

NORMA PENAL SIMBÓLICA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A INSEGURANÇA JURÍDICA NO ATENDIMENTO DO CLAMOR SOCIAL

Rafael Delmondes Ribeiro

Prof. Raimundo José de Oliveira Barros

Contato: rafael.delmondes@sounidesc.com; raimundo.barros@unidesc.edu.br

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade a análise da legislação penal simbólica, e sua colaboração para a insegurança jurídica. Apresentada em duas acepções, a legislação penal simbólica causa insegurança jurídica em decorrência de sua inefetividade, bem como em razão da subversão da norma penal para fins de política criminal. O uso de normas penais simbólicas acaba por violar e distorcer os direitos e garantias fundamentais, e da segurança jurídica insculpida no Art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Penal; Legislação simbólica; Norma penal simbólica; direitos e garantias fundamentais; *jus puniedi*; segurança jurídica; política criminal.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze symbolic criminal legislation and its contribution to legal uncertainty. Presented in two senses, the symbolic criminal legislation causes legal uncertainty due to its ineffectiveness, as well as due to the subversion of the penal norm for the purposes of criminal policy. The use of symbolic criminal norms ends up violating and distorting fundamental rights and guarantees, and the legal certainty enshrined in Art. 5 of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Criminal Law; Symbolic legislation; Symbolic penal norm; fundamental rights and guarantees; *jus puniedi*; legal security; criminal politic.

1 - INTRODUÇÃO

Casos que provocam grande revolta social, fazem com que a sociedade, ou determinado grupo ideológico político exija do Estado um posicionamento mais incisivo em face do agente infrator. Casos comoventes como o da atriz Carolina Dieckmann Worcman que teve fotos íntimas furtadas de seu computador, ensejaram a repercussão para que tal conduta fosse severamente punida. Esse referido ensejo é o marco do surgimento da legislação penal simbólica. Leis criadas para casos de grande repercussão e comoção social, preceitua a formação de um ordenamento jurídico simbólico.

Por outro lado, o simbolismo da legislação se manifesta com a distorção do valor real da norma pelo juízo popular, a audiência de custódia, ou audiência de apresentação regulamentada pela resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, fez valer o direito contido no Art. 7º, item 5 e 6 do pacto de *San José da Costa Rica* e do Art. 306, do Código de Processo Penal, que dispõe ser direito de qualquer pessoa detida, deve ser remetida sem demora à presença da autoridade judiciária e ser julgada dentro de um prazo razoável, ou ser posta em liberdade sem prejuízo do prosseguimento do processo. Entretanto, o entendimento popular baseia-se tão exclusivamente num instituto que beneficia o infrator e promove a sensação de impunidade.

O presente artigo tem por finalidade expor as consequências do atendimento do clamor social pela elaboração de Leis penais com o bojo simbólico, bem como da subversão da finalidade da norma penal pelo juízo popular, que, por conseguinte acarreta no descrédito do Estado democrático de direito e consequentemente do poder judiciário.

A insegurança jurídica promovida pelo surgimento da legislação penal simbólica reverbera em instabilidade jurídica e o descrédito do sistema legal, seja por Leis ineficientes ou pela subversão da finalidade para a política criminal. Salienta-se que a “a segurança jurídica” é princípio fundamental, insculpido no núcleo duro da CF em seu Art. 5º.

A metodologia aplicada neste trabalho científico, compreenderá a leitura crítica da bibliografia definida, abordagem da legislação pátria acerca da espécie normativa investigada, e a doutrina acerca da temática, configurando-se, metodologicamente como pesquisa bibliográfica e documental.

Frente a um cenário evidenciado de forma tão significativa no Brasil, o surgimento de legislações simbólicas em razão da atuação assídua do legislativo e participação frequente dos populares em debates de Direito Penal e política criminal, mostra-se necessária uma análise aprofundada das denominadas “Normas Penais Simbólicas”.

Em face dessa nova demanda social e jurídica, faz-se mister a explanação que o Direito Penal não é meio e instrumento hábil para satisfazer pretensão vingativa emocional da população.

