

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCIANA CORREA SOUZA

**EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: OS REFLEXOS DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA
NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA**

BELÉM - PARÁ
2017

LUCIANA CORREA SOUZA

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: OS REFLEXOS DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA
NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direitos Humanos), sob a orientação do Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, na Linha de Pesquisa Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

BELÉM - PARÁ
2017

LUCIANA CORREA SOUZA

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: OS REFLEXOS DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA
NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direitos Humanos), sob a orientação do Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, na Linha de Pesquisa Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

*A minha avó, Nazita, ao meu avô,
Raimundo (in memoriam) e minha irmã,
Ana Irene, meu anjinho do céu.*

AGRADECIMENTOS

Não é possível encerrar esse ciclo de mais de dois anos no Mestrado da Universidade Federal do Pará, sem agradecer, pois, sem todo apoio e auxílio que tive, desde a seleção, da minha família, dos meus amigos, dos meus antigos professores e até mesmo de pessoas, então, desconhecidas que se prestaram a me ajudar sem pedir nada em troca, nada disso teria sido possível. Agradeço a todos, de coração, que contribuíram para realização do Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará, era um sonho que estive comigo desde o momento em que ingressei no Curso de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA e me vi fascinada pela docência.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Lucivaldo e Eunice, meus exemplos de caráter e retidão. Obrigada por todos os valores compartilhados, pelo esforço e sacrifício de vocês, por jamais medirem forças para me proporcionarem educação. Ao meu pai, que sempre me impulsionou a seguir a vida acadêmica e continuamente estudar, meu maior incentivador para ingressar no mestrado. Bem como, por me permitir dedicar-me exclusivamente ao mestrado e a essa pesquisa. A minha mãe, valorizo cada dia que estou com você e agradeço a Deus por ser sua filha, a senhora é meu maior exemplo de força, luta e determinação. Almejo ser a filha, a irmã, a amiga, a mãe e, principalmente, a mulher que tu és, meu amor por ti não tem limites.

À minha irmã Luana, por todo amor que me deste ao longo dos teus quase vinte anos, depois de você jamais me senti sozinha. Agradeço pelo apoio, pela confiança, por se espelhar em mim e pela preciosa contribuição que me destes durante o mestrado e, em especial, neste trabalho, lendo e relendo meu texto, apontando minhas falhas e meus erros.

Ao professor Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, profissional que admiro desde a graduação pela competência acadêmica, meu mais sincero agradecimento pela fantástica orientação. Obrigada pela paciência, pelas incontáveis revisões de texto, pela disponibilidade, pelos inúmeros livros emprestados que foram essenciais para o desenvolvimento da minha pesquisa e por todos os conhecimentos que me foram repassados.

Meu agradecimento especial ao professor Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho, pelos valiosos ensinamentos nas disciplinas de Teoria da Justiça, e as professoras doutoras da disciplina de Teoria dos Direitos Humanos, Jane Beltrão e Cristina Terezo, vocês fizeram florescer em mim, ainda mais, o amor pelos Direitos Humanos. E a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará que de algum modo contribuíram para a minha formação acadêmica ao longo do mestrado.

Ao Netto, pelo amor, companheirismo, compreensão, suporte e apoio ao longo desses anos, principalmente, nos períodos mais difíceis da minha vida acadêmica nos quais estive mais ausente.

Aos meus amigos desde a graduação, Rodrigo Brito e Hanna Sauma, os quais mesmo de longe, me incentivaram, me apoiaram e me deram forças nos momentos mais complicados dessa caminhada. Obrigada por sempre estarem comigo e por sempre acreditarem que eu seria capaz.

Agradeço a Ana, por cuidar de mim com o mesmo amor e carinho que cuida dos seus filhos.

Agradeço também as minhas companheiras no mestrado, desde a seleção, Isadora Vasconcelos e Luana Bandeira, o apoio de vocês e nossos estudos foram fundamentais para meu ingresso no Programa.

Agradeço todos os meus queridos amigos e colegas que me apoiaram nessa jornada, obrigada por todas as mensagens, encontros, conversas e pela simples presença de vocês ao longo desses dois anos, em especial, a Bianca, ao Diego, a Lalá, ao Lico, a Rob, ao Thi e ao Manoel. E minha gratidão a Semírames e a Barbara Leão por terem me acolhido tão bem durante os últimos meses dessa dissertação e me proporcionarem um ambiente tranquilo para terminá-la.

A professora Débora Simões Pereira, minha orientadora na graduação no CESUPA, que fez nascer em mim o amor pelo estudo do Direito Penal, ainda no terceiro período da faculdade. Muito obrigada pelo auxílio antes do meu ingresso no mestrado e pela calma transmitida durante a entrevista na seleção.

Por fim, agradeço a Deus, pela plenitude da vida que me foi dada e por me amparar em todos os momentos, até naqueles em que fui descrente do teu poder, e a Nossa Senhora de Nazaré e Nossa Senhora de Lourdes por intercederem por mim junto ao Pai e guiarem meus passos, especialmente, nos momentos mais tortuosos.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar os reflexos da influência midiática, no processo de criminalização primária, sobre o expansionismo penal e a sua compatibilidade com o modelo de contenção da repressão penal próprio Estado Democrático de Direito estabelecido com a Constituição Federal de 1988. Para tanto, na primeira seção, se realiza a abordagem do embasamento teórico necessário para a compreensão do funcionamento dos meios de comunicação de massa, enquanto componentes da indústria cultural, bem como o estudo da mídia na sociedade do espetáculo, sob o prisma da espetacularização da notícia, a fim de evidenciar o caráter mercantil dela sobre o crime. Na segunda seção, examinam-se os processos de criminalização primária e secundária, além do desenvolvimento da noção de seletividade e reflexão sobre as funções latentes do sistema penal. Posteriormente, na terceira seção, se realiza uma apreciação do processo de construção da realidade pelos *mass media*, momento em que se discorre a criminologia midiática e o discurso do populismo penal midiático no Brasil. Ao final, na quarta seção, estudam-se os reflexos do populismo punitivista no plano legislativo, para tanto, explora-se o projeto de Lei n. 4.850/2016. Por fim, com base nos resultados ao longo do trabalho, analisa-se a legitimidade das manifestações do Direito Penal do inimigo, no ordenamento jurídico, com o modelo de contenção da repressão penal, próprio do Estado Democrático de Direito e, particularmente, com a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Meios de comunicação de massa; Processo de Criminalização; Populismo penal midiático; Criminologia midiática.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the reflexes of the media influence in the process of primary criminalization on the criminal expansionism and its compatibility with the model of containment of the criminal repression of the Democratic Rule of Law established with the Federal Constitution of 1988. For this, In the first chapter, the approach of the theoretical basis necessary to understand the functioning of the mass media as components of the cultural industry, as well as the study of the media in the society of the spectacle, under the prism of the spectacularization of the news, is realized. In order to evidence the mercantile character of her on the crime. In the second chapter, we examine the processes of primary and secondary criminalization, as well as the development of the notion of selectivity and reflection on the latent functions of the penal system. Subsequently, in the third chapter, an appreciation of the process of construction of reality by the mass media is carried out, at which moment the media criminology and the discourse of media criminal populism in Brazil are discussed. At the end, in the fourth chapter, we study the reflexes of punitive populism in the legislative plane, for that, explores the bill 4.850/2016. Finally, based on the results of the study, the legitimacy of the manifestations of the Criminal Law of the enemy, in the legal system, is analyzed with the model of containment of criminal repression, typical of the Democratic Rule of Law and, particularly, with the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Mass media; Criminalization Process; Populism penal media; Media Criminology.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EUA	Estados Unidos da América
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Inc.	Inciso
MPF	Ministério Público Federal
N.	Número

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 MEIO DE COMUNICAÇÃO DE MASSA, INDÚSTRIA CULTURAL E A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO	16
2.1 MÍDIA, OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA E MASS MEDIA	16
2.2 A INDÚSTRIA CULTURAL	18
2.2.1 Breves Considerações Sobre a Indústria Cultural e Cultura de Massa	19
2.2.2 A Construção Teórica de Theodor W. Adorno e Max Horkheimer em torno da Indústria Cultural	22
2.3 A MÍDIA NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO	26
2.3.1 A Sociedade do Espetáculo, de Guy Debord: O Espetáculo como Fábrica de Alienação do Espectador.....	27
2.3.2 Os Meios de Comunicação de Massa e o Espetáculo: A Espetacularização das Notícias	31
2.3.2.1 O sensacionalismo e a espetacularização da notícia.....	33
3 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA: COMO SE CONSTRÓI O INIMIGO	38
3.1 SELETIVIDADE DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	38
3.1.1 Processo de Criminalização Primária	39
3.1.2 Processo de Criminalização Secundária.....	41
3.1.3 A Seletividade dos Processos Criminalizantes	43
3.2 PODER PUNITIVO: DO CONFISCO DO CONFLITO À ERA DO GRANDE ENCARCERAMENTO.....	46
3.3 O SABER DOGMÁTICO E A PROMESSA DE RACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO	55
3.3.1 Das Funções Atribuídas às Funções Reais do Sistema Penal: Os Discursos Legitimadores do Poder Punitivo nas Teorias da Pena	56
3.3.1.1 As Funções Latentes do Sistema penal.....	61
4 MASS MEDIA E REALIDADE FABRICADA: A ELABORAÇÃO MIDIÁTICA DO INIMIGO.....	63
4.1 MASS MEDIA E O CRIME	66
4.2 CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA: A VULGARIZAÇÃO DA QUESTÃO CRIMINAL NO BRASIL	68
4.3 O DISCURSO DO POPULISMO PENAL	75

4.3.1 Populismo Penal Midiático	79
5 CRÍTICA À CRIMINALIZAÇÃO MIDIÁTICA E SEUS REFLEXOS LEGISLATIVOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	82
5.1 O POPULISMO PUNITIVISTA E O PROJETO DE LEI N. 4.850/2016.....	82
5.1.1 Da Espetacularização Midiática da Operação Lava Jato	82
5.1.2 Das 10 Medidas Contra a Corrupção ao Projeto de Lei n. 4.850/2016.....	85
5.2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL	97
5.2.1 Possíveis Causas do Processo de Expansão do Direito Penal	99
5.3 UMA ANÁLISE SOBRE A LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	104
5.3.1 O Direito Penal do Inimigo x Direito Penal do Cidadão.....	106
5.3.2 O Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal	109
5.3.3 A (I)Legitimidade das Manifestações do Direito Penal do Inimigo Frente ao Estado Democrático de Direito Brasileiro à Luz da Constituição Federal de 1988	110
5.3.3.1 Reflexões em torno das manifestações do Direito Penal do inimigo no Brasil.....	112
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

1 INTRODUÇÃO

No contexto das sociedades pós-industriais, Silva Sánchez (2002) constatou que haveria uma tendência dominante nas legislações dos países ocidentais, tanto nos centrais como nos periféricos, no sentido de introdução de novos tipos penais, recrudescimento das normas penais e processuais penais já existentes, reinterpretação das garantias penais, criação de novos bens jurídicos, entre outros fatores, tal fenômeno foi identificado por ele como a expansão do Direito Penal.

