

UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA DECISÃO PENAL

Aline Holanda Cardim¹

Kelle Aline Barroso Vanzeler²

RESUMO

No momento atual tem se observado que o caráter simbólico imputado ao Direito Penal afasta as decisões judiciais das previsões constitucionais, na medida em que impede a eficácia do respeito à dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais. A cultura emergencialista presente no direito penal geram normas repletas de exceções e discricionariedades. Este trabalho visa analisar sob a ótica do modelo garantista de direito penal, pautado na teoria dos direitos fundamentais, quais os mecanismos de controle punitivo que o Estado vem adotando, no âmbito do Direito Penal simbólico, para entender a influência que eles exercem sobre as decisões penais.

Palavras-chave: Garantismo, Direito Penal Simbólico, Estado Democrático de Direito, cultura emergencialista.

ABSTRACT

At the present moment has been observed that the symbolic character imputed to the Criminal Law removes judicial decisions of the constitutional provisions, to the extent that hinder the effectiveness of respect for human dignity and the fundamental guarantees. The culture emergencialista this criminal law norms generate plenty of exceptions and discretions. This work aims to analyze the perspective of the model garantista criminal law, based on the theory of fundamental rights, which punitive control mechanisms that the state has adopted, under the criminal Law symbolic, to understand the influence they exert on criminal judgments.

Keywords: Garantism, Symbolic Criminal Law, Rule of Law, Culture emergencialista.

¹ Graduando em Direito. Universidade Federal do Pará. Email: aline_cardim@hotmail.com.

² Graduando em Direito. Universidade Federal do Pará. Email: wanzeler9@yahoo.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo entender de que forma a decisão judicial vem sendo influenciada pelas medidas de controle punitivo estatal de cunho emergencialista, que atribuem um uso simbólico ao direito penal.

Hodiernamente, passado mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, as pretensões do constituinte originário ainda se encontram bastante afastadas da efetividade de um modelo garantista do direito penal, pautado na teoria dos direitos fundamentais, uma vez que no contexto da redemocratização, a sociedade se encontra imersa na cultura da apologia do medo e passa a clamar que cada vez mais sejam tomadas medidas de controle punitivo estatal visando conferir maior rigor as decisões judiciais.

Neste contexto, se verifica que a ideia de democracia está calcada na satisfação dos interesses de uma maioria. Assim, não é sem motivo que a hermenêutica jurídica fica compelida a produzir interpretações das normas que fundamentem decisões penais que em muito se afastam dos princípios da legalidade, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dentre outros.

O trabalho expõe a maneira como vem sendo aplicado os princípios da taxatividade, legalidade, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, proporcionalidade, adequação social, dentre outras garantias penais e processuais fundamentais nas decisões judiciais; E examina de que forma a hermenêutica jurídica pode estabelecer mecanismos para que as interpretações das normas aplicadas nas decisões judiciais não sejam fortemente influenciadas pelo apelo do controle punitivo;

Em que pese os ideais do constituinte originário de 1988 estivessem pautados no respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais com o objetivo de construir um Estado Democrático de Direito, que abarcasse não só os direitos humanos da maioria, mas, sobretudo das minorias.

Está sendo verificado, que à revelia destes ideais, o caráter simbólico atribuído ao direito penal afasta as decisões judiciais dessas previsões constitucionais, na medida em que suprime garantias fundamentais do âmbito do direito penal, como forma de retribuir o injusto causado pela criminalidade real.

Assim sendo, as pretensões da construção de um modelo garantista de direito penal, pautado na teoria dos direitos fundamentais acaba se transformando em uma espécie de energia potencial, uma vez que possui grande capacidade para promover a mudança do paradigma retributivo e ineficaz no qual está inserido atualmente o direito penal, sem poder

surtir efeito, pois está engessado e condicionado ao modelo de controle punitivo estatal que se preocupa em defender apenas os direitos humanos da maioria.

Por este motivo, constata-se que a cultura emergencialista está entranhada no direito penal e vem gerando uma inflação de normas, cujo teor está repleto de exceções e discricionariedades, que acabam, por via de consequência, influenciando sobremaneira nas decisões judiciais, que cada vez mais aparentam se afastar das garantias fundamentais e são forçadas a legitimar a exacerbação do controle punitivo estatal. Sendo assim este trabalho tem como alvo discutir a questão da vigência, validade e efetividade destas normas emergencialistas e simbólicas sob a ótica da perspectiva garantista.