Marcelo da Costa Pinto Neves e Pedro Lenza representam a vanguarda no estudo e abordagem da Norma Simbólica no Brasil, delimitando-se mais especificamente no campo do Direito Constitucional. Claudete Caldas Calderan e Marcelle Cardoso Louzada, numa perspectiva mais recente, abordaram o estudo da norma penal simbólica e sua (in)efetividade no cotidiano atual. Sendo esses atores o prelúdio para o presente trabalho.

2 - DIREITO PENAL.

Partindo de uma análise da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que estabeleceu os preceitos fundamentais para o Estado, delimitando a forma de Estado, a forma de governo, os direitos e garantias fundamentais, o sistema de proteção ao Estado e suas instituições.

Dentro desse sistema de proteção aos interesses do Estado e dos direitos fundamentais, aflora-se a figura do Direito Penal, que é definido como: Ramos de Direito Público, dotado de regras e princípios, autônomos, independentes que regulamenta o exercício do poder de punir do Estado, elencando as infrações penais, e em eventual hipótese de descumprimento ou violação, a cominação da pena respectiva para a conduta ora praticada, ressaltando a preponderância da legalidade, nos termos do Art. 5º, inciso XXXIX, a CF/88 “Não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e do Art. 1º caput, do Código Penal.

Numa definição mais abrangente Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra Manual de Direito Penal, parte geral, publicado pela editora jurídico Atlas, edição 21^a (2003), compila o Direito Penal como:

o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime através das penas e medidas de segurança; conjunto de normas jurídicas que regulamentam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza e criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica; conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado; conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, estabelecendo o conceito do crime como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, e associando à infração da norma uma pena finalística ou uma medida de segurança (MIRABETE, 2003, P.21).

Diante do exposto, observa-se que o Direito Penal subdivide se em alguns aspectos relevantes, dentre eles: o aspecto formal que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais, definem os seus agentes e fixa as sanções a serem aplicadas; o aspecto sociológico, é instrumento de controle social de comportamentos desviados, visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros da sociedade; o aspecto finalístico visa à proteção dos bens jurídicos (a vida, liberdade, dignidade, patrimônio, entre outros), garantindo-lhes proteção mais incisiva do que nos demais ramos do Direito pátrio. Sob o aspecto finalístico do Direito Penal, Rogério Greco, na obra curso de Direito Penal Parte Geral, publicado pela editora Impetus, Ed. 5^o (2005), leciona a finalidade do Direito Penal como:

É a proteção dos bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou, nas precisas palavras de Luiz Regis Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Nilo Batista também aduz que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”. A pena por tanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade. (GRECO, 2005, pag. 3).

No cumprimento da finalidade do Direito Penal, evidencia-se o princípio da intervenção mínima que intitula a ideia do Direito Penal mínimo, a Lei penal, será aplicado como a última barreira, a última forma de controle do poder estatal para a proteção dos direitos e da segurança. Um ato ilícito civil e um ilícito penal, embora ambos tutelados pelo Direito, a proteção dada a um, quanto ao outro é discrepante, conforme as lições de Mirabete.

O fato que contraria a norma de Direito, ofendendo ou pondo em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade, é um ilícito jurídico, que pode ter consequências meramente civis ou possibilitar a aplicação de sanções penais. No primeiro caso, tem-se somente um *ilícito civil*, que acarretará àquele que o praticou apenas uma reparação civil: aquele que por culpa, causar dano a alguém será obrigado a indenizá-lo (...)

Muitas vezes, porém, essas sanções civis se mostram insuficientes para coibir a prática de ilícitos jurídicos graves, que atingem não apenas interesses individuais, mas também bens jurídicos relevantes, em condutas profundamente lesivas à vida social. Arma-se o Estado, então contra os respectivos autores desses fatos, cominando e aplicando sanções severas por meio de um conjunto de normas jurídicas que constituem o Direito Penal. Justificam-se as disposições penais quando menos incisivos, como os de Direito Civil ou Direito Público, não bastam ao interesse de eficiente proteção aos bens jurídicos. (MIRABETE, 2003, pag. 22)

Acerca da perspectiva sociológica do Direito Penal, faz se mister acerca dos institutos da criminologia e da política criminal.

