demandas sociais pelo endurecimento penal, pois sobreveio um *programa de ação* proposto por um grupo especializado”, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao ministro da justiça (PAIVA, 2009, p.109-110), que elaborou o Projeto de Lei nº 3.734/1989.

O projeto deixa clara a sua pretensão de que conteria a criminalidade violenta com o maior rigor penal.

[...]Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante seqüestro etc. vêm intranqüilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade. [...] O projeto pretende, com as inovações que introduz na legislação ordinária, proteger a sociedade, tutelando os bens jurídicos mais importantes dos cidadãos, para tanto reforçando o jus puniendi do Estado e municiando a autoridade de instrumentos hábeis à contenção da criminalidade violenta. Diante de tais considerações, é viável se afirmar que a lei ora projetada se constitui medida de grande alcance para a prevenção e repressão da criminalidade. [...] (BRASIL, 1989, p. 10.605-10.607).

O projeto propunha a classificação dos crimes hediondos em duas “faixas”. Numa estariam os crimes eleitos pelo legislador, “como o latrocínio, a extorsão qualificada pela morte, a extorsão mediante seqüestro seguida de morte etc.”, porque eles mereciam uma reação penal mais severa do Estado em razão da pena abstrata a eles cominada ou pela natureza do fato. Ressalte-se que tais crimes tiveram a estrutura típica totalmente preservada. Numa segunda “faixa”, foram inseridos “os delitos que, cometidos com violência física à pessoa, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, provoquem intensa repulsa”. Aos condenados por crimes hediondos estariam vedados a concessão de anistia e de graça, o regime progressivo de cumprimento de pena e a fiança. Ademais, o projeto acrescia às restrições constitucionais, a vedação de indulto, liberdade provisória e recurso em liberdade.

Quando o Projeto de Lei nº 3.754/1989 foi apresentado ao Congresso Nacional, ali já tramitavam outros sobre a mesma matéria: 1) Projeto de Lei nº 2.105/89, que agrava as penas do roubo, do seqüestro e do estupro seguido de morte e exclui dos condenados qualquer tipo de direito na fase de execução da pena; 2) Projeto de Lei nº 2.154/89, que impunha regras rigorosas em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, dentre elas a obrigatoriedade

de prisão preventiva, o recurso obrigatório pelo ministério público das sentenças absolutórias; 3) Projeto de Lei nº 2.529/89, que previa a duplicação da pena dos delitos por ela arrolados como hediondos, que são as violências praticadas contra menores impúberes, os executados com evidente perversidade, o estupro, o seqüestro se atingida a incolumidade do refém, o genocídio, o assalto com homicídio ou periclitacão de vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo.

Depois surgiram ainda outras propostas. O Projeto de Lei nº 3.875 de 1989, que estabelecia pena mínima de vinte e máxima de trinta anos para diversos delitos e “os crimes que provoquem intensa repulsa”. Além daquele, havia também o Projeto de Lei nº 5.270, que elevava as penas do crime de extorsão mediante seqüestro com a justificativa de que

a crescente incidência do sequestro no Rio de Janeiro e, praticamente, em todo o Brasil, transformando-o em indústria altamente lucrativa, à custa do sofrimento das famílias das vítimas e dos amigos e no pânico que se generaliza na sociedade, exige providências legais imediatas e uma pronta ação no Congresso Nacional (BRASIL, 1990a, p. 7.045).

E ainda havia o Projeto de Lei nº 5.281/90, que estabelecia regime integralmente fechado e vedava o livramento condicional aos condenados por extorsão mediante seqüestro, cuja exposição de motivos deixava claro a “necessidade de agir” que se impunha aos parlamentares.²⁶

A crescente incidência do sequestro no Rio de Janeiro, criando uma indústria altamente lucrativa, obriga a uma tomada de posição do Congresso Nacional, visando coibi-lo. Somente a lei mais rígida poderá intimidar a sua prática, razão pela qual a nossa proposição de que o seqüestro, em qualquer de suas hipóteses, deve ser punido, sempre com reclusão em regime fechado (BRASIL, 1990b, p. 7.297).

Os projetos deram origem ao Projeto Substitutivo nº 5.405/90, cuja elaboração ficou a cargo do deputado Roberto Jefferson, relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação. O projeto substitutivo foi aprovado pela Câmara e pelo Senado em razão de acordo firmado entre todos os líderes dos partidos políticos, sem nenhuma discussão mais aprofundada. Por fim, o projeto foi submetido ao presidente, que o promulgou, com dois vetos, dando origem à Lei 8.072/90.

