

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE UNIPAC DE EDUCAÇÃO, ESTUDOS SOCIAIS E CIÊNCIAS
JURÍDICAS DE UBERABA
DIREITO**

KEYLA DIAS SOARES

**A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL, O POPULISMO PENAL MUDIÁTICO
FACE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE**

UBERABA

2014

KEYLA DIAS SOARES

**A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL, O POPULISMO PENAL MUDIÁTICO
FACE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Luis Fernando Alves da Silva

UBERABA

2014

S676s

SOARES, Keyla Dias

A seletividade do sistema penal, o populismo penal midiático face o princípio constitucional da não culpabilidade / Keyla Dias Soares/ UNIPAC, 2014.

80 f.

1. Populismo penal midiático
 2. Seletividade do sistema penal
 3. Princípios constitucionais
 4. Mídia
- I.Título.

CDD – 341.58

Keyla Dias Soares

**A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL, O POPULISMO PENAL MIDIÁTICO
FACE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para obtenção
do título de bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luis Fernando Alves da Silva
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Glays Marcel Costa
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^ª. Rossana Cussi Jerônimo
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico à minha maravilhosa mãe *Terezinha*, por tudo o que vivemos juntas e pelo enorme amor que sempre me dedicou e que permanecerá para sempre na minha lembrança e no meu coração.

Ao meu querido pai *Paulo César*, pelos belos momentos de muita felicidade.

Ao meu noivo *Roytter*, por ter surgido no momento mais difícil da minha vida, pela compreensão e pelo nosso amor que torna a vida mais leve e alegre de se viver.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha amada Mãe, Terezinha, pois com um amor maior do mundo, soube compreender até aquilo que eu não dizia. Obrigada por seu trabalho, pelo suor e lágrimas derramados e pelas noites que ficava me esperando chegar da faculdade. Mãezinha, “não esquece que você é muito especial pra mim, sou muito feliz porque você existe (dentro do meu coração) tenho um orgulho muito grande de você. Te amo”.

Ao meu amado Pai, Paulo César, e a sua querida esposa Marly, também parte fundamental desse processo, pelo carinho e dedicação ao longo da vida.

Agradeço também a minha tia ‘Naninha’ (Maria do Rosário), aos meus primos/irmãos Michael, Thiago e Jefferson, por estarem sempre ao meu lado e por acreditarem em mim. Ao meu sobrinho Pietro, que com seu sorriso inocente e todo seu carinho, recarrega minhas energias para enfrentar as batalhas do dia a dia.

Ao meu noivo Roytter, pelas noites dormindo no sofá só pra não me deixar sozinha enquanto elaborava esse trabalho. À minha nova família Luciana, Ronaldo, Enila, Léo, Lucas, Luiza, Carol, Dona Ana, que também nunca mediram esforços para me apoiar e sempre me deram a força necessária para seguir em frente.

Não poderia de deixar de agradecer também, a minha amiga, irmã, Mariêda Soares, pela paciência e parceria ao longo desses anos. Sem ela seria impossível ser a dupla mais famosa da UNIPAC, “Bob Esponja e Patrick”.

Aos professores Rossana Cussi Jerônimo, Glays Marcel Costa, Murillo Sapia Gutier, Paulo Henrique Delladona, Rubens Correia Júnior, a quem devo, não apenas pelos ensinamentos jurídicos recebidos, mais também pelo convívio e os ensinamentos de vida, por serem exemplos a serem seguidos, pelo brilhantismo com que desempenham suas carreiras.

Agradeço a grande amiga, mãe e mulher, Zilma Faria, secretária do NPJ, pelos conselhos nos momentos de angústia, pela credibilidade e confiança ao longo desses anos. E principalmente pelo seu sorriso que ilumina as tardes da UNIPAC.

Um agradecimento muito especial, dirigido ao Professor Luis Fernando Alves da Silva, que aceitou o encargo de me orientar nesse trabalho. Acolheu-me com paciência e sua dedicação de costume, respeitando minhas dificuldades e limitações, apontou erros e sugeriu mudanças quando achou necessário. Enfim, encorajou-me a seguir em frente e transpor as barreiras que tentavam me impedir de desenvolver este trabalho.

Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas. (Sun Tzu, A arte da guerra)

RESUMO

Trata-se de um estudo acerca do fenômeno conhecido como populismo penal midiático, que nada mais é do que um discurso expansionista do direito penal, realizado pela mídia, onde se reclama por leis penais mais severas e se propõe a relativização dos direitos e garantias constitucionais. A mídia atua acusando, julgando e condenando, desprezando por completo o princípio da não culpabilidade. Pauta-se em um processo penal midiático que viola princípios constitucionais intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. As imagens difundidas pela mídia refletem uma criminalidade tradicional, formada por pessoas de classes sociais baixas e dadas a práticas dos crimes mais comuns. Não por acaso a clientela selecionada pelo sistema penal é a mesma exibida pelos meios de comunicação em massa. Assim, o populismo penal midiático juntamente com a seletividade do sistema penal encontra o apoio de uma população desinformada, tomada pela constante sensação de insegurança proporcionada pela própria propagação ininterrupta de imagens e textos violentos.

Palavra-chave: Populismo penal midiático. Seletividade do sistema penal. Princípios Constitucionais. Mídia.

ABSTRACT

This is a study on the phenomenon known as media penal populism, which is nothing more than an expansionist discourse of criminal law, conducted by the media, which is claimed by more severe criminal laws and proposes the relativization of constitutional rights and guarantees. The media acts accusing, judging and condemning, ignoring altogether the principle of not guilty. It is guided by a media that violates criminal process intrinsic to democratic state constitutional principles. The images broadcast by the media reflect a traditional crime, formed by people from lower social classes, and given the practices of the most common crimes. Not coincidentally selected by the criminal justice system the same clientele is displayed by means of mass communication. So the media along with penal populism selectivity of the penal system is supported by an uninformed population, making the constant feeling of insecurity afforded by itself for uninterrupted propagation of violent images and texts.

Keyword: media penal populism. Selectivity of the penal system. Constitutional principles. Media.

Sumário

1	Introdução.....	11
2.1	Evolução do Direito Penal	12
2.2	Escolas Penais	16
2.2.1	Escola Clássica.....	16
2.2.1.1	Cesare Beccaria	17
2.2.1.2	Francesco Carrara	17
2.2.2	Escola Positiva	18
2.2.2.1	Fase Antropológica: Cesare Lombroso	18
2.2.2.2	Fase Sociológica: Enrico Ferri	19
2.2.2.3	Fase Jurídica: Rafael Garofalo	21
2.2.3	Escolas Ecléticas	21
2.2.3.1	Terza Scuola.....	22
2.2.3.2	Escola Moderna Alemã	22
2.2.3.3	Escola Técnico- Jurídica	23
2.2.3.4	Escola Correccionalista	23
3	Funções do Direito Penal.....	25
3.1	Noções Gerais do Direito Penal.....	25
3.2	Função de Proteção a Bens Jurídicos	26
3.3	Função de Controle Social.....	27
3.4	Função Garantista.....	27

3.5	Função Simbólica	28
3.6	Função Motivadora	29
3.7	Função Promocional	29
3.8	Função de Redução da Violência Estatal	29
3.9	Função Ético-Social.....	30
4	O Espetáculo do Crime.....	32
4.1	A Origem do Espetáculo e o Apoio Popular ao Suplício.....	32
4.2	Atual Modelo de Espetacularização	33
5	Teoria do Etiquetamento Social e a Seletividade do Sistema Penal.....	36
6	Populismo Penal.....	42
7	Populismo Penal Midiático	43
7.1	Populismo Penal Midiático Conservador Clássico.....	50
7.2	Populismo Penal Midiático Conservador Disruptivo	52
8	Princípios Constitucionais afetados pelo Populismo Penal Midiático e pela Seletividade do Sistema Penal.....	55
8.1	Princípio da Não Culpabilidade.....	55
8.2	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	58
8.2.1	Princípio da Humanidade.....	59
8.3	Princípio do Devido Processo Legal.....	60
8.3.1	Princípio do Contraditório	61
8.3.2	Princípio da Ampla defesa.....	63
8.4	Princípio do Juiz Natural: Imparcialidade	65

Considerações Finais.....	68
Referências	72

1 Introdução

O crime, o criminoso e a execução das penas, sempre exerceram certo fascínio nas pessoas. Da mesma forma os meios de comunicação em massa sempre tiveram interesse no Direito Penal e no Processo Penal, bem como tem uma forma peculiar de se relacionar com o criminoso.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar os problemas advindos da relação existente entre a mídia e o Direito Penal. Compreender as razões que levam à espetacularização do crime nos veículos de comunicação, bem como, os reflexos desse assédio midiático na opinião popular.

Em regra a mídia joga seus tentáculos sobre as pessoas de classe social menos favorecida que por sua vez são alvos fáceis da seletividade que exerce o sistema penal. A superexposição dos acusados faz com que seja ignorado o princípio constitucional da não culpabilidade, intrínseco a toda e qualquer espécie de acusação. A partir disso a presente pesquisa busca estudar o porquê do discurso do populismo penal midiático, que tende a ampliar o poder punitivo do Estado e segregar garantias dos cidadãos, ser tão aceito pela população.

Todavia, qualquer discussão crítica que envolva o discurso hiperpunitivista da mídia enseja à reflexão de que esta não trabalha com notícias reais, mas apenas com o produto de uma construção da realidade, que será posteriormente transmitida, em regra pelo jornalismo populista. Os meios de comunicação utilizam-se da notícia distorcida para exercer forte influência na formação da opinião pública e difundir suas ideologias discriminatórias e estereotipadas, que visam à conservação das classes dominantes.

A partir do momento que a mídia aliena a sociedade e incute nesta a permanente sensação de insegurança, alimenta a crença de que a solução para a criminalidade é um Direito Penal mais coercitivo, com leis e sanções penais mais duras. No entanto, ignora que o sistema penal atua principalmente sobre os criminosos comuns.

Nesse contexto o Direito Penal, que exerce diferentes funções na sua área atuação, destaca-se por sua função simbólica e de controle social, responsável por afrontar os princípios constitucionais abordados neste trabalho, qual sejam: a dignidade da pessoa humana, humanidade, de não culpabilidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural.

2 Síntese Histórica do Pensamento do Direito Penal

Este primeiro capítulo trará uma breve síntese histórica do pensamento do Direito Penal, onde será abordada a evolução histórica deste, bem como as Escolas Penais.

2.1 Evolução do Direito Penal

Embora a violação das regras de convivência, bem como a punição ao violador dessas regras, tenham sempre ocorrido dentro de uma comunidade, não há que se falar na existência de normas penais sistematizadas antes do século XVIII a. C., haja vista que nesse período o que predominava era o ideal de vingança, de castigo contra o comportamento marginal de alguém. Esta era a fase que a doutrina denomina de vingança penal e que pode ser dividida em três: vingança divina, vingança privada e vingança pública (CUNHA, 2013, p. 41).

A vingança divina se caracterizava por sua natureza mística e crença no sobrenatural. Isso significa dizer que nessa época todos os eventos que a população não sabia explicar as causas eram atribuídos aos seres divinos. Nesse período as sociedades mais primitivas não tinham conhecimento de que os fenômenos como chuvas, raios, trovões etc., eram naturais e então estes eram recebidos como manifestações divinas, dos chamados Totens, que revoltados com o comportamento humano exigiam da população, uma reparação (BITENCOURT, 2012, p. 139; NUCCI, 2014, p. 43). “Quando o membro do grupo social descumpria regras, ofendendo os “totens”, era punido pelo próprio grupo, que temia ser retaliado pela divindade” (CUNHA, 2013, p.41).

Na vingança privada a punição pelas violações aos regramentos da época, eram realizados pela própria vítima ou por seus familiares, sem que houvesse qualquer proporcionalidade entre a punição e ofensa, além do que, estas ultrapassavam a pessoa do delinquente e atingia outros indivíduos da sua família. Essa espécie de vingança era prejudicial a existência dos grupos, posto que gerava um círculo vicioso de contrarreação que tendia a exterminá-los (NUCCI, 2014, p. 43; CUNHA, 2013, p. 42).

A fim de evitar a eliminação total desses grupos, surgiu na Babilônia, no século XVIII, expresso por meio do Código de Hammurabi, esculpido em um cilindro de pedra negra de mais ou menos dois metros de altura, em aproximadamente 3.500 linhas, a Lei de Talião, considerada para época, o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando a primeira tentativa de humanização da sanção criminal (BITENCOURT, 2003, p. 142). “Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade

útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave” (NUCCI, 2014, p. 43-44). No entanto “com a adoção do talião, a pena passou a ser pessoal e proporcional à agressão, além de previamente fixada” (CAPEZ, 2011, p. 326).

Em seu texto, o Código de Hammurabi previa várias espécies de delitos e também as respectivas sanções penais para cada delito.

No Código de Hammurabi, eram previstas as seguintes penas: castração, para os crimes contra os costumes; extirpação da língua, nos crimes contra a honra; amputação da mão do médico, em cirurgias mal sucedidas; morte do engenheiro, em caso de desabamento da casa com morte do proprietário; confisco de bens do suicida etc. (CAPEZ, 2011, p. 326).

A Lei de Talião foi adotada também pelos hebreus no Êxodo e pelos romanos na Lei das XII Tábuas (BITENCOURT, 2003, p. 22).

Mas, com a melhor organização social, o Estado afastou a *vindita privada*, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a *vingança pública*, que, nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político (BITENCOURT, 2012, p. 142).

Já a fase da vingança pública se caracterizou pelo fortalecimento do Estado e por trazer uma maior organização societária. Deixou-se de lado a punição particular, para legitimar o Estado, na intervenção dos conflitos sociais. A pena pública tinha objetivo de assegurar a existência do soberano e as sanções mantiveram suas características de crueldade e violência (CUNHA, 2013, p. 42).

Na Grécia Antiga, o crime e as penas continuaram a ter caráter sacro. Todavia, “essa concepção foi superada com a contribuição dos filósofos” (BITENCOURT, 2012, p. 143), a partir de então “pode-se notar que o direito penal grego evoluiu da vingança privada, da vingança religiosa para um período político, assentado sobre uma base moral e civil” (CUNHA, 2012, p. 42).

O direito penal romano, assim como na maior parte das sociedades antigas também manteve sua origem religiosa e foi “palco das diversas formas de vingança” (BITENCOURT, 2012, p. 143), prevalecendo o Direito Consuetudinário, rígido e formalista. A Lei das XII Tábuas, datada do século V a.C., foi o primeiro código romano escrito, e que deu início aos período de diplomas legais.

Essa lei estabeleceu a diferença entre delitos públicos e delitos privados¹, “os delitos públicos eram perseguidos pelos representantes do Estado, no interesse deste, enquanto os delitos privados eram perseguidos pelos particulares em seu próprio interesse.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.178).

Tempos depois, já na época do Império surgiu um novo procedimento, denominado de extraordinário, por meio do qual o Estado passou a perseguir não só os delitos privados, mas também os públicos e submeter os condenados a penas públicas. Nesse período todos os bens jurídicos tutelados pelo direito penal eram considerados públicos, não havendo mais interesses particulares a serem tutelados. “O direito penal não é mais que um instrumento a serviço dos interesses do Estado” e a partir de então, o direito penal afirmou seu caráter público (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.183).

A Lei das XII Tábuas teve o mérito de igualar os destinatários da pena, configurando autêntico avanço político-social. Durante o Império, a pena tornou-se novamente mais rigorosa, restaurando-se a pena de morte e instituindo-se os trabalhos forçados. Se na República a pena tinha caráter predominantemente preventivo, passou-se a vê-la com o aspecto eminentemente repressivo. Mas foi também a época de significativos avanços na concepção do elemento subjetivo do crime, diferenciando-se o dolo de ímpeto do dolo de premeditação, entre outras conquistas. Continuavam a existir, no entanto, as penas infamantes, cruéis, de morte, de trabalhos forçados e de banimento (NUCCI, 2014, p. 44).

O direito penal germânico, também caracterizado como um Direito Consuetudinário, não era composto por leis escritas e possuía natureza individualista, pelo menos até certo tempo quando o direito penal tornou-se público (BITENCOURT, 2003, p. 25).

A pena mais grave conhecida pelo direito penal germânico foi a “perda da paz” (Friedlosigkeit), que consistia em retirar-se a tutela social do apenado, com o que qualquer pessoa podia matá-lo impunemente. Nos delitos privados, se produzia a *Faida* ou inimizade com o infrator e sua família. A *Faida* podia terminar com a composição (Wertgeld), consistente em uma soma de dinheiro que era paga ao ofendido ou sua família, ou também mediante o combate judicial, que era uma ordália, ou seja, um juízo de Deus (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.184).

A *Faida*, instituição pela qual o ofensor ressarcia em dinheiro o dano causado, quando não era paga, gerava entre os germânicos o dever da vingança de sangue, contra o ofensor e sua família, ou seja, na entrega do ofensor e de sua família ao ofendido, para que este exercesse o direito de vingança sobre aqueles.

¹ *Crimes públicos* eram a traição ou conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*), enquanto os demais eram crimes privados – *delicta* – por constituírem ofensas ao indivíduo, tais como furto, dano, injúria etc. (BITENCOURT, 2003, p. 23).