A criminologia como ciência que estuda o crime, a suas causas, o sujeito ativo e passivo, e do controle social, constitui informação primordial para a Lei penal. Mirabete na interpretação dada por Israel Drapkin Senderey na obra: Manual de criminologia, São Paulo, 1978, pag. 6, apud MIRABETE, 2003, pag. 31, “A criminologia é um conjunto de conhecimentos que estudam os fenômenos e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente e sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo”.

Por sua vez, a política criminal tem por finalidade a prevenção e repressão dos delitos, com o viés político e pautada no princípio do Direito Penal mínimo, ou da intervenção mínima da Lei penal. Segundo Rogério Sanches Cunha (2019), a política criminal trabalha as estratégias e meios de controle social da criminalidade.

2.1 - TEORIA DA PENA.

Definido o Direito Penal como instrumento sancionatório, punitivo de controle social, faz-se mister um estudo aprofundado da sanção (penalidade). Para o sujeito que infringe a Lei penal, destarte assim o nascer do direito de punir para o Estado, sob esta ótica faz surgir a seguinte indagação: como punir?

A instrumentalização de como punir, reflete no instituto da pena e da medida de segurança. Abordando mais especificamente o instituto da pena, consiste numa espécie de sanção penal, imposta pelo Estado para aquele que inflige a Lei. Consiste na privação, reprimenda, e/ou restrição de algum bem jurídico, nos termos do Art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, estabelece que a Lei regulará a individualização da pena e adotar-se entre outras as seguintes: privativa ou restritiva de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos.

Tão importante como definir como se deve punir, cabe destacar a finalidade da sanção, acerca desta temática surgiram três teorias, dentre elas: a teoria absoluta ou da retribuição da pena; da teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção; e da teoria mista, ou eclética.

2.1.1 - Teoria absoluta ou da retribuição da pena.

A finalidade da pena restringe-se tão exclusivamente em punir aquele que delinuiu. Retribui-se o mal com o mal causado. Para efeitos de ilustração, como pactuante desta vertente, destaca-se a Lei de Talião, onde se figurou a famosa expressão “Olho por olho, dente por dente”.

“Predominante objeto da escola clássica de *Cesari Beccaria*, *Francesco Carrara*, a pena é retributiva, ora moral como leciona Kant, ou jurídica como leciona Hegel” (MIRABETE, 2003, pag. 39).

2.1.2 - Teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção.

Para esta vertente, a pena passa a ter a atribuição de prevenção a ocorrência de crimes, assim como de sua reincidência. A pena passa a se preocupar com questões de política criminal, devendo compreender a finalidade de que a pena e medida de correção para o delinquente, e não mais retributiva.

Com o objetivo de intimidar a não realização da conduta estabelecida na Lei penal, Mirabete explana nos seguintes termos:

O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada. Feuerbach, pai do Direito moderno e precursor do positivismo, entendia que a finalidade do Estado é a convivência humana de acordo com o Direito. Sendo o crime a violação do direito, o Estado deve impedi-lo por meio da coação psíquica (Intimidação) ou física (Segregação). A pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto. (MIRABETE, 2003, P. 244).

Complementado, introduziu-se a pena o objetivo da ressocialização do delinquente. Ao passo de buscar a ressocialização do delinquente para reintegrá-lo à sociedade e de que o mesmo não volte a reincidir.

2.1.3 - Teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória.

Sintetizando. Não sendo suficiente para suprir a demanda e necessidade da sociedade, consignou uma teoria mista, eclética. Agregaram as duas principais vertentes, a teoria absoluta, retributiva com a teoria relativa, preventiva. Destarte então que a Pena passa agora a ter caráter *sui generis*, tanto de prevenir e intimidar a coletividade a não infringir a Lei, reprimir aquele que infringe a Lei de forma proporcional, além de propor a ressocialização do delinquente.

Corroborando com esta última vertente, denota-se o Art. 59, caput, do Código Penal, c/c o Art. 1º, da Lei nº 7.210/84 (LEP) escrito *in verbis*:

Art. 59 – O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

“Em razão da redação contida no *caput* do Art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma *teoria mista ou unificadora da pena*.” (GRECO, 2005, pag. 549)

Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Ressalta-se que os objetivos da pena não implicam necessariamente numa sequência lógica ou absoluta, haja vista a existências de exceções como da transação penal, previsto no Art. 76, caput da Lei nº 9.099/95 e da suspensão condicional do processo, Art. 89, do mesmo dispositivo legal.