Na visão do autor espanhol, as causas para a ocorrência desse processo expansionista são profundas e relacionam-se com modelo social que se configurou nas duas últimas décadas nas sociedades ocidentais, dentre as causas apontadas por ele para configuração da expansão do Direito Penal têm-se, por exemplo, a existência de novos interesses, a institucionalização da insegurança, a sensação de social de insegurança, entre outros fatores que serão examinados ao longo da quarta seção do trabalho.

Diante dessa problemática de expansão do poder punitivo, pretende-se investigar, no contexto jurídico brasileiro, as causas que levam a ocorrência desse processo de expansão do Direito Penal, em especial, a partir dos reflexos decorrentes da relação existente entre os meios de comunicação de massa – compreendidos como o conjunto de meios de comunicações produzidos de forma massificada e destinados a grupo heterogêneo de indivíduos – e o processo de criminalização primária, a qual se refere à elaboração da lei penal.

Intenta-se, analisar se o discurso punitivista propagado pelo *mass media* – qual seja, o populismo penal midiático, que se caracteriza pela exploração do senso comum, bem como as demandas e os medos oriundos do crime – impulsiona ou contribui para o recrudescimento da legislação penal e processual penal, gerando, assim, reflexos sobre a política criminal adotada no Brasil, de forma a atender aos clamores populares orientados pela exploração midiática do delito e estimular o processo de expansão do Direito Penal no Brasil e a consequente elaboração de normas de penais de caráter simbólico.

A relevância do tema decorre do paradigma traçado pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, a qual determinou um modelo de contenção da repressão criminal orientado para o respeito à dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais, ao assegurar aos indivíduos uma série de garantias penais e processuais penais, as quais devem ser observadas pelo poder punitivo estatal. Diante desse panorama, tem-se como objetivo geral do presente trabalho analisar os reflexos da influência midiática

no processo de criminalização primária sobre o expansionismo penal e a sua compatibilidade com o modelo de contenção da repressão penal próprio do Estado Democrático de Direito e, particularmente, com a Constituição Federal de 1988.

Secundariamente, pretende-se, de início, examinar os meios de comunicação de massa enquanto componentes da indústria cultural e a espetacularização da notícia e sua transformação em mercadoria; demonstrar a influência dos meios de comunicação de massa no processo de criminalização primária e a criação midiática do inimigo mediante o uso do discurso do populismo penal midiático; investigar o processo de expansão do Direito Penal; estudar o denominado Direito Penal do Inimigo e, por fim, verificar as manifestações dessa teoria na legislação penal e processual penal pátria a partir da criminologia midiática no contexto do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a hipótese a ser testada ao longo da presente dissertação, refere-se: a ilegitimidade do processo de expansão do Direito Penal no Brasil decorrente dos reflexos da influência midiática na criminalização primária em face do modelo de contenção do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Com fito de atingir tais objetivos o fundamento teórico será composto essencialmente de obras de sociologia, criminologia e dogmática penal, nacionais e estrangeiras. Inicialmente, utilizar-se-ão, primacialmente, as obras *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*, de Theodor Adorno e Max Horkheimer (2006), e *A Sociedade do espetáculo*, de Guy Debord (1997) e seus estudiosos para compreensão dos conceitos de indústria cultural e sociedade do espetáculo, respectivamente, e suas críticas à sociedade capitalista, uma vez que as obras dos referidos autores constituem pressupostos teóricos necessários para compreensão dos meios de comunicação como componentes da indústria cultural na sociedade massificada e a transformação da notícia sobre o delito em mercadoria destinada ao consumo.

Posteriormente, para discorrer acerca dos processos de criminalização e a sua seletividade serão utilizadas como arcabouço teórico as obras de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), Vera Andrade (2003, 2015) e Alessandro Baratta (2011), pois que os referidos autores, em especial os dois últimos, investigam os referidos processos de forma crítica a partir do saber empírico com o viés da criminologia crítica. Ademais, para elucidar sobre a noção de inimigo no Direito Penal pretende-se trabalhar com Zaffaroni (2001, 2011), em razão de o autor traçar um panorama histórico em torno do exercício do poder punitivo ao longo dos séculos, identificando a figura do inimigo em cada período da história, segundo

circunstâncias políticas e econômicas de cada momento, destacando o avanço do discurso autoritário nos países latinos.

Outrossim, para refletir sobre o processo de construção da realidade pelos meios de comunicação de massa e a disseminação dos discursos punitivos, em especial, o populismo penal midiático, utilizar-se-ão autores penalistas nacionais e estrangeiros, como Gomes e Almeida (2013), os quais dedicam-se ao estudo do populismo penal midiático no Brasil, e Zaffaroni (2012) que examina o discurso da criminologia midiática, um saber criminológico que debate a questão criminal, notadamente, no contexto latino americano, e, para tratar, em particular, da relação existente entre a realidade fabricada e os *mass media* almeja-se utilizar como referencial teórico do campo comunicacional, Pina (2009) que elucida sobre meios de comunicação e as leis penais.

Por fim, no que se refere à apreciação do processo de expansão do Direito Penal o principal teórico a ser utilizado será Jesús-maría Silva Sánchez (2002), pois o autor espanhol identificou e caracterizou a ocorrência desse fenômeno nas legislações penais ocidentais, traçando uma aproximação entre o Direito Penal do Inimigo e a terceira velocidade do Direito Penal.

No que tange ao exame da teórica crítica do Direito Penal do Inimigo, modelo teórico que justifica o tratamento diferenciado aqueles indivíduos que não oferecem segurança cognitiva mínima de suas ações, serão adotados como referenciais teóricos, primordialmente, Günther Jakobs e Cancio Meliá (2012), em razão do diálogo dos autores em torno da temática, para, então, diferenciar os modelos de direito do inimigo e do cidadão propostos por Jakobs e, por fim, discorrer sobre a (i)legitimidade do Direito Penal do inimigo no sistema penal brasileiro a partir das reflexões de Zaffaroni (2011), o qual formula uma crítica acerca da presença do conceito de inimigo nas legislações penais modernas.

Para alcançar a finalidade desse trabalho, a pesquisa será estruturada em quatro seções. Na primeira seção, inicialmente, conceituar-se-á os termos mídia, meios de comunicação de massa para fins de desenvolvimento do presente trabalho. Posto isso, em uma segunda etapa, analisar-se-á a mídia enquanto componente da indústria cultural à luz da crítica de Adorno e Horkheimer, para que, ao final, seja possível examinar a mídia na sociedade do espetáculo sob o prisma da espetacularização da notícia, evidenciando o caráter mercantil da notícia sobre o crime.

Posteriormente, na segunda seção serão estudados os processos de criminalização e a construção da figura do inimigo. Igualmente, intenta-se abordar a seletividade no processo de criminalização primária e a influência dos meios de comunicação de massa como agências do

sistema penal, a partir da propagação de discursos punitivos, na elaboração da lei penal no Brasil. Em seguida, objetiva-se refletir sobre os fundamentos que justificam o poder punitivo no Brasil à luz das teorias legitimadoras da pena a partir do saber dogmático. E ao final, com base na criminologia crítica, refletir-se-á acerca das verdadeiras funções na pena e do poder punitivo em nosso ordenamento.

Ao longo da terceira seção, pretende-se abordar a problemática acerca do processo de construção da realidade pelos meios de comunicação de massa, enquanto agência de controle social informal, para compreender quais os seus efeitos sobre a criação do estereótipo do delinquente e sobre a agenda político criminal. Ademais, nessa seção objetiva-se, analisar a criminologia midiática, como um discurso externo ao acadêmico, que examina a questão criminal e é capaz de influir na tomada de decisões político penais sem pautar-se no conhecimento científico. E, por fim, estudar o populismo penal midiático como um saber criminológico que impulsiona o aumento do punitivismo no Brasil e contribui para o delineamento de uma política criminal mais severa e uma legislação penal hipertrofiada.

Na última seção desse trabalho pretende-se examinar o Projeto de Lei n. 4.850/2016, oriundo da iniciativa do Ministério Público Federal (MPF) ao lançar a campanha das *10 Medidas contra a Corrupção* a partir da espetacularização midiática da *Operação Lava Jato*, deflagrada em março de 2014 pela Polícia Federal com objetivo de investigar esquemas de organizações criminosas e desvio de recursos obtidos ilicitamente. O supracitado Projeto de Lei n. 4.850/2016 reproduz integralmente o teor das propostas elaboradas pelo *Parquet* Federal de alterações no Código Penal (CP), no Código de Processo Penal (CPP) e ainda em legislações do âmbito civil. Desse modo, intenta-se refletir sobre a repercussão no âmbito criminal da citada proposta e dos reflexos da cobertura midiática em torno da questão.

Na quarta seção do trabalho, objetiva-se, ainda, avaliar o fenômeno do avanço da legislação penal nas sociedades pós-indústrias designado por Silva Sánchez (2002) como a expansão do Direito Penal. Almeja-se discorrer sobre suas características e possíveis causas, as quais, segundo o autor, estariam intimamente ligadas ao modelo social que se configurou nas duas últimas décadas nos países ocidentais, alcunhando os fatores apontados pelo autor no contexto brasileiro.

Planeja-se, do mesmo modo, nessa seção examinar a construção teórica elaborada por Günther Jakobs denominada de Direito Penal do Inimigo, nesse momento, serão diferenciados os dois modelos de Direito Penal, um direcionado aqueles identificados como inimigos e outro dirigido ao cidadão, e suas características.

