

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

AFONSO NATAN SODRÉ SIQUEIRA

**O SIMBOLISMO DA LEI DE N.º 11.705/08, A “LEI SECA” NA PERSPECIVA DE
MARCELO NEVES**

São Luís
2014

AFONSO NATAN SODRÉ SIQUEIRA

**O SIMBOLISMO DA LEI DE N.º 11.705/08, A “LEI SECA” NA PERSPECIVA DE
MARCELO NEVES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Valéria Maria Pinheiro
Montenegro

São Luís

2014

AFONSO NATAN SODRÉ SIQUEIRA

**O SIMBOLISMO DA LEI DE N.º 11.705/08, “LEI SECA” NA PERSPECIVA DE
MARCELO NEVES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Valéria Maria Pinheiro Montenegro (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

RESUMO

Legislação Simbólica é um conceito por demais abrangente, muito mais pelo seu termo adjetivador. Dessa forma, analisando os mais variados significados de simbólico, símbolo e simbolismo, Marcelo Neves chega à conceituação de que a Legislação Simbólica é aquela aonde o significado manifesto é menos importante do que seu significado latente. Após essa constatação, o autor nos dá tipologias de legislação simbólica que são a fórmula de compromisso dilatório, confirmação de valores sociais e legislação-álibi. Dessa forma, adentrando no campo do direito penal, observa-se que analisando a história do *jus puniendi*, podemos observar o porquê do Direito Penal punir quando falamos sobre as funções da pena, observando que as prevenções gerais são as que confluem com o conceito de simbolismo. Dessa forma, observando a sociedade de risco e a cultura punitiva, observa-se uma confluência para que cada vez mais as normas jurídicas sejam mais simbólicas, e a mídia tem papel importante nesse ínterim, tanto no imaginário coletivo quanto na promoção dos políticos. Observado tudo isso, se verificará a Lei de n.º 11.705/08, assim como suas alterações posteriores pela Lei de n.º 12.760/12, e a Lei de n.º 12.971/14 em seu contexto histórico, bem como será visto o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro juridicamente, para, a partir daí, verificar estatisticamente se a referida legislação se trata ou não de uma legislação simbólica.

Palavras-chave: Legislação simbólica, Direito Penal Simbólico. Lei 11.705/08 “Lei Seca”.

ABSTRACT

Symbolic legislation is a concept too broad, much more for your adjectivador term. Thus, analyzing the various meanings of symbolic, symbol and symbolism, Marcelo Neves reach to the concept of the Symbolic Law is one which the manifest meaning is less important than its latent meaning. After this finding, the author gives us a symbolic legislation typologies that are dilatory compromise formula, confirmation of social values and law-alibi. Thus, entering the criminal law field, it is observed that analyzing the history of *jus puniendi*, we can see why the Criminal Law punish when we talk about the functions of the sentence, noting that the general prevention are those that converge with the concept of symbolism. Thus, observing the risk society and the punitive culture, there is a confluence for more and more legal rules be more symbolic, and the media has an important role in this interim, both in the collective imagination as the promotion of politicians. Observed all this, it will be verified the Law 11.705/08, as subsequently amended by the Law No 12,760/12, and the Law No. 12,971 / 14 in its historical context and will be seen art. 306 of the Brazilian Traffic Code legally, for, from there, statistically to determine whether that legislation is whether or not a symbolic legislation.

Keywords: symbolic Law, Criminal Law Symbolic. Law 11.705 / 08 "Brazilian Prohibition".

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

Em quase toda (senão toda) a história do direito, um dos principais problemas enfrentados é a eficácia dita sociológica, empírica ou real das normas jurídicas¹. Saber se a norma jurídica é ou não eficaz empiricamente na sociedade, alguns pensadores, sobretudo os positivistas chegaram a dizer que não seria sequer problema do direito, mas sim da sociologia².

No entanto, sempre observamos normas ineficazes fazendo parte de nossas vidas, leis que estão vigendo e que não tem, empiricamente, uma correspondência no mundo dos fatos. Obviamente, nem todas as leis serão totalmente eficazes no que se destinam, e com outras ocorra um efeito *exógeno*, como, por exemplo, uma lei editada para aumentar os preços que tem como *efeito colateral* a inflação.

Essa *descontinuidade* entre a vigência da lei e a eficácia da norma empiricamente, é que nos permite concluir que existem algumas leis que são simbólicas em relação a outras, uma vez que nelas existe um significado manifesto e um significado latente, sendo o latente muito mais importante nelas que o significado manifesto.

Observa-se, por conseguinte, que a legislação não é capaz, por si só de solucionar os problemas sociais, mas a edição de algumas leis dão a sensação de que o legislador está atento aos problemas sociais. É nesse contexto que entra o problema da Lei de n.º 11.705/08 denominada de “Lei Seca” e suas posteriores alterações, pela Lei de n.º 12.760/12, e a Lei de n.º 12.971/14, que é identificar se são ou não legislações simbólicas.

Com essa justificativa, o presente trabalho tem como objetivo geral debruçar-se sobre o problema da Lei Seca e verificar sua conformidade ou não com o conceito de legislação penal simbólica.

Os objetivos específicos, por sua vez, são:

- a) verificar as diversas acepções do conceito de simbólico de acordo com o entendimento do autor Marcelo Neves;
- b) analisar o conceito de legislação simbólica e verificar qual é a tipologia

1 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed.. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 43.

2 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed., Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 01.

que este autor adota em seu trabalho;

c) analisar o Direito Penal simbólico, sob as o nascimento do *jus puniendi*, o estudo das funções da pena, o estudo e sociedade de risco e a cultura punitiva, bem como verificar como ocorre a influência da mídia no direito penal;

d) Observar a “Lei Seca” sob as perspectivas históricas, jurídicas e estatísticas.

O método de abordagem é dedutivo, uma vez que, com base em premissas tidas como verdadeiras, obteve-se uma conclusão já contida nelas implicitamente³. E a técnica de pesquisa é a teórica, uma vez que se procurou constituir esquemas conceituais e argumentos para o convencimento e validade dos temas propostos⁴. Os dados coletados foram feitos por pesquisa bibliográfica e documental.

Nesse sentido, o trabalho se desenvolverá da seguinte forma. Este primeiro capítulo é a introdução.

No segundo capítulo, será dado o conceito de legislação simbólica no autor Marcelo Neves. Inicialmente, serão analisados os vários conceitos de *simbólico* nos diversos ramos do conhecimento, para, a partir desse momento, conceituar o que para o autor significa legislação simbólica, e, logo após, mencionar sua tipologia, que são a fórmula de compromisso dilatatório, confirmação de valores sociais e legislação-álibi.

No terceiro capítulo, será abordado o problema da legislação penal simbólica, que se fará com a observância de como nasceu o direito de punir do Estado, não na perspectiva contratualista que lhe é comum, mas sim, em uma perspectiva histórica. Logo após, se fará uma análise das teorias que tentam explicar o porquê do Estado punir os cidadãos, sendo que se verá que as teorias de prevenção geral são as que mais se adéquam ao nosso estudo, em seguida será visto, na perspectiva de Ulrich Beck, a conceituação de sociedade de risco e se entenderá a cultura punitiva, e por conseguinte far-se-á uma breve exposição da mídia e o direito penal.

O quarto capítulo, por sua vez, tratará especificamente sobre a Lei de n.º 11.705/08 denominada de “Lei Seca” e suas posteriores alterações, pela Lei de n.º

3 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

4 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)Pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

12.760/12, e a Lei de n.º 12.971/14. No primeiro momento, em sua perspectiva histórica e depois jurídica, e, em seguida, se observará dados estatísticos para se analisar sua eficácia empírica, real ou sociológica.

Por fim, o quinto capítulo será a conclusão em que se apresentará as principais respostas para os problemas propostos nesse trabalho monográfico.

2 O CONCEITO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA EM MARCELO NEVES

Para se fazer um estudo acerca do problema do simbolismo da legislação, sobretudo no que tange à Lei Seca, tema central desse trabalho, foi necessário escolher um autor que falasse justamente dessa questão, e de maneira analítica, Marcelo Neves, no seu livro intitulado *A Constitucionalização Simbólica*, nos dá, em suas primeiras páginas, um dos melhores e mais analíticos conceitos do referido tema, em uma análise ímpar.

Sempre quando estamos nos tratando de teorias, a interpretação mais coerente é que o *certo* e o *errado* deem lugar ao *adequado* e ao *inadequado*. Dessa forma, atualmente uma teoria não está *certa* ou *errada* em relação à outra, mas sim é mais ou menos *adequada* em relação ao estudo produzido. Com isso, a teoria da legislação simbólica encontrada em Marcelo Neves explica de maneira *adequada* o fenômeno da legislação simbólica, e essa adequação com a realidade sociológica e empírica foi determinante para a escolha do referido tema.

Numa primeira abordagem teórica, deve-se inicialmente conceituar o pilar central desse estudo, qual seja, o problema da legislação simbólica e qual o conceito que seria aplicável neste trabalho, justamente para que não se possa cair em uma falácia de ambiguidade⁵, ou seja, que o mesmo conceito pode ser utilizado de vários significados expressando a mesma coisa, e argumentos podem ser dados em relações a conceitos diferentes, levando a conclusões que são racionalmente falsas.

Sobre esse respeito, Irving Copi aduz acerca as falácias de ambiguidade que: “[...] Ocorrem em argumentos cujas formulações contém palavras ou frases ambíguas cujos significados variam, mudam de maneira, mais ou menos sutil, durante o argumento e, por conseguinte, tornam-no falaz. [...]”⁶.

Assim, nesse primeiro momento, quer se demonstrar com teses argumentativas sobre o que *não* significa Legislação Simbólica no conceito do autor Marcelo Neves, para logo após, elaborar-se um conceito da análise de vários desses significados com a finalidade de delimitar conceitualmente o tema, e a partir daí, com base nos argumentos apresentados e extraíndo seu verdadeiro significado, iniciar a investigação sobre o simbolismo do direito penal e a análise da Lei Seca.

5 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 05/06

6 COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*. 2. ed., Editora Mestre Jou. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, 1978. p. 91.

2.1 Das várias acepções do verbete *Simbólico* e *simbolismo*

Para se conseguir uma definição do que significa a expressão *legislação simbólica* para o autor Marcelo Neves, é necessário, no primeiro momento, como se disse, verificar o que não é, ou seja, fazer um *juízo negativo* do significado da expressão, para, a partir da definição, formar um conceito e adentrar no mérito da observação da Legislação Penal Simbólica e no estudo da Lei Seca.

De fato, existem diversos significados da palavra simbólico. Umberto Eco, chega a mencionar que:

[...] Um dos momentos mais patéticos da história da lexicografia filosófica é precisamente aquele em que os redatores do dicionário filosófico de Lalande se reúnem para discutir publicamente a respeito da definição de /símbolo/. [...] Mas não conclui: a conclusão indireta a que Lalande convida é que o símbolo são muitas coisas, e nenhuma. Em síntese, não se sabe o que é. [...]⁷

Charles Pierce também constata essa realidade da univocidade do verbete *simbólico* e chega a dizer que “[...] A palavra símbolo possui tantos significados que seria uma ofensa à língua acrescentar-lhe mais um. [...]”. Já Marcelo Neves diz que: “[...] termos como simbólico, símbolo, simbolismo, são termos intensamente ambíguos no campo da conotação do significado e extensamente vagos no campo dos referentes objetivos no mundo [...]”⁸.

Dessa forma, como há vários sentidos para a expressão, é necessário que definamos bem a questão suscitada, delimitando os outros conceitos não adotados por este trabalho que foram trazidos pelo autor em comento para delimitar o sentido, uma vez que “[...] a ambiguidade de “símbolo”, “simbólico” e “simbolismo” exige que, no uso da expressão “legislação simbólica”, determine-se precisamente em que sentido está empregado o termo adjetivador. [...]”⁹

Inicialmente, Marcelo Neves, desenvolveu seu trabalho ao estudar a teoria do direito alemão das últimas décadas do século XX¹⁰ Nessa senda, o estudioso definiu sentidos de *simbólico* em alguns autores, com o objetivo de encontrar uma delimitação semântica para o tema da legislação simbólica em seu

7 ECO, Umberto. *Semiótica e Filosofia da Linguagem*. Série Fundamentos. Tradução de Mariarosaria Fabris e José Luiz Fiorin. Ártica, São Paulo, p. 196, 1991.

8 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica Revisitada*. Aula Magna. [VÍDEO] Encontrado em <https://www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c>.

9 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 21.

10 *Ibid.* p. 01.

trabalho¹¹, com a finalidade de não estar abrangido, como já dito, em uma falácia de ambiguidade.

O primeiro filósofo analisado pelo autor é Ernest Cassirer, que dá um conceito que foi definido pelo autor, como “[...] sentido filosófico muito abrangente[...]”¹² para o desenvolvido em seu estudo, uma vez que define o homem como animal simbólico (*animal symbolicum*). Isso se dá porque tal autor aduz que além de o homem possuir as características dos animais que é o sistema receptor, através do qual recebe os estímulos externos, e o sistema efetuator, que é o sistema pelo qual os animais reagem entre si, o ser humano ainda possui o sistema simbólico, sendo uma *aquisição* que transforma o conjunto da vida humana, mais ampla, em uma nova *dimensão* da realidade¹³.

Cassirer¹⁴ chega, inclusive, a dizer que:

O homem não pode fugir à sua própria realização. Não pode senão adotar as condições de sua própria vida. Não estando mais em um universo meramente físico, o homem vive em um universo simbólico. A linguagem, o mito, a arte, e a religião são parte desse universo. São os variados fios que tecem a rede simbólica o emaranhado da experiência humana. Todo progresso humano em performance e experiência é refinado por essa rede e a fortalece. O homem não pode mais confrontar-se com a realidade imediatamente; não pode vê-la, por assim dizer, frente a frente. A realidade física parece recuar em avanço da atividade simbólica do homem.

Portanto, tal aquisição não pode ser desconsiderada pelo homem, uma vez que ele está fatalmente vinculado por ela a todo momento. No entanto, apesar de ser essa uma característica do ser humano para tal autor, ele mesmo não desconsidera que os animais também podem ter estímulos simbólicos, embora bastante aquém do que apresenta o ser humano, já que um macaco, a exemplo, que pode ser condicionado a receber recompensa de alimento por determinado estímulo, este alimento poderá ser substituído por fichas não comestíveis que, mas que podem representá-lo, e o macaco receberá de bom grado, como se alimento fosse.¹⁵

Apesar disso, ele mesmo apresenta como diferenciação entre, do simbolismo animal e o simbolismo humano, o fato de no ser humano a linguagem é *proposicional*, enquanto que nos animais se trata de linguagem meramente

11 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Descomplicado. 18. ed. rev. atual. e amp. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 91

12 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 06

13 CASSIRER, Ernest. Ensaio sobre o homem: Introdução a uma filosofia da cultura humana. Martins Fontes, São Paulo, 2005. p. 47/48.

14 Ibid. p.48

15 Ibid. p.52-53.

emocional.¹⁶

Outro pensador cuja definição de simbólico Marcelo Neves classifica como *muito abrangente* aos fins que se destina o presente trabalho¹⁷ é Claude Lévi-Strauss, que fala sobre a antropologia estruturalista o qual, para Marcelo Neves se aproxima do pensamento de Cassirer. Leciona Lévi-Strauss, em sua obra *Introdução à Obra de Marcel Mauss* que toda a cultura é um conjunto de sistemas simbólicos, aduzindo assim que:

[...] Toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos, à frente dos quais situam-se a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência, a religião. Todos esses sistemas visam a exprimir certos aspectos da realidade física e da realidade social, e, mais ainda, as relações que esses dois tipos de realidade mantêm entre si e que os próprios sistemas simbólicos mantêm uns com os outros. Que eles jamais possam alcançar isso de forma integralmente satisfatória, e sobretudo equivalente, resulta, em primeiro lugar, das condições de funcionamento próprias a cada sistema: eles permanecem sempre incomensuráveis; resulta, a seguir, de que a história introduz nesses sistemas elementos alógenos, determina deslocamentos de uma sociedade para outra, e desigualdades no ritmo relativo de evolução de cada sistema particular. Em razão, portanto, de que uma sociedade é sempre dada no tempo e no espaço, sujeita assim à incidência de outras sociedades e de estados anteriores de seu próprio desenvolvimento; também em razão de que, mesmo numa sociedade teórica imaginada sem relação com nenhuma outra e sem dependência de seu passado, os diferentes sistemas de símbolos cujo conjunto constitui a cultura ou civilização permaneceriam irredutíveis entre si (a tradução de um sistema num outro sendo condicionada pela introdução de constantes que são valores irracionais), resulta que nenhuma sociedade jamais é integral e completamente simbólica: ou, mais exatamente, que ela jamais consegue oferecer a todos os seus membros, e no mesmo grau, o meio de ser utilizada plenamente para a edificação de uma estrutura simbólica que, para o pensamento normal, só é realizável no plano da vida social. [...]¹⁸.