À medida que o direito penal se tornou público a vingança de sangue foi se extinguindo gradativamente, sendo substituída pela composição, que em um primeiro momento possuía caráter facultativo, mas depois se tornou obrigatória. Por sua vez, a composição “representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima e seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o preço da paz” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.184; BITENCOURT, 2012, p. 148-149).

As penas corporais, impostas pela lei de talião, só foram adotadas pelos germânicos, muito tempo depois, até então só eram aplicadas aos infratores que não possuíam condições de pagar pela composição (BITENCOURT, 2012, p. 150).

O direito penal canônico, inicialmente tinha caráter apenas disciplinar e era aplicado apenas aos religiosos, no entanto, com a forte influência da Igreja e o enfraquecimento do Estado estendeu-se aos não religiosos que praticassem infrações com conotação religiosa. Dessa forma, os delitos eclesiásticos distinguiam-se entre aqueles que ofendiam o direito divino, que eram de competência exclusiva dos tribunais eclesiásticos. Os delitos seculares, que lesavam bens jurídicos comuns e eram julgados pelos tribunais do Estado e os delitos mistos que violavam tanto a ordem religiosa como a laica, e eram julgados pelo tribunal que primeiro tivesse contato com o fato. Sua principal contribuição se deu âmbito das prisões modernas, pois impôs limites às vinganças de sangue, e instituiu a pena de asilo nos templos religiosos (BITENCOURT, 2012, p. 152).

As características dessas legislações criminais provocaram a reação de alguns pensadores, em meados do século XVIII, tais como Voltaire, Montesquieu e Rousseau. O objetivo desses pensadores era reformar o sistema punitivo, acabando com velhas ideias arbitrárias e repressivas, a fim de dar verdadeira natureza humanitária às sanções penais. Esse movimento, chamado Iluminismo, atingiu seu ápice durante a Revolução Francesa (BITENCOURT, 2012, p. 157).

No entanto foi no início século XIX, que surgiram novas e diversas correntes de pensamento, chamadas de Escolas Penais. Estas tinham os mesmos princípios reformadores dos primeiros pensadores, só que agora estruturados de forma sistemática, eles também criticavam os abusos das legislações da época e propunham a aplicação da pena de forma proporcional, individualizada e livre das crueldades comuns naqueles tempos.

2.2 Escolas Penais

Neste item abordaremos as Escolas Penais que mais se destacaram no processo de sistematização dos valores e princípios norteadores da aplicação das leis penais, com ênfase nas Escolas: Clássica (Cesare Beccaria e Francesco Carrara) e Escola Positiva (Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo).

2.2.1 Escola Clássica

Inicialmente cumpre ressaltar que não há uma escola clássica propriamente dita, com conteúdo homogêneo. Esse termo, “Escola Clássica”, foi dado pelos positivistas em tons depreciativos (BITENCOURT, 2012, p. 195).

Como foi dito anteriormente, o século XVIII foi marcado por um sistema penal desumano que aplicava punições cruéis aos ofensores das leis penais vigentes e diante desse cenário alguns pensadores se viram no dever de reivindicar uma reforma nesse sistema punitivo e passaram a criticar abertamente a legislação da época.

A Escola Clássica Penal surgiu entre o fim do século XVIII e a metade do século XIX (MASSON, 2012, p. 69). O movimento filosófico proposto por esta escola, que teve como seus principais expoentes Cesare Beccaria e Francesco Carrara (BITENCOURT, 2012, p. 196), por se tratar de uma ciência jurídica e não o método experimental característico das ciências naturais utilizava-se do método dedutivo ou lógico-abstrato de análise. Além do que entendia o crime como um conceito meramente jurídico, sustentando as ideias jusnaturalistas de que as normas naturais eram anteriores as normas do Estado, ademais entendia o homem como moralmente responsável por seus atos, visto que este tinha o livre arbítrio para optar por infringir ou não a norma (MASSON, 2012, p. 69). Outra característica a ser destacada na Escola Clássica refere-se a pena, esta seria o meio de tutela jurídica de natureza retributiva, não podendo ser arbitrária e devendo regular-se pelo dano sofrido (MIRABETE, 2010, p. 20; NORONHA, 2004, p. 32).

Nesse teor, pode-se dizer que a Escola Clássica, foi uma escola de suma importância para a evolução do Direito Penal, visto que, em linhas gerais, defendeu o indivíduo dos arbítrios do Estado, alegando que o direito surgiu independente da vontade humana e mesmo antes da existência do homem, de forma que as leis estão acima deste, logo também do Estado.

2.2.1.1 Cesare Beccaria

Em 1764 o famoso livro ‘Dos delitos e das penas’ de Cesare Beccaria, apesar de se tratar de uma obra essencialmente política e não jurídica, tratou abertamente acerca das penas de morte e das penas cruéis, reclamando a aplicação do princípio da proporcionalidade da pena, bem como do princípio da responsabilidade pessoal, com o objetivo de evitar que as penas ultrapassassem a pessoa do condenado (CUNHA, 2013, p. 45; BITENCOURT, 2012, p. 195).

O caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o Direito Penal, até porque contrapôs-se ao arbítrio e à prepotência dos juízes, sustentando-se que somente leis poderiam fixar as penas, não cabendo aos magistrado interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. [...] A pena, segundo defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso (NUCCI, 2014, p. 44).

A obra supracitada de Beccaria se destacou por sua inovadora forma de pensar o sistema penal, se mostrou contra as arbitrariedades punitivas cometidas pelo Estado e reclamou pela aplicação das garantias individuais durante e depois do processo.

2.2.1.2 Francesco Carrara

Francesco Carrara em suas obras defendia a concepção de delito como um ente jurídico constituído pelas forças, física (constituída pelo movimento corpóreo e o dano causado pelo crime), e moral (constituída pela vontade livre e consciente do autor). Diz-se ente jurídico, pois deveria decorrer necessariamente da violação de um direito. Carrara também afirmou que o crime seria fruto do livre arbítrio do ser humano, e sua responsabilidade estaria condicionada a presença da vontade livre e consciente de realizar a conduta (BITENCOURT, 2012, p. 199-200). Explicou o crime como sendo uma infração, resultante de um ato externo humano às leis promulgadas pelo Estado. A finalidade dessas leis seria de resguardar a segurança da população, de uma conduta moralmente repudiada e prejudicial à sociedade, que poderia se dar de forma negativa ou positiva (MIRABETE, 2010, p. 19).

Assim, em razão do princípio da reserva legal, para a conduta configurar de fato um delito deveria consistir necessariamente na violação de um direito, de forma que mera intenção não deveria ser considerada punível, e essa violação poderia ocorrer por ação ou omissão.

2.2.2 Escola Positiva

Surgiu no final do século XIX, em meio ao desenvolvimento das ciências sociais e contra as ideias da Escola Clássica. A Escola Positiva pretendeu aplicar ao Direito os mesmos métodos de observação e investigação utilizados em outras disciplinas, no entanto constatou sua impossibilidade, posto que a atividade jurídica não tinha caráter científico, em razão disso, propuseram que a análise do delito fosse feita por uma disciplina como a Antropologia ou a Sociologia, iniciava-se, portanto os estudos da Criminologia (BITENCOURT, 2012, p. 206-207). “Chamou-se positiva pelo método, e não por aceitar a filosofia do positivismo de Augusto Comte” (MASSON, 2012, p. 71).

Na Escola Positiva, os objetos de estudo do direito penal foram o crime, o delinquente, a pena e o processo e o método de análise do delito foi o experimental. Neste período predominou a ideia de que o direito penal é produto social, e que, portanto a responsabilização do delinquente deriva de sua vida em sociedade. Constatou-se que o delito é causado por diversos fatores, tais como individuais, físicos e sociais e que a pena é um meio de defesa social, que possui função preventiva, no entanto não deixou de lado a preocupação com a ressocialização do criminoso (BITENCOURT, 2012, p. 213).

Pode-se dizer que as principais ideias da Escola Positiva, foram que o direito penal é um produto social e que o delito é um fenômeno individual e social.

A Escola Positivista passou por três fases distintas, sendo que em cada uma delas se destacou um pensamento de um determinado representante: fase antropológica – Cesare Lombroso; fase sociológica – Enrico Ferri; e fase jurídica – Rafael Garofalo.

2.2.2.1 Fase Antropológica: Cesare Lombroso

Cesare Lombroso foi o fundador da Escola Positivista Biológica, pretendeu explicar o delito como manifestação da personalidade humana e produto de diversas causas, estudou o delinquente a partir de conceitos biológicos (MIRABETE, 2010, p.20) e entendia o crime como um fenômeno biológico e não como um ente jurídico como afirmava os clássicos, em razão disso propôs que o método de estudo a ser utilizado deveria ser o indutivo-experimental (SHECAIRA, 2002, p. 98).

Lombroso desenvolveu a teoria do delinquente nato, por esta, acreditava-se que o delinquente nato era “uma espécie de ser atávico, degenerado, marcado por uma série de

estigmas corporais perfeitamente identificáveis anatomicamente” (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2011, p. 24).

Sua obra mais conhecida é ‘O homem delinquente’ de 1878, cuja ideia central fundamentava-se no atavismo, ou seja, a delinquência decorreria de um desenvolvimento embrionário diferente, de modo que o criminoso já nasce criminoso. Suas características originais, físicas e psíquicas o afastariam do comportamento ideal para o convívio social, levando-o conseqüentemente a prática do fato criminoso (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 284). Lombroso utilizou-se das ideias dos fisionomistas para retratar o seu próprio delinquente (SHECAIRA, 2002, p. 95).

O criminoso nato de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos etc. Lombroso chegou a acreditar que o criminoso nato era um tipo de subespécie do homem, com características físicas e mentais, crendo, inclusive, que fosse possível estabelecer as características pessoais das diferentes espécies de delinquentes: ladrões, assassinos, tarados sexuais etc. (BITENCOURT, 2012, p. 209).

Por influência de seu discípulo Ferri, Lombroso reconheceu a influência de fatores sociais na origem da delinquência, essa evolução permitiu-lhe ampliar a classificação de delinquente: nato, o passional, o louco moral, ocasional e o epilético (BITENCOURT, 2012, p. 208).

Suas ideias, embora um tanto quanto assustadoras, podem ser vistas ainda hoje dentro das instituições de controle social (presídios e manicômios), onde podem ser encontrados indivíduos sempre com as mesmas características, físicas, psíquicas e sociais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 284). No entanto, atualmente podemos notar que as características que os identificam não estão associadas apenas à sua forma física (formato da mandíbula, tamanho da orelha, sobrancelhas, etc.), mas principalmente aos fatores sociais (local de moradia, vestimenta, forma de andar etc.).

2.2.2.2 Fase Sociológica: Enrico Ferri

Enrico Ferri foi o criador da sociologia criminal, ao publicar em 1880 uma obra de igual nome, onde dava enfoque sociológico ao delito. Tamanho foi este enfoque sociológico que o direito penal foi quase que totalmente absorvido pela sociologia (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 285).

A sociologia criminal criada por Ferri volta-se para a inexistência do livre-arbítrio na conduta do criminoso, ou seja, o indivíduo não teria a capacidade racional de decidir se comete ou não o ato criminoso, pois essa predisposição já nasceria com ele. Considerou que a pena se impõe ao criminoso simplesmente pelo fato de ser membro de uma sociedade (BITENCOURT, 2012, p. 213). Com esse pensamento, não importava se o delinquente era imputável ou inimputável, em qualquer dos casos era responsável pelo crime que cometeu, posto que vivia em sociedade, logo a sociedade precisava defender-se do delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 285).

Defendeu Enrico Ferri que o ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade. Negou terminantemente o livre-arbítrio, defendido pela escola clássica. Assim, o fundamento da punição era a defesa social. A finalidade da pena consubstanciava-se, primordialmente, na prevenção a novos crimes (NUCCI, 2014, p. 49).

Defendia Ferri, que assim como o delinquente não é livre, o Estado também não é livre para reprimir como bem entendesse em defesa da sociedade (NORONHA, 2004, p. 36). Ele sugeriu que a pena fosse indeterminada, adequada ao criminoso e que visasse o reajustamento ao convívio social. “Apesar de seguir a orientação de Lombroso e Garofalo, deixando em segundo plano o objetivo ressocializador (correcionalista), priorizando a Defesa Social, Ferri assumiu uma postura diferente em relação à recuperação do criminoso” (BITENCOURT, 2012, p. 212).

Ferri classificou os delinquentes em cinco categorias. O primeiro é o delinquente nato, anteriormente tratado por Lombroso, indivíduo atávico e com senso moral atrofiado; o segundo é o delinquente louco; o terceiro é o delinquente habitual que seria um produto do meio em que vive, inicia sua vida criminosa ainda na infância com pequenos delitos e posteriormente, com sua internação em instituições prisionais, passa para delitos mais graves; o quarto é o delinquente ocasional indivíduo fraco de caráter que se aproveita de certas ocasiões para cometer seus delitos; o quinto e último tipo de delinquente é o passional, que em regra é honesto, porém com um temperamento explosivo, seus crimes ocorrem sem premeditação, no impulso e em regra são cometidos na juventude (NORONHA, 2004, p.36- 37).

Enrico Ferri inovou na doutrina positiva, ao contrariar Lombroso e Garofalo dizendo que a maioria dos delinquentes era readaptável, sendo que considerava incorrigíveis apenas os criminosos habituais, mesmo assim dentro desse grupo considerava possível a correção de uma pequena minoria (BITENCOURT, 2012, p. 212).

Ainda, contrário a Lombroso, não acreditava que o delito seria produto exclusivo de fatores individuais, ele propôs que os fatores que formariam o criminoso seriam individuais, físicos e sociais. E também, observou que a pena sozinha não seria capaz de promover profundas mudanças, esta deveria ser acompanhada de inúmeras reformas sociais.

2.2.2.3 Fase Jurídica: Rafael Garofalo

Rafael Garofalo foi o terceiro grande nome da Escola Positiva, sua principal obra foi ‘Criminologia’, publicada em 1885. Nesta obra, Garofalo sistematizou a aplicação da antropologia e da sociologia ao direito penal e seu livro foi dividido em três partes: o delito, o delinquente e a repressão penal (NORONHA, 2004, p. 38).

Em seus estudos sustentou que o delito seria uma ofensa a dois sentimentos: o da piedade e o da probidade, dessa forma reformulou a definição sociológica do crime natural, buscando um conceito que superou a noção jurídica. Defendeu também que o delinquente seria um ser anormal e, portanto sua pena deveria ser aplicada tendo-se em conta sua periculosidade, que seria “a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente” (SHECAIRA, 2002, p. 101). Nesse teor, diz-se que Garofalo introduziu o conceito atual de periculosidade ou perigosidade (NORONHA, 2004, p. 38).

As ideias desenvolvidas por Garofalo justificam sua posição radical a favor da eliminação de alguns criminosos e não de sua recuperação, este “sugere a necessidade de aplicação da pena de morte aos delinquentes que não tivessem absoluta capacidade de adaptação, que seria o caso dos ‘criminosos natos’” (BITENCOURT, 2012, p. 211).

2.2.3 Escolas Ecléticas

Posteriormente as Escolas Clássica e Positiva, surgiram outras correntes que procuravam conciliar as duas posições tão distintas, denominavam-se escolas ecléticas ou críticas. Essas novas escolas representaram a evolução das ciências penais, mas nunca procurando romper as orientações das escolas anteriores (BITENCOURT, 2012, p.214).

2.2.3.1 Terza Scuola

A primeira dessas correntes surgiu a partir do artigo de Manuel Carnevale, “Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia” em 1891, a Terza Scuola Italiana, também denominada de Positivismo Crítico ou Escola Crítica. Se junta a Carnevale, Bernardino Alimena “Naturalismo Critico e Diritto Penale” e João Impallomeni “Istituzioni di Diritto Penale” (NORONHA, 2004, p. 39).

A Terza Scuola situa-se entre os clássicos e os positivos e suas principais características são a admissibilidade do princípio da responsabilidade moral, só que não fundamentado no livre-arbítrio, e sim no determinismo psicológico (BITENCOURT, 2012, p. 215), isso significa dizer que embora o indivíduo possua liberdade para decidir se irá ou não cometer o delito, não será influenciada apenas por essa liberdade, mais também pelos fatores sociais que o circundam.

Distinguiu também, o imputável do inimputável “o homem é determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável quem tiver capacidade de se deixar levar pelos motivos. A quem não tiver capacidade deverá ser aplicada medida de segurança e não pena” (BITENCOURT, 2012, p. 215). Para esta escola o crime é contemplado como um fenômeno individual e social e a função da pena seria a defesa da sociedade, no entanto sem perder seu caráter aflitivo (PRADO, 2007, p. 85).

2.2.3.2 Escola Moderna Alemã

No mesmo contexto positivo crítico encaixa-se a Escola Moderna Alemã, desenvolvida a partir dos estudos de Franz Von Liszt (MARQUES, 2002, p. 86). Esse movimento ficou também conhecido pela denominação de Escola de Política Criminal ou Escola Sociológica Alemã e contou com a contribuição decisiva de Adolphe Prins e de Von Hammel, que, juntamente com Von Liszt, criaram, em 1888, a União Internacional de Direito Penal, que perdurou até a Primeira Guerra Mundial (BITENCOURT, 2012, p. 216).