Assim, para finalizar a pesquisa, verificar-se-á se a influência midiática, pautada no discurso do populismo penal, fundamenta o tratamento diferenciado para determinadas classes de indivíduos identificados como perigosos, implicando a legitimação da utilização do Direito Penal do inimigo no Brasil. Igualmente, ao final, intenta-se, analisar a (i)legitimidade das manifestações do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico com o modelo de contenção da repressão penal próprio do Estado Democrático de Direito e, particularmente, com a Constituição Federal de 1988.

O objeto dessa pesquisa revela-se de fundamental importância tanto no plano jurídico, quanto no plano social, justifica-se esse estudo na necessidade do exame da compatibilidade dos reflexos da influência dos meios de comunicação de massa sobre o processo de criminalização primária com modelo de contenção da repressão penal do Estado Democrático de Direito brasileiro é imprescindível diante da grave crise de legitimação que o Direito Penal brasileiro sofre em face do modelo democrático instituído Constituição de 1988, uma vez que, no Brasil, o exercício do poder punitivo tem incorporado as irracionalidades oriundas do discurso da criminologia midiática, de modo tal que desrespeita os direitos e as garantias instituídos pela Carta Magna de 1988, utilizando-se para tanto de discursos punitivos que encontram respaldo no seio social.

Pretende-se, então, demonstrar como esses reflexos representam uma aproximação com a construção teórica do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, a qual, conforme intenta-se demonstrar, é incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro por afrontar princípios fundamentais.

2 MEIO DE COMUNICAÇÃO DE MASSA, INDÚSTRIA CULTURAL E A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

Nessa seção, objetiva-se, inicialmente, conceituar e examinar os termos mídia, meios de comunicação de massa e *mass media*, tanto para fixar tais categorias de análise, quanto para o desenvolvimento do presente trabalho. Posteriormente, analisar-se-ão os meios de comunicação de massa como componentes da indústria cultural. Para tanto, o referencial teórico adotado será a crítica de Theodor W. Adorno e Max Horkheimer, no que se refere ao processo de mercantilização da cultura e consequente alienação da massa. Ao final, visa-se compreender a mídia na sociedade do espetáculo sob o prisma da espetacularização da notícia do crime como produto, e o aporte teórico desse estudo tem como base, essencialmente, o pensamento de Guy Debord.

2.1 MÍDIA, OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA E *MASS MEDIA*

O termo mídia é usualmente utilizado para designar imprensa, jornalismo, meios de comunicação e veículo de comunicação, destarte, o termo mídia é mais amplo do que meios de comunicação. É imperioso que se discorra, ainda que de forma breve, acerca dos conceitos de mídia, meios de comunicação de massa e *mass media*. É importante ressaltar que não se pretende analisar com exatidão a matéria à luz das teorias comunicacionais, mas tão somente delimitar os conceitos necessários para o desenvolvimento da pesquisa.

A palavra mídia, em seu sentido etimológico, tem origem no termo latino *media*, o qual constitui o plural de *medium*, e significa meios. Meio, por seu turno, constitui o elemento intermediador, intermediário. No Brasil, a palavra mídia sofreu influências tanto de origem latina, quanto de origem inglesa, pois ambas são grafadas do mesmo modo: media. “Em inglês, o verbete *media* designa ‘the main ways that large numbers of people receive information and entertainment, that is television, radio, and newspaper’” (ANDRADE, 2007, p. 06)¹. Portanto, a mídia destina-se a atingir, por meio de seus meios – que podem ser escritos ou não – uma vastidão de indivíduos.

O termo *mass media* é de origem inglesa, e designa o conjunto dos meios de comunicação de massas, tais como jornais, rádio, televisão, entre outros suportes de

¹ Em tradução livre: “Em inglês, o verbete media designa ‘as principais formas em que um grande número de pessoas recebe informações e entretenimento, que é a televisão, o rádio e o jornal’”.

comunicação, dirigidos à massa e utilizados no processo comunicacional. Sobre a definição de meios de comunicação de massa e *mass media*, Vieira (2003, p. 28) esclarece que:

A comunicação de massa é o processo de informação que se realiza entre os comunicadores e a massa de audiência, heterogênea e anônima, por meio de instrumentos que são os canais de comunicação. E os meios de comunicação, também chamados de *mass media*, são os instrumentos de transmissão a serviço da informação.

Dessa maneira, os meios de comunicação constituem os instrumentos responsáveis pela transmissão da mensagem, pelo processo comunicacional que ocorre com a emissão, transmissão e recepção de mensagens através da linguagem.

Sobre a compreensão de meios de comunicação de massa enquanto instrumentos destinados à comunicação, que com ela não se confundem, Gomes (2015, p. 16-17) afirma que:

Constituem, a bem da verdade, técnicas de comunicação destinadas a alcançar uma pluralidade incontável de receptores: rádio, televisão, imprensa, cinema, jornais e periódicos, internet, redes sociais em ambiente virtual, todos são meios que compõem a mídia e que monopolizam o processo comunicacional social, exercendo grande poder de configuração da realidade (tempo e espaço) do público.

Ao longo do processo comunicacional, os meios de comunicação de massa destinam sua atuação ao receptor massivo, a massa, formado por um grupo indeterminado e heterogêneo de indivíduos que possuem características sociais diversas, cujas relações pessoais estão empobrecidas. Nesse mesmo sentido, afirma Vieira (2003, p. 28) que:

O processo de comunicação dá-se pela emissão, transmissão e a recepção de mensagens, por intermédio da linguagem, que é o meio de comunicação por excelência. O ato comunicacional ocorre por meio de elos de ligação que transmitem o fluxo informacional. O receptor massivo, por ser anônimo e não uma pessoa ou grupo definido, desconhecido do distribuidor da mensagem, por estar disperso em diversos locais, recebe em diferentes lapsos de tempo a notícia difundida mediante meios mecânicos e eletrônicos capazes de alcançar esse público onipresente e irradial, que é a massa.

À vista disso, embora a mídia e os meios de comunicação de massa guardem certas diferenças conceituais, ambas detêm o monopólio do processo comunicacional, produzindo conteúdo massificado – padronizado – cujo receptor é a massa, capazes de alterar o processo de percepção da realidade. Assim, os conceitos de mídia e meios de comunicação de massa

serão utilizados nesse trabalho como termos sinônimos, enquanto conjunto de meios de comunicação produzidos de forma massificada e destinados a uma massa indistinta.

2.2 A INDÚSTRIA CULTURAL

Antes de ingressar no contexto de surgimento da corrente de pensamento conhecida como *Escola de Frankfurt*, é necessário discorrer sobre o período histórico vivenciado pela Alemanha naquele período.

No início da década de 20, anos após a Revolução Russa e, imediatamente, após a tentativa frustrada de tomada de poder pelos comunistas alemães em 1919, o Estado Alemão passava por um forte momento de instabilidade política. À época caberia, dessa forma, à esquerda alemã apoiar os sociais democratas que ocupavam o poder desde o começo da República de Weimar ou aceitar a liderança de Moscou e fazer oposição à social democracia (DUARTE, 2012).

No entanto, havia, ainda, a possibilidade de se voltar para uma investigação científico-filosófica a fim de ampliar os horizontes do marxismo, que possibilitaria, de imediato, a correção dos erros do passado e, no futuro, a criação de novos rumos da política realizada na Alemanha até então. Essa terceira opção concretizou-se em 1922, com Felix Weil, recém-doutor em ciência política pela Universidade de Tübingen. Ele organizou a *Erste marxistische Arbeitswoche* (Primeira Semana Marxista de Trabalho), com a presença de Friedrich Pollock, Georgy Luckás, Karl Wittfogel, Karl Korsh e Victor Sorge, atualmente conhecidos como os fundadores do marxismo ocidental (DUARTE, 2002).

Nesse cenário, em razão da necessidade de tornar constante as discussões teóricas em torno do pensamento de esquerda, surgiu o *Institut für Sozial forschung* (Instituto para a Pesquisa Social), o qual, embora vinculado à Universidade de Frankfurt, era dotado de autonomia em relação à administração da universidade. O instituto foi inaugurado em 22 de julho de 1924, em seus primeiros anos de existência, era muito forte a influência do marxismo acadêmico ortodoxo.

Isto posto, a denominada Escola de Frankfurt (*Frankfurter Schule*) tem seu início associado à criação do Instituto para Pesquisa Social. Seus pensadores dedicavam-se à formulação de uma teoria crítica da sociedade a partir de reflexões sobre o marxismo e seus rumos.

Em 1931, quando Max Horkheimer assumiu a direção do instituto e almejou “conduzir o trabalho do instituto a uma reflexão filosófica, porém de base empírica, sobre a

crise do marxismo” (GOMES, 2015, p. 23), direcionou seu discurso para a necessidade de interpretação progressiva entre a filosofia e as ciências particulares. Para tanto, o pensamento de Marx e de Freud constituiriam referências indispensáveis à superação da crise no marxismo (DUARTE, 2012).

Todavia, alguns anos depois, quando Adolf Hitler assumiu o poder na Alemanha, pôs fim às atividades do Instituto em 13 de março de 1933. Diante da insegurança de continuar seus estudos na Alemanha nazista, a maioria dos estudantes, marxistas e judeus, emigrou para outros países para fugir da perseguição do Estado Nazista.

2.2.1 Breves Considerações Sobre a Indústria Cultural e Cultura de Massa

Da familiarização de Theodor Adorno² (1903 – 1969) com a cultura de massas, e a contribuição de Max Horkheimer³ (1885 – 1973), em 1944, durante a Segunda Guerra Mundial, surge a primeira versão da “Dialética do Esclarecimento” (DUARTE, 2002). A teoria crítica da sociedade, elaborada pelos autores, tal como se pretende demonstrar ao longo dessa seção, continua no contexto atual, mesmo diante das transformações políticas, sociais e, especialmente, das vertiginosas mudanças tecnológicas, motivo pelo qual eles são necessários como pressupostos teóricos desse trabalho.