Nesse sentido, verifica-se que para Lévi-Strauss a estrutura social, em si mesma, já seria simbólica, e que a realidade das relações sociais são autônomas à estrutura social, e é justamente essa autonomia entre a estrutura social (portanto simbólica) e a realidade das relações sociais, que fazem com que ocorra o fenômeno da *eficácia simbólica*.¹⁹ Tal eficácia pode se dar em uma estrutura de significantes e significados sobre uma *descontinuidade* de tal forma que podem ser colocados em uma questão de poder. Dessa forma, Marcelo Neves diz que:

16 Ibid. p.55

17 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 07

18 LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução à obra de Marcel Mauss. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABUkoAD/introducao-a-obra-marcel-mauss>> Acesso em: 18/11/2013.

19 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 07/08

[...] Nessa perspectiva, não haveria uma distinção entre o simbólico e o ideológico. Porém, por outro lado, o sistema simbólico não serviria apenas à manutenção e reprodução da ordem política, advertindo-se que a revolução simbólica, apesar de supor a revolução política, serviria para dar a essa uma 'linguagem adequada' como 'condição de plena realização'. [...] ²⁰.

Ou seja, a diferença entre a realidade das relações sociais e a estrutura social seria que a estrutura social pode influenciar na realidade das relações sociais por conta da descontinuidade entre significante e significado, produzindo, na estrutura social uma eficácia simbólica que se caracteriza em uma ideologia.

No que tange à psicanálise, Marcelo Neves aponta como tendo três principais significados diversos de símbolo nessa ciência, e que, apesar de terem significados diferentes, alguns autores utilizam erroneamente em sinonímia ²¹.

A primeira concepção que o autor aponta é a de Sigmund Freud, de que nos símbolos existe um significado manifesto, menos importante para a análise das circunstâncias e um significado latente, que seria a realização disfarçada de um desejo reprimido ou recalcado ²², que se manifesta, principalmente, no âmbito dos sonhos, sendo os símbolos traduções permanentes que podem ser interpretados pelos sonhos. Freud já dizia que:

[...] Haremos ante todo, observar, que siendo los símbolos traducciones permanentes, realizan hasta cierto punto el ideal de la antigua interpretación de los sueños – y también el de la moderna popular –, ideal de que nuestra técnica nos había alejado considerablemente. Por medio de estos símbolos se nos hace posible, en determinadas circunstancias, interpretar un sueño sin interrogar al sujeto, el cual, además, no sabría decirnos nada sobre ellos. Cuando llegamos a conocer los mas usuales símbolos oníricos, y además, en cada caso, la personalidad del sujeto, las circunstancias en las que vive y las impresiones tras de las cuales ha aparecido su sueño, nos hallamos con frecuencia en situación de interpretar dicho sueño sin ninguna dificultad, esto es, de traducirlo, por decirlo así, a libro abierto. [...] La interpretación basada en el conocimiento de los símbolos no constituye una técnica que pueda reemplazar a aquella que se funda en la asociación, ni siquiera compararse con ella, y no es sino un complemento de la misma, a la que proporciona un rico acervo de datos. Además muchas veces nos falta el conocimiento de la situación psíquica del sujeto y el de los sucesos diurnos de hayan podido provocar su sueño, pues los sueños cuya interpretación hemos emprender no son siempre las personas a las que tratamos íntimamente. En estos casos, solo las ocurrencias y asociaciones del sujeto ponderan proporcionarnos el necesario conocimiento de lo que hemos convenido en denominar “situación psíquica [...]” ²³

20 Ibid. p.8

21 Ibid. p.9

22 Ibid. p.9

23 FREUD, Sigmund. Introducción a la Psicoanálisis: I – Los Actos Fallos y los Sueños. Obras Completas IV. Traducción de Santiago Rueda – Editor. Buenos Aires, 1952. p. 153

Note-se que Freud não nos coloca apenas como se fosse a interpretação do sonho a chave do conhecimento do desejo da personalidade da pessoa, mas, para esse autor, é de grande monta também observar o contexto da sua *situação psíquica* para determinar a melhor interpretação dos sonhos ali formulados.

Por outro lado, a segunda concepção, perpetrada por Carl G. Jung, que é diversa da de Freud, primeiro porque o conceito de *simbólico* para Freud se confunde com a definição de *semiótico*, e que simbólico seria a melhor expressão possível de um fato que ainda não tem seu conceito completamente *maduro*, ou seja, não há um conceito de um fato desconhecido. Para ele explicar sua concepção, a exemplo, Jung explica que na antiguidade os poetas faziam as poesias porque não havia pensador que pudesse determinar o entendimento de uma forma *científica* para os fenômenos da natureza, fato que fez com que as pessoas da antiguidade se expressassem em forma de poesia para os fenômenos da natureza. Mencionava que:

[...] La pugna entre el poeta y el pensador podría resolverse muy bien si el pensador tomara las palabras del poeta, no literal sino simbólicamente, tal como el lenguaje del poeta ha de ser comprendido. [...] He aquí que lo que el pensador no puede deducir lógicamente en sus materiales de prueba, y en busca de lo cual pone a contribución su esfuerzo inútilmente, le es ofrecido por el poeta en lenguaje simbólico. [...]²⁴

Dessa forma, como menciona Marcelo Neves, para Jung, o símbolo está vivo apenas quando é encarado na expressão de um conteúdo incompreensível e desconhecido,²⁵ podendo, portanto, perfeitamente ser substituído pelo entendimento científico mais apurado.

Uma outra concepção que Marcelo Neves aponta como a terceira aceção descrita na análise do conceito de simbólico na psicanálise o conceito de Jacques Lacan, que diferencia-se dos dois autores caracterizado-se, precipuamente, pela mediação entre sujeitos, uma vez que, para esse autor, o simbólico é uma *condição de particularidade do sujeito*, que possibilita suas subjetividades, e que intervém em todos os momentos da existência humana, mas ao mesmo tempo distancia-se do sujeito real vivido, sendo sua identidade apenas uma estrutura de

24 JUNG, Carl G. Tipos Psicológicos. Tomo I. 11^º ed. Traducción de Ramon de la Serna. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. p. 118/119

25 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3^º Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 10.

significantes, os quais, quanto mais nada significam, mais indestrutíveis são²⁶.

Assim como Lévi-Strauss apresenta uma diferenciação entre significante e significado, que ele (Marcelo Neves) denomina como *descontinuidade*, Lacan menciona que:

[...] A função simbólica não é nova como função, ela tem lineamentos em outros lugares que não a ordem humana, mas trata-se apenas de lineamentos. A ordem humana se caracteriza pelo seguinte – a função simbólica intervém em todos os momentos em todos os níveis de sua existência.

Em outros termos, tudo está ligado. Para conceber o que se passa no âmbito próprio a ordem humana, e preciso que partamos da ideia de que esta ordem constitui uma totalidade. A totalidade na ordem simbólica denomina-se um universo. A ordem simbólica é dada em primeiro lugar em seu caráter universal.

Não é aos poucos que ela vai-se constituindo, Assim que o símbolo advém, há um universo de símbolos. A pergunta que a gente poderia colocar-se – ao cabo de quantos símbolos numericamente, o universo simbólico se constitui – permanece aberta. Mas por menor que seja o número de símbolos que vocês possam conceber no momento da emergência da função simbólica como tal da vida humana, elas implicam na totalidade de tudo o que é humano. Tudo se ordena em relação aos símbolos surgidos, aos símbolos na medida que aparecem.

A função simbólica constitui um universo no interior do qual tudo que é humano tem que ordenar-se. [...] ²⁷.

Verifica-se que a ordem simbólica está em todo o momento e em todos os âmbitos da existência humana, uma vez que se trata de algo que é próprio da conduta humana e que tudo que é humano deve ordenar-se²⁸.

Um outro aspecto, perpetrado pelo autor em tela, é o de Cornélius Castoriadis, que aduz que “[...] A instituição é uma rede simbólica, socialmente sancionada, onde se combinam em proporções e em relações variáveis um componente funcional e um componente imaginário”²⁹ uma vez que o simbólico se encontra tanto no aspecto da linguagem quanto no aspecto institucional, sendo, por ocasião deste último, inconcebível que as instituições sociais que não tenham nenhum aspecto simbólico [...] ³⁰.

Dessa forma, não há de se falar em instituição sem que haja o mínimo de simbolismo permeando-a, criando uma relação institucional de significantes e

26 Ibid. p.12

27 LACAN, Jacques. O Seminário: Livro 2, o eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1954-1955 p. 44.

28 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 13

29 CASTORIADIS, Cornélius. A Instituição Imaginária da Sociedade. 3ª Edição. Tradução de Guy Reymond. Paz e Terra. 1982. p. 159.

30 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 13

significados, mas o simbolismo em si, praticamente *nasce* no seio da sociedade e não é criado ao *bel prazer* de uma pessoa ou de um conjunto de pessoas, mas sim, uma consequência do que é natural, histórico e do racional. Diz Castoriadis que:

[...] A sociedade constitui seu simbolismo, mas não dentro de uma liberdade total. O simbolismo se crava no natural e se crava no histórico (ao que já estava lá); participa, enfim, do racional. Tudo isso faz com que surjam encadeamentos de significantes, relações entre significantes e significados, conexões e consequências que não eram visadas nem previstas. Nem livremente escolhido, nem imposto à sociedade considerada, nem simples instrumento neutro e *medium* transparente, nem opacidade impenetrável nem adversidade irreduzível, nem senhor da sociedade, nem escravo flexível da funcionalidade, nem meio de participação direta e completa de uma ordem racional, o simbolismo determina aspectos da vida da sociedade (não somente os que era suposto determinar) estando, ao mesmo tempo, cheio de interstícios e de graus de liberdade [...]³¹.

Observando bem esse último aspecto de que o simbolismo não é escolhido nem imposto pela sociedade, o próprio Castoriadis aduz que não podemos compreender as instituições simplesmente como uma rede simbólica, já que essa rede, por definição remete a algo que não é o simbolismo³². Isso pode até parecer a *prima facie* uma contradição em seu pensamento, no entanto, ele mesmo explica que, como não há escolha entre esse ou aquele símbolo, dever-se-á compreender o porque de tal simbolismo, bem como ocorreu sua “escolha”³³ pela sociedade e entender as significações da sociedade que ela carrega³⁴.

No estudo do semiótico, que é teoria dos signos em geral, ou teoria dos signos e suas linguagens³⁵, quando se fala em relação ao conceito de simbólico, Marcelo Neves aponta mais cinco posições que tem seus significados diversos daqueles em que se trata.

A primeira delas é a de Charles Pierce, aduz que a categoria dos signos está subdividida em ícones, índices e símbolos, sendo os ícones como “[...] a quantidade que ele tem *qua* coisa o torna apto a ser um representâmen³⁶. Assim, o ícone pode representar um objeto principalmente através da sua similaridade com

31 CASTORIADIS, Cornélius. A Instituição Imaginária da Sociedade. 3. ed., Tradução de Guy Reymond. Paz e Terra. 1982. p. 152

32 Ibid. p.166

33 Lembrando que símbolos não são escolhidos, nem mesmo pela sociedade de maneira racional, mas de uma forma natural, histórica e, em última análise, linguística, como já demonstrada na citação de n.º 26.

34 Ibid. p.166

35 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p.15

36 Apesar de Representâmen no pesamento de Pierce não significar a palavra signo por esta última ser mais abrangente que aquela, o sentido empregado na frase é exatamente esse.

outro, não importando, pois, qual seja o seu modo de ser. [...]”³⁷. Ou seja, se caracterizam pela similaridade dos objetos que se referem.³⁸ O índice, por sua vez, “[...] é um representâmen cujo caráter representativo consiste em ser um segundo individual. Se a Secundidade for uma relação existencial, o índice é *genuíno*. Se a secundidade é uma referência, o índice é *degenerado* [...]”.³⁹ Isso significa que o índice ser gerado por um objeto que denota por ser interpretado por aquele objeto.⁴⁰ A exemplo, um relógio que indica a hora. O relógio é o índice que *indica* que há um horário no momento. “[...] Uma batida na porta é um índice. Tudo que atrai nossa atenção é um índice. Tudo que nos surpreende é um índice na medida em que assinala a junção entre duas porções de experiência [...]”.⁴¹

Para Pierce, o símbolo, por sua vez, seria “[...] um representâmen cujo caráter representativo consiste exatamente em ser uma regra que determinará seu impetrante. [...]”⁴² tendo, portanto, um caráter convencional e arbitrário.⁴³

Menciona ainda Pierce que “[...] O símbolo é um signo naturalmente adequado a declarar que um conjunto de objetos que é denotado por qualquer conjunto de índices que possa, sob certos aspectos, a ele estar ligado, é representado como um ícone por ele apresentado. [...]”⁴⁴. Tal definição de símbolo é por demasiado complexa, e para entendê-la é necessária sua demonstração através de exemplo.

Pierce nos oferece um exemplo do verbo “amar”, onde, na sentença “Ezequiel ama Hulda”, o ícone seria eles enamorando, se amando, uma vez que o ícone, como é representação através de similaridade, quando ele fala “amar”, o verbo é abstrato e a primeira coisa que vem à nossa cabeça é uma situação em que eles estão juntos enamorando e se amando. Por sua vez, as palavras “Ezequiel” e “Hulda” são índices, porque *indicam* duas pessoas que, embora não conheçamos,

37 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. Editora Perspectiva. São Paulo, 2012, p. 64.

38 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 15.

39 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. Editora Perspectiva. São Paulo, 2012, p. 66.

40 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 15.

41 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. Editora Perspectiva. São Paulo, 2012, p. 67.

42 *Ibid.* p. 71.

43 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 15.

44 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. Editora Perspectiva. São Paulo, 2012, p. 71/72.

em nossas mentes, nos vem a imagem de um homem e uma mulher^{45;46}.

Em Morris, citado por Firth, o *signo* é utilizado como um gênero, pelo qual os símbolos e os sinais são espécies⁴⁷, sendo que, no pensamento de Firth, para Pierce e Morris:

Os sinais são apresentados como signos que criam a expectativa e a exigência de determinada ação. O símbolo seria produzido pelo próprio intérprete, atuando como substituto para alguns outros signos, em relação aos quais funcionaria como sinônimo^{48; 49}.

Dentro da antropologia e pautado nos em Morris e em Pierce, Firth também coloca o *signo* como um gênero que comporta quatro espécies, sendo o *índice* como uma conclusão de uma relação sequencial; o *sinal* como uma ação sequencial, ou seja, um signo simples para uma resposta mais complexa; o *ícone* como uma relação sensorial de semelhanças; e o símbolo se caracteriza por envolver uma série complexa de associações, sendo uma construção pessoal e social, sendo ao observador como arbitrariamente imputada⁵⁰.

O intérprete, no entendimento desse autor, tem uma posição de destaque, uma vez que ele poderá *exercitar seu próprio juízo* para a interpretação, o que dá mais imprecisão e inexauribilidade do sentido, sendo essa sua *característica mais essencial*, um instrumento de expressão, comunicação, conhecimento e controle.⁵¹

Ferdinand de Saussure, por sua vez, conceitua símbolo e signos de maneira diversa. Agora não mais os signos são gêneros de onde os símbolos são espécies, mas ele explica que são duas coisas diferentes. Menciona o renomado

45 Ibid. p.72

46 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 15.

47 Ibid. p.15

48 Ibid. p.15

49 Apesar de não ser recomendável falar de um autor com base em outro, como não foi possível encontrar na fonte o pensamento de Raymond Firth no livro intitulado *Symbols: Public and Private* de 1973, até hoje (25/11/2014), data da última revisão, foi verificado que não há tradução equivalente para o português, nem sequer disponibilidade para vendas no país da obra, mesmo que em língua estrangeira, nem e-books, sendo que o único livro, disponível no Google, <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=1aRbMV-VvIwC&oi=fnd&pg=PA2&dq=symbols:+public+and+private&ots=PKhqwovVUc&sig=ihBtZqtLNpG7pdJE3t56wCnU_SY#v=onepage&q=symbols%3A%20public%20and%20private&f=false>, exatamente na

parte em que se trata esse tópico do simbolismo na semiótica, não está disponível para visualização. Por outro lado, também não foi encontrado nenhum artigo, em língua nacional ou estrangeira que se relacionasse ao tema aqui tratado. Estando, portanto, ao meu alcance, apelas as palavras do autor Marcelo Neves.

50 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 16, apud FIRTH, Raymond. *Symbols: Public and Private*. Ithaca, Nova York: Cornell University Press. 1973.

51 Ibid. p.15

autor sobre os signos que “O laço que une significante e significado é arbitrário, ou então, visto que entendemos por signo o total resultante da associação de um significante com um significado, podemos dizer mais simplesmente: *o signo linguístico é arbitrário*”⁵² Por outro lado, para este autor “O símbolo tem como característica não ser jamais completamente arbitrário; ele não está vazio, existe um rudimento de vínculo natural entre significante e significado. O símbolo da justiça, a balança, não poderia ser substituído por um objeto qualquer, um carro, por exemplo”⁵³.