Von Liszt transformou a estrutura do Direito Penal, demonstrando que essa era uma “disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política criminal” (PRADO, 2007, p. 86).

Segundo a teoria de Von Liszt era necessário a distinção entre o Direito Penal e as demais ciências criminais, para tanto deveria ser utilizado respectivamente o método lógico-abstrato e o método indutivo-experimental. Ademais, considerava o crime como um fato

jurídico que apresentava aspectos humano e social. Ele também não aceitava a teoria de criminoso nato desenvolvida por Lombroso, nem a existência de um tipo antropológico de delinquente, todavia, considera possível a influência de causas físicas e sociais. Quanto a pena, reconheceu sua função preventiva geral e especial, devendo ajustar-se à própria natureza do delinquente, além do que previu a eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração (BITENCOURT, 2012, p. 219-220; NORONHA, 2004, p. 40). Assim sendo, para Garofalo a pena possuiria uma função em relação ao próprio delinquente e outra para os demais da população.

2.2.3.3 Escola Técnico- Jurídica

A Escola técnico-jurídica nasceu com o objetivo de esclarecer a confusão causada pelos positivistas, no que concerne aos campos do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia. A preocupação excessiva da Escola Positivista com os aspectos antropológicos e sociológicos do delito fez surgir uma crise metodológica (BITENCOURT, 2012, p. 220; PRADO, 2007, p. 87). Seus principais representantes foram Rocco, Manzini, Massari, Delitala, Vannini e Conti.

Arturo Rocco proferiu em 1905, na Universidade de Sassari, na Itália, um discurso onde abordou o problema do método no estudo do Direito Penal, esse discurso continha em linhas gerais orientações dessa nova escola. No entanto o maior mérito desta foi apontar qual o verdadeiro objeto de estudo do Direito Penal qual seja o delito, como fenômeno jurídico, sendo que o método a ser utilizado para sua compreensão seria o método técnico-jurídico (PRADO, 2007, p. 88).

Noutras palavras, direito penal é o que está na lei; só com este o jurista deve preocupar-se. Seu estudo faz exclusivamente pela *exegese*, que dá o sentido verdadeiro das disposições integrantes do ordenamento jurídico; pela *dogmática*, que investiga os princípios que norteiam a sistemática do direito penal, fixando os elementos de sua integridade lógica; e pela *crítica* – restrita, como não podia deixar de ser – que orienta na consideração do direito vigente, demonstrando seu acerto ou a conveniência de reforma (NORONHA, 2004, p. 42).

2.2.3.4 Escola Correccionalista

Em 1839 surgia na Alemanha uma nova escola penal denominada pelos autores de Correccionalista, cujo seu principal expoente foi Carlos Davi Augusto Roeder. Embora originária da Alemanha, foi na Espanha que ganhou força, onde encontrou os principais

seguidores, destacando-se dentre eles, Giner de los Ríos, Alfredo Calderón, Concepción Arenal, Rafael Salillas e Pedro Dorado Montero (BITENCOURT, 2012, p. 223).

Para os adeptos desta corrente “o criminoso é um ser limitado por uma anomalia de vontade; o delito é o seu sintoma mais evidente e a sanção penal é um bem” (PRADO, 2007, p. 89). O criminoso teria o direito à execução de sua pena, visto que esta teria caráter de auxílio às pessoas necessitadas e não simplesmente o dever de cumpri-la. Já o Estado, detentor do poder punitivo, e incumbido da obrigação assistencial aos necessitados deveria restringir a liberdade individual do criminoso de forma a afastá-lo dos ‘estímulos delitivos’, bem como corrigir sua anomalia de vontade (BITENCOURT, 2012, p. 224).

Nota-se, que por essa escola a pena teria a função exclusiva de ‘curar’ o delincente, atuando de maneira preventiva em busca da tutela social, devendo ser aplicada de forma individualizada pelo magistrado, por tempo indeterminado e durar o tempo necessário para atingir seu objetivo, que é de correção (PRADO, 2007, p. 90).

3 Funções do Direito Penal

O capítulo a ser exposto a seguir, tem o propósito de analisar de modo teórico as funções que o Direito Penal exerce na sociedade. O primeiro item trará uma breve abordagem sobre o que se entende por Direito Penal e qual a importância da teoria do funcionalismo na identificação de suas funções. Os demais itens tratam especificamente de cada função.

3.1 Noções Gerais do Direito Penal

O Direito Penal surgiu no intuito de harmonizar o convívio social que se encontrava ameaçado em razão da violência, sempre presente na sociedade, e que não estava sendo controlado pelos demais meios de controle social formal e informal.

Vale lembrar que “com a expressão ‘direito penal’ se designam – conjunta ou separadamente – duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 84).

Com isso, diz-se que o direito penal identifica o comportamento humano capaz de colocar em risco a convivência social e descreve-o como uma infração penal, impondo-lhe sanções, bem como estabelece regras complementares à sua aplicação, enquanto o ‘saber do direito penal’ ou ciência penal, tem a finalidade de interpretar essas normas e explicar seu alcance de maneira sistemática, pautados em critérios objetivos, evitando assim a subjetividade na sua aplicação (CAPEZ, 2011, p. 20).

Em um primeiro momento é importante ressaltar o papel do movimento doutrinário do funcionalismo na análise da real função do Direito Penal. Nesse contexto ganham destaque duas correntes de suma importância: o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico (CUNHA, 2013, p. 33).

Para o funcionalismo teleológico ou moderado, cujo seu principal representante é Claus Roxin, o Direito penal tem a função de “assegurar bens jurídicos, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência humana em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal”. Por sua vez o funcionalismo sistêmico ou radical, que tem como expoente Gunther Jakobs, entende que o Direito Penal tem a função “de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado”. Assinale ainda que Jakobs percebeu que quando o Direito Penal entra em cena para exercer sua função, o bem jurídico protegido já se encontra violado, assim sendo sua função

principal não por ser a segurança deste, mas sim a garantia de validade do sistema (CUNHA, 2013, p. 33).

3.2 Função de Proteção a Bens Jurídicos

Prevalece na doutrina pátria o entendimento de que o Direito Penal assume uma natureza peculiar de proteger bens jurídicos como a vida, a saúde, a liberdade, o patrimônio etc., fundamentais, não só à pessoa individualmente, mais principalmente a toda coletividade (CAPEZ, 2011, p. 20).

Em razão do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, o Direito Penal só deve atuar em proteção aos interesses mais relevantes, somente estes são elevados à categoria de bens jurídicos penais (PRADO, 2007, p. 142), este “representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence” (BITENCOURT, 2012, p. 60).

Para definir os bens jurídicos penais o legislador ordinário deve sempre ter em mente as diretrizes constitucionais e os valores nela consagrados (CUNHA, 2013, p. 33). Dessa forma, convém dizer, que deve ser afastada qualquer ação legislativa que não esteja amparada e em conformidade com a Constituição vigente.

O legislador **seleciona**, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal. Dessa forma, a noção de bem jurídico acarreta na realização de um **juízo de valor positivo** acerca de determinado objeto ou situação social e de sua importância para o desenvolvimento do ser humano (MASSON, 2014, p. 22).

Essa seleção feita pelo legislador ordinário busca evitar o uso excessivo da sanção penal, visto que, o maior rigorismo penal não garante uma maior proteção de bens (PRADO, 2007, p. 143). Em que pese haver essa seleção dos bens jurídicos penais no intuito de evitar a inflação penal, quando há a violação aos bens jurídicos fundamentais, o Direito Penal utiliza de algumas formas de opor-se essas condutas violadoras, quais sejam as penas restritivas de liberdades, as restritivas de direito, as multas e as medidas de segurança (MASSON, 2014, p. 22).

No entanto, convém dizer que a proteção dos bens jurídicos pela via sancionatória também deve levar em conta a necessidade desta sanção, e não apenas a sua relevância penal, a fim de evitar uma situação onde embora o bem jurídico violado seja penalmente relevante não haja a necessidade da punição, como por exemplo, nos casos de estado de necessidade,

legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito, previstos no art. 23 do Código Penal.

3.3 Função de Controle Social

O Direito Penal também exerce a função de controle social, isso implica dizer que a norma penal “dirige-se a todas as pessoas, embora nem todas elas se envolvam com a prática de infrações penais” (MASSON, 2014, p. 23).

Traduz-se, assim, o Direito Penal, auxiliado pela mídia oficial e pela estatística criminal, em um instrumento de controle, utilizando-se das agências estatais para a manutenção do processo de acumulação de riquezas e concentração de poder nas mãos da classe dominante, reproduzindo a estrutura social desigual carregada de elementos estigmatizadores e excludentes das classes mais baixas (GIMENEZ; COITINHO, 2012, p. 2).

3.4 Função Garantista

A função garantista do Direito Penal “trata-se de um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado” (NUCCI, 2014, p. 350), estabelece critérios de aplicação da norma penal, pautados em garantias constitucionalmente asseguradas.

A Constituição Federal (CF) tem a função de orientar os legisladores ordinários para adoção de um Direito Penal voltado aos direitos humanos, onde as garantias a eles inerentes serão respeitadas (CUNHA, 2013, p. 37-38). “Direito Penal tem a função de garantia, funcionando como um **escudo** aos cidadãos, uma vez que só pode haver punição caso sejam praticados os fatos expressamente previstos em lei como infração penal” (MASSON, 2014, p. 23).

O modelo garantista de direito penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli,

é o sistema penal em que a pena se afasta da incerteza e da imprevisibilidade, condicionada exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo. *Mínima intervenção penal com as máximas garantias* (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 189).

Esse modelo privilegia os dez seguintes axiomas: a) não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*); b) não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*); c) não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*); d) não há necessidade de lei penal sem

lesão (*nulla necessitas sine injuria*); e) não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*); f) não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*); g) não há culpa sem o devido processo legal (*nulla culpa sine iudicio*); h) não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*); i) não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*); j) não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*) (CUNHA, 2013, p. 37-38).

É de se verificar que essa função garantista do Direito Penal, se expressa como proteção da dignidade do indivíduo supostamente autor do delito, ficando limitado a atuar apenas dentro da legalidade e a cumprir as garantias constitucionalmente asseguradas na Carta Maior e também nas legislações infraconstitucionais.

3.5 Função Simbólica

A função simbólica do Direito Penal se manifesta no “direito penal do terror”, que por sua vez se manifesta do “direito penal de emergência”. Este tem estreita relação com o discurso populista punitivista onde a população movida pela constante sensação de insegurança, causada principalmente pelos meios de comunicação social, exigem medidas mais severas dos legisladores, que por sua vez, atendendo a demanda emergencial da sociedade editam normas repressivas e não raras vezes ineficazes (ao menos a médio e longo prazo), colocando de lado o caráter subsidiário do Direito Penal e limitando-se apenas a tranquilizar a população preocupada com a segurança pública (CUNHA, 2013, p. 36; GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 201).

A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente **na mente dos governantes e dos cidadãos**. Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. Quanto aos cidadãos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido (MASSON, 2014, p. 23).

Essas leis penais mais severas produzem efeitos irrealis, simbólicos quanto à proteção do bem jurídico, a exemplo disso, cita-se a Lei de Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90, “uma das mais duras leis penais do nosso País, que contribuiu muito para o encarceramento massivo, mas que teve pouco efeito prático em termos de prevenção de crime”, no entanto para o legislador, produzem benefícios para sua campanha eleitoral, pois demonstram sua

atuação falsamente eficaz na busca da segurança coletiva (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 51-52).

3.6 Função Motivadora

O Direito Penal possui também a função motivadora, ou seja, antes de punir efetivamente o indivíduo, procura motivá-lo a não cometer o delito. Essa motivação se expressa por meio da intimidação exercida perante a sociedade ao impor ao infrator de uma norma a respectiva sanção penal. (BITENCOURT, 2003, p. 4).

O Direito Penal motiva os indivíduos a não violarem suas normas, mediante a ameaça de imposição cogente de sanção na hipótese de ser lesado ou colocado em perigo determinado bem jurídico. É como se as leis penais dissessem: “não matar”, “não roubar”, “não furtar” etc. (MASSON, 2010, p. 11).

Pode-se notar que essa função motivadora do Direito Penal, embora enraizada no pensamento da população não têm qualquer aplicabilidade, visto que, as leis penais já possuem sanções demasiadamente duras. O simples fato de impor a restrição de liberdade, seja pelo período que for, já deveria motivar o indivíduo a não cometer crimes, haja vista que nossas instituições prisionais, não possuem acomodações dignas de um ser humano. No entanto, o que podemos verificar, com um breve olhar para as carceragens brasileiras e que sua ‘clientela’, só está aumentando, sendo completamente inútil essa função do Direito Penal.

3.7 Função Promocional

Por esta função, diz-se que o Direito Penal não deve preocupar-se em manter os valores da sociedade e sim destinar-se a transformação social, como uma “ferramenta que auxilie a dinamizar a ordem social e promover as mudanças estruturais necessárias para a evolução da comunidade” (MASSON, 2012, p.12).

Essa função não é muito explicada pela doutrina, mas em suma pode-se dizer que por esta, o Direito Penal deveria destinar-se a ser um instrumento de transformação social.

3.8 Função de Redução da Violência Estatal

O Direito Penal moderno apresenta uma nova função, qual seja a de reduzir ao máximo a violência estatal, isso significa dizer, que os princípios norteadores do direito penal,

que têm total amparo constitucional, visa limitar o poder punitivo do Estado, já que a imposição de uma sanção penal, embora legítima constitui uma agressão ao indivíduo (MASSON, 2014, p. 23).

Nesse sentido a pena, como forma de castigar ou sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, aos quais não se subordinam as demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da *proporcionalidade*, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais (BITENCOURT, 2012, p. 330).

Os limites ao poder punitivo estatal encontra-se fundamentado no princípio da intervenção mínima, visto que o Direito Penal deve agir somente nos casos estritamente necessários, visando proteger os bens jurídicos mais relevantes (MASSON, 2014, p. 23).

3.9 Função Ético-Social

Essa função é também conhecida como função criadora ou configuradora dos costumes, e tem origem no vínculo existente entre o Direito Penal e os valores éticos fundamentais de uma sociedade (MASSON, 2012, p. 10).

Por esta função o Direito Penal atua de forma prática “preocupando-se não só com o campo puramente normativo, mas também com as causas do fenômeno criminal e o seu impacto sobre a sociedade” (BITENCOURT, 2012, p. 62), indo além do texto normativo e da vontade intrínseca do legislador “busca-se um efeito moralizador, almejando assegurar um “mínimo ético” que deve reinar em toda comunidade” (MASSON, 2012, p. 10).

O Direito Penal contribui para conscientização das pessoas acerca dos valores ético-sociais por ele tutelado e que devem ser considerados fundamentais para uma sociedade. Desempenha uma função educativa, mesmo com relação àqueles bens ainda entendidos pela como fundamentais “é o caso das leis penais sobre crimes fiscais e contra o meio ambiente, as quais, sem dúvida alguma, contribuíram para criar uma conscientização e reprovação moral e social acerca desses comportamentos” (MASSON, 2012, p. 10). Oportuno se torna dizer que “ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade” (CAPEZ, 2011, p. 21).

Prevalece o entendimento doutrinário de que o Estado tem sim legitimidade para exercer essa função educativa, no entanto não com o emprego do Direito Penal, visto que a

conscientização a respeito dos valores ético-sociais fundamentais para a sociedade devem ser compreendidos pela interação social e não coercitivamente por meio de estruturas repressivas (MASSON, 2012, p. 11).

4 O Espetáculo do Crime

Neste presente capítulo, abordar-se-á a atração que o fato criminoso, mais precisamente o fato violento, exerce sobre as pessoas. O primeiro item faz uma breve passagem sobre a origem das formas de espetacularização do crime e do criminoso, bem como a necessidade da população em coibir os crimes por meio de penas severas e tortuosas. Já o segundo item irá tratar das maneiras atuais de divulgação das notícias em matéria criminal.

4.1 A Origem do Espetáculo e o Apoio Popular ao Suplício

Inicialmente, é importante ter em conta que a atração que fato criminoso exerce sobre as pessoas, não é produto da sociedade atual, sempre houve um interesse mórbido das pessoas pelas matérias criminais. As ciências criminais sempre despertaram certa curiosidade da população (CARVALHO, 2011, p. xxi).

Pode se dizer que “infelizmente, é da natureza humana que o grotesco a atraia porque é algo *diferente* e que desperta no indivíduo que assiste à banalização da violência seus instintos mais primitivos” (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 475), talvez por isso, é possível encontrar relatos dos espetáculos de tortura em meio à praça pública, na Idade Média, entre os séculos V e XV (SILVA; CORREIA JÚNIOR, 2014, p. 3).

Nesta época era comum a superexposição dos condenados, por meio de confissão pública, pelourinho², roda, forca, açoite, trabalho em obras públicas usando coleiras de ferro e grilheta³ e as demais torturas, que em sua maioria levavam a morte (FOUCAULT, 1999, p. 8-10), de um modo geral as penas nessa época eram basicamente de morte, pena corporal e pena infamante (SILVA; CORREIA JÚNIOR, 2014, p.3).