3 - LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA.

Marcelo da Costa Pinto Neves destacou-se no Estudo da legislação simbólica, em sua obra “A constitucionalização Simbólica”, onde segundo ele a problemática da constituição simbólica

vai além de uma ineficácia da norma constitucional, devendo ser analisado os efeitos sociais da legislação. (LENZA, 2019)

A principal distinção da legislação simbólica ocorre pelo fato da ineficácia da norma. Ao passo que a norma serve como manobra política de atendimento das reivindicações populares, conquanto sabe-se que a norma não terá eficácia no plano prático.

Delimitando a legislação simbólica, Marcelo Neves (2007), P.23, apud LENZA, 2019:

“aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”.

Ademais, a legislação simbólica, pode adotar tanto formas positivas como negativas, conforme Pedro Lenza discorre na obra *Direito Constitucional Esquematizado*, 20º Ed. Editora Saraiva, (2019):

Negativamente, o texto constitucional “Não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”. Positivamente, “a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico”, servindo para encobrir problemas sociais e obstruindo as transformações efetivas da sociedade. (LENZA 2019, P.52.)

Na forma negativa, a norma por si só não é suficiente para alcançar os fins que se destina. Tem-se a existência do direito, todavia seu exercício é limitado pela ausência de regulamentação do legislativo, todavia a situação é contornada por outros meios admitidos em direito, a exemplo o Mandado de injunção, previsto nos termos do Art. 5º, inciso LXXI, da CF/88:

Art. 5º, LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade soberania e cidadania;

Na forma positiva, a caracterização ocorre pela atuação do Legislativo com o intuito de saciar o ensejo da população, entretanto já se conhece que a norma editada, embora válida, não alcançará a hipótese que lhe deu causa, como também não terá eficácia num futuro.

Em que pese, em princípio a resposta estatal pronta e imediata atende a representatividade social, acaba tendo seu valor desvirtuado e utilizado como manobra de evidência política.

4 - LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA.

A função simbólica existe em todos os ramos do direito. Mas é muito mais acentuada nas Leis penais, como da não produção de efeitos externos, ou efeitos concretos. A função simbólica possui apenas efeitos internos, ou seja, no plano abstrato e de diálogo entre governo e povo.

Casos exóticos e extravagantes na concepção popular, em decorrência das consequências do *inter criminis*, ou do desfecho do crime, causam tamanho desgosto da população que passa exigir uma contra resposta estatal retributiva proporcional ao mal causado pelo sujeito ativo do crime.

Tendo em vista que o poder punitivo do estado está expressamente vinculado a vontade da Lei, a pressão popular exige do Estado uma edição de novas Leis que sejam mais severas na sanção

pena, ou se for o caso do surgimento de uma nova conduta que cause abominação por parte dos populares, reivindica-se agora a tipificação da nova conduta, passando a mesma ao status de crime.

A exigência dominada pelos desejos da vingança ou da forte emoção e a atuação precoce e exígua do legislativo no estudo e edição da Lei, acaba por acarretar na utilização da Lei não mais como regra de proteção aos direitos e garantias fundamentais, adotando agora a finalidade exclusiva de política criminal rasa e de evidência.

A função simbólica está ligada ao Direito Penal do temor e a falsa sensação de atendimento a um problema jurídico. A curto prazo, a função simbólica da Lei, serve como pronto atendimento à demanda. Já a médio e longo prazo, leva ao descrédito da Lei e a banalização do Direito Penal.

As legislações simbólicas surgem de uma resposta rápida exigida pela Sociedade ou ainda por um determinado grupo social. Isto baseado na falsa ideia de que a criação de leis trará a repreensão daquele conflito que ora desponta como insolúvel, conforme coloca a Advogada Ana Maria Souza, em seu artigo “Legislação penal simbólica e seus efeitos: uma análise jurídica e social”.