As discussões travadas pelos parlamentares revelam a elaboração da lei era resposta à demanda dos meios de comunicação e da opinião pública por um tratamento penal mais severo que pusesse fim à criminalidade.

A urgência da temática ficou evidente quando o Projeto Substitutivo n ° 5.405/90 foi votado à frente de outro relativo à política salarial. Diante das interpelações de dois deputados sobre a relevância da questão salarial, o presidente em resposta afirmou que a Mesa estava colocando em votação as matérias em “regime de urgência urgentíssima” e que votariam primeiramente “uma lei contra o crime organizado, contra o seqüestro, com pouca discussão”.

A pressão a que o Congresso estava submetido era evidente. O deputado Érico Pegoraro (PFL/RS) requereu ao presidente que lhe desse a oportunidade de ler o projeto substitutivo. O presidente em resposta indagou-lhe: “Então, V. Exa assume a responsabilidade de pedir o adiamento da sessão?”. No entanto, não havia coragem para tanto, em razão do que se seguiu a proposição do deputado Plínio Arruda Sampaio de que votassem a matéria dentro de uma hora.

Todos sabemos da responsabilidade que temos perante a opinião pública de votar rapidamente uma lei que agrave a punição dos crimes de seqüestro para extorsão de dinheiro. [...] Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. Se o projeto se limitasse ao crime de sequestro para extorsão de dinheiro, sobre o qual há consenso do Plenário, poderíamos aprová-lo desde já. [...] Será que não haveria possibilidade de votarmos outra matéria antes? Daqui a uma hora, leremos novamente essa matéria com calma e então poderemos votá-la. Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob ameaça de hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir o adiamento da votação. (BRASIL, 1990c, p.8231)

Foi nesse clima emocional que foi gestada a Lei 8.072/90. A compreensão desse cenário de pressão exercida pela mídia permite entender como foi possível a promulgação de uma lei rica em inconstitucionalidades, impropriedades, contradições e conceitos penais levianos (FRANCO, 2011, p. 162).

A Lei 8.072/1990 considerou hediondos os seguintes crimes, tentados ou consumados: latrocínio (art.157, § 3º, CP), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º, do CP), extorsão mediante seqüestro simples e na forma qualificada (art. 159, caput, §§ 1º e 2º), estupro (art. 213, caput, CP), atentado violento ao pudor (art. 214), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º, CP), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270 combinado com art. 285, ambos do CP), bem como o crime de genocídio (Decreto-Lei nº 2.848/1940).

A lei elevou consideravelmente as penas cominadas a esses delitos, com exceção do crime de genocídio. Vedou a concessão de anistia, graça e fiança, tal qual dispunha o texto constitucional. E foi além. Vedou também a concessão de indulto, liberdade provisória e

determinou regime de cumprimento de pena integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. Ademais, estabeleceu a necessidade de cumprimento de dois terços da pena para obtenção do livramento condicional, elevou o prazo da prisão temporária para trinta dias, prorrogável por igual período.

3.2 As leis expansivas do rol de crimes hediondos

O assassinato de crianças e adolescentes de rua, que moravam sob a marquise da Igreja da Candelária, e de moradores da favela do Vigário Geral²⁷ motivou a iniciativa do Executivo que, por meio do Ministro da Justiça, ofereceu o Projeto de Lei nº 4.146/1993 para incluir a prática de homicídio em atividade típica de grupos de extermínio, ainda que cometida só por um agente, no rol dos crimes hediondos disposto na Lei 8.072/90.

O então ministro da justiça Maurício Corrêa justificou a proposta na necessidade de “coibir a violência nos grandes centros urbanos, em especial a atividade de grupos de extermínio”, e no decorrer de suas justificações fez clara alusão aos referidos episódios violentos, que tiveram repercussão internacional.

Somou-se a isso, o assassinato da atriz Daniela Perez de grande repercussão na mídia.²⁸ A mãe da vítima, a novelista da Rede Globo Glória Perez, promoveu campanha para inclusão do crime de homicídio no rol dos crimes hediondos, com a qual angariou um milhão e trezentas mil assinaturas, preenchendo o requisito constitucional para iniciativa popular de lei.²⁹

O projeto foi recolocado em pauta e aprovado em votação simbólica e, uma vez enviado ao Presidente da República, foi aprovado, surgindo a Lei nº 8.930, em 06 de setembro de 1994.