No livro, os autores elaboraram uma crítica à sociedade capitalista, dedicando um capítulo para discorrerem acerca do que os autores denominam *indústria cultural*⁴, com o objetivo de reforçar a ideia de que os bens culturais se converteram em mercadoria. Para Duarte (2002, p. 09), a denominação remete à ideia de que:

A cultura deixou de ser uma decorrência espontânea de condição humana, na qual se expressaram tradicionalmente, em termos estéticos, seus anseios e projeções mais recônditos, para se tornar mais um campo de exploração

²Adorno, que ainda não era um dos colaboradores mais próximos de Horkheimer, emigrou em 1938 para os Estados Unidos. Ao aproximar-se da cultura norte-americana, Adorno “teve contato com a cultura organizada em dimensões industriais. [...] dedicou-se a uma análise metódica da indústria radiofônica norte-americana e acabou por se convencer do seu potencial de manipulação das massas” (GOMES, 2015, p. 24), o que anteriormente não era possível em razão das condições históricas da Alemanha no período pré-nazista. Dessa forma, a experiência vivida pelo autor nos Estados Unidos foi fundamental para o desenvolvimento do conceito de indústria cultural.

Em 1941, Adorno se muda para os arredores de Los Angeles, próximo ao local em que Horkheimer residia, a partir de então, os autores dedicam seus estudos para um antigo projeto: escrever um livro sobre dialética.

³Em 1934, Horkheimer, após aceitar proposta de trabalho na Universidade de Columbia, na cidade de Nova Iorque, mudou-se para os Estados Unidos.

⁴Destaca-se que o termo indústria cultural substituiu a expressão cultura de massa na obra “Dialética do Esclarecimento”, de Adorno e Horkheimer, em sua reedição em 1947, a fim de evitar ambiguidades na interpretação do texto em relação ao sentido de cultura de massa como cultura que nasce espontaneamente da massa, uma forma de cultura.

econômica, administrado de cima para baixo e voltado apenas para os objetivos supramencionados de produzir lucros e de garantir adesão ao sistema capitalista por parte do público.

Embora a obra tenha sido publicada em 1947, o fenômeno social que constituiu seu objeto guarda relação com a Revolução Industrial, ocorrida no século XIX (GOMES, 2015). A expressão indústria cultural funda-se na premissa de que os bens culturais se converteram em mercadoria, até mesmo a produção artística tornou-se mercadoria destinada ao consumo das massas. Por isso, é fundamental, desde logo, conceituar o termo indústria cultural como categoria de análise a ser trabalhada ao longo dessa pesquisa, além da terminologia cultura de massa.

Para tanto, o primeiro ponto a ser destacado quanto ao conceito indústria cultural refere-se à equivocada interpretação da expressão indústria, pois esse não deve ser tomado em sua forma mais literal. É necessário interpretar o termo indústria cultural não como um conceito empírico-descritivo, mas como um processo dialético que “refere-se antes de mais nada ao processo de transformação da cultura em mercadoria, mas, também, de transformação de mercadoria em matriz de cultura” (RÜDIGER, 2004, p. 18).

Bucci (2000) ao refletir acerca da teoria crítica de Adorno e Horkheimer, conclui que, na visão dos teóricos da Escola de Frankfurt, a dominação de classes já não ocorria apenas através dos instrumentos de repressão do Estado, mas também por meio do controle ideológico operado pela indústria cultural. Nesse sentido, o autor afirma que “os dois teóricos descreveram os processos pelos quais a indústria cultural passou a produzir uma estética segundo normas próprias, na qual a arte não mais está destinada a revelar o que a realidade esconde, mas esconder o modo como uma classe oprime a outra” (BUCCI, 2000, p. 179).

A expressão indústria cultural ilustra, pois, um processo histórico, no qual houve a conversão dos bens culturais em mercadorias destinadas ao consumo da massa. A esse respeito, Gomes (2015, p. 26) afirma que:

A expressão indústria cultural ilustra uma experiência histórica: o fato de a cultura ter deixado de expressar a natureza humana e a sensibilidade e as perspectivas do homem em relação à vida e ao mundo, manifestadas esteticamente pela arte, para se transformar em um produto destinado ao consumo da massa, com a finalidade de obtenção do lucro.

Depreende-se, assim, que o termo indústria cultural diz respeito ao processo de transformação da cultura em produto destinado à mercantilização, de acordo com os parâmetros do capitalismo, ou seja, orientado para obtenção do lucro. Em uma sociedade

moderna, tomada pela indústria cultural, quase tudo é transformado em negócio a partir da exploração dos bens culturais com base na sistemática capitalista.

Esse processo de industrialização da cultura – aqui compreendida como: “um complexo de normas, símbolos, mitos e imagens que penetram o indivíduo em sua intimidade, estruturam os instintos, orientam emoções” (MORIN, 2009, p. 15) – resultou na padronização do consumo, e os bens culturais passaram a ser reproduzidos com intuito de facilitar seu consumo pela massa, um grupo indeterminado e heterogêneo de indivíduos que possuem características sociais diversas.

Sob a perspectiva sociológica, massa pode ser definida como “uma multidão de pessoas sem identidade reconhecível, incapazes de se expressar como indivíduos. Apesar de próximas, mantêm-se em relacionamento distante umas das outras, e imersas, cada uma, na sua alienação” (CARMO, 2007, p. 119).

Em síntese, a indústria da cultura almeja, com seus produtos, alcançar um público universal, o que implica na busca por um denominador comum que consiga satisfazer as suas predileções e atingir o máximo consumo. Nesse cenário, não há distinção entre os indivíduos que a compõem, e pouco importa suas características pessoais, pois todos os indivíduos são iguais para a lógica do mercado: “Os padrões veiculados pela cultura de massa são partilhados pela maioria dos indivíduos, independentemente do nível de renda do grau de instrução, do tipo de ocupação e da localização espacial” (CARMO, 2007, p. 121).

Objetiva-se, homogeneizar a cultura de modo que ela se torne mais assimilável ao homem médio, um indivíduo imaginário, que é incapaz de formular juízos de valor sobre a realidade que lhe é apresentada. O sincretismo traduz “a tendência a homogeneizar sob um denominador comum a diversidade dos conteúdos” (MORIN, 2009, p. 36).

A identidade de valores de consumo, partilhados por esse grupo universal, e veiculados pelos meios de comunicação, é o que caracteriza a cultura de massa (MORIN, 2009). Ela depende do mercado, da indústria, do comércio, e surge como um produto do diálogo existente entre a produção e o consumo, é “produto de uma dialética entre produção-consumo, no centro de uma dialética global que é a da sociedade em sua totalidade” (MORIN, 2009, p. 47). Portanto, a lógica que impera na produção da cultura de massa é a mesma do capitalismo, a lógica do máximo consumo.

2.2.2 A Construção Teórica de Theodor W. Adorno e Max Horkheimer em torno da Indústria Cultural

Para Adorno e Horkheimer (2006), o sistema da indústria cultural tem origem nas leis universais do capitalismo – pois o entretenimento e alguns elementos da indústria cultural já existiam antes mesmo do seu surgimento – e se consagra nos países industriais liberais, nos quais triunfaram todos os seus meios característicos, como cinema, rádio, revistas e o jazz.

A cultura dos anos 40, denominada pelos autores de cultura contemporânea, guarda um ar de semelhança entre seus componentes. O cinema, o rádio e as revistas seriam componentes de um único sistema, coerentes em conjunto e em si mesmo, o da indústria cultural. Os autores já não os compreendiam mais como expressão da arte, como cultura, mas sim como um negócio cuja produção destina-se à obtenção de lucro. Resta evidente o cinema como um componente industrial, a partir do momento em que as próprias indústrias cinematográficas assim se afirmam, ao divulgarem as cifras e os lucros de seus filmes nas bilheterias mundiais, suprimindo quaisquer dúvidas em relação à necessidade social dos seus produtos.

Acrescenta-se que, nos anos 40, a televisão⁵, enquanto meio de comunicação de massa, ainda não tinha alcançado seu auge e exercido o monopólio da informação. Entretanto, hoje, pode-se dizer que, graças ao avanço das tecnologias de informação nas últimas décadas, bem como com a formação de grandes conglomerados econômicos na área da comunicação, que detêm grande parcela do mercado, a televisão, a internet⁶ e os telefones se integraram ao cinema, ao rádio, às revistas e formam um sistema em que cada setor se aprimora individualmente, mas ainda mantém seu vínculo com o sistema e continua conferindo à produção a semelhança, a uniformização apontada por Adorno e Horkheimer décadas atrás.

Em virtude de milhões de pessoas estarem dominadas por essa indústria, há a necessidade de criação de métodos de reprodução, ou seja, uma técnica por trás da indústria cultural, que leva à padronização e à produção em série dos bens culturais. Em outras palavras, até mesmo os meios técnicos de produção tendem a se tornar uniformes, de tal modo que ocorre a disseminação de bens padronizados que visam a satisfação de necessidades iguais da massa.

⁵Adorno e Horkheimer (2006, p. 102) viam a televisão como uma síntese entre o rádio e o cinema que, em razão das suas possibilidades ilimitadas, levariam ao aumento do empobrecimento dos materiais estéticos.

⁶Vale ressaltar que, a internet ainda não foi completamente dominada pelo sistema da indústria cultural, pois permite, ainda, manifestações livres dos indivíduos.

Esses padrões seriam aceitos sem resistência pelos cidadãos, segundo Adorno e Horkheimer (2006, p. 100), e isso se explicaria em razão do “círculo de manipulação e da necessidade retroativa no qual a unidade do sistema se torna cada vez mais coesa. [...] A racionalidade da técnica hoje é a racionalidade da própria dominação. Ela é o caráter compulsivo da sociedade alienada de si mesma”. Ou seja, a própria mercadoria produz a necessidade.

Acerca da padronização dos bens de consumo, é interessante ressaltar o que os autores denominam de esquematismo do procedimento. No esquematismo, as mercadorias culturais, que, em tese, são mecanicamente distintas, nada mais são que indistintas entre si. Essa distinção entre os produtos gera, no consumidor, a ilusão de possibilidade de escolha entre as diversas mercadorias apresentadas pela concorrência:

O esquematismo do procedimento mostra-se no fato de que os produtos mecanicamente diferenciados acabam por se revelar sempre como a mesma coisa. As vantagens e as desvantagens que os conhecedores discutem servem apenas para perpetuar a ilusão da ocorrência e da possibilidade de escolha (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 102).

