

## **Legitimidade do Poder Público entre o Processo Legislativo e a Política Criminal**

Legitimacy of the Public Power Between the Legislative Process and Criminal Policy

Leo Maciel Junqueira Ribeiro<sup>1</sup>

### **Resumo**

O presente artigo busca realizar uma análise crítica sobre as intervenções arbitrárias do poder público e a legitimidade de seus atos de poder. Para isso, levará em consideração dois casos práticos em que se pode verificar com clareza a relação entre exercício arbitrário do poder e exclusão da legitimidade. Em primeiro lugar, o caso do processo de votação da Proposta de Emenda à Constituição nº 55, que gerou grande repercussão social no final do ano de 2016. Em segundo lugar, a incidência do Direito Penal e de sua legitimidade, levando em consideração aspectos de política criminal.

**Palavras-chave:** Ordenamento Jurídico, Legitimidade, Desobediência Civil, Arbitrariedade, Direito Penal.

### **Abstract**

This paper aims to make a critical analysis on arbitrary interventions of the public power and the legitimacy of its acts of power. In this regard, it will rely on two practical cases in which it can be clearly verified the relation between arbitrary exercise of power and exclusion of legitimacy. First, the voting process of the Proposed Amendment to the Constitution nº 55, which caused big social repercussion in late 2016. Then, the incidence of Criminal Law and its legitimacy, taking into account aspects of criminal justice policy.

**Keywords:** Legal System, Legitimacy, Civil Disobedience, Arbitrariness, Criminal Law.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: leoribeironj@gmail.com.  
Revista do CAAP | n. 02 | V. XXII | pp. 83-96 | 2016  
p. 83

## 1 - Introdução

No dia 14 de maio de 1849, Henry David Thoreau publicava pela primeira vez o ensaio denominado “*Resistance to Civil Government*”, no periódico *Aesthetic papers*, em que defendia a ideia do dever que os indivíduos possuem à resistência privada contra arbitrariedades cometidas pelo Estado<sup>2</sup>. O contexto da época deu especial substrato à ideia, principalmente com a crise escravocrata na região de *New England*<sup>3</sup>, bem como a invasão do México pelos Estados Unidos da América (1846-1848).

Quase duzentos anos depois da de meados do século XIX e a uma distância de milhares de quilômetros dos EUA, a ideia não deixa de oferecer uma perspectiva interessante para entendermos a legitimidade e a função das intervenções estatais no âmbito privado. Isso decorre necessariamente do fato de que ainda hoje observamos diariamente uma série de medidas governamentais arbitrárias e descabidas, que afetam todos os indivíduos de forma a criar evidentes retrocessos socioeconômicos.

Infelizmente não faltam exemplos de situações em que o poder público é exercido de forma arbitrária no Brasil. Como caso recente e muito notório de arbitrariedades cometidas pelo Estado brasileiro, pode-se destacar a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 55, também conhecida como PEC 55 ou “PEC do Teto”. Essa proposta legislativa trouxe ao Congresso Nacional um pacote de medidas de austeridade econômica que irá congelar investimentos sociais por um período de 20 anos, sendo incisivamente criticada em frequentes manifestações feitas pela sociedade civil.

Além disso, a política criminal brasileira avança gradativamente no sentido de se tornar um dos meios mais arbitrários pelos quais atua o poder público. Afinal, Nilo Batista (2007, p. 26) já destacava acertadamente que o sistema penal se mostrava seletivo, repressivo e estigmatizante, não podendo encerrar-se os estudos no “mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam”. Portanto, também no Direito Penal e na forma como é aplicado pode-se chegar à conclusão de que a legitimidade do exercício do poder público deve ser questionada quando se mostra arbitrária.

---

<sup>2</sup> O título do primeiro ensaio publicado pode ser traduzido livremente como “Resistência ao Governo Civil”. No presente texto, foi utilizada para análise a versão traduzida por Sérgio Karam, sob o título “A desobediência civil”, que consta na bibliografia descrita em seu final.

<sup>3</sup> Traduzida geralmente como Nova Inglaterra, trata-se da região ao extremo nordeste dos Estados Unidos da América, envolvendo os atuais estados de *Connecticut, Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island e Vermont*.