Umberto Eco, e concordando com ele Marcelo Neves, observando tal definição, aduzem que o conceito de símbolo em Saussure corresponde à mesma noção de ícone em Pierce, e o de signo em Saussure corresponde aproximadamente à noção de símbolo em Pierce.^{54; 55}

Para Umberto Eco, o último autor que debate a discussão semiológica que aponta Marcelo Neves, este autor, após observar vários aspectos da palavra *simbólico* e *símbolo* chega à conclusão de que

Fazendo abstração de toda metafísica ou teologia subjacente, que confere uma verdade particular aos símbolos, pode-se dizer que o modo simbólico não caracteriza um tipo particular de signo nem uma modalidade particular de produção sígnica, mas só uma modalidade de produção ou de interpretação textual [...] Encontro um elemento que poderia assumir ou já assumiu função sígnica (uma marca, a réplica de uma unidade combinatória, uma estilização ...) e decido vê-la como a projeção (a realização das mesmas propriedades por *ratio difficilis*) de uma porção suficientemente imprecisa de conteúdo⁵⁶.

Portanto, para o renomado autor, o símbolo nada mais é do que uma *modalidade de produção e interpretação textual*, sendo que é caracterizada por sua *imprecisão de conteúdo*. Também pode ser utilizado em todo tipo de texto e a todo tipo de signo mediante decisão *pragmática* (de querer interpretar dessa forma) e que se desejarmos não utilizar o simbolismo, o texto permanecerá dotado de sentido, independente do nível literal e figurativo,⁵⁷ apontando o simbolismo como apenas

52 SAUSSURE, Ferdinand. Curso de Linguística Geral. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 28. ed., Culturix. São Paulo, 2012. p. 108.

53 Ibid. p.109.

54 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 17.

55 ECO, Umberto. Semiótica e Filosofia da Linguagem. Série Fundamentos. Tradução de Mariarosaria Fabris e José Luíz Fiorin. Ártica, São Paulo, 1991. p. 206

56 Ibid. p. 245

57 Ibid. p. 246

uma *estratégia poética*⁵⁸.

O simbólico na lógica, por sua vez, é definida por Marcelo Neves como a “[...] distinção entre linguagem artificial e linguagem ordinária, tomando um sentido bem diferente daquele que é veiculado na discussão antropológica, filosófica, psicanalítica e semiológica[...].”⁵⁹ Irving Copi chega a mencionar que “[...] Os símbolos especiais da lógica moderna ajudam-nos a expor, com maior clareza, as estruturas lógicas de proposições e argumentos cujas formas podem ser obscurecidas pela pouca maleabilidade da linguagem corrente [...]”⁶⁰ Dessa forma, menciona Tiago Trajan, falando de Carnap que:

[...] Símbolos, portanto, são elementos quaisquer, instituídos como objeto de manipulação das regras sintáticas que compõem uma linguagem (cálculo) formal. A única tarefa própria do método formal, no que lhes respeito, é justamente essa: instituí-los como símbolos. Além disso, apenas que podem ser postos em série, para formar expressões. Sua natureza, por isso mesmo, pode ser mais variada; e o mesmo vale para as relações em que podem entrar [...]”⁶¹.

Dessa forma, a utilização do simbolismo para a lógica é fazer com que o interlocutor na manipulação das regras sintáticas, o faça da *melhor forma possível*, uma vez que a linguagem simbólica seria mais *vantajosa* do que a linguagem ordinária, pela sua brevidade e clareza⁶².

Por fim, no estudo da concepção de simbolismo no pensamento sociológico, Marcelo Neves aponta como importante para a determinação do termo *simbólico* a concepção de Niklas Luhmann, da teoria dos sistemas na sociologia, uma vez que, adverte o referido autor, que a conceituação de simbólico na sociologia varia de autor para autor, e há até mesmo, variação de sentido dentro do mesmo autor⁶³. Dessa forma, Marcelo Neves optou por representar o pensamento sociológico apenas para esse teórico.

Para entender a teoria dos sistemas enunciada por esse autor, sobretudo no que tange ao conceito de simbólico, deve-se conhecer dois conceitos que Marcelo Neves nos coloca como principais para seu entendimento, o conceito de

58 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 17.

59 Ibid, p. 18.

60 COPI, Irving M. Introdução à Lógica. 2. ed., Editora Mestre Jou. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, 1978. p. 225/226

⁶¹ Trajan, Tiago. Camap e a Natureza Lógica; Trabalho de Monografia. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010, 190 p.

62 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 18.

63 Ibid. p. 19.

meios de comunicação simbolicamente generalizados, e o conceito de *variáveis simbólico-expressivas*.

Os *meios de comunicação simbolicamente generalizados* são uma espécie de linguagem especializada de um determinado grupo social que os diferencia de outro grupo social, sendo, portanto, um indicativo em *subsistema social*, apresentando-se esses subsistemas entre eles uma autonomia e uma unidade^{64; 65; 66; 67} “[...] Na verdade, os subsistemas sociais nascem como consequência do surgimento dos meios de comunicação simbolicamente generalizados. [...]”⁶⁸

A outra perspectiva que existe de simbolismo é aquela que Luhmann, falando sobre a legitimação do *poder*⁶⁹ pelo procedimento, faz uma dicotomia entre variáveis instrumentais e variáveis expressivas (ou simbólico-expressivas). Menciona o renomado autor que:

[...] a função da legitimação não é realizada mediante a escolha de meios apropriados para atingir um objetivo preestabelecido, existindo na distância, mas sim mediante aspectos que se verificam no comportamento social, muitas vezes de forma latente, mediante a atuação simbólico-expressiva que inclui os participantes em papéis implícitos e os não-participantes, mediante exposição dramática do procedimento no seu significado e os concilia, deixando-os participar de forma ativa ou simbólica do processo de redução. Esta reflexão leva à proximidade da distinção ideológica entre variáveis instrumentais e expressivas, distinção que foi encontrada pela primeira vez na teoria dos conjuntos, mas que vai adquirindo uma importância crescente para a teoria do sistema social. As variáveis instrumentais constituem necessidades derivadas, que adquirem o seu sentido a partir da realização de objetivos distantes e que são variáveis em relação às leis; variáveis expressivas (ou de consumo) são necessidades

64 Nos meios de comunicação simbolicamente generalizados, os símbolos seriam uma forma de individualização de um grupo social para o outro, impondo a quem não conhece o determinado grupo social sua *exclusão*, deste sendo apenas o determinado grupo que entende o enunciado dos símbolos, apenas eles tem acesso.

65 Ibid. p. 20/21.

66 BERTAGNOLLI, Estevan Martineli. Niklas Luhmann e a realidade dos meios de comunicação em massa. Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009, p. 33. Encontrado em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22776/000740569.pdf?..>> Acesso em 15/11/2014.

67 MOURA, Bruno de Oliveira. O Direito sob a Perspectiva de Niklas Luhmann. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann>> Acesso em 15/11/2014.

68 BERTAGNOLLI, Estevan Martineli. Niklas Luhmann e a realidade dos meios de comunicação em massa. Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009, p. 33. Encontrado em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22776/000740569.pdf?..>> Acesso em 15/11/2014.

69 Não se trata, no sentido aqui empregado apenas poder individual, mas sim, um conjunto de legitimações sociais que fazem com que o sistema ou subsistema social pelo qual o indivíduo pertence, seja legitimado por um procedimento que os demais indivíduos achem justo e adequado à realidade social por eles vivida.

satisfeitas diretamente através da ação, de tal forma que uma alteração da atuação pressuponha uma alteração da necessidade. [...]”⁷⁰

Dessa forma, se observa que na atitude dita *instrumental*, se revela como uma relação meio-fim, que é caracterizada pela realização de necessidades de realização dos fins em um momento posterior, valendo esse apenas um dos aspectos das funcionalidades sociais. Por outro lado, o agir expressivo (simbólico-expressivo) reage a uma alteração de necessidade, sendo que, a própria legitimação pelo procedimento, é caracterizada pelo agir simbólico-expressivo, não pelo agir instrumental⁷¹.

2.2 A delimitação semântica de Legislação Simbólica no contexto apresentado por Marcelo Neves

Após todas essas concepções envolvendo verbete “Simbólico”, que é onde reside o problema mais significativo do referido estudo, ir-se-á, a partir desse momento, debruçar-se sobre a concepção de *legislação simbólica*, para, logo após, enveredar-se à concepção elencada no direito criminal, notadamente, no que se refere à Lei Seca.

Nesse sentido, Marcelo Neves menciona que sua concepção se aproxima da de Sigmund Freud, mas dela não é tirado completamente o conceito, uma vez que está relacionada com a distinção entre variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas. Nesse sentido, menciona o renomado autor que:

[...] Em primeiro lugar, deve-se observar que a confusão do simbólico com semiótico, que se encontra nas concepções de Cassirer, Lévi-Strauss e Lacan, é incompatível com o uso da expressão “legislação simbólica”, uma vez que toda produção humana de sentido – portanto, também a legislação – seria simbólica. Estaríamos, então, no caso de uma tautologia. Também não me parece que se possa vincular o sentido de simbólico em Jung, expressão de significado desconhecido e incompreensível com o problema da Legislação Simbólica. Talvez possa deslumbrar-se uma analogia com a concepção de simbolismo freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto. Poder-se-ia, então, afirmar que a legislação simbólica o significado latente prevalece sobre o significado manifesto.[...]”⁷²

70 LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. Editora Universidade de Brasília. Coleção Pensamento Político, 15. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. 1980. p. 181/182

71 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 20/21

72 Ibid. p. 21/22

Nesse sentido, Marcelo Neves de certa forma, acata a teoria desenvolvida por Niklas Luhmann, sobretudo no que se refere à concepção simbólico-expressiva e concepção instrumental. No entanto, difere deste porque aduz que a concepção simbólica é diferente da expressiva, havendo, portanto, três variáveis: a instrumental, a expressiva e a simbólica. A atitude instrumental continua relacionando-se com uma atitude meio-fim e há uma confusão entre agir e a satisfação da respectiva necessidade, sendo esse conceito, portanto, praticamente igual ao perpetrado por Luhmann. No entanto, o agir simbólico não se confunde com o agir expressivo, porque não é caracterizado pela imediatidade da satisfação e se relaciona com o conflito de interesses, o que se aproxima, portanto, do agir instrumental; e não se confunde com o agir instrumental pois não é orientado por uma relação meio-fim, se significando pelo seu sentido mediato e latente. É uma diferença, similar ao discurso conotativo e denotativo no estudo da linguagem.^{73 74}

Não há, para Marcelo Neves, a setorização das três formas de função (instrumental, expressiva e simbólica), uma vez que estão sempre presentes, apesar de uma sempre prevalecer sobre as outras em cada situação⁷⁵. “Assim, a “legislação simbólica” aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica e da atividade legiferante do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função juridico-instrumental”⁷⁶. Em vídeo, Marcelo Neves chega a dizer que:

[...] Simbólico [...] implicava para um deslocamento de sentido para uma outra esfera de significações, ou seja, o termo [que] é usado tem um sentido manifesto, mas esse sentido manifesto ele não é tão relevante, o relevante é o seu significado latente. Então simbólico, por exemplo, simbólico é uma palavra quando a dimensão, discurso conotativo, é muito mais forte do que o discurso denotativo. Linguagem manifesta é mais frágil que a linguagem latente. [...]⁷⁷

Definido, pois, o que é legislação simbólica, é necessário fazer, novamente, uma distinção entre outros conceitos simbólicos em outros autores, só que dessa vez, com base no conceito aqui definido. O primeiro é diferenciar a

73 Ibid. p. 22

74 No caso da linguagem, o discurso denotativo o significado é o mesmo que quer dizer o significante. No discurso conotativo, por conseguinte, existe uma diferença entre significado e significante, e é esse significado latente, não manifesto, que se sobrepõe ao significado próprio da palavra.

75 Ibid. p. 23

76 Ibid. p. 23

77 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica Revisitada. Aula Magna. [VÍDEO] Encontrado em <https://www.youtube.com/watch?v=I5V5uTLfi2c>.

legislação simbólica da política simbólica, e se diferencia pelo fato de que a política simbólica é um conceito bem mais abrangente e mais impreciso que a legislação simbólica, uma vez que, como a política instrumental seria privilégio dos grupos minoritários para a obtenção de benefícios concretos (já que eles podem *opor* seus direitos aos demais), a política simbólica, por sua vez, seria uma esfera das ações e vivências simbólicas no âmbito da *praxis* política⁷⁸.

Dessa forma, como toda a atividade política é simbólica, não teria sentido falar de legislação simbólica, vez que seria uma tautologia. Estudar sobre a legislação simbólica se toda a legislação fosse simbólica, seria uma perda de tempo. A Legislação Simbólica deve ser estudada entre uma de suas características que a define⁷⁹.

De outra banda, cumpre observar que legislação simbólica também difere do conceito de direito simbólico. Isso porque é também muito abrangente, vez que, ele é uma maneira de se referir às instituições em termos ideais, do *dever ser*, ele estaria imbricado em um *mundo onírico*⁸⁰, sem contradições, por conta do estudo da ciência do direito⁸¹. Novamente, trata-se de uma tautologia, uma vez que se perde o sentido de observar a legislação simbólica no seu enfoque específico, no entanto, nem sempre o direito e a legislação exercem funções hipertróficas, sendo que a simplificação do direito ao simbolismo impossibilita a análise de certos pressupostos jurídicos⁸².

Por fim, a distinção entre legislação simbólica e rituais e mitos políticos e jurídicos que permeiam as instituições políticas e jurídicas é que o ritual seria uma espécie de movimento irreflexivo dos que tem interesses comuns e o mito seria a crença também irreflexiva daqueles que estão dentro de um mesmo interesse. Dessa forma, e diferente dos dois anteriores, o conceito de legislação simbólica é mais abrangente que o de rituais e mitos políticos e jurídicos⁸³. Com isso, “[...] o que vai distinguir a legislação simbólica não é o ritualístico ou mítico, mas sim a prevalência do significado 'político-ideológico' latente em detrimento do seu sentido

78 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 24.

79 Ibid. p. 24/25

80 Mundo dos Sonhos.

81 Ibid. p. 25/26

82 Ibid. p. 26/27

83 Ibid. p. 28

normativo-jurídico aparente [...]”⁸⁴.

Dessa forma, Marcelo Neves, observa que a legislação simbólica, como a legislação instrumental, também tem sua importância no meio jurídico para a legitimação do controle social pelo legislativo. Sendo assim, algumas normas apresentam mais importante função latente do que propriamente função normativo-jurídica do que outras. Tratam-se de normas simbólicas⁸⁵.

[...] Considerando-se que a atividade legislativa constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.

[...]

Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, relevando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou 'político-ideológica' [...]⁸⁶.

Nesse sentido, a legislação simbólica, com a distância entre a força simbólica e a força normativo-jurídica, não é um problema que necessita ser sanado de nosso ordenamento para que toda a norma seja, apenas, instrumentalmente aplicada. Por vezes, o legislador faz a norma ser simbólica, e até mesmo com a *intenção* de ser simbólica, por conta de atos políticos, ou mesmo vontade popular da intervenção estatal em certas ocasiões que não pode atuar com a eficácia que lhe foi incumbida⁸⁷. “[...] A legislação simbólica define-se também num sentido positivo: ela produz efeitos relevantes para o sistema político de natureza não especificamente jurídica. [...]”⁸⁸.

Nesse ínterim, observa-se que a legislação simbólica atua apenas no âmbito da norma primária, sendo ineficaz no que se refere à norma secundária⁸⁹. Sobre esse conceito de norma primária e secundária Herberth Hart menciona que:

[...] As normas de um tipo, que podem ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram ou quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas

84 Ibid. p. 29

85 Ibid. p. 30

86 Ibid. p. 30/31

87 Ibid. p. 31

88 Ibid. p. 53

89 Ibid. p. 44

coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda, controlar sua aplicação. [...] ⁹⁰.

Dito isto, a norma secundária, além de impor a modificação das normas primárias como atividade legislativa vinculante comum, ela também impõe o procedimento para que as normas primárias sejam cumpridas, uma vez que, no conceito de direito concebido por Hart, as normas primárias se aproximam das normas *materiais* ou *substantivas* e as normas secundária se aproximam das normas *processuais* ou *adjetivas*. Desse modo, no caso da legislação simbólica, as regras adjetivas de, a exemplo, imposição de uma sanção no caso do descumprimento da norma primária, não são efetivamente cumpridas, devido ao simbolismo que elas carregam. Nesse sentido, a *descontinuidade* no que se projeta na legislação simbólica, é nada mais do que uma norma primária que é carente de uma efetividade ou efetivação de uma norma secundária.