No esquematismo, há padronizações dos conteúdos nas produções artísticas fabricadas pela indústria cultural, que variam tão somente em sua aparência. Nesse cenário, as produções artísticas tornaram-se mercadorias, de modo tal que a própria cultura⁷ se tornou um produto. Dessa maneira, a arte, que antes se destinava à fruição estética através da contemplação, transmutou-se em mercadoria cultural, cuja utilidade externa é a produção do lucro.

A totalidade da indústria cultural resultou no apagamento das diversas formas de manifestações artísticas, reprimindo a autenticidade, a inovação nos diversos meios.

Para Adorno e Horkheimer (2006, p.104), “o mundo inteiro é forçado a passar pelo filtro da indústria cultural”, destarte, quanto mais precisas são as técnicas desenvolvidas pela indústria cultural que replicam os objetos do mundo real, mais fácil é a ilusão de que o mundo

⁷No que tange o conceito de cultura, de acordo com Chauí (1985, p. 14): “Em sentido amplo, cultura é o campo simbólico e material das atividades humanas [...] Em sentido restrito, isto é, articulada à divisão social do trabalho, tende a identificar-se com a posse de conhecimentos, habilidades e gostos específicos, com privilégios de classe, e leva à distinção entre cultos e incultos, daí a diferença entre cultura letrada erudita e cultura popular.”. A cultura popular, tradicionalmente, provém “dos segmentos mais humildes da população [...] refletindo a vida e a experiência” (CARMO, 2007, p. 122). Em grande medida, a cultura popular é construída de forma independente da cultura erudita, que tem sua origem na elite aristocrática, ou na sua reinterpretação.

exterior – o mundo real – é um prolongamento sem ruptura do mundo retratado no filme, levando o espectador a identificar neste a sua própria realidade.

Ademais, inclusive nos momentos de lazer, as pessoas passaram a se orientar com base na unidade que caracteriza a produção, pois o controle da indústria cultural sobre os trabalhadores/consumidores se dá através da diversão, a partir do falso prazer que fornece: “A indústria cultural permanece a indústria da diversão. Seu controle sobre os consumidores é mediado pela diversão” (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 112).

O lazer e entretenimento são necessários para manipulação do indivíduo, daí a diversão converte-se em prolongamento da alienação do trabalho. A indústria cultural nada mais é que a própria indústria da diversão:

A diversão é a o prolongamento do trabalho sob o capitalismo tardio. Ela é procurada por quem quer escapar ao processo do trabalho mecanizado, para se por de novo em condições de enfrentá-lo. Mas, ao mesmo tempo, a mecanização atingiu um tal poderio sobre a pessoa em seu lazer e sobre a sua diversão e sobre a sua felicidade, ela determina tão profundamente a fabricação das mercadorias destinadas à diversão, que esta pessoa não pode mais perceber outra coisa senão as cópias que reproduzem a próprio processo de trabalho (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 113).

Mediante o exposto, a classe operária é totalmente inserida no sistema capitalista sem se tornar revolucionária, mas aceitando passivamente. Nesse contexto, o trabalhador/consumidor⁸ não deve ter necessidade nenhuma de pensamento próprio, o indivíduo perde sua capacidade de exercer a sua própria racionalidade, a espontaneidade, a imaginação; toda e qualquer necessidade lógica para esforço intelectual deve ser evitada, sendo que o próprio produto ofertado já prescreve a reação que o espectador dever ter. Para Carmo (2007, p. 127), “a indústria cultural é um complexo de entretenimento que exerce controle sobre a pessoa e lhe proporciona um falso prazer. O indivíduo é levado a não meditar sobre si mesmo e sobre seu meio social”.

Portanto, a indústria cultural destina a sua produção à fabricação de mercadorias destinadas à diversão, entretanto, ela não é capaz de cumprir com o prazer que promete oferecer aos consumidores, ela gera tão somente a ilusão do prazer e, ainda, o adia de maneira indefinida: “A promissória sobre o prazer, emitida pelo enredo e pela encenação, é prorrogada indefinidamente [...]” (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 115).

⁸O consumidor, na indústria cultural, é formado pelos trabalhadores, empregados, lavradores e pequenos burgueses, que sucumbem sem nenhum tipo de resistência aos bens culturais que lhe são oferecidos.

Em vista disso, as necessidades dos consumidores são produzidas, dirigidas e disciplinadas a partir dos interesses da indústria cultural – assim funciona a sua lógica – de tal modo que elaborou o homem como um ser genérico, facilmente fungível.

A introdução nos consumidores de necessidades supérfluas é tão bem executada pela indústria cultural que os espectadores sequer percebem que suas preferências estão sendo moldadas. Trata-se de uma “manipulação de necessidades de forma retroativa, gerando no indivíduo a sensação de que é ele quem escolhe” (SAISI, 2006, p.162), quando na verdade, a indústria impede que ele decida conscientemente. O consumidor é levado a crer que é responsável por suas próprias escolhas, com base na autonomia de vontade, e que é soberano. Assim sendo, o indivíduo não percebe que não é sujeito da indústria cultural, mas sim seu objeto:

A indústria cultural estimula-as a criarem falsas necessidades e ansiarem por satisfazê-las. Assim, sujeitos livres, mas estão enganando a si mesmas, pois sua liberdade é restrita. Na verdade, sua escolha por bens de consumo se limita a diferentes marcas, ou à imitação de um mesmo produto, a idéias políticas que soam idênticas, embora adotadas por diversos partidos (CARMO, 2007, p. 128).

Diante disso, o ser humano é visto tão somente como consumidor. É, conseqüentemente, mero elemento da indústria cultural. O indivíduo perde sua característica humana para “tornar-se objeto de uma ideologia que permeia a indústria cultural” (CARMO, 2007, p. 130). Desse modo, resta claro no pensamento de Adorno e Horkheimer, o controle ideológico exercido pela indústria cultural sobre a massa.

O arcabouço teórico de Adorno e Horkheimer, sobre a denominada indústria cultural, constituiu um marco importante para o estudo do processo de mercantilização da cultura.

Se, anteriormente, o consumidor tão somente assistia ou ouvia, ante a impossibilidade de interagir com aquele emissor, hoje a interação entre o público e os meios de comunicação de massa é imensa e, cada vez mais, a indústria cultural busca novos mecanismos que facilitem a interação com o espectador e meios de adequar-se a essa mudança de paradigma, principalmente através de interatividade na internet. Outrossim, é interessante destacar o pensamento de Duarte (2002, p. 181), no que se refere à evolução dos mecanismos tecnológicos e o empobrecimento do conteúdo:

Quanto maiores são as possibilidades de registro e produção precisos e abrangentes das imagens e dos sons – hoje levadas ao extremo pelos recursos digitais –, mais empobrecido é o conteúdo. E não pode descuido ou por

necessidade de economizar na produção, mas de modo estudado, no sentido de fazer com que aquilo que se apresenta na tela [...] se diferencie cada vez menos do que se vive na realidade.

É necessário salientar que o avanço das tecnologias de informação permitiu a criação de novos produtos e abriu espaço no mercado para novas ferramentas tecnológicas, tais como gadgets, hardwares e softwares⁹, que geram alta rentabilidade econômica. Por conseguinte, o avanço da tecnologia no mundo globalizado também deu ensejo ao avanço do domínio da indústria cultural sobre o homem. Como bem conclui Duarte (2002, p. 187, grifo do autor):

No detalhamento dos desenvolvimentos recentes dos novos meios de comunicação, associados ao processamento digital de sons e imagens, ressalta um processo de concentração de capital que, na verdade, só reforça as tendências já presentes no modelo “clássico” de indústria cultural, criticamente analisado por Adorno e Horkheimer no início dos anos 40. Tal crítica mostra-se, aliás, hoje mais pertinente do que nunca, pois o aperfeiçoamento dos meios tecnológicos de produção, reprodução e difusão de mensagens visuais e sonoras, permite o aprofundamento e a expansão dos métodos classificatórios e manipulatórios empregados pela indústria cultural, tais como o mencionado confisco do esquematismo e o cultivo planejado da resignação e da conformidade ao *status quo*.

Diante desse cenário, compreende-se que a sociedade vivenciada por Adorno e Horkheimer foi modificada, no entanto, a teoria crítica elaborada persiste e se mostra atual. Tudo aquilo que os autores identificaram nos anos 40 – mercantilização das mercadorias culturais, esquematismo do procedimento, homogeneização dos conteúdos etc. – foi intensificado a partir do fenômeno da globalização, em especial a partir da evolução das tecnologias de informação, da transformação dos meios de comunicação em verdadeiras empresas de comunicação dominadas por grandes conglomerados e abertura de novos mercados. Sendo assim, a indústria cultural continua exercendo sua plenitude e está cada vez mais presente na vida dos consumidores através dos meios de comunicação de massa, detêm o espaço necessário para perpetuação e manutenção da ideologia da sociedade capitalista.

2.3 A MÍDIA NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

⁹ Gadget é o termo utilizado para referenciar aparelhos eletrônicos portáteis com funções específicas, como tablets, smartphones, MP3 players. Hardware refere-se à tecnologia do corpo físico de aparelhos eletrônicos, como computadores, notebooks, smartphones entre outros. Enquanto que o software diz respeito ao sistema operacional ou programa utilizado nos aparelhos eletrônicos, com finalidade de operar o sistema, programar ou tão somente executar determinadas funções.

O conceito de sociedade do espetáculo foi elaborado pelo teórico francês Guy Debord¹⁰ (1931 – 1994) na década de 60, no século XX. O livro *La Société du spectacle* foi lançado em Paris em novembro de 1967, tornando-se conhecido após os fatos ocorridos em maio de 1968, na França. Tais acontecimentos, em grande medida, foram influenciados pelo movimento contestador da Internacional Situacionista, surgido em 1957, na Itália, fundado por Debord e outros pensadores da época, que aspiravam transformações sociais. A atuação do movimento foi decisiva para o processo de luta política, ideológica e cultural daquele período.

Muito embora o autor francês não tenha sido um pesquisador frankfurtiano, suas reflexões críticas permitem uma aproximação com os pensadores da Escola de Frankfurt. O pensamento debordiano pode ser melhor compreendido a partir da teoria crítica da sociedade capitalista de Adorno e Horkheimer. Ademais, ambos partilham, como base teórica, os pensamentos e as críticas marxistas, opondo-se ao capitalismo e identificando os problemas gerados pelo modo de produção capitalista na sociedade moderna.