Embora pareçam metodologicamente distantes entre si, a relação entre os dois objetos de pesquisa descritos acima pode ser resumida da seguinte maneira: em ambos os casos, questiona-se a legitimidade do Estado pela existência de evidente reprovação social ao exercício do poder público. Essa questão será debatida no presente artigo levando em consideração aspectos jurídicos e sociológicos que existe no processo legislativo e na aplicação da política criminal.

## **2. Legitimidade no exercício do poder público.**

Antes que a presente análise seja direcionada para os objetos citados, faz-se necessário dizer que legitimidade é “um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão” (BOBBIO, 1994, p. 675).

Ou seja, o uso arbitrário do poder de violência do Estado é apenas capaz de criar a obediência pela autoridade e pelo medo, o que não pode ser legítimo em um governo cuja pretensão é ter estruturas democráticas: se não há adesão por meio da convergência dos atos de poder aos interesses e valores sociais determinados pela Constituição, então também não pode haver legitimidade.

Nos termos citados acima, pode-se dizer que é excluída a legitimidade de um ato de poder que é consumado por meio da alienação discursiva e da arbitrariedade violenta em relação à sociedade. Como escreveu há muito tempo Henry David Thoreau (1997, p. 36), “o Estado nunca enfrenta intencionalmente a consciência intelectual ou moral de um homem, mas apenas seu corpo, seus sentidos. Não está equipado com inteligência ou honestidade superiores, mas com força física superior”. Por isso, a força e a violência policial são utilizadas como resposta a demandas gerais da população civil, em vez da realização de consulta popular sobre os atos de poder tomados pelo próprio Estado.

Não obstante, a conceituação tradicional da legitimidade exige que intrinsecamente estejam presentes a simbologia da natureza “justa” do poder, como convergência aos fins, aspirações ou valores por ele determinados (CANOTILHO, 1992, p. 116). Quando o Estado justifica a necessidade de obediência civil tendo como base a simples autoridade, representada pelo uso desmedido da força policial, então de fato a legitimidade do ato de poder é desconstruída.

Portanto, a principal crítica aqui citada incide quanto à legitimação do ato de poder que se busca com base na autoridade, de forma alheia e discursivamente distante da vontade popular declarada, com o uso sistêmico da violência como forma de consumação de sua finalidade. A obediência, nesses termos, não pode ser exigível e sequer é desejável, o que reitera e torna ainda mais necessário o direito à manifestação política, contido na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos II, IV, XVI e XVII.

A resistência civil aos atos de poder que são dados dessa forma é extremamente necessária, devendo ser motivada por aqueles que não têm a possibilidade de participar dos atos coletivos. Um governo supostamente democrático que depende da violência e da alienação como fator determinante para a legitimidade de seus atos de poder não pode ser aceitável em qualquer hipótese. Nenhum resultado desejável pode se desprender desse contexto, pois como indica Hannah Arendt (1970, p. 51):

O perigo da violência, mesmo que essa se movimente dentro de uma estrutura não-extremista de objetivos a curto prazo, será sempre que os meios poderão dominar os fins. Se os objetivos não forem alcançados rapidamente, o resultado será não meramente a derrota, mas a introdução da prática da violência em todo o organismo político. A ação é irreversível, e um retorno ao *status quo* em caso de derrota é sempre pouco provável. A prática da violência como toda ação, transforma o mundo, mas a transformação mais provável é em um mundo mais violento.

Nesses termos, ainda que haja a tentativa de se defender uma legalidade democrática construída historicamente, o uso arbitrário da violência pode fazer com que a finalidade de manutenção da legalidade seja substituída pela justificação discursiva da intervenção estatal violenta como nova forma de legitimação dos atos de poder.

Dessa forma de suposta justificação e legitimidade do poder, só há espaço para a autoridade e para a arbitrariedade desmedida do Estado, que caminha gradativamente para a autocracia – o ato de poder que é legitimado pelo próprio poder não encontra limites racionalizáveis para o seu exercício.