Impende destacar, que as penas de suplício público eram a regra (tinham o objetivo de castigar os condenados) e quando não consistiam na pena principal, com fins de levar a morte o condenado, eram acessórias aquelas que não tinham nenhum caráter corporal, como por exemplo, as condenações em banimento e multa. Cumpre observar ainda, que tais penas não eram aplicadas indistintamente, estas possuíam critérios de aplicação, pautadas no “tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas” (FOUCAULT, 1999, p. 37).

² 1 Coluna de pedra ou de madeira, colocada em praça ou lugar central e público, onde eram exibidos e castigados os criminosos (HOUAISS, 2001, p. 2173).

³ 1 argola de ferro pena de trabalhos forçados. 3 argola de ferro presa aos tornozelos dos condenados (HOUAISS, 2001, p. 1483).

Outra questão relevante a ser tratada, consiste na finalidade de penalidades tão duras e da necessidade de sua exposição ao público. Observa-se que havia uma necessidade indispensável de marcar *ad aeternum* o condenado pelas penas físicas a ele impostas, bem como, toda a sociedade, pela lembrança da exibição do cerimonial de tortura. Ressalta-se também, que desonrar o indivíduo era a manifestação mais elevada do repúdio aos atos por ele praticados.

Além disso, **o suplício faz parte de um ritual**. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. **Em relação à vítima, ele deve ser marcante**: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a **tornar infame** aquele que é sua vítima; o suplício, mesmo se tem como função “purgar” o crime, não reconcilia; traça em tomo, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado **sinais que não devem se apagar**; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que o impõe, **o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos**, um pouco **como seu triunfo** (FOUCAULT, 1999, p. 37, não há grifos no original).

Entre os séculos XVII e XVIII, em razão das grandes guerras e de revoltas religiosas, a Europa se viu em meio ao crescimento desenfreado das cidades, com isso houve conseqüentemente o aumento da pobreza, da criminalidade e da sensação de insegurança da população, a partir de então, o Estado passou a intervir na segurança, por meio da criação de prisões, que tinham o objetivo de corrigir o condenado (SILVA; CORREIA JÚNIOR, 2014, p. 5).

Embora já instituída a privativa de liberdade como pena, ainda predominava, no final do século XVIII, as penas de caráter corporal. Continuou presente na legislação da época o uso de castigos físicos. Diante disso, surgiu o movimento ideológico que se auto-intitulava “reformadores humanitários” (FOUCAULT, 1999, p. 13-14).

Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram os precursores dessa corrente, inaugurando assim, um novo direito penal, em que ao executar a pena imposta deveria levar em consideração às características individuais do delinquente, proporcional ao crime cometido com base nos parâmetros da razão e da humanidade. As ideias da corrente Iluminista inspiraram a reforma do Sistema Penal vigente da época e que vigoram até os dias atuais. Os reformadores são: Beccaria, Howard e Bentham (SILVA; CORREIA JÚNIOR, 2014, p.6).

4.2 Atual Modelo de Espetacularização

O atual modelo de espetacularização do crime, nem de longe se assemelham com aqueles vistos até o século XVIII. Ao longo da história, foram substituídas as formas de controle de criminalidade, do suplício público, cujo fim era castigar os condenados, expondo-

os a humilhações físicas e morais que deixavam marcas profundas, tanto nos condenados quanto na própria sociedade, para instituições prisionais, que constituem atualmente o principal instrumento de controle social, cujo objetivo maior é ‘transformar os indivíduos’.

Ocorre que, por volta dos anos 80, com a supressão das penas de suplício e dos espetáculos de tortura, o clamor por punições mais severas, cresceu rigorosamente, visto que instituições prisionais já não eram suficientes para satisfazer o desejo de castigar os condenados e a população se via em meio ao caos da segurança pública. Reclamava-se por maior rigorismo penal, com a crença de que este era o meio adequado para solucionar os problemas causados pelo delito (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 33-34).

Os meios de comunicação, com sua maneira peculiar de fazer jornalismo e cientes das queixas da população, encontraram, nesse contexto, um solo fértil, onde poderiam maximizar seus lucros e discursar seu apoio ao expansionismo-seletivo do sistema penal, buscando no consenso popular mais repressão, mais leis e menos direitos e garantias aos condenados (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 34).

É perceptível o fenômeno atual, a mídia influencia fortemente a formação de valores da sociedade, exerce uma inegável função social na medida em que é uma atividade de interesse público destinada a noticiar fatos e informar a população, para que esta, sozinha, forme sua opinião, ou seja, “a imprensa escrita, falada e televisada (como impropriamente se diz) constitui poderoso *instrumento de formação da opinião pública* [...]” (SILVA, 2005, p. 247).

Ninguém nega a indispensável função da comunicação de massa numa democracia, pelo contrário. A informação continua sendo essencial ao bom andamento da sociedade, e sabe-se que não há democracia possível sem uma boa rede de comunicação e sem o máximo de informações livres (RAMONET, 1999, p. 10).

Todavia, não se pode perder de vista, que esses mesmos meios de comunicação, sobrecarregam a população com inúmeras imagens de crimes e de violência e textos apelativos.

Lucram com o espetáculo do crime, utilizando-se deste como mais uma forma de entretenimento, cujo objetivo é aumentar a audiência (DIAS, Fábio; DIAS, Felipe; MENDONÇA, 2013, p. 390), e manipular o senso comum, alimentando o medo e a sensação de insegurança (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 52). Em suma, a sociedade existente hoje, vive desprotegida em meio ao excesso de informação (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 475) onde as imagens e notícias são inúmeras vezes repetidas e em diversos meios de comunicação,

restando à população apenas acreditar que são verdadeiras, mesmo que não sejam (RAMONET, 1999, p. 25).

Em que pese às razões expendidas, reconhece-se a imprescindibilidade dos meios de comunicação para a democracia, no entanto, por outro lado não se ignora o fato de que “os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais [...]” (ZAFFARONI, 1991, p. 128). Diz-se que “a mídia transmite uma imagem codificada de mundo. Tem a capacidade de alterar o conteúdo e significado da própria realidade” (SHECAIRA, 2004, p. 204), adotam ideias hiperpunitivista, e por consequência, antidemocráticas, pois apoiam um sistema penal seletivo e estereotipado (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 101).

Conforme se pode notar, não é demais dizer que a mídia utiliza-se do seu alto poder de influência, bem como dos avançados recursos tecnológicos que a possibilitam de estar em todo lugar a todo o momento, para dominar a população de forma mascarada, criando um estereótipo criminoso, que favorece as classes dominantes, que por sinal, são seus patrocinadores, e diminuiu a voz e a vez daqueles indivíduos que de alguma forma prejudicam os interesses dessa classe dominante.

5 Teoria do Etiquetamento Social e a Seletividade do Sistema Penal

Por volta dos anos 60, surgiu nos Estados Unidos, o movimento criminológico do *labelling approach* que se caracterizou por superar o paradigma etiológico tradicional (GOMES; MOLINA, 2008, p. 332) e retirou do centro do pensamento criminológico o delinquente, para colocar o “sistema de controle social e suas consequências, bem como ao papel exercido pela vítima na relação delitual” (SHECAIRA, 2004, p. 271).

O interesse da investigação se distancia do desviado e de seu meio social e se aproxima daqueles que o definem com desviado, analisando os processos de controle e a gênese das normas em vez dos déficits de socialização. As justificativas não são mais buscadas nos controlados, mas nos controladores. Em vez de explicar a criminalidade, o que se faz é explicar a criminalização, e o “autor” do delito passa a ser “vítima” dos processos de definição. (MUÑOZ CONDE; HASSEMER 2011, p. 115).

Pela teoria do etiquetamento, denominada também de teoria do *labelling approach* ou da reação social, cujo seus principais representantes são Garfinkel, Goffman, Erikson, Cicourel, Beckes, Schur, Sack, (GOMES; MOLINA, 2008, p. 333.), “a criminalidade não é a qualidade de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo através do qual se atribui dita qualidade, quer dizer, de um processo de estigmatização” (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2011, p. 111).

Posta assim a questão, é de se dizer que “a conduta *desviante* é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre” (SHECAIRA, 2004, p. 293). A conduta desviante é um processo criado pela própria sociedade no momento em que estabelece suas regras e considera a infração destas como uma desviação, bem como, quando estabelece sanções a um determinado ofensor, dessas regras. Assinale ainda que a definição de conduta desviante é relativa, podendo variar conforme a carga valorativa atribuída por aqueles que mantiveram contato com o ato, e conforme a pessoa que comete o ato.

O comportamento que permite mandar alguém à prisão é o mesmo que autoriza a qualificar outro como honesto, já que a atribuição valorativa do ato depende das circunstâncias em que ele se realiza e do temperamento e apreciação da audiência que o testemunhou. [...] Assim a reação é fundamental para definir a conduta desviada e ela varia também conforme a pessoa que comete o ato [...] (SHECAIRA, 2004, p. 294).

Em virtude dessas considerações, nota-se, o que é repudiado e punido por uns, pode não ter relevância para outros (FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, 2002, p. 472).

Para o ato ser ou não considerado desviado, irá depender da violação a uma regra preestabelecida, e também, da sociedade reconhecer aquela conduta como desviada (SHECAIRA, 2004, p. 294).

Aqui, importa dizer, que para esta teoria, o autor de um delito só se torna um delinquente, após passar pelo processo social de definição (etiquetamento ou rotulação), onde lhe será atribuído um rótulo que funcionará como gerador de estigma e exclusão social. Esse processo de definição inicia-se com o primeiro contato do indivíduo com o sistema penal, a partir de então o indivíduo adquire um novo *status* social. Recebe nomes depreciativos (delinquente, bandido, criminoso etc.) e suas referências passaram a ser contadas daquele momento em diante (SHECAIRA, 2004, p. 296).

Além do que, importante ressaltar que quando a mídia, na sua função de difundir informações, explora os casos criminais aumenta ainda mais a rotulação e estigmatização do indivíduo, supostamente autor do delito, manifestando a forma mais cruel dessa teoria. Visto que, após este indivíduo ter sua identidade divulgada por todos os meios de comunicação social, sempre haverá uma pessoa que o associará àquele episódio criminal, independente dele ter sido ou não inocentado pelo órgão oficial possuidor do *jus puniendi*.

Em sentido estrito o sistema penal pode ser compreendido como o controle social punitivo institucionalizado que reconhece certo indivíduo como praticante ou suspeito de ter praticado, algum delito tipificado normativamente e ao ser selecionado lhe é imposta uma pena, a ser executada em alguma instituição própria para tanto. Em sentido amplo, o sistema penal vai além dessas instâncias de controle que institucionalizam o indivíduo, reconhecendo também aquelas ações que influenciam no controle e repressão ao delito, mais que a princípio exercem essa influência como uma função atípica (ZAFFARONI, 2008, p. 66).

Embora seja de difícil afirmação, diz-se que o sistema penal possui duas funções sociais: uma é a função seletiva de pessoas de classes humildes, onde o sistema penal por meio da criminalização seletiva de certos desviados/marginalizados contém os demais indivíduos da população. A outra é a função de criminalizar os ‘parecidos’, ou seja, os criminosos do colarinho-branco, a fim de contê-los para que não cometam qualquer ato prejudicial à ordem social imposta pela própria classe dominante (ZAFFARONI, 2008, p. 72).

Todavia, embora o sistema penal possua essas funções, por vezes ele não consegue cumpri-las da maneira esperada, ou seja, criminalizando os marginalizados e os parecidos. Nesses casos ele servirá unicamente para trazer tranquilidade para os poderosos, que se veem ameaçados de alguma maneira. Como se pode notar o sistema penal passa a cumprir uma

função notadamente simbólica, apenas com o fim de sustentar por meio do controle social e do punitivismo a estrutura social de poder (ZAFFARONI, 2008, p. 72-73).

Posta assim a questão, cumpre ressaltar que a lei penal fixa os limites de atuação do sistema penal na seleção e criminalização das pessoas. No entanto, quase sempre, este atua criminalizando e selecionando pautado em uma orientação própria. Por essa razão diz-se que a criminalização realizada pela atividade policial é verdadeiramente mais relevante na seleção e estigmatização do indivíduo, do que aquela causada pela atividade legislativa (ZAFFARONI, 2008, p. 75).

Registre-se por oportuno que criminalização ocorre em duas etapas. A primeira é a chamada criminalização primária que ocorre no ato de elaboração e sanção da lei penal. A segunda é a criminalização secundária, que “*é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenham praticado certo ato criminalizado primariamente*” (ZAFFARONI, 2006, p. 43).

No entanto a criminalização primária, sozinha, não atinge grandes efeitos no sentido de estigmatizar o indivíduo, visto que, quando o legislador elabora uma lei, mesmo que especial e direcionada a certo grupo de pessoas, não se sabe sobre quem ou a qual grupo recairá a estigmatização (ZAFFARONI, 2006, p. 44).

Embora possa ser socialmente reconhecida e mesmo definida como indesejável, a *desviação primária* somente terá implicações com a marginalização do indivíduo no que concerne às implicações na sua estrutura psíquica. A *desviação secundária*, por sua vez, refere-se a uma especial classe de pessoas cujos problemas são criados pela reação social à desviação (SHECAIRA, 2004, p. 297).

Embora não se possa ignorar o processo de criminalização primária, nesse presente trabalho o enfoque é o processo de criminalização secundária, exercido pelas agências de controle social, que por sua vez são influenciados pelos empresários morais.

No contexto atual, podem ser entendidos como empresários morais, os meios de comunicação social. Estes participam das duas etapas de criminalização, visto que “sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam” (GOMES; MOLINA, 2008, p. 485; ZAFFARONI, 2006, p. 43-45;).

Em regra a seletividade do sistema penal pela criminalização secundária é exercida, pelos empresários morais, sobre os fatos criminosos mais comuns, chamados por Zaffaroni de “obras toscas da criminalidade”, cometidos por pessoas de classes sociais e de nível de

instrução baixos, que não tem qualquer força política e voz perante os meios de comunicação social (ZAFFARONI, 2006, p. 45).

A inevitável **seletividade operacional da criminalização** secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que **atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo**, aqueles que se tornam mais *vulneráveis à criminalização secundária* [...] Em suma, *as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível* (ZAFFARONI, 2006, p. 47, não há grifos no original).

Às ditas ‘obras toscas da criminalidade’ são noticiadas pela mídia, como se fossem os únicos delitos cometidos e seus autores como únicos delinquentes existentes. Com isso, a mídia, na medida em que oculta os demais ilícitos, contribui para criar uma imagem estereotipada, no inconsciente coletivo, sobre aqueles indivíduos pertencentes a classes sociais baixas. “O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária”. De tal forma, que o sistema penal torna-se ineficiente quando, por qualquer motivo, lhe é apresentado outra clientela (ZAFFARONI, 2006, p. 47).

Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento (ZAFFARONI, 2006, p. 48).

Convém ponderar neste momento que a teoria do etiquetamento se subdivide em duas correntes para explicar como ocorre o processo de definição do indivíduo, a saber: a radical e a não radical.

Para a corrente radical da teoria, o controle social formal da criminalidade, exercido pelos policiais, promotores, pelos tribunais penais, pela administração penitenciária e etc., é o único responsável por este processo de definição. Etiquetando, estigmatizando o desviado (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2011, p. 111; SHECAIRA, 2004, p. 294).

Já a corrente não radical, defende que o etiquetamento não é realizado apenas pelo controle social formal, mas também pelo informal – família, escola, profissão, mídia, opinião pública. Nesse contexto ocorre o que a doutrina chama de “interação simbólica”, ou seja, o indivíduo é rotulado como problemático desde cedo (pela família, escola, vizinhos), ficando assim, estigmatizado no ambiente social em que vive. Tal estigmatização é posteriormente

ratificada por outras instâncias de controle social, levando-o a se identificar com o rótulo imposto pela sociedade (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2011, p. 111; SHECAIRA, 2004, p. 291).

Uma vez passando por este processo de definição, o indivíduo é colocado em uma instituição prisional onde passa por certos rituais, denominados pela doutrina de *cerimônias degradantes*. Tais cerimônias têm o objetivo de atribuir a este condenado uma nova identidade. Ressalta-se oportunamente, que a cerimônia degradante pode ocorrer antes mesmo de iniciar o processo criminal, a superexposição dos acusados e de sua família, a violação à honra, à imagem, à dignidade da pessoa humana, entre outros, são as maneiras que os meios de comunicação encontraram para executar a cerimônia (SHECAIRA, 2004, p. 298).

Noutras palavras, a estigmatização provocada pelo sistema penal, não necessariamente advém de uma condenação formal. Por vezes, basta que o indivíduo tenha algum contato com o sistema penal e já adquire a carga estigmática (ZAFFARONI, 1991, p. 134).

A mídia tem um grande papel nessa estigmatização, ao superexpor o indivíduo. Atribuindo-lhe nomes pejorativos e desqualificando-o em frente às câmeras (fotográfica ou vídeo) se encarrega de providenciar sua rotulação perante a sociedade.