2. DESENVOLVIMENTO

Na atualidade, vem se observando o fenômeno da ascensão de um controle punitivo emergencialista no âmbito penal, trazendo à tona aquilo o que a criminologia crítica moderna vem denominando de caráter simbólico do Direito Penal. A origem desta cultura emergencialista remonta as bases da tática que o controle punitivo estatal, vem adotando, no contexto da redemocratização, para dar uma resposta positiva à sociedade, visando mascarar o fato de que os instrumentos que vem utilizando não são aptos para promover a defesa social frente ao aumento da criminalidade real. Nesta senda, é que se desenvolve o raciocínio de Fauzi Hassan Choukr, a seguir exposto:

“Conclui-se, assim, que a situação brasileira apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re) democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito - e na prática social, de forma geral - que desta forma conferem uma vivência apenas formal aos cânones culturais da normalidade. Com efeito, rasgada a Constituição para o combate à criminalidade, o que se tem é a continuidade do discurso do pânico, mesmo com todo o arsenal anticonstitucional colocado à disposição para o seu combate. Assim, mais medidas são exigidas ante a fragilidade das anteriormente tomadas, e a retórica da intransigência aparece ainda aqui sob o manto do já mencionado “algo precisa ser feito”. [...] Para sociedades em desenvolvimento, em processo de construção democrática ou superação de estruturas autoritárias, tal

imposição é desastrosa desde um ponto de vista cultural. A grande "mentira" do jogo está em vender a idéia (global) que somente com estas medidas se garante a vida em paz. (CHOUKR, 2003, p. 13)".

Assim, esse trabalho demonstra a relevância de sua pretensão na medida em que inova ao expor a forma como o Estado vem adotando, com frequência, políticas criminais que influenciam sobremaneira nas decisões judiciais, através da elaboração constante de normas que ora permitem ao juiz fazer um uso amplo de sua subjetividade e discricionariedade, ao mesmo tempo em que também são formuladas normas que vinculam a decisão do juiz à retributividade da pena para que se promovam cada vez mais decisões que exacerbem o controle punitivo, para dar a sensação de que o Estado se mantém atento ao clamor social e se preocupa com o combate à criminalidade. Destarte, é ilustrativo o pensamento contido no excerto de Sérgio Moccia citado por Roberta Dias Kappel que segue abaixo:

“Segundo Sergio Moccia, a “cultura ‘emergencialista’ determina preocupantes tentativas de misturas de papéis, de antecipação de pena, de acertos com a mass media, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais”. Nestes casos, o próprio processo serve de pena, e “as necessidades coletivas de conhecimento reduzem-se àquilo que, a esta altura, integra o verdadeiro processo, aquele cotidianamente celebrado pela mídia ‘com o depósito dos autos na banca de jornal’”. (MOCCIA, 1999, p. 74-75 apud KAPPEL, 2007, p. 02-03)”.

Ademais, se verifica também que o uso simbólico do direito penal influencia, não apenas nas decisões judiciais, mas no próprio modelo garantista, pautado na teoria dos direitos fundamentais, uma vez que a inflação de normas penais de emergência é utilizada indiscriminadamente, como se fosse o meio único e necessário para a solução de toda e qualquer situação conflitual decorrente da criminalidade.

Desta forma, com o objetivo de conferir maior embasamento crítico a este estudo se mostra de grande importância analisar a questão da eficácia das normas pautadas no modelo emergencialista de direito penal, uma vez que o rol de exceções e lacunas trazidas pelas mesmas leva, muitas vezes, a não observância dos princípios constitucionais que visam preservar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que este sistema repressivo está calcado em um modelo de direito penal que só permite ao juiz decidir conforme a constituição quando interpreta os princípios para fazer valer a vontade da maioria.