A produção científica não pode estar alheia a contextos de tamanho perigo para a manutenção de um Estado de Direito. Torna-se responsabilidade também da academia, portanto, realizar críticas ao exercício do poder do Estado. É o que indicam Marcelo Cattoni, Douglas Ribeiro e Victor Costa (2016, p. 1), tomando como base as ideias de Häberle, ao escrever que a crítica é o principal motor de transformação para dimensionar a atuação do poder estatal, principalmente no que concerne aos tribunais.

Em síntese, restou esclarecida a forma como é originada a legitimidade no exercício do poder público, bem como os efeitos gerados em contextos em que é exercido de forma arbitrária.

Nesses contextos, torna-se indispensável a resistência da população civil e a crítica acadêmica ao Estado. Como descrito anteriormente, dois são os contextos em que se pode observar com maior clareza a relação descrita acima: no processo legislativo, tomando como exemplo o caso da PEC nº 55, e na aplicação da política criminal por meio das instituições do Direito Penal.

### **3 - PEC nº 55 e legitimidade do processo legislativo.**

A Proposta de Emenda à Constituição nº 55, também conhecida como PEC nº 55 ou “PEC do Teto” trouxe ao Congresso Nacional um pacote de medidas de austeridade econômica que irá congelar investimentos sociais por um período de 20 anos. A medida de austeridade foi amplamente criticada pela população brasileira, ocasionando diversas manifestações que requeriam a rejeição da proposta no Congresso Nacional.

A contrariedade da população civil ao projeto de Emenda Constitucional foi amplamente reconhecida, tendo sido descrita com precisão por uma pesquisa Datafolha (2016, p.1), que indicou o fato de apenas 24% dos brasileiros serem favoráveis à PEC nº 55, sendo que 60% são declaradamente contrários à proposta. Pôde-se observar com frequência manifestações em diversas cidades brasileiras, confirmando a contrariedade da população em relação à proposta legislativa.

A proposta foi aprovada em segunda votação pelo Senado no dia 13 de dezembro de 2016, revestindo o projeto de suposta legitimidade que foi conferida pelo processo legislativo ocorrido no Congresso Nacional. No entanto, até ser aprovada muitas das manifestações contra o projeto foram reprimidas violentamente pelo Estado, com o uso desmedido das forças policiais para dispersar os manifestantes<sup>4</sup> e coagir a população a não sair pelas ruas com o mesmo intuito<sup>5</sup>.

Foi possível observar centenas de escolas e de universidades ocupadas, além de manifestações reprimidas violentamente, junto às pesquisas que descrevem a contrariedade da população para com a proposta legislativa. Todo esse contexto demonstra que não havia apoio ou interesse social relevante na aprovação da PEC 55, ainda que o processo legislativo tenha

---

<sup>4</sup> Em protesto de estudantes da UFMG no Campus Pampulha, a repressão policial deixou feridos e invadiu o espaço universitário jogando bombas de gás lacrimogênio e atirando com balas de borracha nos alunos, sendo que a menos de 50 metros do local existe uma creche que estava em funcionamento no mesmo horário da manifestação. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/11/protesto-em-frente-ufmg-termina-com-bombas-e-balas-de-borracha.html>>. Acesso em 13/12/2016.

<sup>5</sup> Não faltaram notícias de abuso policial na repressão às manifestações contrárias à PEC 55. É o caso da manifestação ocorrida no dia 29 de novembro de 2016, na Esplanada dos Ministérios, em Brasília. De acordo com a Redação da Rede Brasil Atual (RBA), com base em relatos, o uso de violência policial colocou em risco e feriu adolescentes, sem disposição para diálogo por parte dos comandantes. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>>. Acesso em 13/12/2016.

sido executado, em termos puramente legais, de forma idônea. Portanto, não se questiona a legalidade do processo legislativo, mas sim a legitimidade de seu resultado quando analisamos a forma como esse processo deixou de corresponder aos interesses de uma grande parcela da sociedade.