Assim sendo, no livro “A sociedade do espetáculo”, ao longo de duzentas e vinte e uma teses, Debord centra sua crítica ao modo de produção capitalista e verifica a existência de um sistema de acúmulo de imagens, o qual dá origem ao que o autor denomina como sociedade do espetáculo, no qual há o predomínio da imagem sobre a coisa. Diante do exposto, objetiva-se, nesse momento do trabalho, analisar o pensamento debordiano à luz de seus conceitos essenciais, para posteriormente, examinar a espetacularização da notícia sobre o crime.

2.3.1 A Sociedade do Espetáculo, de Guy Debord: O Espetáculo como Fábrica de Alienação do Espectador

Debord almejava compreender um dado momento histórico na sociedade capitalista, no qual a lógica mercantil estava presente em todas as dimensões da vida social, a partir de uma releitura do pensamento marxista, atualizando-o e complementando-o, com especial atenção, no que se refere à presença de imagens nas relações sociais de produção, troca e consumo. Como expõe Coelho (2006, p. 16):

¹⁰Guy Debord nasceu em Paris, em 28 de dezembro de 1931. E em 30 de novembro de 1994, cometeu suicídio na região de Auvergne, na França, ao desferir um tiro contra si.

O espetáculo confirma o caráter mercantil das relações sociais capitalistas: a lógica da separação é um componente essencial das relações sociais capitalistas. O capitalismo é um processo histórico que separou os trabalhadores dos meios de produção e tornou possível a transformação da força de trabalho em mercadoria. Com essa transformação, o produto do processo de trabalho e próprio processo do trabalho são separados dos trabalhadores, que deixam de ter qualquer controle social sobre eles.

Dessa forma, adverte-se, desde logo, que o conceito de espetáculo não constitui um substituto ao conceito de sociedade capitalista, bem como “não significa a existência de uma sociedade dominada pelos meios de comunicação, particularmente pelos mecanismos de produção de imagens” (COELHO, 2006, p. 14).

Debord (1997, p. 13) preceitua, em sua primeira tese¹¹ da obra, que o espetáculo se faz presente em todas as sociedades cujos modos de produção capitalista imperam: “Toda a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se anuncia como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era diretamente vivido se afastou numa representação”. No pensamento debordiano, a sociedade moderna foi tomada pela representação, tudo aquilo que era real tornou-se uma ilusão, uma representação.

O espetáculo se apresenta, ao mesmo tempo, como a própria sociedade e como parte dela e, ainda, como instrumento de unificação. Conforme o autor ressalta, o conceito de espetáculo não corresponde a um conjunto de imagens, “mas uma relação social entre pessoas, mediada por imagens” (DEBORD, 1997, p.14). Logo, constitui um elemento articulador que estabelece mediações entre as diversas dimensões da realidade social capitalista através de imagens, ou seja, as relações sociais deixam de ser autênticas para se tornarem aparentes.

O espetáculo, considerado em sua totalidade, é, ao mesmo tempo, fruto do modo de produção capitalista quando constitui o próprio projeto desse modo de produção que reina na sociedade moderna. Deste modo, a espetacularização seria âmago do irrealismo daquela coletividade. Para o autor, sob todas as suas formas particulares, “o espetáculo constitui o *modelo* atual de vida dominante na sociedade. É a afirmação onipresente da escolha *já feita* na produção” (DEBORD, 1997, p. 14, grifo do autor). Resta evidente que o espetáculo constitui um meio de dominação oriundo de uma escolha realizada no modo de produção capitalista.

Outrossim, além de constituir um projeto do modo de produção capitalista, não almeja chegar a nada que não seja ele próprio: “o espetáculo é a *principal produção* da

¹¹Debord estrutura a obra “A sociedade do espetáculo” em teses curtas divididas ao longo de nove títulos, totalizando 221 (duzentos e vinte uma), nas quais expõe seu pensamento crítico em relação ao capitalismo e verifica a existência do acúmulo de imagens em que há o predomínio da imagem sobre a coisa.

sociedade atual. [...] Ele nada mais é que a economia desenvolvendo-se por si mesma. É o reflexo fiel da produção das coisas, e a objetivação infiel dos produtores” (DEBORD, 1997, p.17, grifo do autor). Portanto, os meios do espetáculo também são seu fim.

O autor, ainda, critica fortemente o domínio da aparência na sociedade espetacular, no qual a vida social deixou de ser autêntica para se tornar um acúmulo de imagens:

A primeira fase da dominação da economia sobre a vida social acarretou, no modo de definir toda realização humana, uma evidente degradação do *ser* para o *ter*. A fase atual, em que a vida social está totalmente tomada pelos resultados acumulados da economia, leva a um deslizamento generalizado do *ter* para o *parecer*, do qual todo o “*ter*” efetivo deve extrair seu prestígio imediato e sua função última. Ao mesmo tempo, toda realidade individual tornou-se social, diretamente dependente da força social, moldada por ela. Só lhe é permitido aparecer naquilo que ela *não é*. (DEBORD, 1997, p. 18, grifo do autor)

Diante desse predomínio da aparência sobre o ser na sociedade espetacular, a realidade perdeu espaço para a representação, assim, a imagem da coisa tornou-se mais importante do que ela em si.

O ser humano, na sociedade espetacularizada, é um indivíduo alienado, dominado, que apenas contempla o espetáculo, o qual produz a alienação, que antes estava presente apenas no processo de produção, estende-se à vida social daquele trabalhador. Na esteira do pensamento debordiano, “o espetáculo na sociedade corresponde a uma fabricação concreta da alienação” (DEBORD, 1997, p. 24), sendo ela que constitui o alimento da própria economia. Destarte, na medida em que a economia cresce e se desenvolve, há o aumento da alienação do indivíduo.

Como consequência social da alienação da massa há a “*reificação* ou *coisificação* do homem que se converte em um consumidor voraz e ininterrupto de produtos de pouca ou nenhuma utilidade, mas que são apresentados como artigos indispensáveis para que se alcance a felicidade” (GOMES, 2015, p. 44, grifo do autor). Dessarte, o indivíduo torna-se um consumidor passivo e submisso ao espetáculo, desvinculando-se de seu próprio mundo, de sua história.

O autor francês reforça ainda mais a relação entre a sociedade do espetáculo e o capitalismo ao aduzir que “o espetáculo é o capital em tal grau de acumulação que se torna imagem” (DEBORD, 1997, p. 33). Por conseguinte, sociedade capitalista é espetacularizada, em que os indivíduos não vivem a realidade, mas sim uma representação de uma realidade

própria construída através de imagens. Ou seja, na sociedade do espetáculo, a realidade social nada mais é que uma imagem, uma representação:

A sociedade de consumo é regida pelos vínculos estabelecidos entre as pessoas a partir de imagens e das representações que elas inspiram, e o homem é transformado em espectador de um universo em que os astros e estrelas são mercadorias. Estas se convertem em verdadeiro objeto de desejo – pelo que representam, não pela sua utilidade – algo com o que o homem passa a se relacionar diretamente, porém em uma posição de dependência (GOMES, 2015, p. 48).

Na sociedade do espetáculo, dominada pela mercadoria, com os espectadores alienados, o trabalhador/consumidor consome aquilo que o mercado determina, consome a partir da imagem – aparência – dos produtos e não do seu valor de uso. Há a imposição de pseudonecessidades forjadas pelo próprio mercado.

Com base no pensamento marxista, Debord (1997) defende que o dinheiro dominou a sociedade, tornando-se o equivalente abstrato de todas as mercadorias disponíveis no mercado:

O espetáculo é a outra face do dinheiro: o equivalente geral abstrato de todas as mercadorias. O dinheiro dominou a sociedade como representação da equivalência geral, isto é, do caráter intercambiável dos bens múltiplos, cujo uso permanecia incomparável. O espetáculo é o seu complemento moderno desenvolvido, no qual a totalidade do mundo mercantil aparece em bloco, como uma equivalência geral àquilo que o conjunto da sociedade pode ser e fazer. O espetáculo é o dinheiro que apenas se olha, porque nele a totalidade do uso se troca contra a totalidade da representação abstrata. O espetáculo não é apenas o servidor do pseudo-uso, mas já é em si mesmo o pseudo-uso da vida (DEBORD, 1997, p. 34).

Após vislumbrar a sociedade do espetáculo como uma sociedade alienada e fetichizada pelas imagens das mercadorias, o sociólogo francês explora outro aspecto de seu pensamento, referente ao tempo espetacular. Esse constituiria um tempo pseudo-cíclico consumível, aquele que foi transformado pela indústria, que tem sua base na produção de mercadorias na sociedade capitalista, constituindo, ele próprio, uma espécie de mercadoria.

O tempo espetacular, sob essa perspectiva, possui a capacidade de desassociar o público do tempo cronológico – o tempo real – e inseri-lo em um tempo virtual. Assim, é o tempo de uma realidade que se transforma, sendo vivido de maneira ilusória: “O espetáculo, como organização social da paralisia da história e da memória, do abandono da história que se

erige sobre a base do tempo histórico, é a *falsa consciência do tempo*.” (DEBORD, 1997, p. 108, grifo do autor).

Ante o exposto, é possível verificar aproximações entre o pensamento de Adorno e Horkheimer em relação ao de Debord, uma vez que ambos partilham uma postura crítica em relação à sociedade capitalista, como por exemplo, no que tange a alienação crítica da massa e ao fetichismo da mercadoria. No entanto, a crítica do autor francês, no que concerne ao fetichismo da mercadoria de Marx, situa-se historicamente um passo adiante da indústria cultural, pois o autor atualiza a noção marxista e a insere na sociedade de consumo a fim de explicar o processo de alienação da massa. A diferença histórica entre elas refere-se ao expressivo avanço tecnológico dos meios de comunicação de massa, que permitiu traduzir a vida por meio da imagem. Desse modo, o espetáculo transformou o culto à mercadoria em culto à imagem da mercadoria, destinada ao consumo da massa (GOMES, 2015).

Uma vez examinados os pressupostos teóricos da pesquisa na presente seção, objetiva-se analisar, então, a transformação da notícia sobre o crime em mercadoria, além da configuração dos meios de comunicação de massa em agência do sistema punitivo.