Assim, diante deste contexto é de fundamental importância entender, de que forma os juízes vem se manifestando em suas decisões quando se deparam com as lacunas, exceções e antinomias trazidas por estas leis decorrentes do uso simbólico do direito penal, que apesar de vigentes e válidas, muitas vezes se mostram ineficazes no que tange a tutela dos direitos fundamentais. Acerca desta importância do papel do juiz na deslegitimação do direito penal vigente, eivado de lacunas e antinomias, é o raciocínio desenvolvido por Ana Cláudia Bastos de Pinho contido no excerto abaixo:

“Daí por que, como acima ventilado, o juiz deve reassumir um papel extraordinariamente importante: o de apontar as lacunas e antinomias, reduzindo o hiato entre vigência, validade e eficácia e deslegitimando o Direito Vigente, a fim de buscar o equilíbrio do sistema e garantir o respeito dos direitos fundamentais. (PINHO, 2006, p. 66-67)”.

Neste ínterim, precisamos analisar de que forma o uso simbólico do direito penal influencia na decisão judicial, uma vez que se torna bastante pertinente indagar se é possível manter o juízo de isenção do intérprete da norma e decidir conforme a constituição, respeitando as garantias processuais, diante do clamor social que cada vez mais impele a prolação de decisões mais rigorosas que suprimem o sistema de proteção de direitos fundamentais em prol de uma resposta supostamente rápida e eficiente do controle punitivo que visa passar a imagem de paz social.

Este estudo também firma sua relevância na medida em que as decisões judiciais proferidas dentro deste contexto são fortemente influenciadas por aquilo que a maioria entende como justo. Ocorre que como a ideia de justiça defendida pela sociedade não faz uma diferenciação muito clara entre o direito e a moral, a decisão judicial solicitada passa a ser uma mera questão de escolha do julgador.

Isto significa, dentro deste paradigma simbólico do direito penal, que a condição essencial para que o juiz externe seu ativismo e demonstre que está alinhado com os problemas sociais da maioria, que o mesmo passe a ceder às pressões sociais e promova a substituição da decisão, pela mera escolha da solução jurídica que mais se amolde aos valores sociais retributivos, mesmo que isso implique em uma abrupta supressão de garantias constitucionais básicas. Sobre os perigos da substituição da decisão pela escolha, cabe citar a reflexão de Lênio Streck:

“Para os efeitos do que estou debatendo neste livro, é preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui poder discricionário” para resolver os “casos difíceis”, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...! (STRECK, 2010, p. 105-106)”.

Seguindo esta linha de raciocínio, cabe observar também que “Livre convencimento não é a porta aberta para dizer o que quer. Sob esta blindagem, muitas decisões furtam-se ao dever da motivação, o que é inadmissível no atual estado da arte do processo penal democrático” (PINHO, 2013, p. 34).

Tal linha de raciocínio se mostra bastante pertinente às pretensões deste estudo e se coaduna com a linha de raciocínio desenvolvida por Lênio Streck (2010), uma vez que este autor também demonstra grande preocupação com o princípio do livre convencimento do juiz, tendo em vista que existe uma tendência moderna em estabelecer que o magistrado deva julgar, segundo aquilo que ele sente, ou seja, de acordo com sua consciência, no entanto isto se mostra bastante perigoso na medida em que possibilita uma série de discricionariedades e arbitrariedades, principalmente no que tange ao âmbito das normas emergencialistas.

O problema da legitimidade atribuída ao livre convencimento reside justamente no fato de se construir a ideia de ativismo judicial, onde se faz um uso indiscriminado dos princípios constitucionais dizendo que ao se fazer menção ao critério da razoabilidade, o juiz, na qualidade de intérprete, se acha no poder de dar um significado que geralmente é

influenciado pela realidade social, o problema é que no contexto penal o pedido da população é geralmente tendencioso a legitimar violações de direitos fundamentais.

Por este motivo, o juiz que decide influenciado e alinhado com aquilo que a sociedade vem pedindo, apresenta um sério risco para o desenvolvimento do modelo garantista de direito penal, uma vez que a cultura emergencialista representa um retrocesso no ordenamento jurídico constitucional na medida em que retoma práticas inquisitivas repudiadas pelo modelo de Estado Democrático de direito, por legitimar a perpetração de grandes atrocidades e violações de direitos fundamentais, já repetidas em diversos momentos históricos. Sobre esta temática, Luigi Ferrajoli assevera sua análise crítica contida no excerto a seguir:

“A cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos sistemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia. (FERRAJOLI, 2002, p. 649).”