Não obstante, a manutenção coercitiva de um processo legislativo puramente formal para cumprir com uma legalidade cega aos interesses sociais não pode ser aceitável. É o que escreve com clareza Antonio Carlos Wolkmer (1994, p. 179), indicando que “não é possível pensar e estabelecer uma ordem política e jurídica exclusivamente na força material do poder”, sendo que por trás de todo poder político ou jurídico “subsiste uma condição de valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade”. Esse é claramente o caso da Proposta de Emenda à Constituição nº 55, pois como indica acertadamente o professor Marcelo Cattoni de Oliveira (2016, p. 1):

Não deveria ser preciso dizer que a inviabilização do SUS coloca em risco a vida de milhões de pessoas. Cabe lembrar que o Estado brasileiro tem o dever de garantir saúde e educação como direitos fundamentais (arts. 6º, 196 e 205 da Constituição), assim como tem por objetivo fundamental reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, visando ao bem-estar de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação (art. 3º, III e IV da Constituição). E que sacrificar gastos públicos para pagar serviços da dívida e compromissos com os bancos, em detrimento ou prejuízo da continuidade dos serviços públicos, comprometerá a própria capacidade do Estado brasileiro de fazer frente às políticas econômicas, sociais e culturais exigidas constitucionalmente para garantia dos direitos fundamentais. Ora, tudo isso contraria não apenas os chamados “compromissos de campanha da proposta de governo vitoriosa nas urnas em 2014”, mas viola a própria Constituição da República. A PEC n. 241 é, portanto, um *ato desconstituente*. Se for aprovada e não houver o devido controle da inconstitucionalidade dela, a “Emenda constitucional” daí decorrente poderá representar, em verdade, uma nova *carta política*, ilegítima e contrária aos compromissos sociais, econômicos e culturais do Estado Democrático de Direito. Institucionalmente, ela pode significar não apenas a suspensão, mas sim a revogação do núcleo normativo, administrativo-financeiro e orçamentário do Estado brasileiro tal como configurado pela Constituição de 1988, já que pretende excepcionar as normas constitucionais por 20 anos.

Dessa forma, no caso da proposta supracitada e do contexto em que ocorreu, fica claro o não reconhecimento da convergência do ato de poder para com os valores sociais que deveriam ser aplicados pelo Estado. Esse notório não reconhecimento somado à violência policial e à coerção arbitrária são suficientes para excluir a legitimidade do ato de poder, restando inclusive demonstrada a ilegitimidade da consumação de seu processo.

Não obstante, um processo legislativo ausente de legitimidade não deveria poder criar efetividade normativa, afinal estaria totalmente esvaziado em a sua eficácia por divergir dos interesses sociais vigentes (BOBBIO, 2010, p. 38). Nesses contextos, urge a execução de

assembleias populares com poder de veto, que devem ser condição inafastável para a aprovação de uma Proposta de Emenda à Constituição que trará mudanças tão profundas na vida da população. É imprescindível uma decisão política proveniente de participação plural para oferecer legitimidade à estrutura normativa criada (CASTRO FARIAS, 1988, p. 87).

Sem que seja também abordado e discutido o mérito da proposta, pode-se criticar de forma incisiva um modelo democrático que não permite a participação popular direta quando ela é claramente requerida de forma constante por diversas camadas da sociedade, ainda mais quando se trata de Proposta de Emenda à Constituição. Nesses casos, como descrito no primeiro item, o exercício arbitrário do poder público retira a legitimidade do Estado e cria um contexto em que as instituições não mais correspondem às exigências sociais, colocando em risco a integridade do Estado de Direito.

#### **4 - Política Criminal e legitimidade do Direito Penal.**

No âmbito do Direito Penal, questionamentos sobre a legitimidade do ato de poder também podem ser visualizados com clareza e possuem importantes consequências para a garantia dos direitos individuais. Isso decorre diretamente do fato de que esse âmbito do Direito trata das condutas mais lesivas aos interesses sociais existentes, bem como é incumbido de aplicar as penas mais graves existentes no ordenamento jurídico (ROXIN, 2008, p. 52). Por esse motivo, o presente item descreverá a arbitrariedade no exercício do poder público como excludente da legitimidade do Estado em relação ao Direito Penal e à política criminal por ele executada.

Como citado anteriormente, o Direito Penal aumenta a complexidade da discussão por ter sido criado para dimensionar os conflitos mais gravosos existentes na sociedade, o que inevitavelmente invoca o seu caráter de *ultima ratio* do ordenamento jurídico.