[...] Considerando-se que constituem funções do sistema jurídico tanto a 'regulação (ou direção) da conduta' quanto a 'asseguração das expectativas', a eficácia diz respeito à primeira, enquanto a vigência (social) se refere à segunda. Embora a eficácia seja mensurável, a vigência não pode ser medida através de um 'cálculo de vinculatoriedade' baseado na 'quota de eficácia'; apesar da sua relatividade no sentido sociológico, a 'vigência do direito' é um problema que se encontra no âmbito do 'vivenciar', ao contrário da questão da eficácia que emerge no plano do 'agir'. O fato de que a vigência (social) não pode ser reduzida a uma função da 'quota de eficácia' não exclui essa quota condicione a vigência das normas jurídicas e vice-versa, pois 'nenhum vivenciar é acessível sem o agir, nenhum agir é compreensível sem consideração do vivenciar do agente'. A capacidade de assegurar expectativas normativas encontram-se em relação recíproca. O problema de como estão comportando-se as pessoas e a questão da orientação de expectativas de comportamento pressupõem-se e complementam-se mutuamente. [...] ⁹¹.

É óbvio que podem haver normas válidas que não tem aplicação secundária que não sejam simbólicas, como é o caso do desuso de algumas normas jurídicas. ⁹² Outras normas, por conseguinte, podem ter o duplo efeito, o instrumental e o simbólico, como uma lei tributária, que pode ser eficaz e efetiva por um lado, mas produzir desemprego e inflação, perfazendo um *efeito colateral* da

90 HART, Herbeth. L. A. O Conceito de Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sete-Câmara. Martins Fontes. São Paulo, 2009.

91 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 52.

92 Ibid. p. 53

normatividade da lei⁹³.

“[...] Neves aponta que, além da visão simplista de inexistência ou irrelevância social da legislação simbólica, ela também apresenta efeitos *colaterais latentes*, que, em muitos casos, seriam mais relevantes que os 'efeitos manifestos' que lhe faltam.

Exemplifica com uma lei tributária que, muito embora seja eficaz, pode trazer com ela recessão, inflação. Ou, ainda, uma lei que, ao censurar os meios de comunicação, possa repercutir negativamente na criação artística. Neves fala, assim, dos *efeitos colaterais* que as leis produzem.

Portanto, além do *sentido negativo* da legislação simbólica (de ineficácia normativa e vigência social) ela também se apresenta em um *sentido positivo*: produção de *efeitos políticos*, e não propriamente jurídicos. [...]”⁹⁴.

Assim, é de observar que no conceito de eficácia, existem duas acepções diversas que podemos ter que são perpetrados pelo direito e pela sociologia. A eficácia no conceito jurídico seria “[...] a possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou melhor, à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade.[...]”⁹⁵ e a eficácia no sentido sociológico, empírico ou real seria “[...] a conformidade das condutas dos destinatários da norma [...]”⁹⁶.

Neste trabalho, bem como no de Marcelo Neves, o conceito de eficácia adotado é o sociológico, empírico ou real, não tendo relevância o sentido jurídico, uma vez que o que se busca aqui é verificar o comportamento sociológico das pessoas.

De outra banda, no que se trata a efetividade das normas, que são fins almejados pelo legislador ou da lei, a legislação simbólica atua na medida em que a norma, mesmo sem sua eficácia, alcança sua efetividade, como, por exemplo, uma lei anti-inflacionária que modifica praticamente nada, mas apenas o fato de os governantes estarem *atentos ao problema social*, ela pode se tornar eficaz na medida em que o Estado fará o mercado ganhar mais *confiança* dos investidores.⁹⁷

93 Ibid. p. 49

94 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Descomplicado. 18. ed. rev. atual. e amp. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 93/94

95 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 43.

96 Ibid. p. 43

97 Ibid. p. 48/49

2.3 Tipos de Legislação Simbólica

As razões por escolher o autor em comento para tal trabalho, em primeiro lugar, estão na análise que ele faz, de acordo com o trabalho de Umberto Eco, de procurar a gênese e a definição mais racional de legislação simbólica. De outra banda, e talvez a principal razão, consiste na análise da tipologia da legislação simbólica, que ele coloca com base em Kindermann⁹⁸, um modelo tricotômico da tipologia da legislação simbólica, sendo que o conteúdo pode ser: adiar compromissos sociais através de compromissos dilatatórios; confirmar valores sociais em detrimento de outros; e demonstrar a capacidade de ação do Estado.

2.3.1 Adiamento da solução de conflitos sociais através de uma fórmula de compromisso dilatatório

A primeira tipologia da legislação simbólica seria a *fórmula de compromisso dilatatório*, que consiste na transferência da solução de conflitos a um futuro indeterminado, uma vez que as divergências políticas da época não permitem assim o proceder, pois se procura satisfazer de imediato as partes de um conflito⁹⁹. Dessa forma, nas palavras de Marcelo Neves, na fórmula de compromisso dilatatório:

[...] as divergências entre os grupos políticos não serão resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva de ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado. [...] ¹⁰⁰.

Para explicar como ocorre tal desiderato, Marcelo Neves utiliza um exemplo bem claro no que se refere à tal fórmula. Menciona ele que na Noruega existia um projeto de lei do partido socialista daquele país que era no sentido de

98 Da mesma forma encontrada na nota de rodapé de n.º 46, não foi encontrado a base do pensamento de Harald Kindermann, em sua obra *Symbolische Gesetzgebung*, uma vez que não se encontra disponível no país, não há tradução equivalente, e sequer há artigos falando especificamente sobre o autor. O que há é apenas referências dele no pensamento de Marcelo Neves.

99 ARGÔLO, Diêgo Edington. A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43520&seo=1>>. Acesso em: 28 nov. 2014.
100 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 41.

integrar as empregadas domésticas dentro da legislação comum, mas, obviamente, os liberais eram contra tal equiparação, e não havia uma solução possível, sendo que os socialistas e os liberais precisavam dar uma resposta ao eleitorado e os liberais também. Então foi aprovado o compromisso dilatatório para um momento futuro, que foi uma previsível falta de concretização normativa que possibilitou o acordo entre os dois grupos. Dessa forma, os empregados ficaram satisfeitos, uma vez que aparentemente fortaleceu a proteção social, por outro lado, os empregadores também se satisfizeram devido a *evidente inaplicabilidade* da norma.^{101;102;103}

2.3.2 Confirmação de Valores Sociais

A outra tipologia de legislação simbólica é a de confirmação de valores sociais de um determinado grupo em detrimento de outro, através de uma *vitória legislativa* como uma forma de reconhecimento da superioridade a outro grupo, independente de eficácia normativa da lei¹⁰⁴. Marcelo Neves aduz acerca desse tema que:

[...] Exige-se primariamente do legislador, com muita frequência, uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores vêem a 'vitória legislativa' como uma forma de reconhecimento de sua 'superioridade' ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. Dessa maneira, procuram influenciar a atividade legiferante no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com os valores, assim como permitidos ou obrigatórios, os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos, satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo. [...] ¹⁰⁵.

Pode também a confirmação de valores sociais, além de glorificar um determinado grupo social em detrimento de outro, implicar em *gestos de coesão* de

101 Ibid. p. 41/42

102 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Descomplicado. 18. ed. rev. atual. e amp. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 93

103 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica Revisitada. Aula Magna. [VÍDEO] Encontrado em <<https://www.youtube.com/watch?v=I5V5uTLfi2c>>

104 ARGÔLO, Diêgo Edington. A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43520&seo=1>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

105 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 33

uma sociedade na medida em que haja uma identificação de uma *sociedade nacional*. No entanto, pode-se dizer que, mesmo nessa hipótese diversa pode se transformar em uma confirmação de valores sociais da maneira acima citada, uma vez que pode incitar a xenofobia daqueles que fazem parte do grupo social em relação àqueles que não fazem parte¹⁰⁶.

Um dos exemplos que Marcelo Neves dá para a confirmação de valores sociais, apesar de a base empírica ser discutível (ele próprio questiona essa base, mas ele mesmo menciona que serve para fins didáticos), refere-se a Lei Seca norte-americana, onde sobre o qual Gusfield chega a dizer que empiricamente se bebeu mais no tempo da sua vigência que em momento anterior, mas ela não veio pra ser eficaz, e sim, como sinônimo de *status* para *glorificar* o grupo do nativo protestante contra o grupo do imigrante católico que tinha o hábito de beber, e com isso estavam *rotulados* ambos os grupos^{107;108;109}. Outro exemplo diz respeito a Lei do Aborto na Alemanha, em que se verificava que a prática era muito frequente e que só havia punição em casos excepcionais, sendo que o próprio Tribunal Constitucional Federal Alemão chegou a mencionar que tal debate era eminentemente simbólico, uma vez que seria confirmação de pretensões normativas e não imposição efetiva delas^{110;111}. Mais um exemplo que ele dá é a legislação sobre estrangeiros, uma vez que influenciaria, pela visão simbólica, a visão do nacional aos imigrantes, se são invasores ou colegas de trabalho, já que não é uma legislação mais rígida que irá, efetivamente, proibir o imigrante de viajar para o país da lei^{112 113}.

2.3.3 Demonstração da Capacidade de Ação do Estado no tocante a solução dos problemas sociais (Legislação-Álibi)

106 Ibid. p. 35/36

107 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 33/34

108 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Descomplicado. 18. ed. rev. atual. e amp. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 92

109 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica Revisitada. Aula Magna. [VÍDEO] Encontrado em <<https://www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c>>

110 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 34

111 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica Revisitada. Aula Magna. [VÍDEO] Encontrado em <<https://www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c>>

112 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 34/35

113 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Descomplicado. 18. ed. rev. atual. e amp. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 92

Talvez esse seja o mais importante contributo para a legislação simbólica de todos. Por muitas vezes se fala em legislação simbólica no mundo acadêmico, na verdade quer-se falar desse tipo de legislação simbólica, que é a Legislação-álibi.

Trata-se de uma forma de resposta pronta e rápida do Governo e do Estado diante de certa insatisfação da sociedade, uma *comoção pública*, tendo o *poder* de introduzir o sentimento de *bem estar* na sociedade, solucionando tensões e servindo à *lealdade das massas*¹¹⁴. Nesse aspecto da Legislação-álibi, Marcelo Neves diz que:

[...] Objetivo da legislação simbólica pode ser também fortalecer a confiança dos cidadãos no respectivo governo, ou, de um modo geral, no Estado. Nesse caso não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político e jurídico. O legislador, por vezes, sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. [...] Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. [...] ¹¹⁵.

Ocorre também no que tange ao direito penal, como se verá no próximo capítulo, o intitulado *direito penal de emergência*, quando surgem, por muitas vezes, leis penais por conta da pressão pública, sendo muitas delas legislações meramente simbólicas. Nas palavras de Neves:

[...] Também em relação à escalada na criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor [...] ¹¹⁶

Trata-se portanto, de uma espécie de *prestação de contas* do legislador, de aparência de uma solução de problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público de suas boas intenções por estar atento aos conflitos sociais. Nesse contexto:

[...] A legislação simbólica também serve como resposta aos anseios sociais. Depreende-se das lições do professor Marcelo Neves salienta-se que estas são típicas dos países periféricos, é a confecção de leis sem o devido sopesamento das reais consequências, apenas no intuito de dar uma resposta às fluidas aspirações da sociedade num determinado momento.

114 Ibid. p. 92

115 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 36/37

116 Ibid. p. 37

Ou seja, ante a inquietude da massa frente a um determinado fato, o legislador elabora textos às pressas como resposta à aparente vontade da população, a fim de esquivar-se de suas reais atribuições. [...]¹¹⁷.

Kindermann, citado por Marcelo Neves, dá exemplo de um tipo de legislação-álibi, que peixes estariam contaminados e trazendo certas doenças a um local de turismo, fato este que cominou em prejuízo da cidade, vez que era turística. Dessa forma, fizeram uma norma regulando a solução do problema, o que nunca ocorreu de maneira satisfatória na realidade fática, mas só o fato de haver a legislação que impunha que o Estado iria cuidar desse tipo de contaminação, já foi suficiente para que o turismo do local voltasse ao normal^{118;119}.

No entanto, o próprio Marcelo Neves adverte que o uso da legislação-álibi, que quanto mais for usada, mais fracassará, uma vez que o uso exagerado de tal legislação leva à *descrença* do sistema jurídico¹²⁰.

117 ARGÔLO, Diêgo Edington. A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43520&seo=1>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

118 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica Revisitada. Aula Magna. [VÍDEO] Encontrado em <<https://www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c>>

119 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 37/38

120 Ibid. p. 40

3 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

A partir do conhecimento do conceito de legislação simbólica e de sua tipologia de acordo com o autor Marcelo Neves, necessita-se, no momento, deleitar-se sobre o problema da legislação simbólica no âmbito do direito penal.

No que se refere à legislação penal, quando se fala em legislação penal simbólica, na maioria das vezes, se refere à tipologia da legislação penal álibi, pelo motivo de que ela é a mais frequente e mais abrangente em relação às outras.

Assim, no estudo da legislação penal, o que mais se observa é a legislação-álibi, no entanto, ela se verifica também nas outras duas tipologias legislativas. O combate às drogas pela Lei de n.º 11.343/06 e ao aborto¹²¹, são exemplos ótimos da tipologia da confirmação de valores sociais e da fórmula de compromisso dilatatório, uma vez que as drogas e o aborto significam a prevalência de um grupo social em detrimento de outro por uma *vitória legislativa* mas, são ao mesmo tempo um *compromisso dilatatório* uma vez que se o Congresso Nacional votar contra ou a favor do aborto e contra ou a favor da legalização das drogas, terá que prestar conta com seus eleitores, e com isso, fará com que tal debate seja estendido a outro momento, no caso, a *outra instância de poder*, o que vem acontecendo com o Supremo Tribunal Federal e o fenômeno do *ativismo judicial*.¹²²

No entanto, apesar de vasto e interessante sob o ponto de vista acadêmico, jurídico e político, entre outros, o ativismo judicial não é o objeto desse estudo.

Dessa forma, apesar de cediço que o direito penal serve para proteger os bens jurídicos mais importantes de uma sociedade^{123;124}, Jesús-Maria Silva Sanchez chega a mencionar que o direito penal utilizado como simbolismo serve unicamente para *acalmar os ânimos* sociais quando o Estado tem que responder, uma vez que ele é o detentor do *jus puniendi* e, por isso, deverá dar uma resposta.

121 PIRES, Josiane Corrêa. Legislação Simbólica e Expansão do Direito Penal: do Caráter Simbólico das Novas Leis Penais. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v.1, n. 6, 2012. p. 341

122 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Encontrado em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> acesso em 30/11/2014

123 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 13ª Ed. Editora Impetus, 2011. p. 02.

124 SILVA SANCHES, Jesus-Maria. La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Editora Civitas. 2001. p. 25

[...] No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (protección efectiva). [...] ¹²⁵.

Além disso, é de se verificar que, devido a complexidade da sociedade hodierna, a sociedade de risco e a expansão do direito penal é uma realidade a ser considerada atualmente para se entender como se comportará o direito penal.

Dessa forma, para explicar como ocorre o fenômeno da expansão do direito penal, sociedade de risco, dentre outros fenômenos que mais adiante serão estudados, para se entender melhor o instituto da constitucionalização simbólica, é necessário que retornemos ao estudo do *jus puniendi* para que se possa ter a base necessária para entender esses fenômenos.

3.1 O Direito Penal e o *Jus Puniendi*: As Bases do Controle Social Exercido pelo Estado através do Direito Penal

Para entendermos as nuances do *jus puniendi*, devemos verificar como ele se iniciou e se efetivou ao longo dos tempos, sendo, portanto, necessário regredir à épocas remotas da humanidade. Dessa forma “[...] O direito comparado revela que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. [...]”¹²⁶. No entanto, a partir de considerar definida a origem de tal fenômeno, como ele surgiu na história da humanidade, é necessário, posteriormente, verificar suas implicações e suas explicações para determinar o direito de punir exercido por monopólio do Estado.

Dessa forma, distanciando-se da vertente de que o *jus puniendi* tem bases contratualistas^{127;128}, mas, obviamente, não as desconsiderando, uma vez que explicam as teorias a partir do *contrato social*, neste trabalho resolve-se ter uma abordagem diversa do tema, buscando a origem histórica do surgimento do direito

¹²⁵ Ibid. p. 21

¹²⁶ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4º Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 207.

¹²⁷ GUIMARÃES, Allisson Gomes. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O Direito Penal de Emergência e suas Implicações nas Políticas Criminais Contemporâneas do Brasil. p. 03.

¹²⁸ FERNANDES, Stanley Botti. Da fundamentação racional do jus puniendi. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 976, 4 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8070>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2014.

de punir pelo Estado para, a partir desse momento, lançar olhos sobre as teorias que tentam explicar o porquê de o Estado punir.

3.1.1 Origem do *ius puniendi*

O direito penal primitivo tinha suas bases em origens místicas e religiosas, alicerçadas pelos *totens* e *tabus*. Totens eram uma espécie de representação divina¹²⁹, que assumiam as mais diversas formas de animais, vegetais ou qualquer objeto que pode ser considerado como ancestral ou símbolo da coletividade a qual pertence, protetor dos tabus¹³⁰. O tabu, por conseguinte, era uma *infração totêmica* resultante da transgressão da divindade, e que, aquele que infringia a norma, muitas vezes pagava com a sua própria vida, já que a pena nada significava além de vingança por desagravo à entidade pela coletividade. Dessa forma, os *mandamentos do totem* e os *tabus* eram o embrião do que hoje se chama de *crime e pena* respectivamente¹³¹.