Sobre essa influência crescente com que o apelo midiático vem gerando comoção social, se verifica também que cada vez mais tem se aprofundado o caráter simbólico do Direito Penal, uma vez que dentro do contexto do medo e da sensação de insegurança que alguns crimes geram na sociedade, somado ao cenário de terror criando pelos meios de comunicação sensacionalistas, as respostas dos legisladores tem sido uma inflação de normas penais de cunho emergencial. Sobre este uso simbólico do direito penal, também se encontra menção no pensamento de Paulo Queiroz:

“Em oposição às funções instrumentais do Direito Penal - prevenção geral/especial -, e com frequência inspirada nas teorias da prevenção geral positiva, alguns autores falam de função simbólica ou retórica, por cujo meio não se pretende a resolução de um dado conflito de interesse propriamente, mas produzir na opinião pública uma impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Vale dizer, por meio da edição e aplicação das normas penais, objetivar-

se-ia criar uma impressão de segurança jurídica - abalada pela ocorrência de certas infrações, em geral, delitos que provocam comoção social em razão do extraordinário grau de perversão de que se revestem -, de modo a restaurar a confiança no direito e nas instituições penais. (QUEIROZ, 2008, p. 51).”

Diante dessa incontestável realidade, é *mister* elaborar este estudo, tendo em vista que visa investigar, pormenorizadamente, de que forma estas leis penais de cunho emergencial influenciam nas decisões judiciais, tendo em vista que por trás do livre convencimento dos juízes, existe o clamor social rogando por sentenças que cada vez mais passem por cima do princípio da legalidade, da presunção de inocência, da ampla defesa do contraditório, dentre outras, e tudo isto é feito em prol da criação de um cenário demagógico de justiça social.

Assim, é possível observar de imediato a relevância desta pesquisa, uma vez que as violações das garantias fundamentais supramencionadas, decorrentes das decisões embasadas em leis penais emergenciais, tendem a passar despercebidas pela sociedade, pois a mesma vive tão amedrontada com o cenário da violência urbana e da criminalidade que passa a considerar legítima qualquer medida que vise exacerbar o controle punitivo, mesmo que esta seja apenas um paliativo.

Para tanto, é necessário também estudar a própria ideia de democracia, bem como a maneira como vem contribuindo para as decisões penais, pois o que se observa é que tais medidas de caráter emergencial são absorvidas positivamente pela sociedade, devido a mesma se mostrar disposta a sacrificar uma série de garantias penais e processuais em benefício de sua própria segurança e em detrimento daquele que ela vê como inimigo. Dentro desta perspectiva, se situa a reflexão de Lênio Streck a seguir exposta:

“Vê-se, destarte, que num Estado que se pretende Democrático de Direito, com objetivos sociais claramente definidos pelas normas constitucionais, não basta garantir mecanismos procedimentais democráticos (como o sufrágio universal, por exemplo); deve-se igualmente assegurar que todo e qualquer cidadão (ainda que não integre nenhuma maioria) seja protegido em seus direitos fundamentais. (STRECK, 2010, p. 47-48).”

Isto demonstra de forma fidedigna como “La ideia de la defensa social, afirmaba hace um siglo Francesco Carrara, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal” (CARRARA *apud* FERRAJOLI, 2008, p. 196), tendo em vista que dentro do processo democrático o que se destaca é a vontade da maioria, por este motivo “Si el significado de democracia equivaliese a voluntad de la mayoría, quedaria ciertamente excluída toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal”(FERRAJOLI, 2008, p. 196).

Para detalhar um pouco mais sobre o tema tratado, citamos três exemplos de leis penais de caráter emergencial, quais sejam a lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a lei 12.015/2009 (Lei dos Crimes Sexuais) e a lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), uma vez que as mesmas são retratos evidentes do modelo de controle punitivo estatal pautado no uso simbólico do direito penal, uma vez que impõe penas cada vez mais rigorosas destinadas a punir apenas grupos previamente etiquetados pelo modelo emergencialista. Neste ponto é imperioso recorrer à reflexão crítica sobre o uso destes tipos de leis, elaborada por Winfried Hassemer, conforme demonstra o excerto abaixo.:

“Não se encontra mais refletida a esperança, e os problemas são dominados com penas mais rigorosas (atualmente, por exemplo, abuso sexual contra crianças ou atos de violência neonazista). Mas também se encontra o interesse em utilizar o Direito Penal, incondicionalmente, como um “eficiente” instrumento simbólico (atualmente, por exemplo, no caso de corrupção ou de violência doméstica). A diferença entre ambas as posturas está justamente na intensidade dos respectivos níveis de reflexão e não na confiança no Direito Penal (HASSEMER, 2008, p. 06)”.