Dessa forma, não só a simbologia, mas principalmente a materialidade de sua legitimação se torna ainda mais importante para a execução dos atos de poder referentes a esse âmbito do Direito. Afinal, se são necessárias a justificação e a legitimação de uma proposta legislativa que congelará gastos sociais por 20 anos, são ainda mais necessárias a justificação e a legitimação do aprisionamento de um indivíduo pelos mesmos 20 anos.

Sendo assim, deve-se buscar, antes de qualquer âmbito do Direito, a legitimidade do Direito Penal, sob pena de que as normas sejam alheias a atos de poder público que são contrários aos valores constitucionais. Essa tentativa se estendeu por séculos, passando por uma

série de teorias, como: as retributivas, que consideravam a pena como forma de pagamento social pelo delito cometido, de caráter pessoal; as utilitárias, que buscavam justificar a aplicação da pena com base na sua utilidade e nas consequências que emana para a sociedade; as teorias de defesa, que compreendiam o autor dos delitos como inferior ao restante da sociedade, servindo a pena para defender o restante dos indivíduos dos autores de delitos; as teorias unitárias, que buscam a superação de aspectos negativos das teorias anteriores pela combinação de seus pressupostos positivos.

No entanto, apesar do tremendo esforço empregado para buscar a legitimidade do Direito Penal, houve também a produção de uma série de teorias, muitas vezes posteriores às citadas acima, que foram muito claras ao indicar que a intervenção penal, ainda que em respeito aos pressupostos legais existentes, é esvaziada em legitimidade.

Dentre outros motivos, descreve-se que o sistema penal brasileiro é: seletivo, por atingir apenas alguns grupos dentro da sociedade; repressivo, por não atingir suas finalidades e tampouco dimensionar a resposta punitiva do Estado; estigmatizante, quando causa a degradação da pessoa sujeita às suas penas (BATISTA, 2007, p. 25-26)

É o que indica ainda Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (1997, p. 133-134) quando descreve o papel da ideologia como forma de criar a adesão requerida para dar legitimidade à intervenção do Estado. O autor indica que a sua função fundamental é criar uma maneira legítima de ser que é convergente aos interesses e valores sociais politicamente dominantes, por meio de uma falsa consciência da realidade.

Nesses termos, os fundamentos de legitimidade da intervenção penal podem ser severamente questionados, mesmo se em conformidade aos valores constitucionais existentes, pois mesmo eles possuem em essência uma orientação ideológica responsável por coibir a sociedade à obediência que beneficia a grupos sociais específicos.

Uma outra questão a ser pensada é o caráter simbólico que pode ser relegado ao Direito Penal, descrito por Winfried Hassemer (2008, p. 221) como “atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma”.

Ou seja, nota-se o *simbólico* quando o conteúdo manifesto da norma diverge gravemente da finalidade social que é buscada por ela (conteúdo latente). Pressupõe também a existência da ideologia como fundamentadora da adesão social e da obediência, criada com o uso da violência e da autoridade como exigência de punição dos delitos e possui forte caráter

moralizante e apelativo para a sociedade, com atos de poder cuja real finalidade social pode ser questionada.

Nesses casos, fica visível uma divergência do ato de poder exercido pelo Estado para com sua finalidade manifesta, observando-se, na obscuridade das instituições públicas, uma dissolução das finalidades normativas infraconstitucionais para o uso arbitrário da intervenção do Estado. Bernd Schünemann (1996, p. 215) descreve processo semelhante ao indicar que na Alemanha há uma política de interesses que é encoberta pelo processo de tipificação penal, representando aqui um ato de poder do Estado. O autor indica que se refere “à situação que se apresenta quando os argumentos científicos não se formulam unicamente em razão da persecução da verdade ou da justiça, mas sim para alcançar outras finalidades, ou seja, quando esses argumentos não são apenas utilizados de modo instrumental, mas sim concebidos como instrumentos”.<sup>6</sup>

Afinal, se pressupomos a legitimidade de normas cuja aplicabilidade prática e cujas finalidades não são pressupostas em sua estrutura, as funções manifestas podem divergir das funções latentes da norma, o que permite uma séria divergência, também, aos valores e normas constitucionais existentes. Com esse entendimento muito consolidado, o professor Juarez Tavares (1992, p. 95) observa, ainda, que “a norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação”.