Alguns anos depois, mais um casuísmo determinou a expansão do subsistema punitivo repressivo dos crimes hediondos, através da aprovação da Lei 9.677 de 1998. Mais uma vez o legislador não soube resistir aos grupos de pressão da mídia e à opinião pública e respondeu ao sentimento de repulsa popular com outra lei penal repressiva, sem o necessário processo de discussão e maturação a respeito da temática.

Trata-se do escândalo da falsificação de remédios que teve grande repercussão na mídia. Os placebos, que se faziam passar por verdadeiros, vitimaram várias pessoas. Cento e oitenta e nove mulheres engravidaram com os falsos contraceptivos, idosos morreram com remédio para câncer também falso. A mídia promoveu, revelou e deu tom dramático ao

problema social. O sentimento de insegurança tomou conta do país. Então, o Direito Penal foi novamente chamado para dar a solução ao problema. Surge o Projeto de Lei nº 4.207/1998, que propõe incluir no rol de crimes hediondos, o crime de corrupção, adulteração e falsificação de substância alimentícia ou medicinal, expondo a venda, na forma qualificada.

Elaborada no seio da comoção social, motivada pela urgência em dar resposta à “opinião pública”, a lei foi publicada com equívocos tão grosseiros que cerca de um ano depois foi promulgada outra lei para retificá-la. É que quando publicada a Lei 9.677/1998, em 02 de julho de 1998, muito embora a ementa previsse a classificação dos delitos nela dispostos como hediondos, o seu texto não o fazia. Assim, sobreveio a Lei 9.695, em 20 de agosto de 1998, que previu como crime hediondo apenas a figura do art. 273 (falsificação, corrupção adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais).

Contudo, a Lei 9.677/1998 veio com suas próprias impropriedades: a inadmissível falta de técnica legislativa, a absurda equiparação da falsificação de medicamentos à de cosméticos e de saneantes, bem como a absurda, desproporcional e inconstitucional cominação de no mínimo dez anos de pena de reclusão para um delito de perigo abstrato (FRANCO, 2011, p. 178).

3.3 A fase pós-legislativa: uma avaliação dos efeitos da Lei de Crimes Hediondos

Conforme demonstrado, a Lei 8.072/90 e as demais leis que estenderam o rol dos crimes hediondos surgiram em razão de casos de repercussão nacional que canalizaram a *demand social* por uma intervenção penal mais incisiva, graças à atuação da mídia. As referidas leis, como já tratado, foram elaboradas e promulgadas com a clara intenção de enfrentar o crime, partindo-se da premissa de que leis penais severas são a melhor resposta para os *problemas sociais*.

Ficou claro que a elaboração e a promulgação das leis não foram precedidas de estudo ou mesmo discussões mais profundas sobre o *problema social* em destaque e a eficiência das medidas eleitas para a solução do problema.

No entanto, é sabido que políticas criminais pressupõem a eleição das medidas mais eficazes para contenção do crime. Assim, de início, o recurso simples à elaboração de uma lei mais severa, sem qualquer consideração científica, é um erro. A ausência de um planejamento prévio e da eleição das “opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do

crime” já indica que os resultados provavelmente não serão satisfatórios (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2008, p.164).

Conforme o estudo realizado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/Brasil), a eficácia na implantação de Políticas Públicas depende de planejamento, implementação, monitoramento e avaliação dos resultados obtidos. O estudo aponta que a Política Criminal brasileira orienta-se por “concepções teóricas contraditórias, adotadas sem um planejamento efetivo e com monitoramento – quando existente – descontínuo” e conclui que, em vista dessa falta de unidade e critério, não é possível sequer falar em Política Criminal no Brasil (ILANUD/BRASIL, 2005, p. 7-8).

De fato, se por um lado ficou demonstrado que a Lei de Crimes Hediondos foi destinada a atender a opinião pública no seu anseio por uma medida que coibisse a criminalidade, por outro, não há uma avaliação institucionalizada acerca dos resultados obtidos com a lei.

No Brasil ainda não há um sistema unificado de dados estatísticos. A produção desses dados é promovida atualmente por cada estado federado à sua maneira e à sua frequência. No entanto, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), ligada ao Ministério da Justiça, tem reunido esforços para a implementação do Sistema Nacional de Estatística Criminal, mas ele ainda não é realidade (BRASIL, 2011).