Nas sociedades em que a estrutura familiar era com base no sangue, que precederam a fundação do Estado, existiam duas espécies de penas: aos que estavam dentro da família, que era uma *perda da paz* sobre as mais variadas formas e aos que estavam fora da família a reação seria uma *vingança de sangue* exercida de uma tribo para outra, sendo a vingança um preceito divino¹³².

A evolução política das comunidades primitivas fizeram com que houvesse um chefe que detinha o poder de punir em nome dos súditos, embora ainda impregnada de vingança¹³³. “[...] A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou a perda de bens. Em favor do perturbador a paz e seus parentes guarda-se a paz jurídica em troca de uma prestação mais valiosa à coletividade [...]”¹³⁴. A evolução social trouxe a pena de

¹²⁹ EQUIPE BRASIL ESCOLA: a História e as ideias do Direito Penal: Direito. A história e as ideias do Direito Penal. Período Antigo. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/ahistoria-as-ideias-direito-penal.htm>. Acesso em: 30/11/2014

¹³⁰ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4^o Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 207.

¹³¹ MIRABETE, Julio Fabrinni. Manual de Direito Penal: Parte Geral – arts. 1^o a 120. Volume I. 17^o Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2001 p. 35.

¹³² DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4^o Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 206/207.

¹³³ Ibid p. 207.

¹³⁴ Ibid p. 207.

Talião (do latim *talīs* = tal, tal qual) que aparece no Código de Haburabbi¹³⁵ (XII - Delitos e Penas 196 a 214), Bíblia Sagrada – Pentateuco mosaico (Exodo 21)¹³⁶ e na Lei das XII tábuas, em sua tábua sétima.¹³⁷ A legislação mosaica, posteriormente, evoluiu para o Talmud, onde o talião foi substituído pela pena de multa, prisão e imposição de gravames físicos, sendo praticamente extinta a pena de morte, já que se aplicava a prisão perpétua¹³⁸.

Menciona René Dotti que a composição, historicamente, seria um abrandamento das penas violentas que se dirigiam ao corpo do condenado, sendo a composição uma conciliação entre o ofensor e o ofendido, pela prestação pecuniária de forma a reparar o dano (dinheiro da paz), podendo se dar a favor da tribo que ordenou a expulsão, o pagamento em favor da tribo para cessar a vingança ou o pagamento em favor da vítima e de seus familiares¹³⁹.

A pena pública, por conseguinte, no pensamento de René Dotti, constitui último estágio de desenvolvimento da história das sanções criminais¹⁴⁰. “[...] Surge então a pena de natureza aflitiva e com caráter de expiação visando a exemplaridade. É o tempo em que o poder público assume a titularidade exclusiva da reação contra o delito e passa a exercer o chamado *iūs puniendi*, o direito subjetivo de punir, com as mais variadas formas de sanção¹⁴¹.

Observa-se que é dessa forma que surge o direito de punir por uma autoridade competente para tanto. Embora ainda em fase embrionária em relação ao direito penal hodierno, foi a partir desse momento que a vingança, então privada, passou a ter caráter público. E com e a evolução da sociedade, nos sistemas penais da antiguidade, direito penal canônico, na Europa moderna, até a contemporaneidade, nos retratam apenas a evolução do conceito de *jūs puniendi* concebido alhures, uma vez que lá nasceu o direito de punir como monopólio do Estado.

135 CÓDIGO DE HAMBURABI. Encontrado em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em 01/12/2014

136 BÍBLIA SAGRADA. Encontrado em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/ex/21/24+#v24>> Acesso em: 01/12/2014.

137 LEI DAS XII TÁBUAS. Encontrado em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>> Acesso em: 01/12/2014.

138 MIRABETE, Julio Fabrinni. Manual de Direito Penal: Parte Geral – arts. 1º a 120. Volume I. 17ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2001 p. 36.

139 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 209.

140 Ibid. p. 209.

141 Ibid. p. 210.

Assim, verificada historicamente a formação do direito de punir como monopólio do Estado, é necessário agora se deleitar com o porquê da punição, em teorias que tentam explicar as funções da pena.

3.1.2 As Funções da Pena

Em célebre trabalho em base na criminologia crítica de Alessandro Baratta, Cláudio Guimarães em sua obra “Constituição, Ministério Público e Direito Penal: a defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo”, elenca cinco principais funções da pena que, classicamente, tentam explicar o porque da existência que existe o *jus puniendi* estatal.

A primeira delas, é a retribuição. No pensamento de Guimarães, [...] é a desaprovação ou desvalorização pública que se concretiza com a aplicação concreta de uma pena aos atos que mais atentam gravemente contra os bens ligados ao desenvolvimento cultural e ao sistema de valores de determinado grupo social. [...]”¹⁴² ou seja, a pena teria o sentido de fazer justiça e nada mais¹⁴³.

Em crítica, Guimarães explica que a pena, atualmente, não é concebida dessa forma, uma vez que, a um, hoje na teoria do direito, o conceito de justiça há muito foi debatido por Hans Kelsen e deixado de lado ao problema jurídico¹⁴⁴, a dois, a heterogeneidade entre o mal do crime e o mal da pena fazem com que nunca sejam proporcionais o gravame e sua respectiva pena¹⁴⁵.

Apointa, por conseguinte, uma segunda função: a da prevenção geral negativa. Tal função, formulada pela Escola Positivista, de Defesa Social da Criminologia Positiva, afirmava, basicamente, que o Estado deve punir para que a população não cometa crimes, uma vez que tal teoria pressuporia que as pessoas fariam uma análise custo-benefício para praticar o delito¹⁴⁶.

A crítica feita pelo referido autor é que pode ocorrer uma instrumentalização do direito penal, levando a um endurecimento desmedido com claro fim intimidatório. Menciona ainda que

142 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A Defesa do Estado Democrático no Âmbito Punitivo. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2010. p. 49.

143 Ibid p. 50.

144 KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. Tradução: João Baptista Machado. 3º Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998. p. 02/05

145 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A Defesa do Estado Democrático no Âmbito Punitivo. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2010. p. 58.

146 Ibid. p. 61/63.

[...] Há também um grave problema em relação à prevenção geral negativa, que é o efeito meramente simbólico do direito penal. Como bem observou Feuerbach (1989), imperioso que, atrelada à sanção, esteja a aplicação da pena, haja vista que, se não é certa a aplicação da sanção em caso de cometimento de infrações penais, esvazia-se o efeito dissuasório desta [...] ¹⁴⁷.

A outra função da pena, que é a prevenção geral positiva, nascida com a crise do Estado de Bem-estar social, afirmando os valores consagrados pelo ordenamento e refletindo o no valor simbólico da lei, só que dessa vez, de maneira positiva, gerando confiança no “cidadão de bem” na política criminal. “[...] Buscam-se, teórica ou retoricamente, a positivação ou o reconhecimento de valores pela via da sanção penal. [...]” ¹⁴⁸.

O autor, por sua vez, critica tal concepção, alertando que não se pode afirmar racionalmente que a aplicação de uma sanção penal faria o referido efeito na sociedade, tal como a prevenção geral negativa ¹⁴⁹, aduzindo ainda que:

[...] Tal instrumentalidade, ademais, acabaria por desvirtuar o Direito Penal, visto que, em razão da salvaguarda e da manutenção do sistema assente, seus fins estariam todos direcionados inexoravelmente aos interesses do Estado, obscurecendo todos os demais aspectos socioculturais que fazem parte da essência do Direito Penal, ligadas não ao Estado, mas aos próprios cidadãos [...] ¹⁵⁰

Dessa forma, percebe-se que em se tratando do caso das prevenções gerais, que ocorrem no direito penal, como prevenção geral, tais conceitos convergem e serão úteis para averiguar o problema da Legislação simbólica, uma vez que a legislação penal serviria, portanto, para modificar um comportamento social a partir da legislação.

A prevenção especial negativa é, basicamente, buscar tirar da sociedade aquele infrator, *neutralizá-lo* na sociedade, dividindo as pessoas em *delinquentes* e *pessoas de bem*, por influência de Cesare Lombroso e o seu conceito de *criminoso nato*. Tal função da pena é notadamente contra a dignidade humana, corolário do sistema principiológico do direito brasileiro ¹⁵¹.

147 Ibid. p. 66/67.

148 Ibid. p. 66/67.

149 Ibid. p. 76.

150 Ibid. p. 77.

151 Ibid. p. 81/91.

Por fim, a prevenção especial positiva visa ressocializar, reintegrar o indivíduo à sociedade após o cometimento do delito. A crítica que se faz é que o se trata o indivíduo como um *doente* que necessita ser reabilitado, no entanto, como é cediço, a maioria das pessoas já delinuiu, restando aos encarcerados apenas a *cifra negra da criminalidade oculta*, e se não ocorrer dessa maneira, a culpa sempre recairá sobre a falta de políticas públicas necessárias para a implementação da ressocialização, políticas públicas essas que nunca serão efetivas pela sua impossibilidade fática¹⁵².

A expressão Cifra Negra da Criminalidade Oculta, por sua vez, se define como a constatação de que a criminalidade oculta (praticada pela maioria) não é qualificada nas estatísticas¹⁵³, uma vez que nem todo crime é levado a conhecimento da autoridade policial, nem toda autoridade policial indicia o autor do delito, nem todo indiciamento acarreta em denúncia, nem toda denúncia no final resulta em uma sentença penal condenatória, e nem toda sentença penal condenatória é cumprida¹⁵⁴.

Dessa forma, observa-se que no estudo do simbolismo penal, quer-se estudar, efetivamente, duas das funções da pena em relação à sociedade, qual seja, a prevenção geral positiva e negativa. Apesar das críticas feitas por Cláudio Guimarães, defendendo que as penas servem apenas para reafirmar os valores de um grupo dominante pelas massas¹⁵⁵, são necessárias para que o *ius puniendi* estatal não seja totalmente desacreditado, mas isso não quer dizer que seja também totalmente acreditado, uma vez que se se acreditar que o direito penal é *perfeito*, deixaríamos de abrir os olhos para as maiores atrocidades que existem no âmbito criminal.

Dessa forma, após o conhecimento de tais funções e de um pouco da história do *Jus Puniendi*, já se pode adentrar no âmbito da sociedade de risco e da cultura punitiva para, enfim, entrarmos definitivamente no problema da Lei Seca.

152 Ibid. p. 81/91.

153 ARGÜELO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. p. 10. Encontrado em: <<https://276dd27f-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/monofinal/legitimidade-sistema-penal/DoEstadosocialaoEstadopenal-KatieArguello.pdf>> Acesso em 01/12/2014.

154 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A Defesa do Estado Democrático no Âmbito Punitivo. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2010. p. 68.

155 Ibid. p. 126.

3.2 A Sociedade de Risco e a Cultura Punitiva

A sociedade de risco é um conceito concebido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em sua obra *Risk Society: a towards a new modernity*, em que ele define que a sociedade de risco seria

[...] The concept of risk is directly bound to the concept of reflexive modernization. Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities induced by modernization itself. Risks are opposed to older dangers, are consequences which relate to the threatening force of modernization and to its globalization of doubt. They are politically reflexive. [...] ¹⁵⁶.

Dessa forma, como o conceito de risco seria uma forma sistemática de lidar com perigos e inseguranças induzidas pela própria modernização, verifica-se que tal desiderato ocorre por conta do fenômeno da globalização e da complexidade da sociedade que está cada vez mais imbricada em novos fenômenos. Julia Guivant, comentando sobre a referida obra de Ulrich Beck mencionou que:

[...] O argumento central desse livro é que a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi deslocada pela sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade. O desenvolvimento da ciência e da técnica não poderiam mais dar conta da predição e controle dos riscos que contribuiu decisivamente para criar e que geram consequências de alta gravidade para a saúde humana e para o meio ambiente, desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis. Entre esses riscos, Beck inclui os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente. Mais recentemente, incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais [...] ¹⁵⁷.

Nesse sentido, é de se notar que as consequências da globalização e da complexidade da sociedade são diversas, tais quais a industrialização massiva e a crescente degradação ambiental, com os consequentes desaparecimento de biomas ambientais para as gerações futura; a formação de uma sociedade de consumo mais efetiva, onde interesses individuais, por muitas vezes, são preteridos a interesses de grandes corporações; o complexo sistema financeiro que ocorreu com a

156 BECK, Ulrich. *Risk Society: a Towards a New Modernity*. Ed. Sage. Translated by Mark Ritter. Los Angeles, London, New Delhi. Singapore. Washington DC. 1992. p. 21.

157 GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*, 16, abril 2001: p. 95.

globalização, mitigando as fronteiras aduaneiras, formulando tipos de fraude cada vez mais sofisticadas, bem como o contrabando de substâncias ilícitas e o terrorismo cada vez mais crescentes; sem falar da internet, e seus crimes, onde é complicado fazer a regulação do campo virtual, bem como a responsabilização e até mesmo a prova se mostra complicada; além das novidades da manipulação genética, a organização de certa parte da sociedade civil em busca do direito das minorias, e outros e muitos aspectos. Tudo isso, deixa claro que aquele conceito clássico de que o direito penal serve para proteger certos bens jurídicos de titularidade determinada ou determinável tem se mostrado insuficiente para demandar essas questões, de modo que a política criminal de expansão do direito penal tem se mostrado assaz importante para açambarcar os novos riscos da sociedade.¹⁵⁸

Nessa concepção, observa-se que o simbolismo no direito penal não deve ser entendido como um *mal a ser combatido* como muitos autores defendem, sugerindo um direito penal cada vez mais efetivo na sociedade, já que isso seria *praticamente impossível*, mas sim é uma tentativa de que o direito penal alcance os efeitos sociais que são por ele pretendidos, mas que não consegue alcançar por estar cada vez mais longe de ter sua eficácia sociológica, empírica ou real.

Isso não quer dizer, no entanto, que o direito penal deva sempre ser simbólico, portanto, *algo a ser fomentado*. Na verdade, a constatação é que o direito penal não consegue, por seu próprio turno, ser efetivo na sociedade, muito mais porque o direito penal não combate a causa da violência, mas sim a consequência dela.¹⁵⁹ Assim, a legislação simbólica apresenta-se como uma fórmula de *apaziguamento social*, embora não recomendável, é necessária, uma vez que o legislador não é conhecedor de todas as implicações penais.

Nessa perspectiva, o próprio Marcelo Neves mencionou quando falava acerca do problema da legislação-álibi, que:

[...] No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes. A onda anti-semitica que se espalhou pela Alemanha em 1959-60, com frequentes violações de semitérios judeus e sinagogas, levou, por exemplo, a uma reforma juridicamente desnecessária do § 130 do Código Penal Alemão (StGB), a qual, porém, demonstrava

158 PIRES, Josiane Corrêa. Legislação Simbólica e Expansão do Direito Penal: do Caráter Simbólico das Novas Leis Penais. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v.1, n. 6, 2012. p. 331/333

159 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A Defesa do Estado Democrático no Âmbito Punitivo. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2010. p. 134.

simbolicamente a prontidão do Estado de responder a 'indignação' pública pelas desordens anti-semíticas. Também em relação a escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa, apresenta-se como um alibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a legislação penal em vigor. [...].¹⁶⁰

Dessa forma, para tentar se legitimar como detentor do *jus puniendi* é que o Estado edita normas simbólicas, sobretudo no que se refere à Legislação-álibi para que a sociedade ainda creia no sistema punitivo penal do Estado, embora, como já aqui esposado, possa ocorrer o efeito contrário uma vez que, as pessoas podem observar que as demandas sociais não estão devidamente sendo açambarcadas por seu valor social¹⁶¹.

Dessa maneira, para tentar fazer com que a sociedade se sinta segura com a atuação do direito penal (prevenção geral positiva) e que a população veja o ato de delinquir como algo com o custo-benefício baixo (prevenção geral negativa), dividindo a população em dois grupos de *peças de bem* e de *delinquentes*, é necessário fazer com que a legislação não seja mais simbólica.

O que ocorre, é que de tanto ocorrer o uso da legislação-álibi, a população descrê no direito penal. Essa descrença, por conseguinte, faz com que ocorra mais o endurecimento do direito penal, tornando a legislação ainda mais simbólica, já que, quanto mais endurecido, menos chances de efetivação do direito penal¹⁶².

Com isso, os princípios da intervenção mínima, a legalidade (sobretudo na taxatividade) e a culpabilidade (proporcionalidade e respeito à dignidade humana), ficam cada vez mais mitigados no decorrer dos tempos.¹⁶³ E, com isso, vai gerando o que Allisson Guimarães e Cláudio Guimarães mencionaram como sendo “[...] uma falsa sensação de tranquilidade social e de um legislador atuante [...]”¹⁶⁴, sendo imperioso ressaltar que a legislação-álibi foi tão utilizada no decorrer dos tempos que é necessário que haja um mínimo de efetividade para o Estado se firmar como detentor do *jus puniendi*, ou então, virá com mais força o fenômeno do *sistema*

160 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 38

161 Ibid. p. 40

162 Ibid. p. 40

163 GUIMARÃES, Allisson Gomes. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O Direito Penal de Emergência e suas Implicações nas Políticas Criminais Contemporâneas do Brasil. p. 05/07.