2.3.2 Os Meios de Comunicação de Massa e o Espetáculo: A Espetacularização das Notícias

Os meios de comunicação de massa, enquanto componentes da indústria cultural, acompanharam as transformações ocorridas no bojo da sociedade e contribuíram para o fortalecimento da fábrica do entretenimento. Hoje, na era da globalização¹² – em que as fronteiras entre países foram flexibilizadas, principalmente, a partir do desenvolvimento tecnológico – o foco dos *mass media* não apenas informar, mas também entreter.

Pode-se dizer que “a maior parte dos principais órgãos de comunicação social é hoje parte de grandes grupos econômicos, frequentemente internacionais” (PINA, 2009, p. 123). Os meios de comunicação de massa integram, pois, grandes conglomerados econômicos, tornando-se verdadeiras empresas, orientadas pela lógica de produção capitalista, em que um dos principais produtos a ser comercializado é a notícia, que pode ser vendida em qualquer parte do mundo graças às novas tecnologias.

¹²Acerca do conceito de globalização, Gomes (2015, p. 53) preleciona que a globalização constitui “um fenômeno multifacetado, com reflexos econômicos, políticos, jurídicos, mas também e, sobretudo, culturais. – institui uma verdadeira flexibilização progressiva de fronteiras de vários países, permitindo um fluxo intenso e ininterrupto de milhões de pessoas que passaram a ter contato com agregadores culturais que lhes eram, até então, inacessíveis, e que serão inevitavelmente partilhados por esse universo humano nos cinco continentes”.

Patias (2006, p. 83), sobre a relação entre a espetacularização e a incorporação de grupos de comunicação de massa por conglomerados, afirma que “o avanço da espetacularização ocorre no mesmo período em que se dá a expansão dos grandes conglomerados econômicos que incorporam também grupos de comunicação”.

Ademais, a passagem da lógica comunicacional para a lógica comercial, através dos meios de comunicação de massa, implicou, também, mais uma tendência presente na indústria cultural: a homogeneização do conteúdo. O aumento da concorrência comercial entre os *mass media* resultou na uniformização dos produtos jornalísticos. Pina (2009) afirma que a mídia, sobretudo a televisão, para atingir níveis máximos de audiência, tende a privilegiar fatos e acontecimentos que interessam a todos de maneira geral, mas que não são importantes e tampouco proporcionam reflexões:

Uma das consequências da concorrência comercial entre os media é a tendência para a homogeneização dos produtos jornalísticos, realizada sobretudo a partir da televisão. Visando atingir níveis máximos de audiência, o jornalismo televisivo tende, de facto, a privilegiar aquilo que Bourdieu classifica como factos *omnibus*, acontecimentos que são de molde a interessar toda gente, “que não dividem, que fazem consenso, que interessam a toda gente, mas de uma maneira tal que não tocam em nada que seja importante” (Bourdieu, 2001:10), como é o caso dos *faits-divers*, e particularmente das notícias sobre crimes (PINA, 2009, p.124, grifo do autor).

Com efeito, a notícia, enquanto produto da atividade jornalística, deve incorporar certas características que a tornem atraente aos olhos do consumidor para aumentar os índices de audiências, de acesso aos sites e, conseqüentemente, elevar as possibilidades de venda de espaços publicitários aos anunciantes. Rompe-se, portanto, mais uma barreira, a barreira da publicidade e do jornalismo. Na civilização do espetáculo, as notícias se tornaram produtos a serem vendidos em dois mercados distintos, um para o mercado consumidor e outro para os anunciantes:

Portanto, eles apresentam um duplo caráter de mercadoria. Os jornais são valorizados nos mercados dos anunciantes à medida em que têm grande público-leitor, que deve ser cativado e atraído para se manter fiel a esse produto. Esse leitor, então, também se torna uma “mercadoria” a ser vendida no mercado dos anunciantes (MARQUES, 2006, p. 36-37, grifo do autor).

O aumento das possibilidades de consumo pelo espectador, aliado à facilidade de acesso à informação – hoje, um único aparelho, como o telefone, o notebook, pode cumprir

as funções antes limitadas à televisão, ao rádio, aos jornais e revistas – proporcionou a transmissão das informações com maior velocidade, praticamente em tempo real. Entretanto, elas perdem seu apelo ao consumidor rapidamente, afinal, sempre há algo *novo* e mais *atraente* a ser visto.

Para que os meios de comunicação de massa consigam captar mais espectadores e manter sua audiência – preservando o lucro – eles recorrem ao sensacionalismo, ao pitoresco, ao inusitado, a tudo aquilo que for capaz de chamar a atenção da massa para alcançar resultados econômicos melhores.

2.3.2.1 O sensacionalismo e a espetacularização da notícia

O indivíduo, na civilização do espetáculo, vive a imagem do espetáculo como se fosse realidade, pois é incapaz de distinguir a imagem a ele apresentada da realidade factual, e de construir a sua própria representação dos fatos. Com isso, o ser humano vive a representação dos meios de comunicação de massa como a sua realidade.

Entretanto, essa realidade vivida necessita de certa dose de emoção, do irreal. Essa tarefa de complementar a realidade com fantasia é exercida com maestria pelos meios de comunicação de massa e, principalmente, pela televisão:

Grande parte das mensagens televisivas não pretende convencer com argumentos racionais, e sim com a fascinação da magia sobre a lógica. Ao buscar índices cada vez maiores de audiência, costuma-se dar tratamento espetacular a qualquer realidade da qual a tevê se aproxima. Inclusive a política tem se tornado um espetáculo. **A emoção impõe-se sobre a razão** (CARMO, 2007, p. 144, grifo nosso).

Ademais, conforme atenta Sandano (2006) diante da transformação da notícia em mercadoria, pautada na lógica do espetáculo, não surpreende que tenha se tornado avassaladora a mistura entre jornalismo e entretenimento a partir do processo de transnacionalização da cultura. Como o próprio autor destaca, nesse processo de mercantilização da notícia, também foi quebrada a barreira entre a mídia séria e a sensacionalista:

As linguagens de um e outro continuam a apresentar significativas diferenças, mas a aproximação do modo de produção das notícias e os modelos gerenciais dos grandes conglomerados que buscam a “sinergia” em entre suas marcas reforçam a idéia de que a distinção entre mídia “séria” e

popular não passa de uma ilusão análoga a que estabelecia distinções enfáticas entre os produtos da indústria cultural (SANDANO, 2006, p.63)

Atualmente, os meios de comunicação de massa não têm interesse em levar, apenas, a notícia ao espectador; eles querem entreter, diverti-lo. A linha que outrora separava a informação do entretenimento se enfraqueceu, hoje “na civilização do espetáculo, os meios de comunicação entretêm e divertem a massa informando” (GOMES, 2015, p. 56).

Dessa maneira, os programas jornalísticos, não raro, deixam de lado a missão de informar para entreter, em especial, os programas notadamente sensacionalistas, dotados de altas cargas de dramatização, que visam muito mais em divertir o público receptor do que informá-los dos fatos, fazendo uso de diversos recursos dramáticos para atraí-lo: “a grande maioria dos veículos não tem como se limitar a tarefa de informar: precisa emocionar, precisa seduzir a platéia o tempo inteiro” (BUCCI, 2009, p. 31-32). Quando a cobertura jornalística versa sobre fatos criminosos, o apresentador faz com que o espectador se coloque no lugar da vítima, que agora é figura emblemática a ser explorada pela cena pública.

Na espetacularização da notícia, o sensacionalismo é elemento essencial para o entretenimento gerado pelos meios de comunicação de massa. O popularesco se vale da linguagem do espetáculo, explora aquilo que chama atenção do espectador. Os jornalistas extraem de fatos cotidianos a carga apelativa e emocional necessárias para tornar a notícia em mercadoria que se vende quase que por si mesma. Nesse sentido:

O gênero, no seu estilo e forma tende a explorar o extraordinário, o anormal, o *fait divers*, utilizando-se da linguagem do espetáculo e imagens chocantes que prendem a atenção do público criando grande expectativa [...]. O jornalismo sensacionalista extrai do fato, da notícia, a sua carga emotiva e apelativa e a enaltece. Quase fabrica uma nova notícia, que passa a se vender por si mesma. [...] Ao contrário do jornalismo sério, o sensacionalismo se presta a informar mais para satisfazer as necessidades instintivas do público, por meio de formas sádicas e espetaculares, expondo pessoas ao ridículo (PATIAS, 2006, p. 81-82, grifo do autor).

Muito embora o gênero sensacionalista possa aparecer em qualquer meio de comunicação (televisão, rádio, jornais impressos, até mesmo naqueles tidos como mais sérios), ele é, fortemente, explorado em programas policiais cujo objetivo principal é, em tese, informar a população acerca dos crimes.

Nessa espécie de jornalismo sensacionalista, cuja verdadeira finalidade é o entretenimento para alavancar os índices de audiência, a mídia abre mão de regras essenciais para o desempenho da atividade jornalística, em especial, o dever de informar com a verdade:

A mídia abre mão de regras básicas de bom jornalismo: ouvir todas as partes envolvidas, conferir as informações antes de divulgá-las, e, principalmente, não condenar previamente suspeitos ou acusados. No gênero sensacionalista é comum ver simples suspeitos, apresentados, pela polícia, serem julgados e condenados ao vivo, sem direito à defesa (PATIAS, 2006, p. 97).

De acordo com Bucci (2009), o sensacionalismo lança mão de estratégias¹³, fórmulas certas, que engalfinham os olhos do espectador e o prendem à notícia. O indivíduo é coisificado, utilizado como personagem da narrativa. Não há princípios a serem respeitados em sua divulgação, pois “o sensacionalismo não precisa de princípios nem de originalidade. O que vende no sensacionalismo é o horror ou o fascínio que ele desperta. Ele usa o novo para entregar o velho, o conhecido, o repetido” (BUCCI, 2009, p.59). Torna-se cada vez mais difícil distinguir o que é informação e o que é divertimento.