Hodiernamente, neste modelo de legislação simbólica observam-se inúmeras leis criadas na efervescência de um clamor público, são exemplos, a Lei Carolina Dieckmann, a lei Seca, entre outras. Todas elas criadas após um fato ocorrido na sociedade geradora de pressões para criação de leis específicas. O resultado prático dessas criações legislativas urgentes é a aparente sensação de que alguma providência fora tomada, sem qualquer compromisso com a efetividade. <https://anamadv.jusbrasil.com.br/artigos/160973798/legislacao-penal-simbolica-e-seus-efeitos-uma-analise-juridica-e-social>

Noutro giro, o simbolismo do Direito Penal sucede da interpretação equivocada do real intuito da norma. Uma visão rasa e exígua da norma penal cria um entendimento, preceito simbólico. O Entendimento simbólico da norma, termina por banalizar a norma e consequentemente todo o ordenamento jurídico.

Casos específicos como o que motivaram a promulgação da Lei nº 12.737/12 – Lei Carolina Dieckmann e da Resolução nº 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresenta e ilustra as duas funções simbólicas apresentadas em epígrafe.

4.1 - Lei nº 12.737/12 - Carolina Dieckmann.

Com a expansão dos avanços tecnológicos e a necessidade de regulamentação do Direito Digital, fora editada a Lei 12.737/12, que posteriormente diante da evidência do caso da atriz Carolina Dieckmann que teve suas fotos íntimas furtadas de seu computador, batizou de forma extraoficial e vulgar, a respectiva Lei com o nome da atriz.

A referida Lei regulamentou a tipificação dos delitos informáticos. Instituiu agora tipificação dada no Art. 154-A, e o parágrafo único do Art. 298 ambos do Código Penal que traz a seguinte redação:

Art. 154 – A. Invadir dispositivos informático alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa do ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidade para obter vantagens ilícitas:

Pena – detenção de 03 meses a 01 ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resultar prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, ou segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

Pena – Reclusão de 06 meses a 02 anos, e multa se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

E ao parágrafo único do Art. 298 do Código Penal:

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.

Embora o intento da legislação fosse acompanhar a evolução da sociedade com a expansão da globalização e da era digital, os dispositivos trazidos pela Lei nº 12.737/12 a sua aplicabilidade à realidade fática se mostrou irrisória, visto aos pouquíssimos casos da jurisprudência sobre o tema, ressalta-se que a referida Lei encontra-se em vigência há mais de 05 anos e em todo o território nacional, e ainda assim havendo poucos casos de sua incidência.

A pouca incidência do tipo penal, talvez ocorre em decorrência do tipo penal previsto no Art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal:

Art. 155 - Subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena: reclusão de um a 04 anos, e multa.

§ 4º a pena é de reclusão de dois anos a oito anos, e multa se o crime é cometido:

II – Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza.

Percebam a existência de dois tipos penais tutelando a proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica. Na hipótese da Lei Carolina Dieckmann trata-se de crime formal conforme se depreende da leitura do caput do Art. 154 – A, do CP, tipificando a conduta de invadir dispositivo de informática, com a finalidade de obter vantagem ilícita. Conquanto que no objeto do Furto qualificado mediante fraude (Art. 155, § 4º, do CP), subtrair para si coisa alheia móvel, mediante fraude, pelo fato de sua abrangência, o tipo penal do Art. 154-A se torna meio para o crime de furto qualificado, onde posteriormente será absorvido em decorrência do princípio da consunção.

Nos dizeres de Victor Eduardo Rios Gonçalves, na obra Direito Penal parte geral, editora Saraiva, 9ª edição (2004), o princípio da consunção:

A relação de consunção ocorre quando um fato definido como crime atua como fase de preparação ou de execução, ou, ainda, como exaurimento de outro crime mais grave, ficando, portanto, absorvido por este (...), o agente efetivamente infringe duas

normas penais, mas uma deve ficar absorvida pela outra. (GONÇALVES, 2004, P. 18/19).