164 Ibid. p. 08.

*penal paralelo ou subterrâneo*¹⁶⁵.

3.2.1 A Mídia e o Direito Penal

Por fim, e não menos importante, é necessário se deleitar pelo fenômeno da mídia no direito penal. Muito se fala da influência da mídia no Direito Penal quando se estuda no âmbito sociológico ou criminológico, e se verifica, até mesmo, na *paxis* esse tipo de influência. Portanto chega a ser quase inegável, diria até que seria ingênuo, não acreditar que a mídia tenha um certo *poder* sobre o direito penal. Dessa forma, como é cediço que o aparelho midiático exerce forte influência sobre as massas em geral, ela faz o trabalho precípua de direcionar o imaginário coletivo.

[...] Ser informado não é ser escravizado, eis o grande dilema do limiar de um novo milênio, em que a globalização tecnológica da informação, por mais paradoxo que isso possa parecer, provoca um conseqüente e natural isolamento individual.

Sendo um dos efeitos da globalização da informação tecnológica, o isolamento individual, os meios de comunicação em massa, diante desse quadro, assumem um importante papel de *catalização da opinião pública*. [...] ¹⁶⁶.

Dessa forma, a mídia tem um papel importante na sociedade, no entanto, como dito na citação acima, a mídia não é *má* ou *boa*, mas sim, cumpre o seu papel de informar as pessoas sobre os acontecimentos mais importantes da localidade, do país e do mundo, além de entreter, e ela faz isso sobre a perspectiva delas, ocorrendo uma *catalização da opinião pública*, ou seja, por mais que a mídia tente ser imparcial, ela terá opiniões que poderão direcionar o imaginário coletivo a um sentido determinado

165 “[...] Tal fenômeno se dá em razão da ínfima capacidade operacional das agências do sistema penal (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Agências de execução da pena) no âmbito da legalidade. Em suma, o déficit operacional é compensado pelo amplo desrespeito ao que estatuído legalmente. Não mais se investiga, tortura-se; não mais se fiscaliza; silencia-se; a tão necessária verdade real objetivada pela persecução penal transforma-se em verdade política, alimentada por interesses particulares. Há uma conivência disfarçada entre as autoridades constituídas que absurdamente administra o desrespeito às leis. Ademais, há uma troca na ordem das agências do sistema penal, haja vista que em relação à importância decisional, é dizer, à hierarquia do órgão que define o alcance do poder punitivo e que deveria seguir a ordem lógica de Poder Legislativo, Ministério Público e Magistratura, e por fim Polícia, não é isso que se observa na realidade; houve uma inversão total de papéis. [...]” GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Revisão Crítica da Pena Privativa de Liberdade: uma aproximação democrática. p. 10/11 Encontrado em <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/RevisaoCritica-REC.02.06-05.pdf>> Acesso em: 02/12/2014.

166 SOUZA, Arthur Cesar de. A Decisão do Juiz e a Influência da Mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011. p. 32

Na questão da imparcialidade, por sua vez, é cediço que não há neutralidade no que tange aos meios de comunicação em massa. Dessa forma, com base no conhecimento de Karl Popper, Fernando Silveira afirma que “Todo o nosso conhecimento é conjectural”¹⁶⁷ pois “não existe observação neutra, livre de pressupostos; todo conhecimento está impregnado de teoria”¹⁶⁸

Percebe-se que nenhum conhecimento jornalístico ou midiático é isento de que seja de alguma forma *manipulado*. Não que isso seja intencional, mas porque nenhum conhecimento pode ser passado a outrem sem que esteja assentada em alguma teoria que poderá ou não ser aceita pela população em geral. Adorno e Horkheimer, descrendo totalmente da neutralidade, chegam a dizer que “Na imparcialidade da linguagem científica, o impotente perdeu inteiramente a força para se exprimir, e só o existente encontra aí seu signo neutro. Tal neutralidade é mais metafísica do que a metafísica”¹⁶⁹. Destaca a doutora em linguística Sandra Melo que:

[...] Apesar de fazer parte da relação humana e, por isso, ser um procedimento histórico, esse fechamento dos textos noticiosos, descrito pelos manuais de redação e estilo como textos inteiros, sem partido e imparciais, obedece a uma fabricação da imagem do veículo de comunicação, que, sem sombra de dúvida, age como empresa na divulgação da qualidade de seu produto. Não me interessa, neste ponto, analisar os jornais como empresa, embora isso seja um fato, mas falar sobre como eles, ao se descreverem como autoridades na produção da escrita boa e imparcial, agem em sua defesa.[...]¹⁷⁰.

Percebe-se que a neutralidade na imprensa é, como em todos os níveis do conhecimento, algo que já foi superado. Nesse contexto, e no já dito anteriormente, a mídia exerce forte influência no imaginário coletivo, uma vez que ela já carrega, no expor dos fatos sociais relevantes, uma teoria capaz de *catalizar* o imaginário coletivo a uma opinião pública, que, mesmo que tente ser imparcial, não é capaz de obter tal imparcialidade, levando à população consumidora da mídia a ser influenciada.

167 SILVEIRA, Fernando Lang da. A Filosofia da Ciência de Karl Popper: o Racionalismo Crítico. Caderno Catarinense de Ensino de Física v. 13. n.º 03. dezembro de 1993. p. 204.

168 Ibid. p. 217.

169 ADORNO, Theodor. HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos. 1947. p. 13

170 MELO, Sandra Helena Dias de. O Discurso de Neutralidade na Imprensa. Linguagem em (Dis)curso – LemD, Tubarão. v. 05. Dezembro de 2004. p. 37.

Verificado isso, observa-se também que, os políticos se utilizam dos meios de veiculação midiática para divulgar seus trabalhos e o dos seus adversários políticos. A mídia, atualmente, é um fator de relevância política importante, justamente porque na democracia atual, sobretudo na Democracia semidireta ou representativa em que o Brasil faz parte¹⁷¹. Cristiane do Prado menciona sobre esse aspecto que:

A mídia é um fator central da vida política contemporânea e não é possível mudar este fato, os políticos sem mídia serão pouco votados, porque é nela que eles tornam-se conhecidos. A política não consegue mais se desligar dos meios de comunicação, e isso é evidente, pois a política no *mass media* cresceu de uma forma estrondosa que acabou transformando o comportamento da classe política que teve que se adaptar e aprender a usar os meios para então desenvolver suas campanhas, onde a imagem/fala/propostas são necessárias para o político ser considerado pela população votante apto a exercer determinada função/cargo público. O avanço das técnicas publicitárias é uma das características mais visíveis das disputas eleitorais das últimas décadas. Nos regimes democráticos, o povo mantém a prerrogativa de decidir quem exercerá o poder político.¹⁷²

Dessa forma, a mídia exerce influência não só na população, catalizando a opinião pública, mas também exerce um poder na classe política, uma vez que os políticos têm que estar de acordo com essa opinião pública para poderem continuar se elegendo. No entanto, sobre esse ponto, Marcelo Neves nos alerta que:

[...] Nos períodos eleitorais, por exemplo, os políticos prestam conta do seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem à expectativa do eleitorado. É secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente “desejados”, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas. Importante é que os membros do parlamento e do governo apresentem-se como atuantes, e portanto, que o Estado-legislador mantenha-se merecedor da confiança do cidadão. [...] ¹⁷³.

Assim, a aparência de atuação, combinada com a influência da mídia sobre o imaginário coletivo, gera certa confiança no ordenamento jurídico, que faz com que as pessoas não queiram cometer crimes (prevenção geral negativa) e que se sintam seguras com a atuação do direito penal (prevenção geral positiva). No

171 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Descomplicado. 18. ed. rev. atual. e amp. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 1239

172 PRADO, Cristiane do. Política e Mídia são Inseparáveis. Encontrado em: <<http://monografias.brasilecola.com/historia/politica-midia-sao-inseparaveis.htm>>. Acesso em 05/12/2014

173 NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 37

entanto, com a intensificação da utilização de legislações simbólicas, sobretudo a legislação-álibi, a perda parcial da confiança faz com que a mídia exerça uma influência no parlamento para que ele se mostre atuante, iniciando-se novamente o ciclo.

4 A LEI SECA E O SEU SIMBOLISMO

Após verificadas todas as circunstâncias teóricas que envolvem o simbolismo e sua relação com o direito penal, é necessário agora, após o estudo desses temas, abordar o objeto do referido estudo, a denominada “Lei Seca”.

No primeiro momento, será falado sobre os aspectos históricos que influenciaram a criação da Lei de n.º 11.705/2008, que foi denominada de “lei seca”, e posteriormente modificada pela Lei de n.º 12.760/2012, e, aperfeiçoando novamente em sua redação, a Lei de n.º 12.971/2014 com o propósito de verificar-se em qual contexto se encontra e quais pressões sociais que levaram a criação da referida lei, para, em seguida, se falar especificamente sobre o crime a ele cometido. A partir desse momento, se analisará, sobre aspectos do plano da eficácia empírica, se a lei é uma legislação simbólica ou não.

4.1 Aspectos Históricos da “Lei Seca”

Em 14 de abril de 2004, nas Nações Unidas, foi aprovada a resolução A/RES/58/289 proclamando ações enérgicas dos países para a segurança viária, uma vez que os prognósticos não eram animadores^{174;175}.

[...] Não obstante a dimensão global do problema, a questão adquire contornos dramáticos no que concerne às nações em desenvolvimento, seja em relação ao quadro vigente, seja em relação aos horizontes próximos. Os países de média e baixa rendas possuem as mais altas taxas de mortalidade no trânsito (entre 21,5 e 19,5 por 100 mil habitantes, como é o caso brasileiro), respondendo por eloqüentes 90% de todas as mortes nas vias públicas, não obstante deterem apenas 48% da frota de veículos registrada. [...]¹⁷⁶.

Nesse cenário, o Governo Federal editou o Decreto de n.º 6.117 de 27 de maio de 2007, que aduz o título do referido decreto sobre o qual “Aprova a Política Nacional sobre o Álcool, dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a violência e criminalidade, e dá outras providências”.

174 DATASUS. Encontrado em <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2009/tema.pdf>>. Acesso em 07/10/2014. p. 02

175 THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Improving global road safety, resolution A/RES58/289. 2004. Disponível em: <http://www.who.int/violence_injury_prevention/media/news/en/unga_58_289_en.pdf> Acesso em 07/10/2014.

176 DATASUS. Encontrado em <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2009/tema.pdf>>. Acesso em 07/10/2014. p. 02

Dessa forma, como se verifica na legislação do citado decreto, foi aprovada a Política Nacional sobre o Álcool pelas conclusões do grupo Técnico Interministerial e o Conselho Nacional Antidrogas, ficando a Secretaria Nacional Antidrogas a incumbência de articular e coordenar a Política Nacional sobre o Álcool.

Dessa forma, foi editada a Medida Provisória 415 de 12 de janeiro de 2008 (Medida provisória essa que se transformaria na atual *Lei Seca*), de acordo com os estudos realizados pela Secretaria Nacional Antidrogas e de acordo com a exposição de motivos do ANEXO I, e, obviamente, a mídia também teve sua parcela de contribuição¹⁷⁷.

No entanto, como se verifica no texto da própria MP 415/08, o que era proibido na época era apenas a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias, mas não é da forma que é atualmente, uma vez que se punia apenas o comerciante para a venda de bebidas alcoólicas, não aquele que bebia ao dirigir, uma vez que já havia punição nesse sentido no Código de Trânsito Brasileiro (infração administrativa do art. 165 do CTB e crime do art. 306 do CTB).

Não obstante, ao passar da Medida Provisória à Lei de n.º 11.705 de junho de 2008¹⁷⁸, diversas modificações foram a ela acrescentadas. Além de permanecer a proibição da venda em rodovias, federais de bebidas alcoólicas, foram incluídas as modificações, tanto no âmbito infracional (art. 165 do CTB), quanto no âmbito criminal (Art. 306 do CTB).

No que tange ao âmbito criminal, que é o objeto do nosso estudo, a nova lei incluiu o limite de concentração de álcool permitido inferior a 06 (seis) decigramas por litro de sangue, e, para caracterizar o crime descrito no referido artigo, o seu parágrafo único, a norma impôs que o Executivo Federal faria testes de alcoometria para caracterizar o crime descrito nesse artigo.

177 O Deputado Hugo Leal, relator da referida *Lei Seca* em vídeo intitulado “Lei Seca, a lei da vida, pelo seu autor - Deputado Hugo Leal”, chega a dizer em seu vídeo promocional que: “[...] Natal de 2007 para o Reveillon de 2007 para 2008 ocorreram, se a gente (sic) for pegar os jornais da época, um número muito grande de acidentes, de mortes nas rodovias federais, foi um número que assustou o governo, que [foi] um número que saiu um pouco das estatísticas e parâmetros normais.[...]” Encontrado em: <<https://www.youtube.com/watch?v=16O0W5jAzyg>> Acesso em 07/12/2014

178 O art. 62, § 3º da Constituição Federal diz: “As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”

O problema dessa Lei Seca, em sua primeira configuração, foi justamente no que tange teste de alcoometria. Inicialmente, porque, antes da edição da Lei de n.º 11.705/08, como não havia índice mínimo de concentração de decigramas por litro, não necessitasse de teste de alcoometria, no entanto, a nova elementar introduzida “[...] ao fazer menção expressa ao quantum de álcool no sangue necessário para a configuração do crime, tornando indispensável o referido exame técnico, sob pena de não restar comprovada a materialidade do delito. [...]”¹⁷⁹.

Ocorre que, ao realizar o teste em aparelho de ar alveolar pulmonar – etilômetro (vulgarmente conhecido como *bafoômetro*), alguns motoristas se negavam, ou apenas faziam menção em soprar, no entanto não efetivamente sopravam no referido aparelho. Ocorre que, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, (*Pacto de San José da Costa Rica*), implementada no Brasil pelo Decreto 678/1992, no seu artigo 8º, parágrafo 2 e alínea “g”, mencionava que toda a pessoa tem “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, decreto este que tem natureza de norma *supralegal*¹⁸⁰, e portanto, acima da lei ordinária, além da analogia ao que se preleciona no art. 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988, de que qualquer pessoa presa tem o direito de permanecer calado.

Dessa forma, Janaína Guimarães chegou inclusive a dizer que:

179 GUIMARÃES, Janaína Rosa. Lei seca, bafômetro e impunidade: A falta de obrigatoriedade do teste etílico e os efeitos práticos do texto legal do CTB. Encontrado em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/58/artigo211001-1.asp>> Acesso em 07/12/2014. p.01.

180 Tal tema é de sobremaneira controvertido na doutrina e jurisprudência sobre a natureza jurídica da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Antes da edição da Emenda Constitucional de n.º 45/2002, em que os tratados e as convenções internacionais que se referem aos direitos humanos ainda não eram equivalentes às emendas à constituição (art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988), esses tratados eram feitos por decreto do Presidente da República. Ocorre que o decreto é ato executivo *inferior* hierarquicamente à lei, e portanto deveria ser *revogada* por esta (vide BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª Ed. Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 93/95). Ocorre que, a título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante de n.º 25, onde proibiu a prisão civil do depositário infiel. Tal súmula vai de encontro ao disposto no art. 5º, LXVII da Constituição Federal de 1988, uma vez que tal inciso permite a prisão civil do depositário infiel, no entanto, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo sétimo, inciso sete, que diz que “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação de natureza alimentar”. Portanto, nos termos do Bobbio, seria como se o *decreto revogasse a norma constituinte originária*. Há, nesse âmbito, diversas teorias sobre o referido tema, inclusive entre os próprios Ministros do STF, no entanto, uma das mais aceitas é que tais normas se tratam de *normas supralegais*, ou seja, que estão abaixo da Constituição, mas que estão acima da legislação ordinária (vide: RODEGUER, Alessandra Granucci. A Prisão do Depositário Infiel e o Pacto de São José da Costa Rica. 23/01/2014. São Paulo. Encontrado em: <http://mrvadv.com.br/mrv_pt/a-prisao-do-depositario-infiel-e-o-pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>. Acesso em 07/12/2014.)

[...] Embora promulgada com o fim de recrudescer o combate ao crime de embriaguez ao volante, a Lei nº 11.705/08, ao prever a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue como elemento objetivo do tipo penal, assume a condição de norma penal mais benéfica, quando não houver nos autos prova técnica da dosagem alcoólica no sangue do acusado. [...] ¹⁸¹.

De fato, se aquele que dirigiu após beber não quiser fazer o teste do etilômetro, mesmo que oferecesse perigo concreto à segurança viária (como, por exemplo, andar em zigue-zague ou mesmo andar na contramão da via, ou que tivesse sinais óbvios de embriaguez, tais quais: odor característico, voz embargada, olhos vermelhos e andar cambaleante), não poderia sofrer uma condenação criminal, uma vez que se recusou a fazer o referido teste, já que o direito penal observa a estrita legalidade ou tipicidade, não podendo dar à norma penal a chamada *analogia in pejus*.¹⁸² Nesse sentido o STJ, no Habeas Corpus de n.º 166.377-SP, julgado em 10 de julho de 2010 (ANEXO II), confirmou tal entendimento.