Ainda no âmbito das instituições prisionais, insta salientar o termo instituição total, criado por Goffman, que se caracteriza por ser um ambiente onde são realizados no mesmo local todos os atos sociais do condenado e sob a vigilância de uma única pessoa (SHECAIRA, 2004, p. 301). As pessoas ali institucionalizadas são tratadas de maneira padrão e sem qualquer tipo de privacidade, além do que, a estrutura física (muros, grades, cercas elétricas, arames farpados, entre outros), é montada, de forma a mantê-los afastados da sociedade.

Quando submetido a um longo período dentro dessas instituições, o condenado sofre um processo progressivo de desculturamento, ou seja, é submetido a diversos métodos de retirada da sua personalidade (SHECAIRA, 2004, p. 302). Primeiramente ocorre a perda do seu nome, sendo-lhe conferido um número que passará a ser sua nova identidade, posteriormente são lhes retirados todos os pertences pessoais, e lhe será dado um uniforme, comum a todos os detentos e por fim, seus cabelos serão cortados, adotando o corte padrão da instituição.

Uma vez inserido dentro deste universo, por questões de sobrevivência, o indivíduo socializa-se com os demais (dividindo e somando experiências), assume um comportamento desviante e passa a carregar consigo o estigma de criminoso (SHECAIRA, 2004, p. 305).

Essa ‘inevitável criminalização’ promovida pelo sistema penal e que seleciona pessoas de camadas mais baixas da sociedade, cria um ambiente propício para o desenvolvimento de carreiras criminais, com isso o indivíduo passa a integrar o “rol dos desviados”, constituindo assim uma clara violação aos Direitos Constitucionais, bem como aos Direito Humanos.

6 Populismo Penal

O populismo é um discurso técnico hiperpunitivista, disseminado pelo movimento neoconservador, que prega a ideologia do direito penal máximo (direito penal mais incisivo, severo e atuante) como solução para os problemas oriundos da criminalidade. Essa técnica usa dos anseios e emoções da população para ganhar o apoio popular e exigir do Estado, leis penais mais severas, com a promessa de que assim, serão resolvidos os problemas causados pelo delito (GOMES, ALMEIDA, 2013, p. 27, 29,33).

O termo é comumente utilizado no campo político, para designar a atuação de um guia, que se utiliza de técnicas tendenciosas para instruir à sociedade e manipular questões de caráter criminal, cujo principal interesse é manter determinada ordem social, onde as classes sociais mais baixas permaneceram em condição de subordinação àquelas de classes superiores. No campo penal, a expressão é utilizada especificamente para designar certo tipo exploração abusiva e especulatória das questões criminais, o populismo penal possui várias espécies, a guisa de exemplos cita-se: midiático, policial, político, judicial, legislativo, penitenciário, internacional, feminista, ecológico entre outros (GOMES; ALMEIDA. 2013, p. 28, 29, 57). A espécie a ser abordada nesta pesquisa é o populismo penal midiático.

O expansionismo do sistema penal e o imediatismo da população provocaram mudanças consideráveis no direito penal e na política criminal, a exemplo cita-se a inflação legislativa, ocorrida nos últimos 71 anos (desde a promulgação do Código Penal, em 1940 até 2011).

Desde 1940 (data do nosso Código Penal) a 2011 o legislador brasileiro **aprovou 136 leis penais**, que alteram o sistema penal, sendo que 104 leis foram mais gravosas, 19 foram mais benéficas e 13 apresentaram conteúdo misto ou indiferente. Em geral são leis emergenciais, ou seja, aprovadas após a eclosão de uma grave crise de medo e de insegurança, explorada pela mídia (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 159, não há grifos no original).

O discurso do populismo penal não alcança toda população, ele é voltado exclusivamente aos criminosos estereotipados e atualmente para os parecidos, ou seja, há controle social discriminatório e seletivo, que em outras épocas era efetuado apenas pelos detentores do poder punitivo (Estado), no entanto, na sociedade atual, também é exercido pelas agências de criminalização secundária, mais precisamente pelos denominados ‘empresários morais’ (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 27-28).

7 Populismo Penal Midiático

Desde logo, oportuno salientar que um dos temas de grande vulto no âmbito da criminologia atual refere-se ao populismo penal midiático, e sua influência na opinião pública, visto que a mídia tem demonstrado grande interesse pelas questões criminais, além do que é o principal formador da opinião pública da modernidade. Fato este que contribui para influenciar no comportamento da população conforme os interesses que venha a defender.

Pode-se dizer que “[...] o controle social se vale de meios institucionalizados (como o sistema penal) ou não (como os meios de comunicação social de massa) para induzir comportamento e anestesiar aqueles que se encontram mais distantes do poder” (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 467).

Nesta esteira a mídia além de noticiar indiscriminadamente uma falsa realidade criminal, promovendo medo e insegurança na população, também difunde ideias antidemocráticas, pautadas na estigmatização e na seletividade (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 224), “[...] coloca em risco diversas esferas do saber, dentre elas o Direito e, em última escala, a Política e a própria Democracia, principalmente numa sociedade capitalista na qual o objetivo é o lucro sem ética” (ROSA, 2014, p. 16).

Assinale, ainda, que a mídia tem a capacidade de administrar a pauta de discussões dos cidadãos para certos acontecimentos, mascarando sua própria opinião, essa é a chamada *agenda-setting*. Assim os assuntos expostos pela mídia serão os mesmos discutidos pela população, havendo, portanto uma conexão entre o conteúdo midiático e a opinião pública. A agenda setting, pauta-se no processo de seleção, hierarquização e tematização, das notícias, selecionando aquelas mais compatíveis com seus objetivos (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 259).

Em regra as notícias de maior destaque são aquelas carregadas de imagens violentas, e que conseqüentemente causam maior apelo emocional nos cidadãos, de modo que serão mais comentadas e repetidas e por sua vez causarão maior medo e insegurança na população, criando-se assim um ambiente propício para a cultura do hiperpunitivismo, onde o principal objetivo, senão o único é punir o delinquente (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 64).

Este aspecto é um tanto quanto assustador, quando se tem em conta que na atual era da tecnologia, as informações são propagadas muito rapidamente e que a mídia, apesar de,

não manipular diretamente as pessoas, acabam por ser é o principal formador da opinião pública influenciando decisivamente na ideia hiperpunitivista da população.

Considerando que o conhecimento do homem é mediado pela maneira de ele conhecer o mundo e que, na sociedade de massas, a principal forma de ele conhecer o mundo é por meio da mídia, a qual se constitui mediadora entre o mundo exterior e o indivíduo, infere-se que o conteúdo que ela transmitir será, em um processo cognitivo, absorvido como realidade (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 457).

O predomínio do discurso hiperpunitivista nos últimos 30 anos, é indiscutível. De um lado a mídia percebeu o caráter econômico do delito, passando a jogar com imagens e notícias sensacionalistas a fim de maximizar seus lucros. De outro os políticos, que encontraram nas promessas de segurança pública, uma forma de aumentar consideravelmente seu eleitorado. Em decorrência disso, a sociedade atual, facilmente influenciável, temerosa e insegura frente a tanta violência propagada pela mídia, protesta por mais leis penais (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 32-35).

Desde logo, convém ressaltar que mídia e imprensa são termos que não se confundem. Mídia é um termo mais amplo, composto pela mídia impressa e mídia visual. E imprensa corresponde apenas a um conjunto de escritos (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 99).

Dessa forma, é de se verificar, que a partir do momento que os empresários perceberam que as questões de caráter criminal, desde que bem manipuladas, despertavam a curiosidade da população e conseqüentemente geravam lucros imensuráveis, dia após dia os problemas causados pelo crime, vêm ganhando mais espaço na mídia.

É indubitável dizer, que os fatos delituosos noticiados pela mídia, passam por um processo de construção de realidade, isso significa dizer que no momento da construção da narrativa, sofrem a influência de inúmeros fatores externos ao fato criminoso em si (por exemplo, o juízo de valor do próprio jornalista, mesmo não intencional sempre esta presente na notícia veiculada). O produto deste processo é a notícia muitas vezes intensificada por conteúdos apelativos, textos exagerados e imagens violentas (GOMES; ALMEIDA, 2013, p.116; SHECAIRA, 2004, p. 204).

Nesse teor para alcançar seus objetivos a mídia constrói as notícias criminais a partir de fatos extremamente violentos alimentando os medos da população e fazendo com que esta creia, que a única solução para a criminalidade é de fato a supervalorização do Direito Penal.

Tenha se presente, que “não há como pensar o discurso do populismo penal midiático sem o protagonismo do jornalismo populista ou justiceiro. Aliás, aquele é expressão deste” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 106).

Não existe terremoto sem um epicentro. De onde irradiam seus efeitos. Não se pode jamais falar em populismo penal (ao menos na realidade latino-americana) sem enfatizar o papel expressivo do **jornalismo justiceiro** como **epicentro desse terremoto penal vingativo, criminológico e político-criminal** (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 115 não há grifos no original).

O jornalismo justiceiro somente ganha contornos de populismo penal quando, em defesa da moralidade social e pública ataca questões de cunho criminal, agindo apenas contra alguns dos selecionados. No populismo penal midiático clássico (conservador clássico), atua na criminalidade tradicional (obras toscas da criminalidade), já no populismo penal midiático moderno (conservador disruptivo), atua sobre a criminalidade do colarinho-branco (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 106).

Do sonhado e mitológico objetivo de jornalismo, que descobriria, narraria e difundiria somente os fatos (deixando por conta do leitor a sua interpretação), passou-se (nas últimas décadas) para o novo paradigma do subjetivismo (ou da subjetividade) e do compromisso. [...] **Seu propósito já não é somente buscar a verdade (dos fatos), sim, também, a punição (a sanção) de quem se desviou da ordem social. [...] Aqui reside a natureza justiceira do jornalismo moderno** (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 117, não há grifos no original).

Destaca-se que jornalismo justiceiro esta presente em todos os meios de comunicação e faz uso do sensacionalismo para alcançar seus objetivos de lucro. O sensacionalismo⁴ atua na notícia, dando tons demasiadamente fortes aos dramas das vítimas do delito, explorando todos os tipos de imagens e recursos linguísticos, como num espetáculo, sempre no intuito de impressionar a ‘plateia’. Tira proveito do medo e da insegurança, que ele próprio provoca nas pessoas, para justificar uma política mais repressiva.

[...] A exacerbação da emotividade, a gesticulação (não existe notícia sem gestos), a espetacularização e a dramatização é que conduzem ao sensacionalismo, cuja preocupação precípua é oferecer, no conteúdo e na forma, aquilo que o povo (opinião pública) pretende comprar. A escolha dos personagens é fundamental, a essência da narrativa (extraordinária, chamativa, caricaturizada) faz toda diferença. É preciso carregar a realidade de um plus de dramaticidade para torná-la apresentável, palatável, admirável (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 119).

Ademais, no jornalismo justiceiro sensacionalista são desprezados os esforços legislativos e a atuação das autoridades políticas e judiciais, que não possuem o mesmo discurso hiperpunitivista.

⁴ O meio de comunicação sensacionalista se assemelha a um neurótico obsessivo, um ego que deseja dar vazão a múltiplas ações transgressoras – que busca satisfação no fetichismo, voyeurismo, sadomasoquismo, coprofilia, incesto, pedofilia, necrofilia – ao mesmo tempo em que é reprimido por um superego cruel e implacável. É nesse pêndulo (transgressão-punição) que o sensacionalismo se apoia. A mensagem sensacionalista é, ao mesmo tempo, imoral-moralista e não limita com rigor o domínio da realidade e da representação. Nessa soma de ambiguidades se revela um agir dividido, esquizofrênico (ANGRIMANI SOBRINHO, 1995, p. 17).

A imprensa, tão essencial à democracia cujo compromisso maior deveria ser com a verdade, preocupa-se mais com o volume de vendas de seus jornais e revistas ou com o índice de audiência dos programas televisivos e radiofônicos. Não raro, aumenta o destaque dos escândalos com sensacionalismo e atropela o direito de defesa dos envolvidos, olvidando-se da garantia constitucional da presunção de inocência, uma das mais importantes de nossa Carta Magna (DELMANTO, 2014, p. 31).

A mídia age sobre o fato criminoso transmitindo uma realidade fictícia, e nesse contexto, quanto mais violento for o crime, mais se encaixará aos seus objetivos, posto que ao invés de dividir a opinião pública, formar-se-á um consenso quanto ao tipo de condenação. O terror desperta na sociedade sentimentos de vingança, desejo de autotutela e reclamações por mais rigor do Estado na hora de punir.

É comum ouvir discursos como: “cadeia neles!; se possível *linchamento* em praça pública, com hora marcada, fogueira, enxofre, muito sangue e patrocinadores a peso de ouro, retomando-se o suplício do corpo dos condenados” (ROSA, 2014, p. 17).

Neste ínterim, a população acredita que as informações disponibilizadas são verdadeiras e sem perceber a real intenção dos meios de comunicação, saem por aí repetindo o discurso midiático, pensando estar agindo conforme sua própria convicção quando na verdade está apenas sendo induzida a apoiar o expansionismo penal (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 116/117).

Assombrados pelo medo que os meios de comunicação transmitem, a população tende a exigir uma maior ação punitiva por parte do Estado, visualizando as penas mais severas e o encarceramento como a solução para combater o avanço desenfreado da criminalidade. Defendem, portanto, a coerção com a consequente aplicação de sanções rápidas, imediatas e, ao mesmo tempo, eficientes. (D’OLIVEIRA, Marcele Camargo; D’OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, 2012, p. 7).

Cumpramos neste passo, que o jornalismo justiceiro pode atuar de duas maneiras bem peculiares (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 107).

Pode agir como empresário moral do punitivismo utilizando-se do seu elevado potencial de alcance e mobilização, para influenciar na política criminal ou pode atuar como uma justiça midiática, um poder paralelo aos órgãos oficiais (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 106 e 234).

Como empresário moral, registre-se que a mídia por si só não possui força suficiente para provocar uma resposta legislativa, posto que, o sistema representativo atual, obriga os políticos a atuarem conforme as necessidades da população. Assim sendo para obter êxito nos

seus propósitos, precisa conciliar suas pretensões com os anseios da população, é “necessário o encontro de alguma ressonância na coletividade” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 234-236).

Para alcançar tais objetivos, se utiliza de manobras tendenciosas, alterando as notícias criminais, focando nos estereótipos e superexpondo certos assuntos enquanto maquiavam outros. Busca na crise institucional e no descrédito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, um espaço para discursar sobre o punitivismo. Age como se apenas a violência estivesse aumentando, quando, na verdade embora esta esteja em alta, o que mais aumentou foi o interesse midiático em disseminar as matérias criminais (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 125-130).

[...] são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem” quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), “*profecias que se auto-realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos de facilidades, etc.), “*produção de indignação moral*” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.) (ZAFFARONI, 1991, p. 129).

Consequência disso é o aumento na sensação de insegurança, juntamente com a alienação dos cidadãos, que vê no outro um inimigo da paz social nunca antes experimentada, mas sempre almejada. “[...] é possível a articulação da ‘cultura do medo’ para justificar e naturalizar como um caminho ‘doloroso e necessário’ para salvação: o agigantamento do sistema penal” (ROSA, 2014, p. 16).

A população, não possui meios de comprovar a veracidade das notícias, visto que a única maneira possível é confrontá-las com os demais meios de comunicação, e a essa altura toda mídia repercute o mesmo assunto, de forma que acredita que as informações prestadas são fieis aos fatos e legitima a mídia como porta voz de suas indignações.

O receptor não possui outros critérios de avaliação, pois, como não tem experiência concreta do acontecimento, só pode orientar-se confrontando os diferentes meios de comunicação uns com os outros. E se todos dizem a mesma coisa, é obrigado a admitir que é a versão correta dos fatos, a notícia “verdade oficial” (RAMONET, 1999, p. 18, 25).

A mídia também atua como justiça paralela, e nessa esteira incumbiu-se de uma função que não lhe era típica. Deve-se dizer que com a exibição excessiva de imagens e notícias em matéria criminal transformou-se naturalmente num palco de discussões sociais de

questões envolvendo o crime e atua não apenas no controle externo que exerce sobre alguns órgãos responsáveis pela criminalização primária, conforme visto anteriormente, mais principalmente como uma justiça paralela investigando, acusando, julgando e condenando, aquele que acredita ser o responsável pelos problemas sociais causados pelo crime, criando assim uma espécie de processo penal midiático (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 108-109).

No processo penal midiático o debate acerca do fato criminoso, vai além do autor e da vítima, há a necessidade de captar o sentimento das famílias em relação ao ocorrido. Para tanto se faz necessário o uso de uma linguagem popular, direta e de fácil entendimento, sem aprofundar nos assuntos mais complexos. A notícia precisa conter apenas os elementos mais importantes do fato, sem muitas explicações, sem dificultar a compreensão e despertando a emoção no público. Aliás, é de suma importância que o público se convença de que a justiça midiática atua com rapidez, em busca da verdade absoluta, de forma clara e transparente, diferentemente da justiça oficial (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 109).