Fica evidente que há um intuito legislativo no uso do simbólico para a formulação de leis penais, tendo em vista que se torna necessário além da demonstrada legitimidade da norma, a sua *utilidade* social – tal demonstração não chega a representar plenamente seu caráter latente. Nesse sentido, nas palavras de também de Juarez Tavares (2007, p. 52) podemos notar que:

O legislador usa o simbólico como forma de ocultar, primeiramente, o déficit de legitimidade de normas incriminadoras que não correspondam a um dano concreto. A ausência desse dano concreto, que deveria estar presente na norma incriminadora, mas não está, induz o legislador, de conformidade com sua pretensão punitiva, a presumir sua ocorrência, o que faz, elaborando normas que passam a valer por elas mesmas, a partir de uma presunção de que esse dano, embora não esteja presente, poderia estar, desde que, e tão-só, fosse realizada a conduta proibida.

---

<sup>6</sup> No texto original: “Me refiero con ello a la situación que se presenta cuando los argumentos científicos no se formulan unicamente en razon de la persecucion de la verdad y de lajusticia, sino para alcanzar otras finalidades, es decir, cuando estos argumentos no solo son utilizados de modo instrumental, sino que son ya concebidos como instrumentos”.

Muitas vezes é possível observar, quando se trata do Direito Penal simbólico, a intenção punitiva do legislador em permitir a atenuação dos limites ao *jus puniendi* do Estado sob a falsa justificativa de uma pretensa moralização social. Nos termos descritos, e considerando o caráter *simbólico* na legitimação do Direito Penal, não é possível que seja feita uma conclusão muito divergente da que escreve Winfried Hassemer (2008, p. 230), ao indicar que o Direito Penal simbólico:

Se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeitos políticos de longo alcance, como a imediata satisfação de uma ‘necessidade de ação’. Trata-se de um fenômeno de crise da Política criminal moderna orientada para as consequências. Esta tende a transfigurar o Direito penal em um instrumento guarnecedor da Política, aduzindo-lhe bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato. Este Direito Penal ajusta-se às concepções de ‘insegurança global’ numa ‘sociedade do risco’. O Direito Penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do Estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal.

Pode-se talvez adotar as ideias de Klaus Günther (1998, p. 80) sobre o processo de criação das leis penais para evitar a incidência do Direito Penal simbólico – estudo que deve ser prioritário em um contexto em que predomina um processo legislativo cuja tendência é um forte apelo moralizante e uma ampliação desmedida da necessidade social pelo uso do Direito Penal como principal ferramenta criadora de equidade e justiça. De acordo com o autor, o dilema entre uma lacuna de legitimidade e uma exigência moral pode ser superado, uma vez que seja relacionado o conceito de culpa à ideia de legitimação democrática das normas jurídicas e ao cidadão como titular do direito participativo no processo de formação de pensamento e vontade sobre a positivação das normas jurídicas. No entanto, reitera-se que a produção legislativa, por ter como base um ideal democrático, deve sempre buscar um fundamento empírico para a instituição de seus efeitos sociais, considerando que nesse processo a cognição atua como mitigação da crítica e possibilidade social para o *simbólico*.

Sem lastro concreto e objetivo sobre qual seja constatada a finalidade ou o interesse social defendido pela intervenção penal e sem que sejam respeitados os fundamentos e princípios constitucionais positivados em um Estado cuja pretensão é ser democrático, fica evidente a ilegitimidade da norma produzida, assim como a consequente necessidade de que seja excluída do ordenamento jurídico.

Tendo como base a presente análise, fica claro que a legitimidade do Direito Penal, ainda que aplicado conforme um suposto pacto social determina, em respeito às leis e princípios constitucionais existentes, pode ser questionada por conter em sua essência fortes indícios de

uma irracionalidade coletiva pressuposta em sua aplicação e no discurso que a sustenta (ZAFFARONI, 1991, p. 12).