O estudo para elaboração da Lei Carolina Dieckmann, fora tão raso que apenas sedimentou a posição da jurisprudência a respeito da extensão da falsificação de cartão de crédito ou débito como falsificação de documento particular (Art. 298, § único, do CP), e se inseriu a tipificação da conduta de invasão do dispositivo informático, com o objetivo de alterar os dados sem autorização. Ocorre que por muitas vezes, se da invasão ao dispositivo ou da falsificação de cartão magnético, o crime será absorvido (princípio da consunção), para o tipo penal do furto qualificado mediante fraude ou para o crime de estelionato.

Órgão: 1ª Turma Criminal; Processo Nº: 20120110799879APR; Apelante(s) JONATHAS ROCHA GONCALVES BATISTA DE OLIVEIRA; Apelado(s) MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS; Relator Desembargador GEORGE LOPES LEITE; Revisor Desembargador GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA; Acórdão Nº 792.789

E M E N T A PENAL. CRIME DE ESTELIONATO. FALSIFICAÇÃO DE CÉDULA DE IDENTIDADE E CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO EM NOME DE TERCEIRO PARA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPROCEDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE ENTRE A PENA PRINCIPAL E A PECUNIÁRIA. NECESSIDADE DE AJUSTE. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1 Réu condenado por infringir o artigo 171 do Código Penal depois de ter sido preso em flagrante ao obter vantagem indevida usando documento de identidade falsificado em nome de terceiro para obter cartão de crédito e com este comprar mercadorias.

2 A materialidade e a autoria do estelionato reputam-se provadas quando a vítima, avisada por um policial, esclarece que não solicitara à operadora o cartão de crédito que estava sendo usado por terceiro em seu nome, junto com uma identidade falsificada, para comprar determinada mercadorias. O documento e o cartão foram apreendidos e a falsificação confirmada por perícia.

3 O princípio da insignificância exige não somente a avaliação do valor do bem, mas igualmente a da ofensividade da conduta, a periculosidade social da ação e o do grau de reprovação do delito. Tais requisitos são incompatíveis com a modalidade sofisticada de estelionato em que o agente falsifica cédula de identidade de terceiro para em seguida solicitar em nome deste um cartão de crédito e o utiliza para comprar mercadorias.

4 A multa é proporcional à pena principal e se orienta pelas mesmas moduladoras, às quais se acrescenta tão somente a análise da capacidade financeira do condenado. O valor unitário do dia-multa também deve ser arbitrado conforme a capacidade financeira do réu, de modo a não prejudicar a subsistência familiar.

5 Apelação parcialmente provida.

Exigiu-se à época uma norma para punir a conduta de invadir dispositivos alheios de informática, o legislativo de pronto atendeu e criou se a lei, todavia a mesma encontra-se em desuso. Caracterizando-se assim a ineficiência da norma penal e hipertrofia legislativa.

4.2 - Audiência de Custódia.

Consubstanciado no direito esculpido no Art. 5º, inciso LXII, da CF/88, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra, serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”, no Pacto de *San José da Costa Rica*, Art. 7º, item 5 e 6, Art. 306, § 1º, do Código de processo Penal (CPP), e da Resolução nº 213 do CNJ de 2015. O objetivo da audiência de custódia tem por finalidade a verificação de irregularidades no auto de prisão em flagrante ou no cumprimento do mandado de prisão.

Nestor Távora Rosmar Rodrigues Alencar, no Curso de Direito Processual Penal, 11ª edição, da editora Juspodivm, conceitua a Audiência de custódia como:

Audiência de custódia é a providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após a efetivação da providência cerceadora de liberdade. É “interrogatório de garantia” que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da licitude das prisões. (TÁVORA, 2016, pag. 914).

A redação do Art. 306, do Código de processo Penal após a reforma da Lei nº 12.403/11 dispõe nos seguintes termos, transcritos *in verbis*:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

No mesmo sentido o Art. 1º, da Resolução nº 213 de 2015, do CNJ, senão vejamos:

Art. 1º - Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Denota-se que além de garantir a revisão do auto de prisão pela autoridade judiciária, com a presença do ministério público e da defesa, estabeleceu-se prazo para tanto, conforme mencionado, o preso deverá ser apresentado à autoridade judiciária em até 24 horas da comunicação do flagrante.

5 - AS CONSEQUÊNCIAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO SIMBÓLICO

5.1 - (In) efetividade da norma e a insegurança jurídica.