No processo penal midiático a verdade é conseguida por meio da confissão a qualquer preço, e para tanto é comum o uso de certos artifícios, como agentes infiltrados e de câmeras ocultas, sempre registrando em imagens (principalmente) a ‘face do crime’, afinal melhor do que contar os fatos é a possibilidade de mostrar como eles aconteceram. Para alcançar a justiça midiática é necessário estar atento às atitudes suspeitas: o modo de vestir e de se comportar do indivíduo, as amizades, os lugares que ele frequenta e etc., é de extrema relevância para auferir sua culpabilidade. Ocorre que, a mídia, sozinha não consegue acompanhar todos os passos de cada cidadão considerado suspeito, então faz uso da cultura da delação, para que se possa chegar à tão famigerada justiça (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 110-111).

Insta ainda observar que no processo penal midiático há uma flagrante violação ao princípio da presunção de inocência, neste sentido inverte a máxima “de que todos são inocentes até que se prove o contrário”, que passa a ser “todos são culpados até que se prove sua inocência” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p.111-112). Com esse pensamento, pode se dizer que o espetáculo midiático é pautado na humilhação e ridicularização do autor do fato delituoso, “o que existe em comum em todo esse grotesco sensacionalismo midiático violador dos direitos humanos é o deboche, o preconceito, o desrespeito, o propósito de humilhar, ofender, desprezar ou menosprezar as pessoas acusadas de um crime” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 112).

A partir dessas características, nota-se que o processo penal midiático fundado em um discurso criminológico hiperpunitivista é oposto ao desenvolvido pelos acadêmicos e

profissionais da área. Trata-se, pois, de um hiperpunitivismo demagogo e sem qualquer fundamentação teórica (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 65).

O populismo midiático trabalha, especificamente, sobre as expectativas da população, explorando suas amarguras e dividindo a sociedade entre bem e mal, dessa forma estimula o processo penal discriminatório que seleciona um bode expiatório⁵, a fim de aplicar-lhe a justiça midiática (ROSA, 2014, p. 21).

Na cerimônia de expiação, que muitas vezes ganha a espetacularização midiática, a **culpa de todo mundo é canalizada (mediaticamente) sobre os ombros de um ou de alguns culpados**. Trata-se de um **ritual de purificação dos pecados dos demais** (ou da própria mídia). Nesse sentido, todos os réus culpados pelos seus crimes, na medida em que são devidamente selecionados, são bodes expiatórios porque, embora culpados, acabam por fazer parte de um ritual de exculpação nacional (dos outros). Descarrega-se nesse bode expiatório a culpa de todos, gerando um tipo de purificação (da alma, da culpa e dos pecados dos demais) (GOMES; ALMEIDA 2013, p.55 não há grifos no original).

O populismo penal midiático sugere processos, julgamentos e sanções diferenciados para aqueles que passam pela ‘cerimônia de expiação’ e prevê a supressão de direitos e garantias a estes inerentes, adotando um discurso completamente contrário às normas oficiais.

Não bastante influencia nas decisões legislativas e coloca a população contra o sistema penal oficial, qualificando-o de ineficiente e insinuando sua cumplicidade com a impunidade (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 161, 237).

Nota-se que a justiça midiática busca e encontra o apoio popular para o discurso hiperpunitivista. A população mesmo sem qualquer conhecimento científico sobre o assunto, com base apenas nas informações repassadas pela mídia, amedrontada com as cenas de violência rotineiramente repetidas e assoladas pela sensação generalizada de insegurança, se considera apta para tratar de assunto de política criminal, controle social e direito penal.

O populismo penal midiático concorda e, às vezes, até defende impressionantes retrocessos na concepção do direito penal a etapas primitivas da civilização, tal como o exercício da vingança privada ou aplicações de penas desproporcionais ou ainda a inobservância das garantias fundamentais (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 114).

Convém notar, outrossim, que o populismo penal midiático nos conduz ao estudo de suas duas vertentes, a conservadora clássica que aponta suas armas para as pessoas

⁵ A locução “bode expiatório” conta com vários significados: a) alguém inocente que carrega o pecado de todos e é sacrificado por isso; b) alguém inocente é escolhido para responder por algo que não fez (e no final acaba inocentado); c) sobre os ombros de um culpado ou de alguns culpados se descarregam as culpas de todos os membros da comunidade, que ficariam purificados (GOMES; ALMEIDA, 2013, p.54).

estereotipadas e para os seus parecidos, e a conservadora disruptiva, assim chamado por agir contra os criminosos do colarinho-branco.

7.1 Populismo Penal Midiático Conservador Clássico

O populismo penal conservador clássico se caracteriza por exigir uma atuação maior do sistema penal sobre os criminosos comuns. Em outras palavras é a “[...] *demanda de maior “rigor penal” diante do sentimento coletivo de insegurança e de medo dos crimes tradicionais (clássicos)*” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 130).

[...] propugna pela preservação da ordem social, pela divisão da sociedade em pessoas *decentes*, de um lado, e *criminosas*, de outro, criminalização de agentes *estereotipados* (o “outro” ou “eles”) etc. Em síntese, se volta contra os desiguais, considerados, no entanto, inimigos (estereotipados e os *parecidos* com eles). Tem como objeto de atenção a criminalidade clássica (patrimonial, sexual, violenta) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 99).

Com efeito, mister se faz ressaltar que o temor coletivo, supramencionado, é causado pelo próprio populismo penal midiático, ao propagar imagens violentas, no intuito de que o medo de ser mais uma vítima do delito reflita nas constantes reivindicações populares, exigindo leis penais mais severas e eficazes e a supressão dos direitos e garantias dos ‘selecionados’ (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 131).

Nessa sociedade do discurso expansionista do direito penal, a mídia tem significativa participação para o aumento da sensação de insegurança, num contexto, onde a violência é cotidianamente exposta, e os sentimentos de insegurança, medo e vulnerabilidade, estão sempre presentes na população, para os adeptos do populismo penal, o maior rigorismo penal, parece ser a única solução para acabar com a criminalidade (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 132).

A população indefesa, para sua imaginária autoproteção, aceita corte dos direitos e garantias fundamentais (que não deveriam favorecer os “bandidos”). Seduzida pelo *bem* que o discurso populista pode proporcionar, aceita todos os seus males. É nesse sentido que o populismo se converte em messianismo (porque messiânicos são todos os movimentos que prometem o *bem*, fazendo o mal) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 133).

A mídia populista não enxerga ou fingi não enxergar a verdadeira origem do problema causador do comportamento criminoso e “enquanto o Brasil e os brasileiros não cuidarem das causas do delito, sobretudo o violento, continuaremos vendo apenas discursos paliativos (placebentos), para não dizer demagógicos” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 132).

Em decorrência dessa trama que se encontra envolvida, entre o medo e o discurso expansionista do direito penal feito pela mídia, à sociedade crê na ilusão de que “existam pessoas ‘boas’ e pessoas ‘más’. Uma dicotomia lombrosiana, cujo remédio passa pela extirpação da parte ‘podre’ do corpo social” (BELO, 2014, p. 37).

Guardadas as devidas diferenças, o indivíduo considerado ‘mal’ e que segundo o discurso hiperpunitivista da mídia devem ser afastados da sociedade, se assemelham àqueles analisados por Cesare Lombroso em sua teoria do criminoso nato, porém, atualmente podemos notar as características que os identificam não estão associadas apenas à sua forma física (formato da mandíbula, tamanho da orelha, sobrancelhas, etc.), mas principalmente aos fatores sociais (local de moradia, vestimenta, forma de andar etc.).

O que se vê é gente "desdentada, moradora de bairros pobres" sendo presa sob a alegação de combate ao tráfico. Mescla de ingenuidade com cinismo. Depois de presa, essa gente é abandonada em locais públicos com pouca comida, sem atendimento e cai na ajuda recíproca de quem está dentro, os quais, no fundo, dominam internamente (ROSA, 2012).

Os sentimentos de insegurança coletiva geram uma criminalidade, por vezes mais violenta do que a própria violência que se quer evitar, “o propósito de todos é diminuir a impunidade, reduzir a violência social. Mas, para isso, batem e matam. Quinze, vinte, trinta contra um. Covardia patente, mas elogiada, porque o assaltante foi covarde também, e o estado, silente” (BELO, 2014, p.37).

Daí porque, não é demais dizer, que os meios de comunicação de massa, quando exploram os fatos de forma superficial, ignorando o contexto em que eles realmente acontecem acabam por transformar a sociedade em vítimas potenciais, contribuindo para o aumento do medo e da insegurança e insuflando a fabricação de estereótipos criminais cujo enfoque exclusivo, são os crimes tradicionais, cometidos por indivíduos pertencentes a grupos já estigmatizados.

[...] os meio de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão de eficácia do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo (ZAFFARONI, 1991, p. 129).

Na doutrina, sobreleva a lição de que essa forma de encarar a realidade se assemelharia a teoria da maçã podre, por esta, acredita-se, que uma maçã podre no cesto, causaria o apodrecimento das demais, em razão disso, basta isolar essa fruta estragada e assim evita-se o contágio das outras.

Eliminando-se do convívio social (segregando-se) um determinado criminoso (ou grupo de criminosos), tem-se o condão de não contaminar os demais. [...] Conseguir-se ver uma árvore, não a floresta. Fotografa-se uma situação problemática não o seu contexto ou o universo social em que se encontra. O que existe é o desvio institucional, a quebra individual da legalidade, não antagonismos de classe. O processo caracteriza-se pelo consenso, não pelo conflito, pelo enfoque superficial e abstrato da realidade, não pela sua historicidade. Ele é desestorizante, diáfano, nunca mostra a dramaticidade da situação global de injustiça, que continua invisível aos seus olhos (aos olhos do receptor da notícia) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p.136).

É nesse contexto, ignorando o cerne do problema criminal, encarando o delito como fruto da maldade do indivíduo, e não aceitando a possibilidade de o agente delituoso ser produto do meio em que vive, que a sociedade fundada na perspectiva conservadora clássica explica a criminalidade e exige o endurecimento das leis penais, com o objetivo de ‘estigmatizar os inimigos desiguais’(GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 58, 136-137).

O populismo midiático conservador clássico, atua principalmente sobre a criminalidade tradicional, cujo personagem principal são “indivíduos pobres, miseráveis, profissionalmente desclassificados, desempregados e subempregados” (MELLIM FILHO, 2009, p. 257) e a sociedade, conduzida e manipulada pelo espetáculo midiático do crime, parece não divergir desse posicionamento, com isso o populismo midiático ganha força para dispensar cada vez mais a opinião acadêmica e reforçar a opinião pública.

Atualmente, os agentes sociais que influenciam nas decisões legislativas penais não são os que estudam a matéria (os *experts*). [...] Propugna-se, pelo contrário, pela “democracia direta” (ou de “opinião”), cujos portadores são a opinião pública criada pelos meios de comunicação social, a vítima e o povo simples, expressando sua experiência cotidiana e sua percepção direta da realidade. Mais vale a opinião profana (leiga) que a acadêmica, dos entendidos (dos professores) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p.140).

Por todo exposto, diz-se que o populismo penal midiático conservador clássico, é o que melhor expressa às irracionalidades do modelo criminológico e político criminal vigente desde os anos 80 no Brasil (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 153).

7.2 Populismo Penal Midiático Conservador Disruptivo

O populismo penal midiático conservador disruptivo, surgiu como resposta as impunidade daqueles indivíduos considerados poderosos, ou seja, os criminosos do colarinho-branco. Diz-se disruptivo, pois pune ou ao menos tenta punir as classes dominantes. (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 100, 138).

A expressão *white-collar crime* - crimes do colarinho branco, foi desenvolvida por Edwin Sutherland, ao final dos anos 30, para designar os autores de crimes considerados diferenciados frente ao ‘crimes comuns’ (SHECAIRA, 2004, p. 187-188).

O crime do colarinho-branco é um crime. E o é porque suas consequências são tão gravosas como quaisquer condutas criminais. [...] Ademais, **é cometido por pessoas respeitáveis.** Com elevado estatuto social. Ele é **praticado no exercício da profissão**, o que evidentemente exclui todos os demais crimes que, embora realizados por aqueles agentes acima nomeados, relacionam-se com a sua vida privada [...] (SHECAIRA, 2002, p. 198, não há grifos no original).

É de se verificar que o populismo penal conservador disruptivo caminha lado a lado com o conservador clássico, e muitas das características deste são também aplicadas a aquele.

Ambas as vertentes do populismo midiático são consideradas seletivas por atuarem apenas sobre os selecionados. Neste caso, os selecionados do populismo disruptivo são as pessoas de classe alta, de quem não se espera a prática de algum delito, são pessoas respeitáveis, com empregos bem remunerados que vivem cercadas do melhor que o dinheiro pode comprar. Consideram o fato criminoso como exteriorização do livre arbítrio do indivíduo e por tanto uma escolha pessoal deste, em razão disso, ignoram as causas que levaram o crime a acontecer. Ademais, os dois populismos confiam que o sistema penal mais repressivo é a solução para a criminalidade (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 155).

Embora tenham essas semelhanças, é de se ressaltar que o populismo penal conservador disruptivo, tenta combater impunidade das classes dominantes, prevendo a democratização do sistema penal, ou seja, um sistema penal que atue sobre todos os tipos de criminosos, não apenas os estigmatizados.

Caso ganhe força e sistematicidade, o populismo penal disruptivo tem suficiente energia para universalizar para todos a incidência do poder punitivo estatal, gerando o encarceramento não só dos tradicionais 4 pés (pobres, pretos, prostitutas e policiais), senão também dos políticos (que arrastam com eles banqueiros, bicheiros, construtores etc.) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 59).

Assinale ainda, que mesmo com esse enfoque de perseguir os criminosos poderosos e combater a impunidade, o populismo disruptivo não deixa de ser considerado conservador, visto que, conforme dito alhures, consideram o crime como uma escolha pessoal do indivíduo desprezando os fatores externos à pessoa do agente delituoso (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 100).

Ademais, no que se refere à mídia, já é possível notar uma ‘igualdade no tratamento’ dos criminosos do colarinho branco, posto que estes recebem definições assim como a

criminalidade comum e são tratados com o mesmo desrespeito que os criminosos tradicionais (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 155). Além do que os criminosos do colarinho branco são considerados inimigos da sociedade e da segurança pública, portanto também não fazem jus aos mesmos direitos e garantias dos ‘cidadãos de bem’ (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 154).

Assim, essa modalidade de populismo midiático também encontra total apoio da população, visto que, tais sujeitos, são entendidos, assim como os criminosos comuns, como um mal a sociedade devendo ser eliminados desta.

8 Princípios Constitucionais afetados pelo Populismo Penal Midiático e pela Seletividade do Sistema Penal

Para melhor entender o tema proposto no presente trabalho, neste capítulo será destacado os “Princípios Constitucionais” afetados pelos meios de comunicação em massa e seu discurso populista, bem como pela seletividade do sistema penal. Em cada item será ressaltado também a forma que a mídia usa para ferir esses preceitos constitucionais.

8.1 Princípio da Não Culpabilidade

O princípio da não culpabilidade também conhecido como presunção de inocência, base do processo penal e condição inerente do Estado Democrático Direito, está previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica- (Decreto n. 678, de 1992, art. 8º, §2º)⁶, bem como no art. 5º LVII da Constituição Federal de 1988⁷.

A partir desses, podemos extrair duas regras em relação ao acusado: regra de tratamento e regra de fundo probatório (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

A primeira consiste na máxima de que, antes da sentença condenatória todos são inocentes, “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada” (BECCARIA, 2009, p. 34), logo o indivíduo não pode sofrer restrições em razão de futura condenação, nem mesmo sob sua liberdade, sendo cabível a prisão somente após a sentença penal condenatória transitada em julgado (NERY JÚNIOR, 2010, p. 301) ou se ocorrer antes disso, deve funcionar como medida de estrita exceção (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p. 49).

A segunda refere-se ao ônus probatório, dessa forma cabe à acusação provar a existência do fato, bem como da autoria (OLIVEIRA, 2009, p. 37), sendo oportunizado o contraditório à defesa a fim de formar o convencimento do magistrado que deve permanecer imparcial até a prolação da sentença (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 239).

Cumprido examinar nesse passo, no que se refere às regras de tratamento o princípio da presunção de não culpabilidade ganha destaque no campo das medidas cautelares.

⁶ Art. 8, §2º Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas:

⁷ Art. 5º, LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Pela presunção de inocência, as medidas cautelares durante a persecução estão a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p. 49).

No que tange ao instituto da prisão, oportuno se torna dizer que pelo princípio em tela a regra é a liberdade, razão pela qual é incompatível com o princípio constitucional, toda norma que imponha a prisão do acusado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Todavia, não se pode dizer que essa regra da liberdade não comporta exceção. A própria Constituição estabelece em seu artigo 5º, LXI⁸ ser possível à prisão antes do trânsito em julgado, desde que em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (NERY JÚNIOR, 2010, p. 302).

Assinale ainda, no que se refere ao conjunto probatório, o princípio da não culpabilidade atua, também, sempre a favor do réu, assim sendo “não estando suficientemente demonstrada a autoria e materialidade, não pode haver condenação”. Ressalta-se oportunamente que a acusação deve provar que “existiu o fato, que é típico, que o réu foi seu autor e que o praticou de forma contrária ao direito (dolo), sem justificativa (sem excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade)” (NERY JÚNIOR, 2010, p. 303).

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da sua valoração: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída (LIMA, 2011, p. 14).