O primeiro exemplo a ser demonstrado sobre a influência do direito penal simbólico nas decisões judiciais se refere à lei 8.072/1990, mais conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Essa é uma norma bastante relevante para a proposta de estudo que está sendo apresentada, uma vez que surgiu em um contexto de clamor social em que houve um aumento considerável no Brasil de crimes de extorsão mediante sequestro, levando os mecanismos de controle punitivo a editar a norma que está sendo exemplificada. Sobre o contexto da criação desta lei, segue a narrativa de André Carneiro Leão no excerto abaixo:

“O cotejo entre as mais recentes alterações legislativas à chamada Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e a conjuntura social do momento em que elas foram votadas e aprovadas demonstra, claramente, a relação existente entre a divulgação midiática de um clamor popular, chamado, não raras vezes, de senso comum (ou de opinião pública), oriundo de um fato supostamente criminoso, e o endurecimento da legislação penal. (LEÃO, 2013, p. 01).”

Uma das primeiras consequências da Lei de Crimes Hediondos foi o fato de ter tornado inafiançáveis crimes como tortura, sequestro e tráfico de drogas, além de revogar o direito à progressão de regime para os mesmos. Desta forma, a consequência direta desta medida de controle punitivo para a decisão penal foi o recrudescimento dos vereditos que passou a ser norteado por penas maiores, mais duras e mais desumanas.

Ademais, cabe ressaltar que o clamor social agravou ainda mais os dispositivos normativos desta lei em 1992, quando o crime de homicídio qualificado, passou a ser considerado hediondo devido à grande comoção gerada pelo assassinato da atriz Daniela Pérez. No entanto, cabe destacar que esta lei que foi criada para punir os assassinos da referida atriz nem sequer a eles foi aplicada, devido ao princípio da irretroatividade da lei penal mais grave. A consequência disto foi que com base no clamor midiático, uma lei que já era severa, se agravou mais ainda e ficou como herança para punir diretamente as camadas da criminalidade que possui baixo poder aquisitivo.

Ainda nesta senda de mudanças determinadas pela comoção, dentro da lei 8.072/1990, cita-se o fato de que, em que pese o Supremo Tribunal Federal (STF) ter declarado a inconstitucionalidade da proibição à progressão de regime de autores de crimes hediondos, após a morte trágica do menino João Hélio, a comoção social trouxe uma nova medida e asseverou novamente o controle punitivo, passando a determinar que o autor de crime hediondo somente progrediria de regime após cumprir no mínimo 2/5 se primário e 3/5 se reincidente, conforme dispõe o art. 2º, II, 2º da referida lei.

O segundo exemplo emblemático, que ilustra a relevância dessa pesquisa consiste na análise crítica da Lei 11.340, de 07 de Agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, elaborada em caráter emergencial, para evitar uma possível condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido ter negado por aproximadamente

20 anos uma solução para a demanda judicial em comento. Neste ponto cabe a crítica a Lei Maria da Penha elaborada por Roberta Dias Kappel abaixo exposta:

“Portanto, o que se percebe da análise da Lei Maria da Penha é que se trata de uma lei de cunho eminentemente político e de efeitos meramente simbólicos, que visa apenas dar maior sensação de segurança às mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar, e passar a impressão de que o governo “está fazendo a sua parte”. Buscando atender aos anseios dessas mulheres e da sociedade em geral, que clamavam por um maior rigor na punição dos agressores, a solução mais rápida encontrada pelo governo brasileiro foi a criação da Lei n.º 11.340/06, que aumentou penas, afastou a aplicação dos Juizados Especiais Criminais, criou uma nova hipótese de decretação da prisão preventiva, dentre outras medidas penalmente enérgicas, criadas ao bel-prazer do legislador, sem critério racional algum, somente para criar um forte impacto na opinião pública de que, de uma vez por todas, o problema está resolvido. (KAPPEL, 2007, p. 37).”