A norma penal simbólica sob a égide de inefetividade como colocado por Caldas Calderan e Marcelle Cardoso Louzada, a legislação penal simbólica confirma valores sociais, e demonstra a capacidade de ação do Estado a adiar a solução de conflitos.

Na confirmação de valores sociais, o legislador em decorrência da pressão de certos grupos ideológicos com intento de controle social, usa da norma um meio de mostrar para a sociedade interesse em solucionar um conflito específico, muito embora, não tem a preocupação se a legislação atingiu sua finalidade, acaba que a Lei penal Simbólica, apenas reafirma valores já positivados.

Caldas Calderan e Marcelle Cardoso (2015), bem coloca nos seguintes termos, transcritos *in verbis*:

Assim, a legislação simbólica quando elaborada para a confirmação de valores sociais demonstra um caráter muito mais simbólico do que efetivo, com fim específico de diferenciar determinado grupo social na resolução do conflito, que, no final, glorifica apenas um deles em oposição ao outro, sem uma solução que se mostra eficaz.

Quanto à função da legislação simbólica em adiar a solução dos conflitos, a lei penal simbólica serve como abrandamento de um conflito ideológico ou de clamor. Sendo apenas uma figura capaz de resolver momentaneamente o conflito. Para efeito de exemplificação, Marcelo Neves aponta um caso da Lei Norueguesa sobre empregados domésticos, apud Caldas Calderan e Marcelle Cardoso (2015):

A função da lei, segundo o autor, seria a regulamentação das relações de trabalho entre as patroas e suas empregadas domésticas. As normas sancionadas a serem aplicadas às donas de casa apresentavam dificuldades em sua aplicação quando houvesse violação das mesmas, portanto ineficazes. Para resolver o problema de falta de aplicabilidade da norma face sua ineficácia, houve um acordo entre os grupos. Por um lado as empregadas ficaram satisfeitas, pois a lei “aparentemente” fortalece a proteção social. Por outro lado, as donas de casa, empregadoras, também ficaram satisfeitas, pois a lei como apresentada não tem perspectiva de efetivação, devido a sua impraticabilidade. Portanto, “abrandando-se um conflito político interno através de uma lei aparentemente progressiva que satisfaz ambos (...)”

A legislação simbólica passou a ter aspecto de técnica para apaziguar mídia, ou a sociedade, mecanismo possibilitador de “lealdade de massas”.

A mudança da legislação penal com simbolismo no Brasil, Marcelo Neves chama atenção pelo uso demasiado da legislação simbólica e o próprio auto desfalecimento. O uso exagerado leva à descrença da lei e a instabilidade do sistema. Nos pilares da colocação de Marcelo Neves, no Brasil a elaboração das leis é feita sem análise das consequências no plano prático, atendendo apenas ao clamor.

O ministro Luís Roberto Barroso do Supremo do Tribunal Federal (STF), em seu voto no julgamento do Habeas Corpus nº 152752 Paraná, bem coloca: “O Supremo não é instrumento de atendimento de clamor social, tampouco o Direito Penal”.

5.2 - Subversão da norma penal para fins de política criminal.

O simbolismo da norma, além da concepção pela Lei abstrata simbólica como exposto no presente estudo, também deriva da interpretação dada aos institutos penais em vigência. A audiência de custódia como referência para o presente estudo, é um instituto criado a fim de se averiguar a legalidade do auto de prisão em flagrante, bem como de que a pessoa apreendida seja conduzida até a autoridade judiciária para apreciação do caso.

Como se tornou notório a ocorrência de abusos pelos policiais nos interiores das delegacias e no momento de efetivação das prisões, o desrespeito às garantias básicas e dos direitos fundamentais, teve por bem ser submetido à intervenção do Estado. Como uma forma de proteger aos interesses da pessoa submetida à prisão, a necessidade de se levar ao conhecimento da autoridade judiciária para a apuração da respectiva legalidade, representou avanço significativo aos direitos humanos e a prevenção de abusos ou violações de Direito por parte dos agentes públicos.

Entretanto, com base nas informações obtidas pela imprensa nacional, a audiência de custódia, representa uma forma de impunibilidade do delinquente que submetido a prisão acaba por ser liberado quando de sua apresentação ao judiciário.