Nota-se que existem muitas maneiras de ferir o princípio da não culpabilidade, todavia, no presente contexto destaca-se a atuação da mídia como grande violador deste. Não se pode perder de vista que o princípio da não culpabilidade vai além do sistema judicial, alcançando inclusive a mídia e a forma como esta repassa suas notícias.

Quando a imprensa atribui determinado delito a alguém, paira no ar até então a incerteza da culpa. Porém a partir do momento que ela faz um pré-julgamento, o

⁸ Art. 5º, LXI- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

sujeito passa a ser culpado, não sendo respeitado aqui o princípio norteador do direito processual penal e garantia constitucional, o de estar em **estado de inocência** até sentença condenatória irrecorrível (PEREIRA NETO, 2011, p. 16, não há grifos no original).

O comportamento explorador midiático, que expõe e julga as pessoas acusadas de ter cometido algum crime, reflete diretamente na clientela carcerária, apesar de estar fundamentada em conceitos discriminatórios e falaciosos, “nunca prenderam tanto como agora no exercício da jurisdição, sobretudo preventivamente” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 161, 175).

Ademais, embora o princípio da não culpabilidade preserve o indivíduo de ser considerado culpado antes de haver o trânsito em julgado, é comum observar a relativização deste por parte da população.

Esfantosa observar que a população não vislumbra os direitos e garantias fundamentais como protetores dos cidadãos (perante o Estado) igualmente, já que entende que para o *cidadão de bem* valem as proteções legais em toda sua completude, mas para o *bandido* (inimigo) estas devem ser minimizadas, sob pena de resultarem na tão temida protelação ou inexistência da condenação (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 153).

Verifica-se também que é comum ver nos noticiários o flagrante desrespeito ao princípio da não culpabilidade em relação aos poderosos, principalmente no que se refere às provas dos autos (colidas de forma ilícita, ou mesmo inexistentes). A segregação deste princípio encontra o apoio popular sob a justificativa de que, já que não há respeito aos princípios constitucionais para os criminosos comuns, que também não haja para os criminosos do colarinho branco. Todavia, o que a mídia e a população não percebem é que essa atitude pouco ou de nada contribui para a existência de um sistema penal igualitário e mais justo.

Primeiro, porque a seletividade também deita raízes na escolha desses alvos, como se vê pela flutuação da jurisprudência. Depois porque a vulgarização das violências, ou a fragilização das garantias, adquirem enorme probabilidade de se tornarem regras que se espalham a outros públicos – como a falta de rigor na apreciação da prova ou o acréscimo da pena para evitar prescrição (SEMER, 2014, p. 197).

Diante de tudo que foi exposto, o princípio da não culpabilidade, enquanto princípio constitucional e processual penal deve ter sua aplicação maximizada em todos os aspectos, em relação às provas e em relação às regras de tratamento, quanto a essas, destaque para a limitação à espetacularização do crime e do criminoso pela mídia (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 239).

a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 241).

8. 2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988, ao prever em seu art. 1º, III⁹, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, trouxe o dispositivo mais importante de um Estado Democrático de Direito, pois deste, advém todos os demais princípios fundamentais do Estado (CAPEZ, 2012, p. 23).

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como um respeito aos direitos fundamentais inerentes a todo ser humano, devendo ser asseguradas condições dignas de existência para todos.

Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. Tomando-se o homem como um fim em si mesmo e não como objeto da satisfação de outras finalidades, ideia que em última análise remonta a Kant, observa-se que o **Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações** (MENDES, 2012, p. 497, não há grifos no original).

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, todas as normas infraconstitucionais, inclusive o Direito Penal, devem compatibilizar seus dispositivos com os princípios constitucionais (CAPEZ, 2011, p. 23).

Assim, **não se afigura admissível o uso do processo penal** como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano, ou ainda **sem que se preservem os demais direitos fundamentais dos acusados, como a intimidade, a vida privada e a inviolabilidade do domicílio** (MENDES, 2012, p. 497, não há grifos no original).

Nota-se que do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF/88, partem todas as orientações ao Direito Penal, “qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado” (CAPEZ, 2011, p. 23).

⁹ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana;

“[...] Antecede, portanto, o juízo axiológico do legislador e vincula de forma *absoluta* sua atividade normativa, mormente no campo penal” (PRADO, 2007, p. 138).

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana tem, assim, um efeito contundente sobre as desigualdades do sistema, ainda que, por essência, sabe-se que estas jamais se extinguirão do direito penal, cuja marca indistinta é a própria seletividade —a serpente que só pica os pés descalços [...]. E o maior obstáculo a este reconhecimento, hoje, no âmbito do direito penal, se dá em razão do massacre da criminologia midiática [...] (SEMER, 2014, p.192).

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a todos, inclusive aos acusados em processo penal, são assegurados a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (Art. 5º, X da CF/88)¹⁰, dessa forma de um modo geral pode se dizer que o presente inciso visa assegurar o direito à privacidade (SILVA, 2005, p. 206).

[...] sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas (MENDES, 2012, p. 346).

Destarte quando não há o respeito ao direito à privacidade estar-se-á diante de uma evidente violação ao princípio maior do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.

O ser humano não pode ser exposto — máxime contra a sua vontade — como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer instintos primários de outrem, nem pode ser retificado como mero instrumento de divertimento, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana (MENDES, 2012, p. 345).

8.2.1 Princípio da Humanidade

Do princípio da dignidade da pessoa humana deriva outro tão relevante quanto, e que é flagrantemente violado pelo discurso hiperpunitivista dos meios de comunicação, o princípio da humanidade.

A humanização das penas sempre foi reivindicada pelos pensadores do Direito Penal ao longo de sua evolução, nesse ínterim foram substituídas progressivamente as penas

¹⁰ Art. 5º, X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação;

corporais pelas privativas de liberdade (PRADO, 2007, p. 148). O princípio da humanidade é o maior obstáculo para a volta das penas corporais, bem como para a privativa de liberdade de caráter perpétuo, por este princípio a Constituição veda a imposição de qualquer medida que atente contra a dignidade da pessoa humana (BITENCOURT, 2012, p. 128).

Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: a) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão dos casos feita no Código Penal Militar); b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5.º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX) ¹¹ (NUCCI, 2014, p. 56).

Nesse sentido deve se dizer que o princípio da humanidade não se limita apenas a proibir a aplicação de penas cruéis ao indivíduo livre, mas também impõe a execução das penas constitucionalmente admitidas de maneira digna aos indivíduos condenados, assegurando assim, sua integridade física e moral. Dessa forma, derivado deste princípio surgiu os direitos dos presos consagrados pela Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP) (PRADO, 2007, p. 149; QUEIROZ, 2008, p. 55; SANTOS, 2008, p.31).

Em que pese tal consagração implícita e expressa na lei de hierarquia máxima, trata-se do princípio mais ignorado pelo poder criminalizante. As agências judiciais podem impor em parte sua observância, mas há aspectos que, por dependerem somente das agências executivas, são de difícil controle (ZAFFARONI, 2003, p. 233).

Registra-se que a agressão ao corpo humano é uma forma de agressão a vida, haja vista que este se realiza naquele. Dessa forma podemos dizer que o princípio da humanidade é um instrumento de garantia à integridade física e moral, e por consequência a própria vida.

8.3 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV da CF/88¹², e tem aplicabilidade em todos os âmbitos do direito, se traduz como sinônimo de garantia processual, cuja sua amplitude e interpretação, não se comparam a de nenhum outro princípio (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p.57).

Visa proteger o cidadão contra as arbitrariedades do Estado, garantindo que o exercício do direito de punir, ocorra apenas por meio de um processo judicial legítimo, onde

¹¹ Art. 5º, XLVII- não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLIX- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

¹² Art. 5º, LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

ambas as partes possam influenciar no convencimento do julgador por meio do contraditório e da ampla defesa (CUNHA, 2009, p. 20).

Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica (MENDES, 2012, p. 628).

8.3.1 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está previsto no art. 5º, LV da CF¹³, e é identificado na doutrina, pelo binômio, ciência e participação, isso significa dizer que embora as partes estejam litigando uma em face da outra, elas devem colaborar para que o juiz forme seu convencimento e este só poderá dizer o direito quando ouvida uma das partes, for oportunizado a outra, manifestar-se em seguida (CAPEZ, 2012, p. 65), desse modo “as partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual” (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p.51).

Assim, durante os procedimentos instrutórios o protagonismo será exercido através do concurso ativo das partes. Acusação e defesa, em paridade de armas, movimentam-se no debate do jogo processual para dar substância às (hipó)teses probatoriamente construídas. Nesse momento de formação do arsenal probatório, portanto, a posição inerte do julgador (mediador, espectador) é fundamental, sob pena de influenciar sua condução e prejudicar o caso antes de encerradas todas as possibilidades de inserção de elementos de convicção. Encerrada a fase probatória, no momento da decisão, o magistrado toma para si a palavra das partes, passando a encenar o personagem principal da trama judiciária (CARVALHO, 2011, p. 83).

Mas, impende, além disso, frisar, que a doutrina moderna “caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual” (OLIVEIRA, 2008, p. 33). Como decorrência do princípio da paridade das armas, o contraditório passaria a garantir as mesmas oportunidades de resposta, com os mesmos instrumentos, na mesma intensidade e extensão (NERY JÚNIOR, 2010, p. 244; OLIVEIRA, 2008, p. 33).

Essa igualdade de armas não significa, entretanto, paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais. Isto quer dizer, em outras palavras, que as partes podem

¹³ Art. 5º, LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

impugnar determinada decisão judicial recorrível desde que preencham os requisitos de admissibilidade dos recursos, pois se, por exemplo, o autor não sucumbiu, não terá interesse em recorrer (NERY JÚNIOR, 2010, p. 245).

No que se refere às provas, o princípio do contraditório se manifesta no sentido de garantir as partes o direito de realizar provas e contraprovas de suas alegações, haja vista que o destinatário das provas, é o processo, de forma que não pode o juiz indeferir a realização de determinada prova, alegando já estar convencido. “Caso a) não haja nos autos prova da existência do fato, b) for ele controvertido e, ainda, c) a parte insistir na realização da prova, a parte tem o direito à realização da prova, vedado ao juiz dispensá-la” (NERY JÚNIOR, 2010, p. 211).

Imperioso asseverar, que por ser o Brasil um estado democrático de direito, bem como pela incidência do princípio do contraditório, é inadmissível a existência de processo ou procedimento secreto, para as partes e seus advogados. Nesse sentido deve se dizer que é imprescindível e constitui um direito fundamental do homem, ter conhecimento de processo ou procedimento em que é acusado (NERY JÚNIOR, 2010, p. 211).

Frequentemente observa-se a publicidade de notícias em veículos de comunicação, notadamente em jornais televisivos, sobre investigações que correm em segredo de justiça, às vezes com a mostra de cópias de peças dos autos pela televisão. A investigação sigilosa não pode ser comunicada à imprensa. Nada obstante o caso tenha sido veiculado pela imprensa – portanto, deixou de ser sigiloso ou secreto -, o mais estranho é o fato de as autoridades (inclusive o Poder Judiciário) não permitirem ao acusado, nem a seus advogados, o acesso aos autos do inquérito ou do processo, sob alegação de que tramitam em segredo de justiça. Isso configura *processo secreto*, prática inconstitucional que não pode ser prestigiada em nenhuma circunstância (NERY JÚNIOR, 2010, p. 222).

Cumprе ressaltar, por força da Súmula Vinculante 14¹⁴ e art. 7º XIV, da Lei n. 8.960/94¹⁵, o sigilo do inquérito policial pode ser oposto a todos, exceto ao acusado e seu advogado. “O STF tem entendido que, mesmo não havendo a incidência do princípio do contraditório no inquérito, o direito ao amplo acesso aos autos precisa ser respeitado” (MENDES, 2012, p. 546).

¹⁴ Súmula Vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹⁵ Art. 7º. São direitos do advogado: XIV- examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Assinale ainda, que segundo art. 5º, LV combinado com art. 93, IX¹⁶ ambos da CF/88, o segredo de justiça, nos processos judiciais, é admissível quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem, porém, nestes casos ocorre a vedação da chamada publicidade externa, ou seja, os atos processuais ocorrem em sigilo apenas a terceiros estranhos ao processo. Quanto às partes a publicidade deve ser sempre assegurada sob pena de se atentar contra o princípio do contraditório (NERY JÚNIOR, 2010, p. 223-225; TÁVORA; ANTONNI, 2008, p.55).

8.3.2 Princípio da Ampla defesa

Este princípio, assim como o contraditório, está previsto no art. 5º, LV da CF/88. Por ampla defesa entende-se a garantia dada ao acusado de poder impugnar adequadamente todas as alegações feitas pelo autor da demanda, podendo fazer prova no processo, de todos os elementos que possam de alguma forma esclarecer os fatos (NERY JÚNIOR, 2010. p. 249).

A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório - o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. **Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem.** Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório) (LIMA, 2011, p. 24, não há grifos no original).

A ampla defesa abrange a defesa técnica e a autodefesa (TÁVORA, ANTONNI, 2008, p. 51). A primeira é aquela efetuada por advogado legalmente habilitado, com capacidade postulatória, ou seja, ele deve ser constituído, nomeado ou ser membro da Defensoria Pública. A defesa técnica é indisponível e irrenunciável, isso significa dizer que mesmo que o acusado não queira a presença de um advogado, ou ainda que seja revel, ser-lhe-á nomeado um defensor, dispositivo previsto no art. 261 do Decreto-Lei n. 3.931/1941 - Código de Processo Penal (CPP)¹⁷ (LIMA, 2011, p. 25; OLIVEIRA, 2009, p.34).

A segunda, autodefesa, é aquela feita pelo próprio réu, quando no momento do interrogatório efetuando seu depoimento sobre os fatos, ou mesmo permanecendo em silêncio,

¹⁶ Art. 93, IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicas, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁷ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

exerce seu direito de audiência. Bem como, quando acompanha junto com seu advogado, os atos de instrução, e exerce o direito de presença. A autodefesa é renunciável e não abrange a capacidade do acusado, sem inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para redigir sua própria defesa e apresentá-la ao juiz, ou seja, não abrange a capacidade postulatória (LIMA, 2011, p. 26; NERY JÚNIOR, 2010, p. 251).

Decorre ainda do princípio da ampla defesa, a proibição de autoincriminação, “segundo o qual o acusado não pode se incriminar, sendo ineficaz qualquer ato que importe autoincriminação no processo penal [...]” (NERY JÚNIOR, 2010, p. 257) e desta proibição decorre ainda o direito ao silêncio.

A proibição de autoincriminação encontra-se prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8, § 2, “g”¹⁸, na Constituição Federal, não tem previsão expressa, no entanto esta prevê o direito ao silêncio no art. 5º, LXIII¹⁹, que existe em decorrência daquele (LIMA, 2011, p. 56). Por estes, o réu pode recusar-se a participar de reconstituição dos fatos, se isso puder incriminá-lo de alguma forma, bem como, tem o direito de permanecer calado, tanto na fase investigatória, quanto na fase judicial, se, que isso possa ser valorado em seu prejuízo (OLIVEIRA, 2009, p.32).

A garantia do direito ao silêncio e da não auto-incriminação, bem como aquelas instituídas para a tutela da intimidade, privacidade e dignidade, tais como constam do disposto no art. 5º, XI, da CF [...] autorizam o inculcado a recusar-se, também, a participar da conhecida *reconstituição do crime* (art. 7º, CPP), sobretudo pelo constrangimento a que é submetido o investigado, muitas vezes exposto à execração pública, como se efetiva e antecipadamente culpado fosse (OLIVEIRA, 2009, p.33).

Cumprе ressaltar, que embora o texto constitucional do art. 5º, LXIII, se refira ao preso, a melhor doutrina entende que, em razão do princípio da não culpabilidade, esse direito estende-se a todos, aos presos, aos soltos e todos aqueles que estão sendo acusados de alguma prática criminal.

É de ser relevado também que independe qual o procedimento, inquérito policial, administrativo, processo judicial criminal, civil ou de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), onde houver a possibilidade de autoincriminação deve ser assegurado o princípio da ampla defesa, neste incluído a proibição da autoincriminação e o direito ao silêncio (LIMA, 2011, p. 57).

¹⁸ Art. 8º, §2º, Toda pessoa acusada de delito tem [...] “g)” direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

¹⁹ Art. 5º, LXIII- o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado;

Em virtude dessas considerações, insta salientar, que em razão do mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LXIII da CF/88), segundo o qual o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, eventual omissão quanto à informação ao preso de seus direitos, deve gerar efetivamente a nulidade do ato, logo, pela teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, §1º do CPP)²⁰, de todas as demais provas derivadas deste ato. Em razão disso, deverá ser considerada ilícita eventual confissão registrada pela mídia, sem que tenha havido a prévia advertência quanto ao seu direito de permanecer calado (LIMA, 2011, p. 57-58).