É preciso ressaltar que não se descuida dos problemas – ou, às vezes, impossibilidades - que envolvem aferir a realidade social por meio de estatísticas. As estatísticas criminais não retratam fielmente a realidade, mas são, porém, a única possibilidade empírica para avaliação da criminalidade. Assim, é preciso um esforço para a unificação de dados e a criação de um sistema nacional, mas também são imprescindíveis estudos que ressaltem as limitações dos dados apresentados, para que a divulgação deles seja honesta e cientificamente orientada.

Segundo Alberto Silva Franco, a carência de dados estatísticos confiáveis confirma a impressão inicial de que a legislação penal possui mais um sentido simbólico do que um propósito de tutela bens jurídicos (FRANCO, 2011, p. 807). Ele ainda conclui que “a Lei de Crimes Hediondos não contribuiu em nada para a modificação do quadro numérico dos delitos catalogados como hediondos ou assemelhados”. A base para tal afirmação foram os levantamentos da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, que produz dados de maneira mais sistemática e confiável se comparada a outros estados da federação. O levantamento realizado entre os anos de 1991 e 2003 não apontou redução significativa nas taxas delitivas dos crimes taxados como hediondos e, no entanto, verificou-se aumento nos índices relativos

aos crimes de homicídio; roubo seguido de morte; extorsão mediante seqüestro; extorsão; estupro; atentado violento ao pudor e tráfico de entorpecentes³⁰. Quando comparados os dados desse período aos anos que precederam a publicação da lei, ou seja, à década de 1990, observa-se uma estabilidade das taxas, segundo o Anuário Estatístico de São Paulo³¹.

O ILANUD elaborou em 2005, a pedido do Ministério da Justiça, um relatório de pesquisa em que procede a “avaliação dos impactos gerados pela Lei 8.072/90, conhecida como Lei de Crimes Hediondos, nos índices oficiais de criminalidade e no sistema prisional e, conseqüentemente, na aferição de sua eficácia” (ILANUD/BRASIL, 2005).

A pesquisa concluiu que “não se verifica, na maioria dos crimes, redução nos índices após a edição da lei, o que por si já indica sua inocuidade”. Quanto ao impacto sobre o sistema prisional, a conclusão foi de que a lei “concorreu para o agravamento de um problema bastante sério - a superpopulação prisional” (ILANUD/BRASIL, 2005).³²

Mesmo diante de todos os problemas de ordem metodológica envolvidos, acreditamos ser forçoso reconhecer que não é possível afirmar com certeza a utilidade da lei para redução dos crimes. Conforme bem lembrou Paiva, é possível o prognóstico de que os impactos da lei não foram satisfatórios, principalmente em razão do “apelo dessa lei à premissa tida como inquestionável – o aumento do rigor da pena é a melhor forma de combater o crime” (PAIVA, 2009, p. 144).

É preciso concordar com Alberto Silva Franco quanto à inocuidade do recurso a leis penais repressivas para equacionar o problema da criminalidade, diante do quadro social brasileiro que está a exigir efetiva intervenção do Estado na realidade social mediante políticas públicas de conotação social (FRANCO, 2011, p.818).

Ademais, cabe ressaltar o problema sério que envolve a justificação do castigo pelo caráter dissuasório da pena (prevenção geral negativa). A impossibilidade de demonstrar seu efetivo resultado, ou mesmo sua “ineficácia manifesta”, acaba por permitir que sejam elevadas ainda mais as penas na crença de que elas não estão operando resultados porque não estão em quantidade suficiente para tanto. É o que teria ocorrido nos últimos vinte e cinco anos do século vinte (ANITUA, 2007).

Conforme já tratamos, o recurso a exaltação da prevenção geral negativa era conseqüência do desalento dos penalistas quanto à possibilidade ressocializadora da pena. Ocorre que se esta última não havia funcionado, nada de concreto havia a demonstrar que a primeira funcionaria. Embora a prova empírica de sua ineficácia seja difícil, “as numerosas pesquisas realizadas para medir os efeitos preventivos negativos mostravam, igualmente, que estes eram inexistentes ou, em todo caso, muito secundários” (ANITUA, 2007, p. 798).