Portanto, nos contextos em que existe arbitrariedade nos atos de poder do Estado, como um decreto de prisão preventiva inidôneo, uma intervenção policial que causa o homicídio de dezenas de indivíduos ou a inaplicabilidade de conceitos concretos de dogmática penal das decisões judiciais, a sua legitimidade certamente é desconstruída.

Outro motivo não precisa ser observado para que seja considerada imprescindível a busca pela racionalidade do Direito Penal, descrita com maestria por Victor Costa (2016, p. 3) ao indicar sobre a necessária racionalização do Direito Penal para a criação de limites dogmáticos à intervenção arbitrária do Estado. É o que indica também Luigi Ferrajoli (2014, p. 38), ao escrever que os princípios fundamentais, decorrentes de um processo de racionalização do Direito Penal, criam um tipo de tutela da pessoa contra a arbitrariedade do Estado.

Descrivendo a problemática em outras palavras, o âmbito da legitimidade do Direito Penal não pode dispensar institutos dogmáticos cuja função principal seja a de limitação das possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado. Num contexto em que haja esse respeito à racionalização do ordenamento jurídico-penal de forma a reduzir as possibilidades do exercício arbitrário dos atos de poder, então será possível um retorno à questão da legitimidade em estrito cumprimento à lei vigente.

Entretanto, como ainda pode ser observada uma distância muito longa desse contexto<sup>7</sup>, primeiramente deve ser buscada a legitimação do Direito Penal pelo respeito aos institutos dogmáticos, sem o qual haverá espaço para maior arbitrariedade do Estado e, da mesma forma que na esfera legislativa citada acima, a consequente exclusão da legitimidade de seus atos de poder.

Um caso de evidente arbitrariedade no âmbito judiciário é a recusa dos Tribunais brasileiros na aplicação do princípio da insignificância nos delitos de furto simples tentado, considerando principalmente a reiteração delitiva como motivo para negar a sua aplicação. O Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011) chegou a escrever que:

A consideração isolada do valor da *res furtiva* não é suficiente para não se aplicar a lei penal, pois o fato típico existiu, embora envolvendo seis barras de chocolate que seriam vendidas para comprar drogas (o que afasta o furto famélico) e porque se trata

---

<sup>7</sup> A prestação jurisdicional no âmbito do Direito Penal possui inúmeras falhas em relação à dogmática penal. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, o voto da Des. Rel. Cristina Pereira Gonzales no RC 71004182101 RS, julgado pela Turma Recursal Criminal, quando escreveu que: “não se possa falar da imputação objetiva como uma teoria, mas, sim, como um movimento, que, como tal, deve ter suas questões remetidas à política criminal, distanciando, assim, da dogmática jurídico-penal”. BRASIL. Tribunal de Justiça/RS - RC: 71004182101 RS, Relatora: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 25/03/2013, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/03/2013.

de réu useiro e vezeiro na prática de furtos, o que impede o reconhecimento da bagatela para não se estimular a profissão de furtador contumaz.

Quando há racionalização do Direito Penal, pode-se perceber claramente que a decisão está totalmente equivocada. O princípio da insignificância representa uma forma de adequação da lei penal aos princípios construídos a partir da Constituição Federal, nomeadamente o da *ultima ratio*, da ofensividade e da lesividade. Ou seja, entende-se que a finalidade da norma infraconstitucional deve convergir ao que determina a Constituição, e para que isso ocorra é limitada a incidência da norma de furto simples tentado por meio do princípio da insignificância. Em outras palavras, o princípio da insignificância possui como finalidade a adequação constitucional na incidência do Direito Penal, excluindo a tipicidade nos casos em que não há lesão significativa a bem jurídico tutelado.

Portanto, entende-se que não deve ser a função constitucionalmente orientada do Direito Penal exercer o poder punitivo do Estado para reprimir furtos de pouca quantidade de alimentos que inclusive foram apreendidos e devolvidos à vítima: aplicar a lei penal nessas circunstâncias é um exercício arbitrário do poder público que tem como consequência a desconstrução da legitimidade do sistema penal em relação à lei penal.