Ocorre que, em que pese à situação trágica vivenciada por Maria da Penha da Conceição Fernandes, o caso ganhou repercussão midiática e despertou o clamor social de forma que o objetivo principal do legislador no ato de elaboração da lei 11.340/2006, era dar uma resposta rápida a pressão sofrida para implementar a política pública de combate à violência de gênero, o que resultou em uma lei que definiu seu objetivo sem a cautela de definir seu próprio objeto, ou seja, firmou a política de combate à violência de gênero sem definir o que é gênero, adotando-se desta forma a técnica de discutir sobre o problema sem ao menos falar qual é o problema.

A repercussão dessa lacuna deixada pelo legislador foi imediata sobre as decisões judiciais, uma vez que devido o termo gênero ter ficado como um elemento normativo extrajurídico abriu espaço para que o juiz utilizasse o seu livre convencimento de forma discricionária para perpetrar uma série de violações processuais fundamentais, uma vez que com a simples declaração da vítima, o suposto agressor vai preso, tem medida protetiva decretada, e tudo isto é feito sem o mínimo de dilação probatória e com o máximo de desrespeito ao princípio da presunção de inocência. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) abaixo exemplifica a questão da relevância da palavra da vítima na lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

[...] A palavra da vítima tem especial relevo, porque crimes dessa natureza são comumente praticados sem a presença de testemunhas. Consuma-se o crime de ameaça com a real intimidação da vítima, por meio idôneo e capaz de produzir intranquilidade psíquica. Demonstrado concretamente que a ofendida se sentiu atemorizada pela ameaça de morte, porquanto imediatamente após se dirigiu para a delegacia, narrou os fatos, representou contra o réu e pugnou pela aplicação de medidas protetivas, a condenação é medida que se impõe. (TJDF - APR: 20110112259232 DF 0036822-85.2011.8.07.0016, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 04/07/2013, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/07/2013 . Pág.: 227)

Através de uma breve leitura da jurisprudência colacionada acima é possível, mesmo que de forma breve, compreender as dimensões com que estas leis de caráter emergencial sopesam o caráter punitivo das decisões judiciais, uma vez que por mais que a sociedade imagine que todos os casos de violência doméstica se assemelham ao da Maria da Penha, na verdade o que ocorre na prática, é que muitas vezes a suposta vítima com base na força probante atribuída a sua palavra, consegue a prisão do acusado, tem medidas protetivas deferidas e move ação penal motivada por simples impulso, muitas vezes relacionado a ciúmes.

Por este motivo, não raras vezes estas mesmas vítimas procuram os órgãos do judiciário para tentar se desfazer de todo o procedimento em curso. Diante desta realidade ficam as perguntas aqui utilizadas a título exemplificativo da relevância deste tema: Caso a vítima não relatasse o que de fato ocorreu, quanto tempo vigoraria a medida protetiva? Quanto tempo o réu ficaria preso? A que classe social esse rigor da Lei Maria da Penha se destina? Teria este indivíduo advogado? Estariam os juízes copiando e colando para dentro de suas decisões enunciados jurisprudenciais majoritários para atribuir tamanho valor à palavra da vítima?

Ainda no contexto da lei 11.340/2006, cabe ressaltar que esta situação, se agrava mais ainda ao analisar a situação das medidas protetivas, que são deferidas indiscriminadamente, e caso sejam descumpridas geram a possibilidade de prisão do acusado por violação da cautelar. Não importando, se o requerido se aproximou da casa para visitar um filho, ou se foi acusado da contravenção de perturbação da tranquilidade, basta que a vítima tenha medida deferida e alegue o seu descumprimento, que é possível o juiz deferir

pedido de prisão preventiva ao suposto agressor sem a menor necessidade de prova, bastando a sua palavra.