Falar na capacidade dissuasória da Lei de Crimes Hediondos envolve ter em vista ainda que tal capacidade somente se refere a determinados crimes que são caracterizados genericamente pela premeditação, como ocorre com a extorsão mediante seqüestro e o tráfico. Os crimes de homicídio são em sua maioria passionais. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são crimes de impulso. O latrocínio também dificilmente ocorre de maneira premeditada, o agente sai para roubar, a morte é, às vezes, consequência, mas não é sua intenção primeira. Essas interessantes considerações fizeram parte da pesquisa do ILANUD já mencionada, porém de maneira mais aprofundada (ILANUD/BRASIL, 2005).

Além de não servir comprovadamente à sua intenção dissuasória e de redução da incidência dos crimes nela tratados, a Lei de Crimes Hediondos ainda não foi capaz de atender definitivamente à demanda social por rigor punitivo, porque essa se renova a cada dia ao alvedrio da *opinião pública*. O que revela o risco constante de recorrer-se mais e mais à edição de leis penais rígidas para a satisfação de uma *necessidade de agir*, que por certo não desaparecerá.

Assim, se o problema do Direito Penal é “conciliar a tutela da segurança social com o respeito à pessoa humana” (REALE JR, 1983b, p.81), quanto à Lei de Crimes Hediondos, além de não ser verificável a sua contribuição na tutela da segurança, o desrespeito à pessoa humana foi flagrante. A lei serviu para elevar a taxa de encarceramento, para violar princípios constitucionais de legalidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e individualização de penas, bem como para “lesar direitos processuais já consagrados em nível constitucional” (FRANCO, 2011, p.814).

Conforme explicou Díez-Ripollés (2002), há que se falar em uma função eminentemente simbólica quando a Lei desrespeita os “princípios da sanção penal”: o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade das penas e, por fim, o princípio teleológico, que enunciaria a necessidade de que a pena cumpra os efeitos a ela atribuídos pela escolha política. Em vista disso, a Lei de Crimes Hediondos não pode ser outra coisa senão uma lei eminentemente simbólica.

3.4 A persistência da legislação simbólica

O cenário político não se alterou de maneira significativa desde a aprovação da Lei de Crimes Hediondos: de 1989 a 2007 foram duzentos e nove medidas legislativas apresentadas no Congresso para criar ou alterá-la (PAIVA, 2009).

Segundo a tese de Laura Frade (2007), entre os anos de 2003 a 2006, houve propostas de lei para tornar hediondos os crimes de: corrupção de menores, contra a administração pública, submissão de menor à prostituição, homicídio doloso contra agente público (mais de uma proposição), eutanásia e interrupção voluntária da gravidez, contratação de serviço clandestino de vigilância, contra homossexuais, trabalho escravo (mais de uma proposição), seqüestro relâmpago, tráfico de mulheres, interceptação de comunicação telefônica, dentre outros. Ela alerta, com razão, para o risco de tudo tornar-se hediondo.

A análise por ela feita sobre o que o Congresso Nacional pensava na quinquagésima segunda legislatura, de 2003 a 2007, a permitiu concluir que o combate ao crime não é prioridade e que o tema é tratado de forma casuística (FRADE, 2007, p. 180-181).

O Congresso Nacional, portanto, persiste e possivelmente continuará persistindo na elaboração de leis fiéis à opinião coletiva sobre uma realidade social conflitiva, sem qualquer consideração acerca da eficiência da medida legislativa para a solução do problema.

CONCLUSÕES

1. O termo Direito Penal Simbólico dá nome à orientação da produção legislativa penal para atender à opinião pública e aos grupos de pressão da mídia e para desatender, por outro lado, às funções instrumentais que declara objetivar. A lei, na verdade, torna-se a representação da capacidade do *Jus Puniendi Estatal* em proteger os bens jurídicos da sociedade.
2. O Direito Penal Simbólico caracteriza-se pelas discrepâncias entre o que a lei declara objetivar e o que realiza e, ainda, entre a capacidade modificadora da realidade e dos comportamentos humanos que é atribuída ao Direito Penal e a real capacidade dele em fazê-lo. Esta última discrepância gera outra, desta vez entre as decisões políticas e a produção científica penal.
3. A capacidade modificadora atribuída ao Direito Penal é conseqüência da atuação da mídia, na medida em que ela revela uma disfunção social, a eleva a problema social e, ainda, às vezes, formula programas de ação, quase sempre coincidentes com o enrijecimento do tratamento penal. E é no momento da elaboração desse programa de ação pela mídia, que ela atribui, de forma direta, capacidade modificadora ao Direito Penal. Quando a mídia atribui expressamente ao Direito Penal a capacidade de resolver

um problema social, as burocracias políticas incorporam o programa de ação da mídia sem maiores discussões sobre a real adequação das medidas e suas conseqüências.