Dessa forma, é possível compreendermos que mesmo no âmbito penal é reconhecível a desconstrução da legitimidade do ato de poder proveniente da arbitrariedade cometida pelo poder público. Afinal, nesse contexto os valores e interesses sociais descritos pela Constituição Federal são violados quando se desprezam institutos dogmáticos imprescindíveis para regular a aplicação da lei penal e a sua função em conformidade aos valores citados acima.

## **5 - Conclusão**

A análise dos fatos descritos anteriormente tende a indicar que o Estado utiliza a violência de forma contumaz para reprimir arbitrariamente a população civil, seja no âmbito do processo legislativo, seja no âmbito da aplicação da lei penal. Nesse contexto, a legitimidade dos atos de poder do Estado é desconstruída, considerando que são incompatíveis aos interesses sociais determinados na Constituição Federal.

Constatou-se a existência de um ordenamento jurídico cuja unidade e coerência pode ser questionada, por permitir o desvio da aplicação da norma para com os interesses e valores sociais constitucionalmente orientados. Ou seja, quando se pondera a respeito da legitimidade dos atos de poder do Estado, deve-se levar em consideração que o seu exercício arbitrário representa uma grave cisão da segurança jurídica conferida pelas normas vigentes, bem como

a total quebra de expectativa que os indivíduos possuem em relação ao ordenamento jurídico. Nesse contexto, não pode ser exigível a obediência social justificada puramente pela autoridade, por meio do uso da violência, sendo imprescindível a resistência civil ao exercício arbitrário do poder do Estado.

Em tempos de violência e arbitrariedade do Estado, de uma crise política notoriamente conhecida, do uso dos instrumentos públicos para finalidades e interesses particulares, é ainda menos compreensível a intervenção estatal na esfera privada, especificamente nos momentos em que o ato de poder do Estado for claramente revestido de ilegitimidade.

### Referências Bibliográficas.

ARENDRT, Hannah. *Da violência*. Tradução de Maria Claudia Drummond. Publicação original em 1970. Disponível em: <<http://pavio.net/download/textos/ARENDRT,%20Hannah.%20Da%20Viol%C3%Aancia.pdf>>. Acesso em 14/12/2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira et al. Brasília: Ed. Unb, 1994, volume 2.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016* - PEC do teto dos gastos públicos. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>>. Acesso em 13/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 107733 MG*, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 04/04/2011, Data de Publicação: DJe-068 DIVULG 08/04/2011 PUBLIC 11/04/2011.

CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CASTRO FARIAS, José F. de. *Crítica à noção tradicional de Poder Constituinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

CATTONI, Marcelo; RIBEIRO, Douglas; COSTA, Victor. *Quem controla os controladores? A presunção de inocência, o STF e a sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Revista Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/quem-controla-os-controladores-a-presuncao/>>. Acesso em 14/12/2016.

CATTONI, Marcelo. *Breves considerações iniciais sobre a PEC n. 241 (“Novo Regime Fiscal”): o estado de exceção econômico e a subversão da Constituição democrática de 1988*. Revista Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/breves-consideracoes-iniciais-sobre-a-pec-n-241-novo-regime-fiscal-o-estado-de-excecao-economico-e-a-subversao-da-constituicao-democratica-de-1988-por-marcelo-andrade/>>. Acesso em 25/12/2016.

COSTA, Victor. *A morte anunciada da dogmática jurídico-penal: em defesa da racionalidade*. Revista Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/02/22/a-morte-anunciada-da-dogmatica-juridico-penal-em-defesa-da-racionalidade/>>. Acesso em 15/12/2016.

DATAFOLHA. *Majoria dos brasileiros reprovava emenda dos gastos, diz Datafolha*. Pesquisa sobre o apoio da população brasileira à PEC 55. Publicado em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840825-maioria-dos-brasileiros-reprova-emenda-dos-gastos-diz-datafolha.shtml>>. Acessado em 13/12/2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. Trad. Juarez Tavares et. all. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro*. Tradução de Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminas, a.6, n.24, p.79-92, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: Fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos*. Tradução de Adriana Beckman Meirelles [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, estado e Constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>>. Acesso em 31/08/2016. Pg. 215.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 0. p. 75. jan/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka*. 1ª ed., v. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária*. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 124, p. 179-184, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176273>>. Acesso em 14/12/2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.