Por este motivo, a prisão que deveria ser a *ultima ratio* acaba se tornando uma medida amplamente utilizada no âmbito da violência doméstica e familiar, cabendo destacar que geralmente esse rigor todo incide de forma mais impactante sobre as pessoas de baixo poder aquisitivo, viciadas em álcool ou drogas, ou que estão desempregados, dentre outras previamente etiquetadas pela sociedade e pelo próprio ordenamento jurídico, uma vez que embora seja amplamente difundido que pessoas de todas as classes pratiquem este tipo de violência, verifica-se que seu caráter retributivo incide mais fortemente sobre aqueles que não têm condições efetivas de acesso à ampla defesa e ao contraditório. Neste contexto se enquadra a análise de Lênio Streck:

“O que resta de tudo isto é que, para discutir a problemática da mulher torna-se necessário situá-la no contexto de uma sociedade díspar como a nossa, no contexto de uma justiça como a nossa, com um Direito como o nosso, “construído/formatado”, no mais das vezes, pelo lobby das elites, as quais, em face da crescente violência urbana, “se indignam no varejo e se omitem no atacado”. (STRECK: 2004, p. 117).”

Assim, quando um fato ganha repercussão, surgem propostas de aumento de pena, de supressão de direitos, de criação de novos crimes, mesmo que essa não seja a melhor alternativa para a real solução do problema. Em tais casos, o importante para o legislador é dar uma resposta que satisfaça o sentimento emocional de uma população atemorizada.

Desta forma, não é sem motivo que as leis penais emergenciais, a exemplo da lei 11.340/2006, foram escolhidas para desenvolver o estudo a que esse projeto se propõe, uma vez são uma tendência crescente na atualidade e impactam de forma bastante negativa no modelo garantista de decisões judiciais, seja no âmbito penal ou processual penal.

O terceiro e último exemplo utilizado para dar fundamento a este trabalho se refere à lei 12.015/2009, mais conhecida como lei dos crimes contra a liberdade sexual, que assim como as outras também emergiu do apelo social. Dentro deste contexto, merece destaque para exemplificar a relevância deste estudo, o tipo penal desta lei que inseriu o artigo 217-A no Código Penal, também conhecido como crime de estupro de vulnerável.

Ocorre que no bojo deste tipo penal o legislador trouxe a figura do vulnerável como elemento normativo extrajurídico, sabendo-se apenas que o seu objetivo no momento da criação desta norma foi tratar com maior zelo as pessoas incapazes ou impossibilitadas de compreender as implicações decorrentes do ato sexual, seja por se encontrar na condição de menor de 14 anos, ou por estar acometido de alguma enfermidade, deficiência mental ou qualquer outro motivo que ponha óbice ao consentimento racional e seguro para prática sexual.

Desta forma, mais uma vez a medida de controle punitivo acabou influenciando diretamente na decisão judicial, pois se criou o dilema para o magistrado de que toda pessoa que se enquadra na categoria de vulnerável, quando tiver qualquer ato libidinoso mesmo que consensual teria tido sua liberdade sexual violada e, portanto surge a pretensão de punir o sujeito ativo com pena 8 a 15 anos, devido a ideia da presunção absoluta da vulnerabilidade.

Tal problemática se revela bastante gravosa na medida em que o juiz se depara com o caso concreto, uma vez que por mais que a sociedade imagine que o crime de estupro de vulnerável só é imputado aos casos brutais que são exibidos nos jornais. Na verdade, esse tipo previsto no art. 217-A, também se aplica, por exemplo, ao casal de namorados, onde ela com 13 anos e ele com 18, se forem vistos namorando, ou seja, praticando atos libidinosos diversos da conjunção carnal, poderia levar o namorado a ser enquadrado dentro do crime de estupro de vulnerável. Neste ponto, resta questionar, se seria justa uma decisão pautada nestes moldes impostos pela lei 12.015/2009?

A resposta a essa indagação, pode ser observada, na decisão de alguns juízes dos tribunais, como por exemplo, os do Rio Grande do Sul, que vem entendendo que tal rigor não se aplica ao caso acima mencionado, uma vez que configura um exagero da norma penal aplicar pena tão elevada, tendo somente como base o critério etário estabelecido pela lei. Desta forma, os tribunais vem a analisando a questão caso a caso, para verificar questões como a adequação social, lesividade, ofensividade, dentre outras. Sobre esta questão, é bastante exemplificativa a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, exposta abaixo:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. relação de namoro entre vítima e réu. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal. A vulnerabilidade

da vítima – tal como disposta no art. 217-A do Código Penal – não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. No caso em tela, dos elementos colhidos durante a fase inquisitória, principalmente do depoimento da vítima, extrai-se que esta (adolescente com 13 anos de idade) e o réu mantiveram relacionamento amoroso por determinado período, no qual ocorreram relações sexuais voluntárias e consentidas. Frente a tal realidade, impõe-se a confirmação da decisão que rejeitou a denúncia por ausência de justa causa para a ação penal. (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Crime, Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, 7ª Câmara Criminal, Nº 70046185104, DJ de 31/10/2011).