4. A Lei de Crimes Hediondos foi elaborada como resposta do legislador à sociedade em razão dos casos que ganharam repercussão nacional graças à atuação da mídia e que, por isso, foram erigidos à categoria de problema social. A resposta legislativa visava demonstrar que eram tomadas medidas capazes de reduzir a criminalidade, quando, na verdade, a escolha das medidas não foi acompanhada de qualquer discussão ou estudo acerca do real alcance delas. A lei fracassou quanto a seu principal objetivo que era reduzir os crimes hediondos por meio de um tratamento penal rigoroso e ainda não foi capaz de atender completamente à opinião pública e aos grupos de pressão da mídia, por outro lado, ela significou ofensa aos princípios teleológico, da proporcionalidade e da humanidade das penas. Assim, a Lei de Crimes Hediondos é eminentemente simbólica.
5. O recurso à edição de leis penais como pronta resposta aos problemas sociais é um fenômeno que deve ser estudado e criticado para que seja contido, sob pena do incremento de leis emergenciais que, embora não contribuam para a solução dos problemas sociais, significam a involução do Estado Democrático de Direito e mácula aos princípios constitucionais penais.
6. Cremos que, diante do cenário atual, os princípios constitucionais limitadores do Poder Punitivo Estatal não estão sendo observados pelo legislador como deveriam. Assim, é de grande valia dar continuidade à pesquisa sobre a legislação de função eminentemente simbólica no Brasil, com enfoque nas possibilidades que o Controle de Constitucionalidade brasileiro oferece para sanar as inconstitucionalidades que inevitavelmente decorrem da forma de legislar apontada. Diante do que aqui foi tratado, é possível afirmar que o Controle de Constitucionalidade Preventivo Político exercido pela Comissão de Constituição e Justiça não seria eficaz para impedir a aprovação de leis simbólicas inconstitucionais, pois os parlamentares brasileiros pautam-se cada vez mais pelo atendimento aos grupos de pressão da mídia. Além disso, eles não têm interesse político em deixar de aprovar leis simbólicas seja diante do risco de impopularidade seja porque simplesmente não lhes atrai discutir a questão da criminalidade, já que outra forma de atuação lhes renderá mais votos.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1994.

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 42, p. 242-263, 2003.

BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 334-348, 2003.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 3.734 de 27 de setembro de 1989. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 28 set. 1989, p. 10.605-10.607, col. 02.

BRASIL. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, 14 jun. 1990. 1990 a. p. 7.045.

BRASIL. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, 20 jun. 1990. 1990 b. p. 7.297

BRASIL. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, 29 jun. 1990. 1990 c. p. 8.231.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico médio ambiente. **Pena y Estado**. Barcelona, n. 1, p. 101-109, sep./dic. 1991.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional no Brasil pós-1988**: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. 2010. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

CERVINI, Raúl. Incidencia de la mass media en la expansión del control penal en latinoamerica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 10, n. 37, Jan/Mar, 2002.

COHEN-SEAT, Gilbert. Cohen-Seat, Gilbert y Fougeyrollas, Pierre. **La influencia del cine y la television**. Edit. Fondo de Cultura Economica, México, 1967, p. 10 y ss.

CONTI, Mario Sergio. **Notícias do Planalto**. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

DIEZ-RIPOLLES, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIEZ-RIPOLLES, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, año XXXV, num. 103, enero-abril de 2002, pp.63-97.

DIEZ-RIPOLLES, Jose Luis. **Um modelo dinâmico de legislação penal**. Disponível na internet em: <http://unifr.ch/derechopenal>, 2001

FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional Brasileiro pensa sobre a criminalidade**. 2007. 271 f. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, Brasília.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GÁRCIA-PABLOS, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução aos seus fundamentos teóricos. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GARLAND, Davi. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas Emergenciais contra a violência no Brasil. **A violência multifacetada: Estudos sobre a violência e a segurança pública**. Coordenação de César Barros Leal e Heitor Piedade Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. **Pena y Estado**. Barcelona, no 1, pp. 23-36, sep./dic. 1991.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Fabris, 2008.

ILANUD/BRASIL. **A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal**. Revista Ultima Ratio, Rio de Janeiro, 2006, ano 1, n. 0.

KARAN, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luan, 1991.

MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELOSSI, Dario. Ideologia y Derecho Penal: el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? **Pena y Estado**. Barcelona: n. 1, pp. 57-66, sep./dic. 1991.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência**: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: Método, 2007.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. **Fábrica de penas**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, pp. 39-60, 2004

RAMIREZ, Juan Bustos. **Los medios de comunicación de masas**. Barcelona: Península, 1983.

REALE JR, Miguel. Liberdade e Política. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983a e 1983 b.

REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 763, 1999.

REALE JR., Miguel. Avanços e retrocessos. **Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: RT, 1992.

SCHNEIDER, Hans. *Crime in the mass media*. **Journal: EuroCriminology**, volume: 2, dated:(1988), pages:5-27. Disponível em www.ilanud.or.cr/A085.pdf.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal. **Pena y Estado**. Barcelona, ano 1, n. 1, p. 9-22, sep./dic. 1991.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do direito Penal. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

- ¹ Compartilham desse entendimento: Winfried Hassemer (2008) e Gabriel Ignacio Anitua (2007). Em sentido contrário: Díez-Ripollés (1995), cujos pensamentos serão tratados à frente.
- ² “Aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes”.
- ³ “Fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales”.
- ⁴ “Generan determinadas representaciones valorativas en las mentes”. “Aquel que supone cierta modificación de la realidad social y, más em concreto, de los comportamientos humanos”.
- ⁵ Se a prevenção já é altamente questionável, os efeitos psicológicos são ainda mais (BARATTA, 1994). Além disso, esses efeitos psicológicos são altamente deturpados pela sensação de insegurança, que é maior do que a real insegurança (SILVA- SANCHEZ, 2002). Cumpre registrar que Díez-Ripollés não se esqueceu das demandas irracionais da sociedade, mas ele acredita que esse efeito ruim não pode conduzir à conclusão de que todo efeito simbólico é ruim, porque ele seria necessário aos fins utilitários da pena (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2002).
- ⁶ Concepção partilhada por Baratta, Melossi, Basoco e Sáchez, segundo Díez-Ripollés (2002, p. 85-86). Hassemer, todavia, entende o Direito Penal Simbólico como uma ficção de que são cumpridas funções manifestas quando são cumpridas as latentes (2008).
- ⁷ Assim entendem Díez-Ripollés (2002) e Hassemer (2008).
- ⁸ A expressão é de Silva-Sanchez (2002).
- ⁹ BARATTA (1994), HASSEMER (2008), TERRADILLOS BASOCO (1991), MELOSSI (1991), BUSTOS RAMÍREZ (1991), SILVA-SÁNCHEZ (2002).
- ¹⁰ A transformação definitiva ou temporalmente do autor do delito em um ser incapaz de cometer outros (BARATTA, 1994, p. 19).
- ¹¹ A opinião pública é um estado de opinião, uma interpretação consolidada de certa realidade social e um acordo básico sobre a necessidade e o modo de influir sobre a mesma. Não se trata da “opinião majoritária da sociedade, seja qual for seu modo de verificação, nem o total espectro de opiniões existente na sociedade sobre o tema de que se trata, se é que tal espectro pode se apresentar de modo coerente, nem sequer é a opinião do conjunto de pessoas que controlam os conteúdos dos meios de comunicação, pois deve-se delimitar a referência aos meios mais relevantes. Por outra parte, tampouco se deve exigir que a opinião pública, assim definida, seja uniforme ou unânime, mas deve sim representar maiorias inequívocas ou tendências significativas” (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2005, p. 30-31).
- ¹² Segundo Garland, o controle penal das últimas décadas do século XX é caracterizado por medidas de “endurecimento com o crime” cujas principais características são: 1- a preocupação política com a proteção do público e de seus sentimentos muito mais do que com a punição ou proteção do público; 2- o caráter populista das medidas; 3- a utilização da imagem da vítima como fonte de apoio e legitimidade para as medidas políticas.
- ¹³ Adotaremos o modelo de Díez-Ripollés (2002) criado para seu estudo da racionalidade das leis penais, com inspiração naquele proposto por Atienza (1989).
- ¹⁴ Conforme explica Díez-Ripollés, no envolvimento emocional da população influem diversas variáveis sociais, que foram tratadas pela Criminologia, genericamente, como “medo ante delito”.
- ¹⁵ Porque a demanda é por uma lei penal? Garland explica que “o atrativo fundamental da resposta punitiva consiste na possibilidade de ser apresentada como uma intervenção autoritária para tratar de um problema grave, gerador de angústia. Uma tal ação dá a ilusão de que se está fazendo algo, aqui e agora, de forma rápida e eficiente. Nenhuma necessidade de cooperação, de negociação ou mesmo de saber se isto funciona ou não” (GARLAND, 1999, p. 74). Pires acredita que há um obstáculo epistemológico para ver a resposta além da pena, pois o Sistema Penal estaria tão estreitamente ligado à estrutura crime-pena que a pena é considerada o melhor meio de defesa contra o crime (PIRES, 2004, p. 43). Tendo em vista as considerações desses autores, Paiva crê que o produto crime-punição é resposta que agrada tanto a demanda (social) quanto a oferta (política) (PAIVA, 2009, p. 79).
- ¹⁶ Das últimas duas décadas do século XX até a presente data (GARLAND, 2008, p. 315 e ANITUA, 2007, p. 816 e ss.)
- ¹⁷ Política criminal como “conjunto sistemático de princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena segundo os quais o Estado deve conduzir a luta contra o crime através das penas e das instituições conexas, ou seja, elaborar as estratégias mais racionais para a prevenção e repressão do crime” (ANDRADE, 2003, p. 92).
- ¹⁸ Com base em dados de abril de 1987 foi estimado que a revista *Veja* tivesse cerca de 2,8 milhões de leitores, quatro por exemplar numa tiragem de 700.000 exemplares por semana (CONTI, 1999, p. 65).
- ¹⁹ O termo seqüestro é frequentemente utilizado pela mídia quando refere ao crime de extorsão mediante seqüestro do art. 159 do Código Penal, muito embora o seqüestro seja uma figura típica distinta prevista no art. 148 do Código Penal.
- ²⁰ Revista *Veja*, edição 1093, 23 de agosto de 1989.
- ²¹ Revista *Veja*, edição 1136, 27 de junho de 1990.
- ²² Revista *Veja*, edição 1139, 18 de julho de 1990. Sobreveio ainda outra capa da *Veja* tratando do tema: “*Seqüestros: os bandidos agora atacam a classe média*”, edição, 24 de julho de 1991.
- ²³ Esse é o conceito de disfunção social de Díez-Ripollés (2005) adotado anteriormente.
- ²⁴ Um bom exemplo é o incremento dos índices de homicídio.
- ²⁵ Ao utilizar os dados da revista, Paiva (2009) não questiona da veracidade deles, porque o propósito é outro. Intenciona-se demonstrar que os próprios dados fornecidos na revista para embasar a gravidade do aumento de crimes