Se o preso deve ser prévia e formalmente advertido quanto ao direito ao silêncio, sob pena de se reputar ilícita a prova que contra si produza, também não podem ser consideradas válidas entrevistas concedidas por presos à imprensa, antes ou após a lavratura do flagrante, sem o conhecimento de seu direito constitucional. Com efeito, não raramente, a conversa informal entre indiciados presos e repórteres, antes ou depois do interrogatório, é gravada sem o conhecimento daqueles, e, de igual modo, utilizada, judicialmente, em prejuízo da defesa. Ora, a ausência de advertência quanto ao direito ao silêncio macula de ilicitude eventuais declarações por ele fornecidas que lhe sejam prejudiciais, porquanto produzidas com violação ao preceito constitucional que assegura o direito ao silêncio (CF, art. 5º, inc. LXIII) (LIMA, 2011, p. 60-61).

8.4 Princípio do Juiz Natural: Imparcialidade

Antes de tudo, importa ressaltar que o princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, XXXVII e LIII²¹, possui um caráter tridimensional, visto que pode ser analisado sob os aspectos: a) de que não haverá juízo ou tribunal de exceção; b) de que todos têm direito a um julgamento a ser realizado por juiz competente; c) de que o juiz competente seja imparcial (NERY JÚNIOR, 2010, p. 130), sendo que está última é a dimensão a ser tratada neste item, visto que a imparcialidade do juiz encontra-se claramente prejudicada em razão do populismo penal midiático.

Pelo princípio do juiz natural, o juiz deve ser competente para causa a qual foi designado. Sua competência é fixada pelo Código de Processo Penal, entre os arts. 69 a 91. “Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade” (CAPEZ, 2012, p. 74). Ainda,

²⁰ Por esta teoria, de origem da Suprema Corte norte-americana, a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos) [...] Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p. 338).

²¹ Art. 5º, XXXVII- não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

depreende-se deste princípio a proibição da existência ou criação de tribunal de exceção, assim entendido, aquele tribunal criado para apreciar determinado caso (OLIVEIRA, 2009, p. 28-30; TÁVORA; ANTONNI, 2008, p. 56).

Cumpra examinar neste passo que o juiz natural deve ser independente e imparcial. Diz-se independente o “juiz que julga de acordo com a livre convicção, mas fundado no direito, na lei e na prova dos autos” (NERY JÚNIOR, 2010, p. 136) e entende-se por imparcial como uma “característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção” (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p. 50).

No plano teórico o ideal seria que todas as instituições públicas funcionassem com liberdade, que os juízes julgassem as causas com total imparcialidade e independência, que os legisladores produzissem suas leis com objetividade e clareza etc. Na prática, não é isso o que (geralmente) acontece. Uma das expressões do fundamentalismo penal atual consiste precisamente na intimidação dos juízes, que estão sendo compelidos a seguir a cartilha do fanático poder punitivo, que se transformou numa espécie de religião dogmática (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 171).

O que se verifica na prática, está longe de ser a manifestação do juiz natural, visto que, a mídia, com o passar dos tempos, e com a fragilidade dos órgãos oficiais, vêm ganhando mais força e conseqüentemente exercendo seu poder sobre os magistrados.

Em primeiro grau, sobretudo, essa influência está se tornando cada vez mais evidente, a ponto de o juiz ter medo de liberar pessoas presas, mesmo quando não devam ficar presas. Os juízes estão deixando essa tarefa para os tribunais, por não terem coragem de enfrentar a pressão midiática e/ou política. [...] Muitos juízes estão sendo estigmatizados pelo populismo penal midiático e isso coloca em risco, cada vez mais, a garantia da justiça imparcial e independente (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 171).

Não se pode olvidar que o princípio do juiz natural deve se manifestar também nos processos e julgamentos de competência do Tribunal do Júri. São princípios do tribunal popular, previstos no art. 5º, XXXVIII da CF/88: *a)* plenitude de defesa; *b)* o sigiloso das votações; *c)* a soberania dos veredictos; e, *d)* a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p.691). Destaca-se que “a decisão dos juízes leigos do júri é soberana, não podendo ser modificada em hipótese alguma no que respeita a seu mérito e justiça”, (NERY JÚNIOR, 2010, p. 165).

No tribunal do júri o julgamento é realizado pelo Conselho de Sentença, composto por sete juízes leigos, ou seja, pessoas do povo, escolhidas por sorteio. Diz-se que esta é uma

das instituições mais democráticas do Poder Judiciário, pois submete o homem ao julgamento realizado por seus pares (OLIVEIRA, 2009, p. 588-589).

No entanto é possível observar uma maior interferência da mídia no corpo de jurados, do que aquela exercida sobre os magistrados. Por isso diz-se que o princípio da soberania do povo, pode representar uma séria ameaça à democracia, “quando esse povo e/ou suas emoções são ardilosamente manipulados por doutrinas, dogmas, discursos ou mídias fundamentalistas” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 39).

A resposta à quesitação pelo Conselho não exige qualquer fundamentação acerca da opção permitindo que o jurado firme seu convencimento segundo lhe pareça. [...] Preconceitos, ideias pré-concebidas e toda sorte de intolerância podem emergir no julgamento em Plenário [...]. Enfim, bom ou ruim, o Júri tem previsão constitucional (OLIVEIRA, 2009, p. 589).

Considerações Finais

Nas breves linhas desse trabalho, se pode notar que há muito tempo às questões envolvendo o Direito Penal atraem a atenção popular, e por sua vez, essa atração causa certa interferência no Direito Penal.

Observa-se, que houve uma sutil mudança nas formas interferência popular na atuação do Direito Penal. Inicialmente, quando sequer se falava em sistematização das normas penais, era possível verificar, que as próprias vítimas do delito, que puniam os infratores das normas estabelecidas pela comunidade. Nessa época as punições eram desproporcionais aos crimes cometidos, tinha um caráter meramente vingativo e eram demasiadamente violentas, porém a punição tinha o apoio de toda a comunidade, de forma que, a vítima do delito que estabelecia os limites da pena que ela mesma iria aplicar ao infrator.

Nem mesmo o *jus puniendi* tendo passado para Estado, fez com que a punição perdesse seu caráter de vingança, bem como o apoio popular. Pelo contrário, tendo esta, adquirido o *status* de pública, o apoio popular aos espetáculos de tortura tornou-se inseparável do próprio espetáculo. Os suplícios públicos eram montados ao ar livre e contava com a população presente, para que proferissem ofensas ao acusado e assim demonstrassem a ele o repúdio aos atos que infringiram a ordem estabelecida por seu Soberano. Este apoio era manifestado sem qualquer pudor ou compaixão.

O teatro montado em praça pública era um sucesso de audiência, e em razão disso não poderia deixar de ser notícia na imprensa da época. Desta forma, juntamente com o interesse popular pelo fato criminoso, se desenvolveu também interesse da mídia em relatar o fato criminoso.

Certo é que o Direito Penal evolui ao longo dos tempos, e as formas de punição acompanharam essa mudança. As penas corporais, assim como sua exposição ao grande público, adquiriram caráter negativo, afinal igualava os executores aos próprios criminosos.

Em razão disso, a partir do século XVIII quando o Estado achou por bem interferir na segurança pública, estas foram substituídas pelas privativas de liberdade. Neste momento criaram-se os primeiros modelos de prisão pena, que tinham a função de corrigir o condenado.

A substituição ocorreu de forma lenta, o que ensejou o movimento dos reformadores humanitários, segundo os quais as penas deveriam ser impostas obedecendo critérios de razão e humanidade, levando em conta as características individuais do criminoso. Os principais responsáveis por essas mudanças foram os pensadores das Escolas Penais, Clássica e Positiva.

Contudo, mesmo tendo ocorrido uma humanização das penas e a substituição das penas corpóreas pela privativa de liberdade, a opinião popular não deixou de influir nas questões de natureza criminal, porém atualmente podemos observar que por detrás da opinião pública esconde-se os interesses das classes dominantes externados através da mídia, que por sua vez forma a opinião pública.

Ainda hoje, ou melhor, principalmente hoje, o crime e o criminoso, são os principais assuntos dos noticiários populares, e não por acaso são os mais discutidos entre a população. A pauta de discussões é decidida pela mídia conforme seus interesses, sejam eles econômicos, visto que os crimes, cuja as imagens são mais violentas provocam uma maior comoção social, por consequência aumentam os índices de audiência ou sejam eles por motivação política, mascarando outras notícias tão impactantes quanto, visando manter a estrutura social de poder.

Nesse teor o discurso midiático em torno do crime e do criminoso torna-se distorcido, hiperpunitivista e seletivo. Diz-se distorcido, pois é pautado na exacerbação dos fatos violentos, numa realidade construída para impressionar o espectador passando para este a sensação de insegurança e frente à fragilidade da segurança pública.

Além disso, é hiperpunitivista, pois se utiliza do sensacionalismo para enfatizar o sofrimento da vítima e fazer com que o espectador se identifique com sua dor. Feito isso, despersonaliza o acusado, qualificando-o de forma depreciativa, fazendo com que a população acredite que aquele é a personificação do mal, e assim queira afastá-lo daquela sociedade (a população acreditando no discurso hiperpunitivista midiático, e sem perceber seu caráter seletivo, reclama pela criação de novas leis penais).

O seu caráter seletivo talvez seja sua característica mais preocupante, haja vista que ultrapassa os limites midiáticos e reflete principalmente na criminalidade secundária. Não por acaso, os inúmeros casos criminais que invadem a todo o momento os noticiários, são formados por uma clientela homogênea escolhida pela mídia.

Para melhor entender essa seletividade, faz-se necessário estudá-la a partir da Teoria do Etiquetamento, segundo o qual, a própria sociedade cria o delinquente, a partir do momento que estabelece, por meio do Direito Penal, os bens jurídicos protegidos por este. Aliás, essa é uma das funções do Direito Penal, proteger bens jurídicos penalmente relevantes.

Assim sendo o indivíduo só se torna um delinquente devido ao processo de etiquetamento que sofre, quando tem qualquer contato com o sistema penal, seja em sentido estrito (poder punitivo institucionalizado) ou em sentido amplo (empresários morais).

A mídia, como empresário moral exerce sua seletividade, divulgando em larga escala, os crimes e criminosos comuns, que em regra são aqueles de classes sociais menos favorecidas. Junto com essa superexposição proclamam um discurso do populismo penal midiático, ou seja, maior repressão e menos direitos e garantias a esses indivíduos, que perturbam a ordem pública.

Destarte, fica fácil exigir menos direitos e garantias e esse discurso torna-se facilmente aceito pelas pessoas, em outras palavras podemos dizer que estas já introjetaram a ideia de que a sociedade é dividida entre pessoas boas e más, sendo que - o bom é sempre 'eu', e o mal é sempre o 'outro'. As pessoas se tornaram incapazes de pensar, muito em razão da mídia, visto que essa, com seus fantásticos recursos visuais, não dá tempo para as pessoas pensarem criticamente sobre qualquer assunto.

Na verdade podemos dizer que essa introjeção se manifesta no apoio popular ao discurso midiático, e influencia diretamente nos rumos do Direito Penal já que o legislador, pressionado pela demanda popular, não resiste e acaba criando novas e muitas vezes, desnecessárias leis. Agindo o Direito Penal como mero instrumento simbólico de solução de conflitos, mas que no fim não alcança nenhum resultado.

Assinale, ainda, que a mídia no seu afã em montar seu espetáculo midiático a fim de influir na opinião das pessoas, comete inúmeros excessos e viola diariamente princípios constitucionais de suma relevância aos acusados.

O mais importante dos princípios, dentre os que são violados pela mídia, é o da presunção de não culpabilidade, visto que a partir do momento que o indivíduo deixa de ser presumido inocente e a mídia irresponsavelmente divulga notícias sensacionalistas tendo este como criminoso de fato, diante do público torna-se irrelevante se o mesmo é um mero suspeito ou se foi de fato condenado.

O público reconhece apenas a condenação feita no processo penal midiático, ignorando por completo o Poder Judiciário, que é o oficial. O indivíduo então fica sujeito ao clamor público, e este, clama pela não aplicação dos demais princípios constitucionais inerentes a ele, qual seja: a dignidade da pessoa humana, afinal este indivíduo, aos olhos do povo, não tem qualquer dignidade, em razão disso fica dispensado também os princípios da humanidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e também do juiz natural.

Alias, este último pode ser considerado, o princípio de maior dificuldade de aplicação, visto que toda pressão midiática exercida sobre o processo penal, contamina de

alguma forma o julgamento deste, seja influenciando o juiz singular ou formando prévio juízo de valor do Conselho de Sentença.

Oportuno se torna dizer, que em nenhum momento do discorrer desse trabalho, se defendeu a restrição à liberdade de imprensa ou a liberdade de expressão. O objetivo foi apenas demonstrar que a mídia está utilizando do seu amplo poder de alcance para construir um círculo vicioso e invisível. Ela propõe o assunto, o sistema penal etiqueta os atores, a população com medo, enxerga como única alternativa à criminalidade, a punição mais severa ('modernamente' o principal instrumento de punição é o encarceramento), e o indivíduo é institucionalizado, e lá inicia uma carreira criminal, que o impossibilita, de quando colocado em liberdade, viver uma vida longe daquela nova realidade. Em razão disso, é novamente selecionado, visto que seu estereótipo é aquele aceito pela mídia como de um criminoso, dando início novamente a esse ciclo tão prejudicial ao ser humano. Desta forma, concluo dizendo que o papel da mídia na sociedade, deve ser exercido com muita cautela, visto que, os princípios constitucionais ora estudados e que foram arduamente conquistados, não podem ser objeto de relativização em relação ao indivíduo que os invoca.

Referências

- ANGRIMANI SOBRINHO, Danilo. **Espreme que sai sangue**: um estudo do sensacionalismo na imprensa. São Paulo: Summus, 1995. Disponível em: <<http://www.wejconsultoria.com.br/site/wp-content/uploads/2013/04/Danilo-Angrimani-Sobrinho-Espreme-que-sai-sangue.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- BELO, Warley. Mídia, direito humanos e vítimas do porvir. **Revista Consulex**, São Paulo, ano XVIII, n.419, p. 36-37, jul. 2014.
- BITENCOURT, Cézár Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: _____. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 7-77.
- BRASIL. Código de Processo Penal: Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. In: _____. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 607-673.
- BRASIL. Lei de Execução Penal: Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. In: _____. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1431-448.
- BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Decreto nº 678, de novembro de 1992. In: _____. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1564-1574.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: art. 1º a 120. 15. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Curso de processo penal**. 19. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CONDE, Francisco Muñoz; Winfried Hassemer, **Introdução à criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2013.
- DELMANTO, Roberto. Dá cordialidade à violência. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, Ano XVIII, n. 419, jul. 2014.
- DIAS, Fábio; DIAS, Felipe; MENDONÇA, Tábata Cassenote. Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 1, 2012, Santa Maria. **Mídias e direito da sociedade em rede**. Santa Maria: 10 p. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2014.

D'OLIVEIRA, Marcele Camargo; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. A midiáticação do direito penal: uma conjuntura pragmática sensacionalista. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 1, 2012, Santa Maria. **Mídias e direito da sociedade em rede**. Santa Maria: 10 p. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/1.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

FERNANDES, Newton, e Valter Fernandes. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. O papel da mídia na (in)segurança do sistema penal: a criminalização dos sujeitos a partir do etiquetamento. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 1, 2012, Santa Maria. **Mídias e direito da sociedade em rede**. Santa Maria: 12 p. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/8.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRILHETA. In: HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. E-book. São Paulo: MÉTODO, 2014.

_____. **Direito penal esquematizado: v. 1 parte geral (arts. 1ª a 120)**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. E-book. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOLINA, Antônio García-Pablos; Luiz Flávio Gomes. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal: v. 1 introdução e parte geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PELOURINHO. In: HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

PEREIRA NETO, Luiz Fernando. O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2, 2011, Rio Grande do Sul. **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**: 18 p.

Disponível em:

<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf>.

Acesso em: 06 out. 2014.

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. Mellim Filho, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. 2009. 287 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) -Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp100908.pdf>> Acesso em: 28 set. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Populismo penal**. Disponível em:

<<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2012/04/populismo-penal-por-alexandre-morais-da.html>>, Acesso em: 18 out. 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. Propaganda do crime e limites democráticos. In: CORREIA JÚNIOR, Rubens. **Criminologia do cotidiano: críticas às questões humanas através das charges de Carlos Latuf**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 07-30.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o sistema penal: uma visão crítica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 861, p. 466-482, jul. 2007.

SEMER, Marcelo. A serpente que só pica os pés descalços: desigualdade e direito penal. In: CORREIA JÚNIOR, Rubens. **Criminologia do cotidiano: críticas às questões humanas através das charges de Carlos Latuf**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 185-199.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. Malheiros, 2005.

SILVA, Luis Fernando; CORREIA JÚNIOR, Rubens. **O sistema prisional: entre sua história, seus conceitos, a perpetuação da defesa social e sua crise**. 2014, 22 f. Disponível em<

http://www.ipebj.com.br/_erp/arquivos/forensic_artigos/a853bcb22b2d741dc9531edee580dbe-e-arquivo.pdf>, Acesso em: 17 out. 2014.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2008.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. Oliveira Júnior, Paulo Eduardo Duarte de. **Processo penal e mídia**: a cultura do medo e a espetacularização dos juízos criminais. 2012. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2012 Disponível em: < <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/00000694.pdf> > Acesso em: 01 out. 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume - teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

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

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.