Tudo isto, demonstra a importância da decisão judicial primar por uma análise mais detalhada das garantias fundamentais, uma vez que diante de elementos normativos extrajurídicos, cabe ao juiz fazer um exercício hermenêutico mais criterioso, pois a tipicidade não deve ser analisada apenas do ponto de vista formal, mas também material, para poder compreender as peculiaridades de cada caso. A respeito da importância do papel do juiz frente à análise da tipicidade penal, cabe a reflexão de Francesco Carnelutti a seguir exposta:

“O Direito Penal se debate, então, neste dilema: ou se coloca a balança nas mãos do juiz e então, se o juiz é justo, o peso será justo. Mas o direito não serve, ou serve pouco à função preventiva; ou se reserva a balança ao legislador, e então age a prevenção no sentido de que o cidadão saiba antes à qual consequência se expõe desobedecendo à lei, mas o peso pode não ser justo, porque o que se coloca sobre um dos pratos é o tipo, não o fato; e o tipo, dissemos, é uma abstração, não uma realidade. (CARNELUTTI, 1995, p. 27)”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em conta o que foi observado no presente trabalho, nota-se que a ascensão de um controle punitivo emergencialista no âmbito penal, trazendo um caráter simbólico ao Direito Penal. Essa cultura emergencialista gera normas repletas de exceções e discricionariedades, afastando as decisões judiciais das previsões constitucionais e forçando-as a legitimar a exacerbação do controle punitivo estatal.

Percebe-se que essa cultura emergencialista surge da necessidade do Estado dá uma resposta positiva à sociedade, frente ao aumento da criminalidade; adotando políticas criminais que influenciam nas decisões judiciais, através da elaboração de normas que ora permitem ao juiz fazer uso da sua discricionariedade e subjetividade, e ora vinculam a decisão do juiz à retributividade da pena para dar impressão de que o Estado se preocupa com o combate à criminalidade.

Dessa forma é imprescindível entender de que maneira os juízes vêm se manifestando em suas decisões quando se deparam com as lacunas e antinomias trazidas pelas leis decorrentes do uso simbólico do Direito Penal. Concluímos a importância da análise sobre a forma que o uso do direito simbólico influencia na decisão judicial e se é possível o juiz decidir respeitando as garantias processuais diante do clamor social que anula os direitos fundamentais em favor de uma resposta supostamente eficiente do controle punitivo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Criminalidade e Justiça penal na América Latina**. Revista Sociologias. n.º.13. Janeiro/Junho 2005. p.212-241.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito: Seis Meditações sobre o Direito**. Tradução de Paolo Capitanio. 2º edição. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Bases para Compreensão e Crítica do Direito Penal Emergencial**. Disponível em:

<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=673>. Acesso em 12 de Setembro de 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Democracia y Garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008. Páginas 192-207.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. nº 18. Março. 2003. p. 144-157.

_____. **Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal, nº 2, abril. 2008.

KAPPEL, Roberta Dias. **O direito e o Processo Penal de Emergência no Brasil: Apontamentos a partir da nova Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduação/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/roberta_dias.pdf> Acesso em: 06 de Setembro de 2013.

LEÃO, André Carneiro. **Legislação penal de emergência: reflexões sobre a política de aumento do rigor da pena à luz da Criminologia crítica**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23676>>. Acesso em: 16 de Setembro de 2013.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. 1º Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Para Além do Garantismo: Uma Proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Judicial**. 1º Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 3a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **O imaginário dos juristas e a violência contra a mulher**: da necessidade (urgente) de uma crítica da razão cínica em Terrae Brasilis, ESTUDOS JURÍDICOS, Vol. 37, nº 100, maio/agosto. 2004. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/19477/da-incompatibilidade-da-lei-maria-da-penha-com-o-instituto-da-suspensao-condicional-do-processo/4#ixzz2bzlv5fus>> Acesso em 21 de Agosto de 2013.