de extorsão mediante seqüestro não revelam tal gravidade. A revista não aponta a fonte dos dados.

²⁶ O termo “necessidade de agir” é utilizado por Hassemer (2008, p.209-231) justamente para expressar o compromisso do legislador com a satisfação das demandas sociais.

²⁷ O massacre da Candelária ganhou reportagem de capa da Veja em 28.07.1993, na edição de nº 1298, intitulada: “*O massacre dos Meninos*”. A chacina no Vigário Geral também foi capa da revista, em 08.09.1993: “*A força dos assassinos: o fim da fronteira entre policiais e bandidos*”.

²⁸ O crime motivou quatro reportagens de capa na revista Veja. A primeira em 06.01.1993: “*O assassinato da atriz Daniela Perez*”; em 13.01.1993: “*O pacto de sangue*”; em 10.02.1993: “*A dor e a ira de uma mãe*” e em 28.08.1996: “*O show: como será o maior dos julgamentos das últimas décadas*”.

²⁹ Constituição da República, art. 61, § 2º: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (BRASIL, 2011, p. 36).

³⁰ Os dados são tratados de forma mais abrangente na obra de Franco (2011, p.808-817) e estão disponíveis no site: www.ssp.sp.gov.br/estatistica/trimestrais.aspx.

³¹ Anuário estatístico de São Paulo. São Paulo. Seade, 1992. Os dados também se encontram na obra de Franco (2011, p. 813).

³² O relatório de pesquisa, porém, reconhece as dificuldades que foram encontradas para realizá-la, tendo em vista a escassez e a descontinuidade dos dados, bem como as diferenças regionais e institucionais nos critérios de classificação, sem contar toda sorte de limitações próprias das estatísticas criminais que devem ser consideradas. (INALUD/BRASIL, 2005, p. 9-15).