Os dados oficiais do CNJ afirmam que foram realizadas cerca de 758 mil audiências de custódia no Brasil. 44, 68% dessas audiências resultaram na concessão de liberdade ao acusado. 55, 32%, resultou na decretação da prisão preventiva.

Os números altos de concessão de liberdade fazem questionar a credibilidade da justiça, que libera o acusado apreendido em flagrante pela autoridade policial. A liberação do agente dessa forma e sob esses índices, passa aos populares a ideia de tratar-se-á de uma política criminal favorecendo aos delinquentes.

Dessa forma, o objetivo da norma que é a proteção das garantias de presunção de inocência e a não incidência de abusos, cria-se pela sociedade o entendimento de que a norma não passa de uma política criminal.

A interpretação popular e os resultados estatísticos colocam a Lei como mero instrumento da política criminal. Destarte que como vimos anteriormente a Lei é o estandarte para a política criminal e não o contrário.

6 - CONCLUSÃO.

O Direito Penal sempre teve status de maior evidência dentre os demais ramos do Direito, o fato de lidar com a proteção de valores essenciais, bem como da sanção respectiva pela violação, à ênfase do regime democrático acaba por obstruir a segurança jurídica da coletividade.

Definido o objeto do Direito Penal, delimitado seus mecanismos de atuação, a forma de instrumentalização, a utilização da Lei penal para satisfazer o interesse vingativo popular, e o equívoco interpretativo da Lei, resta sem sombra de dúvidas uma afronta à segurança jurídica preconizada pela Constituição Federal.

Numa primeira perspectiva, a legislação penal simbólica externa ineficácia ou (in)efetividade. Dá-se a Lei a função de apaziguar o interesse político e social, e como manobra política, atende a demanda sem observância dos cuidados devidos. Destarte que nessa ausência de cautela na elaboração da norma simbólica, insere-se ao ordenamento jurídico, normas justificadas para casos pretéritos, para aplicação em casos futuros.

Nesta acepção, a insegurança jurídica se materializa pela falta de razoabilidade e proporcionalidade do ordenamento jurídico, tão como de eventual norma surpresa. Deste exposto, embora respeitados os critérios formais, a legislação simbólica atenta-se aos interesses pessoais de certos grupos, e não mais ao interesse público.

Em uma segunda perspectiva, o simbolismo da norma não deriva de si mesma, mas também da interpretação dada. Como exemplo abordado, ilustramos o instituto da audiência de

custódia que constitui numa garantia dos direitos e garantias fundamentais, bem como do devido processo legal. No entanto, em face dos resultados estatísticos colhidos nacionalmente, o juízo popular deu a norma, a figura de uma política criminal pro delinquente. Essa subversão da finalidade da norma, para a finalidade de política criminal, enseja ao descrédito da Lei e banalização do judiciário.

A instabilidade jurídica e o descrédito com a Lei seja por ineficiência ou pela subversão da finalidade para a política criminal. Constitui afronta ao Estado democrático de Direito. Neste mesmo diapasão, o Direito penal e todo o seu aparato não é instrumento hábil para simbolismo.

7 - REFERÊNCIAS.

BRASIL. Código Penal, de 1940. In: VADE mecum. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.**: Institui a Lei de Execução Penal.. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

CALDERAN, Claudete Caldas; LOUZADA, Marcelle Cardoso. **A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA NO DIREITO PENAL E SUA (IN)EFETIVA PROTEÇÃO SOCIAL.** 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-4.pdf>>. Acesso em: 03 agosto de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P.685 Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 202 p. Volume 7.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. 853 p. (Volume I).

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 20. ed. [s.i]: Saraiva, 2019. 1592 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal Parte Geral.** 21. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004. 457 p.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SOUZA, Ana Maria. **Legislação penal simbólica e seus efeitos: uma análise jurídica e social.** 2018. Disponível em: <<https://anamadv.jusbrasil.com.br/artigos/160973798/legislacao-penal-simbolica-e-seus-efeitos-uma-analise-juridica-e-social>>. Acesso em: 23 agosto. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11. ed. Salvador - Bahia: Jus Podivm, 2016. 1817 p.