Dessa forma, o que se observa é que, no campo jurídico, a edição da lei foi mais *benéfica* àquele que dirigia após beber. No entanto, como se verificará logo a seguir, os acidentes ocorridos em decorrência de veículos automotores *diminuíram*.

Observando o legislador tal incongruência que havia cometido, resolveu editar a Lei de n.º 12.760 de 20 de dezembro de 2012, e, aperfeiçoando novamente em sua redação, a Lei de n.º 12.971 de 09 de maio de 2014. Essas novas legislações, além de darem tratamento mais rígido novamente, no que tange ao fato de beber ao dirigir, incluiu, além do teste de alcoometria, outros meios de prova admitidos em direito, tais quais a alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal, dentre outros, e foi incluído pela Lei de n.º 12.971 de 09 de maio de 2014 apenas o teste toxicológico para outros tipos de drogas.

Tal norma, não obstante, apenas voltou ao *status quo ante* da legislação anterior, que previa também fatores de perigo concreto, e, obviamente, com outras diversas modificações de âmbito simbólico, como o aumento no valor da multa para quem se encontrar dirigindo alcoolizado.

181 GUIMARÃES, Janaína Rosa. Lei seca, bafômetro e impunidade: A falta de obrigatoriedade do teste etílico e os efeitos práticos do texto legal do CTB. Encontrado em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/58/artigo211001-1.asp>> Acesso em 07/12/2014. p.01.

182 GRECO, Rogério. Curdo de Direito Penal, 13ª Ed. Editora Impetus, 2011. p. 44.

4.2 O Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro

Após verificada a Lei Seca em âmbito histórico, é necessário se deleitar sobre o crime em si, em todas as suas circunstâncias.

~~[...] Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:~~

~~Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

~~Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

~~§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)~~

~~§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)~~

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) [...]¹⁸³.

No que tange aos sujeitos e aos objetos do crime, tem-se que o sujeito ativo do crime é o condutor de veículo automotor, o sujeito passivo é o Estado, o objeto juridicamente tutelado é a segurança viária. A tipicidade objetiva (verbo do

183 BRASIL. Lei DE N.º 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm> Acesso em 08/12/2014.

tipo) é “conduzir”, e a tipicidade subjetiva é o dolo, não se admitindo a forma culposa^{184;185}.

Quanto à classificação, trata-se de um crime próprio (apenas aquele que dirige pode cometer), comissivo (conduta positiva, no sentido de *fazer*), material (produz o resultado naturalístico que é a colocação de perigo nas vias), permanente (o verbo *conduzir* dá ideia de permanência, ou seja, de que enquanto o autor estiver conduzindo, está cometendo o crime), unissubjetivo (pode ser feito por apenas um sujeito), plurissubsistente (a sua conduta pode desdobrar-se em vários atos sucessivos), de ação penal pública incondicionada (apenas um membro do Ministério Público poderá propor denúncia contra o acusado), cabe suspensão condicional do processo (já que a pena mínima é menor que um ano, de acordo com o art. 89 da Lei de n.º 9.099/90), o, admite forma tentada, embora de difícil configuração, uma vez que se trata de delito plurissubsistente^{186;187}.

No entanto, a controvérsia reside no fato de ser um crime de perigo abstrato ou concreto. Na definição de Cezar Bittencourt, o delito “[...] Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido [...]”¹⁸⁸, e define o perigo como o “[...] que pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nesses termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa. [...]”¹⁸⁹.

Desta forma, o que se verifica é que, antes da edição da Lei de n.º 11.705/08, tratava-se de crime de perigo concreto, uma vez que bastava a pessoa colocar a segurança viária em perigo e apresentar sinais de embriaguez que já seria penalmente punida, uma vez que no final da redação tem “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Com a edição da Lei de n.º 11.705/08, denominada popularmente de “lei seca”, o perigo passou a ser abstrato, já que o parâmetro de verificação do crime mudou, já que não importava se o condutor efetivamente

184 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 13º Ed. Editora Impetus, 2011. p. 172/180

185 CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio. *Legislação Criminal Especial*. 2º Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010. p. 1096/1106

186 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 13º Ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2008. p. 212/215

187 CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio. *Legislação Criminal Especial*. 2º Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010. p. 1096/1106

188 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 13º Ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2008. p. 213

189 *Ibid.* p. 213

colocasse ou não a segurança viária em risco, mas sim se ele tivesse ingerido ou não bebida alcoólica. Com a Lei de n.º 12.760 de 20 de dezembro de 2012, e a Lei de n.º 12.971 de 09 de maio de 2014, o delito continuou a ser de perigo abstrato, mesmo ocorrendo a mudança da redação, vez que se se colocar a segurança viária em risco, ela será apenas um *meio de prova* para comprovar a embriaguez daquele que dirige sob o efeito do álcool.

4.3 Dados estatísticos da Lei Seca

Inicialmente, analisamos a Lei Seca em seu âmbito histórico, após analisamos como ela ocorre no âmbito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, mas agora temos que observar alguns dados estatísticos da eficácia empírica ou real da legislação no Brasil.

De fato, deve-se observar os gráficos estatísticos das mortes em acidentes de trânsito, uma vez que tal desiderato é de importância *sine qua non* para entender-se se a lei seca no Brasil se trata ou não de uma legislação simbólica a lei seca do Brasil.

No primeiro e no segundo gráficos (ANEXO III e ANEXO IV), observa-se que houve uma ascensão em números absolutos de acidente de trânsito. Exceção apenas no ano de 2009, quando houve, efetivamente, uma queda do número de vítimas fatais.

Acerca da queda da taxa de mortes por 100 mil veículos disposta no ANEXO III, Giancarlo Bacchieri e Aluísio Barros explicam que [...] Essa diminuição pode estar relacionada ao aumento de 85% da frota brasileira: de 29,5 milhões de veículos para mais de 54 milhões. [...] ¹⁹⁰.

Observando-se também o gráfico de indenizações pagas pelo Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de via Terrestre (DPVAT), como disposto no ANEXO V, observa-se que nas indenizações também houve uma ligeira queda em números totais no ano de 2009.

De fato, tais gráficos não mostram estatísticas específicas de morte por acidente de trânsito causada por ingestão de bebida alcoólica, no entanto, Giancarlo

190 BACCHIERI, Giancarlo; BARROS, Aluísio J D. Acidentes de trânsito no Brasil de 1998 a 2010: muitas mudanças e poucos resultados <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102011000500017&script=sci_arttext>

Bacchieri e Aluísio Barros explicam que:

[...] A relação entre álcool e AT¹⁹¹ está bem documentada na literatura internacional e é uma das principais causas de morbimortalidade, atingindo, sobretudo, homens jovens. O 'I Levantamento Nacional Domiciliar sobre Padrões de Consumo de Álcool', realizado em 143 cidades brasileiras em 2009, indicou prevalência de 35% de beber e dirigir (43% para homens e 9% para mulheres). Entre 2005 e 2009, estudos que relacionaram uso de álcool e vítimas fatais no Estado de São Paulo, Distrito Federal e Porto Alegre encontraram alcoolemia positiva em 45%, 43% e 32% dos casos, respectivamente.^{30,49} Entre vítimas não fatais atendidas em centros de atenção ao trauma e emergências de São Paulo e Uberlândia (MG), a prevalência de ingestão de álcool foi, respectivamente, 24% e 29%.^{24,27} Cerca de 17% das vítimas de AT atendidas em serviços de emergência de cidades cobertas pelo Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes em Serviços Sentinelas apresentavam suspeita de uso de álcool. [...] ¹⁹².

Diante de tais números, Julio Waiselfisz faz um prognóstico ruim deles, chegando a mencionar que os rigores da lei, bem como outras vicissitudes, não declinaram, ou ao menos estagnaram, a morte de pessoas por veículo automotor. Aduz ele que:

[...] Se durante um breve período posterior à implantação do Código de Trânsito Brasileiro de 1997 – CTB, o número de vítimas fatais cai 22%, já partir do ano 2000 os acidentes reiniciam sua espiral ascendente, frustrando as expectativas depositadas nos rigores da nova lei. Nem esses rigores, nem a crescente municipalização da gestão do trânsito, nem a expansão da fiscalização eletrônica, nem a recente regulamentação da profissão de motoboys e mototaxistas, dentre as várias medidas adotadas, parecem ter segurado essa espiral ascendente. [...] ¹⁹³.

Dessa forma, a interpretação dos referidos dados, em consonância com o que disseram os especialistas, aponta um certo *fracasso* no que se refere à edição da Lei Seca, tendo resultado apenas no ano de 2009, e ainda assim, os gráficos demonstrados aqui não podem creditar à edição da Lei Seca como sendo responsável, quiçá, única responsável, pelo declínio das mortes daquele ano, mas podem nos dar uma provisão de que talvez ela possa ter tido eficácia empírica ou real.

191 AT: Acidente de Trânsito.

192 BACCHIERI, Giancarlo; BARROS, Aluísio J D. Acidentes de trânsito no Brasil de 1998 a 2010: muitas mudanças e poucos resultados <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102011000500017&script=sci_arttext>

193 WASELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas. Rio de Janeiro, 2013. p.88. Encontrado em <http://www.vias-seguras.com/os_acidentes/estatisticas/estatisticas_nacionais/estatisticas_do_ministerio_da_saude/mapa_da_violencia_2013_acidentes_de_transito_e_motocicletas>. Acesso em 08/12/2014

Desse modo, apesar de a legislação penal não estar cumprindo seu papel de diminuir com as mortes no trânsito, gerando menos gastos para a saúde pública, a população é levada a acreditar na eficácia normativa da lei, contando com isso, a força da mídia.

Luís Flávio Gomes, em feliz constatação do que foi exposto, chegou a mencionar acerca de uma reportagem do Jornal Folha de São Paulo¹⁹⁴ que:

[...] 01. Depois de ouvir os tetricos diagnósticos de Flávio Tavares e Dirceu Alves Júnior na Conferência Global Parar 2014, fiz minha exposição e sublinhei o seguinte: a mentira que nos contam as manchetes: 'Após Lei Seca mais rigorosa, mortes caem no trânsito. Depois de três anos de alta, índice tem queda de 10%, a maior desde 1998' (Folha de S. Paulo 10/11/14: A1). O leitor dessas manchetes, desavisado, é levado a crer que o rigor da lei é a solução do problema [o problema do Brasil seria a falta de leis duríssimas]. Isso é puro populismo penal demagógico e irresponsável, que vem sendo levado a cabo no nosso país [desde a redemocratização, com certeza: veja meu livro Populismo penal midiático] pelo governo, legislador e mídia. O primeiro parágrafo da notícia diz: "As mortes em acidentes de trânsito caíram 10% em todo o país no ano passado [2013], segundo o governo federal. É a primeira queda em três anos e a maior desde 1998". A informação é do "governo federal". A mídia não tem o cuidado sequer de checar se essa informação tem consistência ou plausibilidade. O que o legislador, o governo e a mídia fazem é um desserviço à cidadania, à nossa democracia (que é uma das mais corruptas do planeta e, ao mesmo tempo, uma das mais manipuladas). A matéria da Folha, depois de mais de 20 parágrafos, diz que eventual diminuição pode ter sido causada pela fiscalização. No último parágrafo (onde normalmente o leitor já não chega) diz: "Os dados do SUS podem ser alterados até junho de 2015. Nos últimos anos, porém, as revisões não mudaram substancialmente os resultados". Ou seja: a informação de que as mortes no trânsito diminuíram em 2013 (com manchete em letras garrafais) constitui um desserviço à cidadania porque pode ser alterada até 2015 (muita água ainda vai rolar sob essa ponte).

02. Estou me valendo, neste artigo, das manchetes escandalosas e das matérias da Folha (que é um jornal, normalmente, que eu reputo sério) por acaso. Praticamente todos os meios de comunicação fazem, nessa área, a mesma coisa sob a égide da mesma ideologia: "o endurecimento da lei é o responsável pela diminuição dos crimes". Nada mais inverídico. O que todos esses meios ignoram? É que, de 1940 a 2014, o legislador brasileiro já fez 157 reformas penais, das quais 73% pelo endurecimento das leis, e nunca jamais diminuiu qualquer tipo de crime a médio prazo no Brasil. Há 74 anos o legislador ilude a população com leis mais duras, sem nunca ter desenvolvido nenhuma política de "certeza do castigo" (fazer cumprir a lei, por meio de um rigorosa fiscalização). Adoramos, em virtude da nossa formação "bacharelesca", normas jurídicas (que são abusivas e excessivas no Brasil: somente no campo tributário, da CF para cá, já emitimos mais de 4 milhões de normas). E acreditamos que elas solucionam problemas sociais. Tradição maldita e desgraçada porque assim o legislador ilude a população (editar uma lei nova não custa nada), sem enfrentar seriamente o problema.

194 MONTEIRO, André. Numero de Mortes no Trânsito tem maior queda no Brasil desde 1998. Folha de São Paulo. Cotidiano. Publicado em: 10/11/2014. <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/11/1545760-numero-de-mortes-no-transito-tem-maior-queda-no-brasil-desde-1998.shtml>> Acesso em 08/12/2014.

03. A Folha acreditou na informação (do governo) de que em 2013 tivemos 40.500 mortes no trânsito. Em 2012, já tínhamos alcançado 44.891 óbitos. Os números de 2013 vão ser atualizados até 2015. Não percebem os meios de comunicação que essas estatísticas preliminares (manhosas, porosas, enganosas) vêm se mostrando bastante falhas, ficando muitas vezes longe do resultado real, ou até mesmo contrariando a expectativa. Em 2009, a Folha (referindo-se ao ano de 2007) publicou o seguinte: “Lei Seca reduz mortes e internações por acidentes de trânsito, diz ministério” (quem leu isso deve ter acreditado na informação). Quando os resultados finais saíram, eles apontavam um aumento real nessa taxa. A reportagem apontava um total de 36.465 mortes no trânsito; o número real (em 2007) ficou em 37.407, tendo havido crescimento de 2,8% em relação ao ano anterior.

04. Em junho de 2010, a mídia também divulgou uma informação que dava conta de uma redução de 6,2% nas mortes causadas pelo trânsito, também devido à Lei Seca mais dura, entre os anos de 2008 e 2009 (‘Lei Seca’ reduz em 6,2% as mortes causadas pelo trânsito). O resultado final para os anos de 2008 e 2009, na verdade, apontaram queda de apenas 1,7%. Aliás, 2009 foi o único ano, na década de 2001 a 2010, que houve redução no número de mortes (em virtude da boa fiscalização). Em novembro de 2011, outra publicação da mídia (Mortes no trânsito têm alta de 25% em 9 anos, aponta ministério.) também revelou um aumento inferior ao resultado real na taxa de mortes. Era apontado um aumento de 25% para o período entre 2002 e 2010 com base em resultados preliminares, e o que se confirmou foi então um aumento de 30,8%, em 9 anos. O número estimado para 2010 seria de 40.610 vítimas e o resultou final apontou 42.844. [...]”¹⁹⁵

Como se pôde observar, o renomado jurista atrelou a queda dos acidentes de trânsito à boa fiscalização que ocorria na época e que não é endurecendo a legislação que ela será mais efetiva e reduzirá a criminalidade, mas sim, a sua fiscalização e seu cumprimento.

Dessa forma, observa-se que a Lei de n.º 11.705/09 e suas posteriores alterações da Lei de n.º 12.760/12, e a Lei de n.º 12.971/14, nada mais são do que o exemplo clássico de Legislação-álibi idealizada por Kindermann e reproduzido aqui no Brasil por Marcelo Neves. Isso porque, como se verificou, a legislação, juridicamente, em um primeiro momento, foi mais ineficaz que a que foi anteriormente revogada, mas foi quando ela tinha sido menos eficaz juridicamente (no ano de 2009), que ela apresentou o maior grau de eficácia empírica, sociológica ou real em relação à população, inibindo as pessoas de cometerem crimes (prevenção geral negativa) e fazendo com que as pessoas se sentissem *seguras* com a efetiva aplicação da legislação (prevenção geral positiva).

195 GOMES, Luís Flávio. Mortes no Trânsito: Mídia, Governo e Legislador Nos Iludem Com Mentiras (?) Encontrado em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/mortes-no-transito-midia-governo-e-legislador-nos-iludem-com-mentiras/>> Acesso em 08/12/2014.

5 CONCLUSÃO

Nesse contexto, observa-se que após percorrer todo o trabalho monográfico, verificou-se que a Lei de n.º 11.705/08 denominada de “Lei Seca” e suas posteriores alterações, da Lei de n.º 12.760/12, e a Lei de n.º 12.971/14 são sim legislações simbólicas no conceito de Marcelo Neves.

Isso porque, elas se encaixam no conceito de Legislação Simbólica como uma legislação onde o sentido manifesto (tornar mais rígida a legislação penal para que os destinatários da norma não venham a cometer o crime) é menos importante que o seu sentido latente (fazer com que a população veja que foi assistida pelo Estado), se encaixando na tipologia da definida por Kindermann como Legislação-álibi, uma vez que, produz na população uma sensação de *bem estar*, que não é verdadeira, mas isso ocorre para que a população creia que o Estado a está assistindo.

Tal desiderato se verificou da seguinte forma: observou que a norma jurídica da Lei de n.º 11.705/08 é menos eficaz que a norma anterior contida no Código de Trânsito Brasileiro. Essa ineficácia empírica ocorrida é porque, juridicamente, o Estado não poderá punir alguém que não quiser se auto-incriminar como está na previsto Convenção Interamericana de Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988, e é assim que o STJ entendia a matéria.

Mas, mesmo assim, no ano de 2009, as vítimas de acidentes envolvendo veículos automotores diminuíram por conta da efetiva fiscalização e das campanhas sociais da norma. Apesar de os acidentes automobilísticos estarem em constante ascensão, naquele ano a “Lei Seca” pôde ter sido eficaz, uma vez que a taxa de mortes no trânsito diminuiu.

Por outro lado, as posteriores alterações trazidas pela Lei de n.º 12.760/12, e a Lei de n.º 12.971/14, por conseguinte, continuam a ser simbólicas, uma vez que, embora elas não sejam tão ineficazes quanto a Lei de n.º 11.705/08, elas não obtiveram a redução das mortes no trânsito. Portanto, a Lei de n.º 11.705/08, embora juridicamente mais benéfica ao cidadão que redação do art. 306 do CTB anterior, foi faticamente mais eficaz; e as posteriores alterações da Lei de n.º 12.760/12 e a Lei de n.º 12.971/14, embora juridicamente mais rígidas, foram, empiricamente, menos eficazes.

De acordo com o prognóstico de Marcelo Neves, percebe-se que a população pode estar não mais crendo na referida lei, uma vez que, como dito, o uso excessivo da Legislação-álibi leva a descrença do Estado como solucionador de problemas.

Trata-se, portanto, da ocorrência da teoria das prevenções gerais, uma vez que àquele que dirige, se dá uma sensação de que ele não poderá beber se for dirigir, e à população se sentir segura com aquilo. A mídia, na prevenção geral positiva tem papel fundamental no que tange à verificação da prevenção geral positiva, uma vez que ela dá a sensação de segurança à população. Dessa forma, como já foi dito por Luís Flávio Gomes, em brilhante artigo, comentando sobre o sentimento de segurança que está na população, observou, embora de forma indireta, que realmente se tratava de uma legislação-álibi.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos**. 1947.
- ARGÔLO, Diêgo Edington. A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 21 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43520&seo=1>>. Acesso em: 28 nov. 2014.
- ARGÜELO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem**. Disponível em: <<https://276dd27f-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/monofinal/legitimidade-sistema-penal/DoEstadosocialaoEstadopenal-KatieArguello.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.
- BACCHIERI, Giancarlo; BARROS, Aluísio J D. **Acidentes de trânsito no Brasil de 1998 a 2010: muitas mudanças e poucos resultados**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102011000500017&script=sci_arttext>. Acesso em: 01 dez. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.
- BECK, Ulrich. **Risk Society: a Towards a New Modernity**. Ed. Sage. Transated by Mark Ritter. Los Angeles, London, New Delhi. Singapore. Washington DC. 1992.
- BERTAGNOLLI, Estevan Martineli. **Niklas Luhmann e a realidade dos meios de comunicação em massa**. Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009, p. 33. Encontrado em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22776/000740569.pdf?>>. Acesso em 15/11/2014.
- BITTENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 13. ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2008.
- BRASIL. Lei DE N.º 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 08 dez. 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Editora Universidade de Brasília, 1995.
- CASSIRER, Ernest. **Ensaio sobre o homem: Introdução a uma filosofia da cultura humana**. Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- CASTORIADIS, Cornélius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. 3. ed. Tradução de Guy Reymond. Paz e Terra. 1982.

COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. 2. ed. Editora Mestre Jou. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, 1978.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio. **Legislação Criminal Especial**. 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

DATASUS. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2009/tema.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2014.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4. Ee. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem. Série Fundamentos**. Tradução de Mariarosaria Fabris e José Luíz Fiorin. Ártica, São Paulo, 1991.

EQUIPE BRASIL ESCOLA: A História e as Ideias do Direito Penal: Direito, A história e as ideias do Direito Penal, Período Primitivo, Período Antigo. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/a-historia-as-ideias-direito-penal.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

FERNANDES, Stanley Botti. Da fundamentação racional do jus puniendi. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 976, 4 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8070>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

FREUD, Sigmund. **Introducción a la Psicoanálisis: I – Los Actos Fallos y los Sueños**. Obras Completas IV. Traducción de Santiago Rueda – Editor. Buenos Aires, 1952.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do Poder**. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979

_____. **Vigiar e Punir**. 40. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Editora Impetus, 2011.

GOMES, Luís Flávio. **Mortes no Trânsito: Mídia, Governo e Legislador Nos Iludem Com Mentiras (?)**. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/mortes-no-transito-midia-governo-e-legislador-nos-iludem-com-mentiras/>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

GUIMARÃES, Allisson Gomes. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **O Direito Penal de Emergência e suas Implicações nas Políticas Criminais Contemporâneas do Brasil**.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A Defesa do Estado Democrático no Âmbito Punitivo**. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2010. p. 134.

_____. Revisão Crítica da Pena Privativa de Liberdade: uma aproximação democrática. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/RevisaoCritica-REC.02.06-05.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Lei seca, bafômetro e impunidade: A falta de obrigatoriedade do teste etílico e os efeitos práticos do texto legal do CTB. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/58/artigo211001-1.asp>>. Acesso em: 07 out. 2014.

GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Estudos Sociedade e Agricultura, 16, abril 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sete-Câmara**. Martins Fontes. São Paulo, 2009.

JUNG, Carl G. **Tipos Psicológicos**. Tomo I. 11. ed. Traducción de Ramon de la Serna. Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 3. ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

LACAN, Jacques. **O Seminário: Livro 2, o eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise**. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1954-1955.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18. ed. rev. atual. e amp. Saraiva. São Paulo, 2014.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Introdução à obra de Marcel Mauss**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABUkoAD/introducao-a-obra-marcel-mauss>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Editora Universidade de Brasília. Coleção Pensamento Político, 15. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. 1980. p. 181/182

MELO, Sandra Helena Dias de. **O Discurso de Neutralidade na Imprensa.** Linguagem em (Dis)curso – LemD, Tubarão. v. 05. Dezembro de 2004.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral – arts. 1º a 120. Volume I. 17. ed. Editora Atlas. São Paulo, 2001.

MONTEIRO, André. Número de Mortes no Trânsito tem maior queda no Brasil desde 1998. Folha de São Paulo. **Cotidiano.** Publicado em: 10/11/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/11/1545760-numero-de-mortes-no-transito-tem-maior-queda-no-brasil-desde-1998.shtml>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

MOURA, Bruno de Oliveira. **O Direito sob a Perspectiva de Niklas Luhmann.** Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** 3. ed. Martins Fontes, São Paulo, 2011.

_____. **A Constitucionalização Simbólica Revisitada.** Aula Magna. [VÍDEO] Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica.** Tradução: José Teixeira Coelho Neto. Editora Perspectiva. São Paulo, 2012.

PIRES, Josiane Corrêa. Legislação Simbólica e Expansão do Direito Penal: do Caráter Simbólico das Novas Leis Penais. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios,** Brasília, v.1, n. 6, 2012.

PRADO, Cristiane do. Política e Mídia são Inseparáveis. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/historia/politica-midia-sao-inseparaveis.htm>> Acesso em: 05 dez. 2014.

RODEGUER, Alessandra Granucci. **A Prisão do Depositário Infiel e o Pacto de São José da Costa Rica.** 23/01/2014. São Paulo. Disponível em: <http://mrvadv.com.br/mrv_pt/a-prisao-do-depositario-infiel-e-o-pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>. Acesso em: 07 dez. 2014.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Linguística Geral.** Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 28. ed. Culturix. São Paulo, 2012.

SILVA SANCHES, Jesus-Maria. **La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** 2. ed. Editora Civitas. 2001.

SILVEIRA, Fernando Lang da. A Filosofia da Ciência de Karl Popper: o Racionalismo Crítico. **Caderno Catarinense de Ensino de Física** v. 13. n.º 03. dezembro de 1993.

SOUZA, Arthur Cesar de. A Decisão do Juiz e a Influência da Mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, 2011.

THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Improving global road safety, resolution A/RES58/289. 2004. Disponível em: <http://www.who.int/violence_injury_prevention/media/news/en/unga_58_289_en.pdf>. Acesso em: 07 out. 2014.

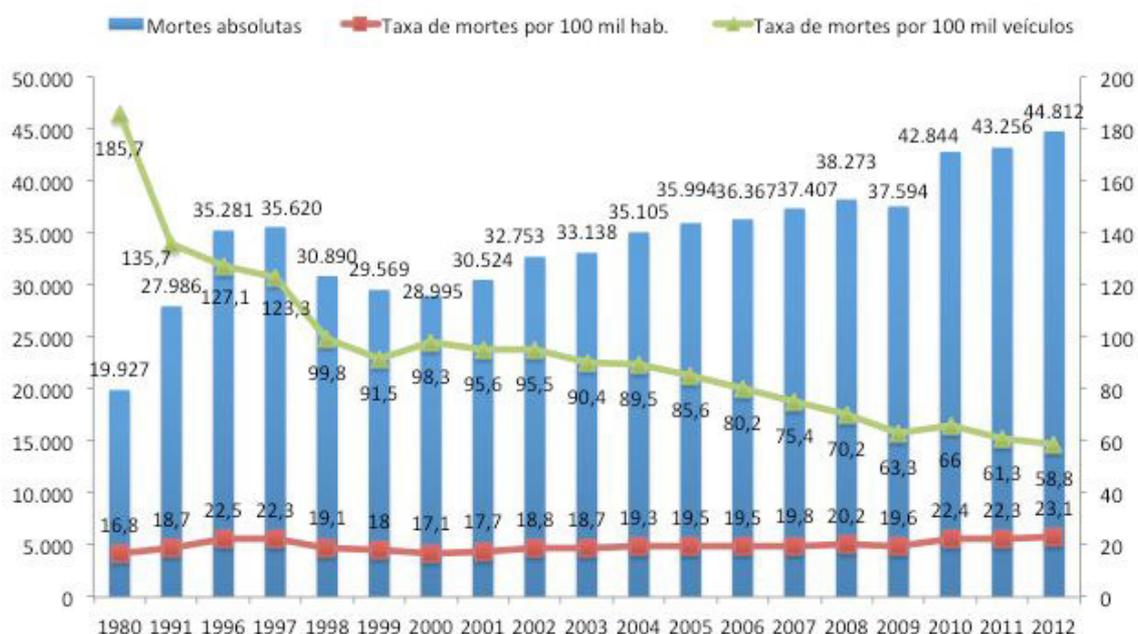
TRAJAN, Tiago. **Carnap e a Natureza Lógica**. [Trabalho de Monografia]. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. p. 190.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas**. Rio de Janeiro, 2013. p.88. Disponível em: <http://www.vias-seguras.com/os_acidentes/estatisticas/estatisticas_nacionais/estatisticas_do_ministerio_da_saude/mapa_da_violencia_2013_acidentes_de_transito_e_motocicletas>. Acesso em: 08 dez. 2014.

ANEXOS:

Anexo III:

Mortes no trânsito no Brasil 1980 -2012

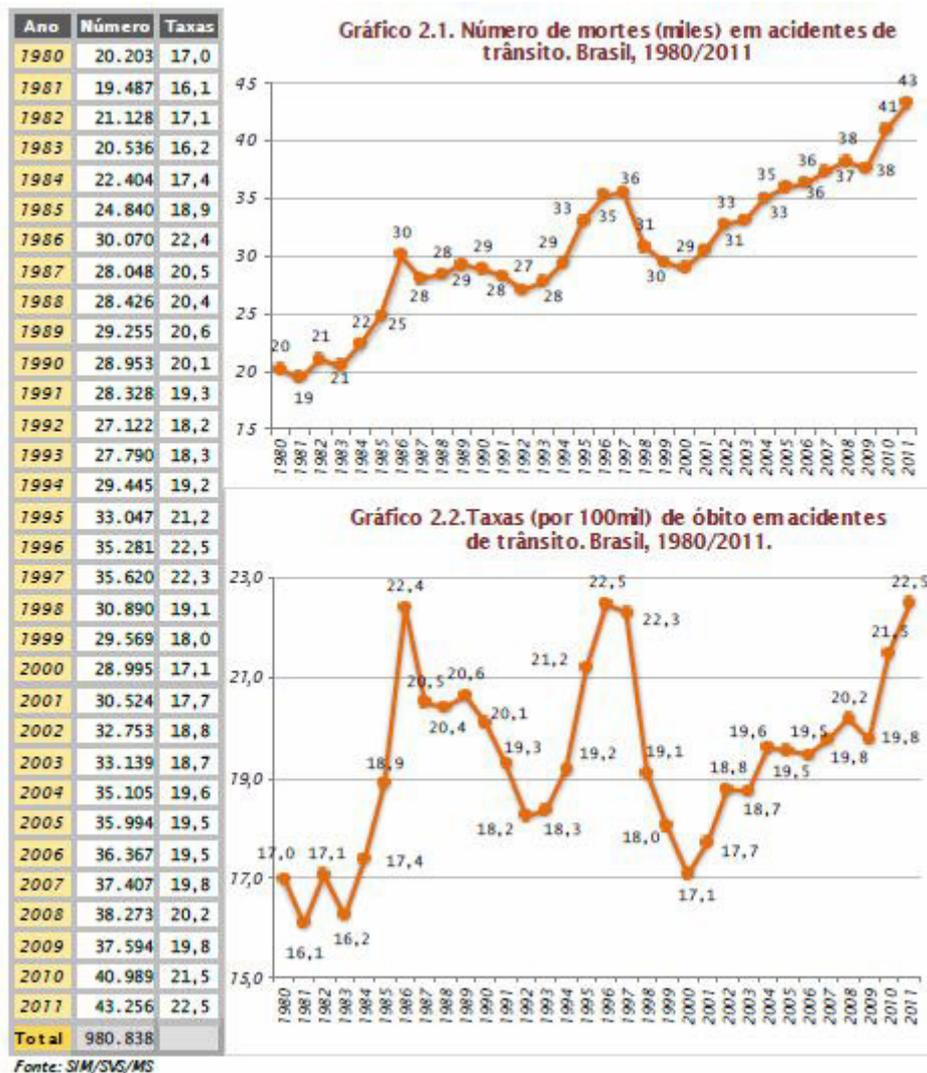


Fontes: DATASUS, IBGE, DENATRAN

Encontrado em:

GOMES, Luís Flávio. Mortes no Trânsito: Mídia, Governo e Legislador Nos Iludem Com Mentiras (?) Encontrado em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/mortes-no-transito-midia-governo-e-legislador-nos-iludem-com-mentiras/>> Acesso em 08/12/2014.

Anexo IV:



Encontrado em:

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas. Rio de Janeiro, 2013. p.88. Encontrado em <http://www.viasseguras.com/os_acidentes/estatisticas/estatisticas_nacionais/estatisticas_do_ministerio_da_saude/mapa_da_violencia_2013_acidentes_de_transito_e_motocicletas>. Acesso em 08/12/2014

ANEXO V

Sinistros indenizados no âmbito do seguro DPVAT, por ano de indenização				
Ano de indenização do sinistro	Sinistros de morte	Sinistros de invalidez permanente	Sinistros de despesas com assistência médica	Total
2002	37 018	16 280	41 306	94 604
2003	34 735	16 929	56 087	107 751
2004	34 591	22 391	61 538	118 520
2005	55 024	31 121	88 876	175 021
2006	63 776	45 635	83 707	193 118
2007	66 838	80 333	104 959	252 130
2008	57 116	89 474	125 413	272 003
2009	53 052	118 021	85 399	256 472
2010	50 780	151 558	50 013	252 351
2011	58 134	239 738	68 484	366 356
2012	60 752	352 495	94 668	507 915
2013	54 767	444 206	134 872	633 845

Encontrado em:

DATASUS. Encontrado em <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2009/tema.pdf>>. Acesso em 07/10/2014.

Siqueira, Afonso Natan Sodré

O simbolismo da lei de nº 11.705/08, a “Lei Seca” na perspectiva de Marcelo Neves / Afonso Natan Sodré Siqueira. — São Luís, 2014.

80 f.:il.

Orientador: Prof^ª. Esp.. Valéria Maria Pinheiro Montenegro

Monografia (Graduação em Direito) — Departamento de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2014.

1. Direito Penal –Lei Seca– Brasil. 2. Legislação simbólica–Lei Seca. I. Título.

CDU 343.2:656.1(81)