Essa aproximação entre o jornalismo e o entretenimento foi realizada tanto por razões econômicas, quanto por razões culturais. Hoje, o entretenimento exerce tanta influência sobre as narrativas jornalísticas de tal modo que:

O noticiário jornalístico da atualidade constrói pequenas novelas diárias ou semanais cujos protagonistas são tipos da vida real absorvidos por uma narrativa que funciona como se fosse ficção. [...] O telejornalismo disputa mercado não apenas com outros veículos informativos, mas também com opções de lazer. Precisa ser envolvente, divertido, leve, colorido, ou perde o público sedento de novas sensações. [...] **A realidade que interessa, para um (jornalismo baseado nos fatos) e para outro (entretenimento com base na ficção), é a realidade espetacular, uma realidade que se confecciona para seduzir e emocionar a platéia** (BUCCI, 2000, p. 142, grifo nosso).

As consequências da fabricação dessa realidade espetacular vão bem além do sensacionalismo. A criação de uma realidade espetacular implica, também, no egocentrismo, no fetichismo, em sexismo e, por fim, se materializa no culto às falsas imagens. Os personagens do noticiário jornalístico são reais, pois são de fato pessoas do mundo real, feitas de carne e osso, porém são fabricadas, pois sua composição segue uma coerência bem mais dramática do que a realidade (BUCCI, 2000).

¹³“A estratégia pela qual o sensacionalismo captura a alma do leitor: primeiro um choque; depois, o choque se abre numa proposta indecente de um prazer que não deixa ver; então, um pacto de baixaza em que se declara que ali ninguém presta; a seguir, uma oferta de gozo, um dar-se os braços no vício irresistível; por fim, um virar de página, de canal, de assunto, e tudo será esquecido, sem penas, sem responsabilidade” (BUCCI, 2009, p. 58).

Nesse contexto, o crime é uma fonte inesgotável de entretenimento, constituindo um produto altamente lucrativo para empresas jornalísticas. O delito, na verdade, sempre despertou a atenção na cultura popular, desde a antiguidade até a idade moderna. Durante muitos séculos, o exercício do poder punitivo foi dramatizado, sendo o castigo um verdadeiro espetáculo que, até hoje, desperta o fascínio da população:

O crime é um produto estético, um projecto altamente visual tanto quanto linguisticamente metafórico [...] Tem que ser infinitamente reinventado em diferentes formatos, re-embrulhado e remarcado. Talvez de forma mais interessante, ocupa um espaço no qual, inteiramente deslocado da realidade para os media, tem que ser reinventado pelos media (BROWN, 2003 apud PINA, 2009, p. 141).

No noticiário criam-se estereótipos que etiquetam os bons e os maus, os bandidos e os mocinhos, os vilões e os heróis. Não faltam exemplos na realidade brasileira de coberturas jornalísticas estruturadas como verdadeiras novelas dramáticas, que dominam o horário nobre da televisão durante semanas e até mesmo meses.

Mais recentemente, temos como exemplo a cobertura jornalística da operação Lava Jato, da Polícia Federal. A narrativa construída pelos meios de comunicação de massa tornou o juiz federal Sérgio Fernando Moro – Juiz da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, na qual tramita parte das ações advindas da operação – uma figura pública e conhecida no país, ao estampá-lo como um super-herói no combate à corrupção. De um lado, a imagem do super-juiz-herói incansável, Sérgio Fernando Moro e, do outro, no núcleo malvado e perverso da história, os políticos corruptos, empreiteiras, operadores financeiros, que representam o que há de pior em nossa sociedade e devem ser duramente combatidos. Temos, ainda, como personagens coadjuvantes nessa narrativa, Procuradores da República e Policiais Federais envolvidos no caso, incrementando ainda mais a história.

A operação Lava Jato foi iniciada em março de 2014. No primeiro momento, perante a Justiça Federal, em Curitiba, e, posteriormente, em março de 2015, no Supremo Tribunal Federal, a partir da apresentação de 28 petições para a abertura de inquéritos criminais pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot contra parlamentares. Mesmo após dois anos do início da operação, a Lava Jato, até hoje, rende boas pautas para os jornais brasileiros, surgindo, a cada passo da investigação, um novo personagem a ser explorado.

A narrativa descrita acima é tão somente um dos exemplos do uso do sensacionalismo, da dramatização das imagens e dos fatos pela mídia. Recorrentemente, os meios de comunicação estampam nas capas dos jornais e nos cadernos policiais imagens de

fatos criminosos que chamam a atenção do leitor e, em especial, no telejornalismo brasileiro, é a imagem que preside a notícia.

Os meios de comunicação de massa são produtores do espetáculo e, através da espetacularização da notícia, constroem uma representação da realidade a partir dos interesses mercadológicos. Em outras palavras, a realidade social nada mais é que uma imagem, uma representação que não necessariamente corresponde à realidade factual.

A construção da realidade pelos meios de comunicação de massa e suas consequências, além dos seus reflexos sobre o movimento expansionista do direito penal, a partir da disseminação no seio social do medo e a exploração do discurso do populismo penal e criação midiática da imagem do inimigo, serão analisados ao longo das próximas seções dessa dissertação.

3 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA: COMO SE CONSTRÓI O INIMIGO

Pretende-se, nessa seção, inicialmente, examinar o processo de criminalização primária, bem como identificar e analisar os fatores que determinam a seleção criminalizante. Posteriormente, serão verificados os fundamentos do poder punitivo no Brasil à luz das teorias legitimadoras, pautadas no saber dogmático, para que, ao final, com base na criminologia crítica, se reflita acerca das verdadeiras funções da pena e do poder punitivo, no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 SELETIVIDADE DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Consoante preconizam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011, p. 60, grifo do autor), o sistema penal é definido como o “*conjunto de agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção*”. Desse modo, os processos de criminalização constituem uma seleção penalizante, na qual são escolhidas determinadas pessoas ou grupos de pessoas que sofrerão coação por meio da pena.

Nessa esteira de pensamento, o sistema penal é constituído por um conjunto de agências que atuam conforme seu próprio poder. Dessa forma, não agem de modo coordenado, mas em compartimentos, segundo seus próprios interesses.

No mesmo sentido, preconiza Baratta (2011, p. 161) acerca do significado do direito penal enquanto sistema dinâmico de funções, com três mecanismos distintos a serem analisados separadamente:

O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção de normas (criminalização primária), o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

Zaffaroni et al. (2011, p. 60) elencam, ao menos, sete agências¹⁴ que compõem o sistema punitivo, cujo resultado de seu funcionamento, em conjunto, não passa de uma referência discursiva em relação às suas funções manifestas ou atribuídas:

¹⁴De acordo com Zaffaroni et al. (2011, p. 43, grifo do autor): “A referência aos entes gestores da criminalização como *agências* tem como objetivo evitar outros substantivos mais valorados, equívocos ou inclusive pejorativos

Na análise do sistema penal devem ser consideradas as seguintes agências: **a)** as *políticas* (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); **b)** as *judiciais* (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); **c)** as *policiais* (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância; **d)** as *penitenciárias* [...]; **e)** as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); **f)** as de *reprodução ideológica* (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); **g)** as *internacionais* [...] (ZAFFARONI et al., 2011, p. 60, grifo do autor).

Interessante salientar que não há coordenação entre as agências que atuam dentro do sistema penal, pois elas são regidas “*por relações de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas*” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 60, grifo do autor). Entre algumas agências, a competitividade é mais acentuada e aberta, como no caso das agências de comunicação social e políticas, em que seus agentes disputam entre si a clientela através da utilização de discursos simplistas, em especial, os discursos repressivos.

Por mais simplistas e incongruentes que esses argumentos possam ser, são respaldados pelo afã competitivo e ganham força a partir da sua reiteração pelos meios de comunicação: “a mensagem jornalística se assemelha à publicitária quanto à sua concisão, simplicidade, emotividade, impacto sobre a atenção etc.” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 61). Portanto, a atuação das agências comunicacionais reforça a falsa imagem do sistema penal e do aumento do poder punitivo como solução para os mais diversos problemas sociais.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os processos criminalizantes são fruto da atuação das agências que compõem o sistema penal – dentre as quais se incluem os meios de comunicação social – e se desenvolvem em duas etapas denominadas de criminalização primária e secundária.

3.1.1 Processo de Criminalização Primária

A criminalização primária refere-se ao processo de edição das leis penais – corresponde a uma decisão política do legislador de sancionar determinada conduta ilícita com uma pena correspondente –, enquanto que o processo de criminalização secundária se relaciona com a ação punitiva em face daqueles que descumpriram o mandamento legal:

(tais como corporações, burocracias, instituições, etc.). *Agência* (do latim *agens*, particípio do verbo *agere*, fazer) é empregada aqui no sentido amplo e dentro do possível neutro de *entes ativos* (que atuam)”.

Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. [...] Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). [...] a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente (ZAFFARONI et al., 2011, p. 43).

No mesmo sentido, preleciona Andrade (2015) que a criminalização primária corresponde ao processo de criação das leis penais, definindo os bens jurídicos que serão tutelados, bem como quais as condutas serão tipificadas como crime, e a pena cominada ao delito com base numa relação inversa de danosidade social dos comportamentos.

Por conseguinte, o direito penal, até certo ponto, pré-seleciona aqueles indivíduos que são criminalizáveis, e isto revela a seletividade do sistema com vistas a atingir os desvios oriundos de classes e grupos sociais marginalizados, dando-se ênfase às condutas que são contrárias às relações de produção – como delitos contra o patrimônio individual – e ao Estado, em detrimento da criminalização de condutas que afetam bens jurídicos, como a vida, a honra e a liberdade pessoal. Por outro lado, permeiam as classes sociais hegemônicas – detentoras do poder econômico e político –, que são punidas de maneira simbólica ou sequer são criminalizadas.

Baratta (2011) identifica no direito penal abstrato – criminalização primária – os seus *conteúdos* e *não conteúdos*. Para o autor, a norma penal reflete um sistema de valores que são próprios de “uma cultura burguesa individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados” (BARATTA, 2011, p. 176).

Nessa perspectiva, os não-conteúdos, no processo de seleção criminalizadora primária, referem-se à tendência de direcionamento da criminalização às classes sociais dos estratos mais baixos da sociedade. Em contrapartida, omitem-se ou tipificam-se simbolicamente as condutas socialmente danosas, praticadas por indivíduos das classes sociais mais altas, imunizando-os no processo de seleção (ANDRADE, 2015). Acerca dos não-conteúdos¹⁵ da lei penal, compreende Baratta (2011, p. 176) que:

¹⁵De acordo com Baratta (2011) o conceito *não-conteúdo* tem como referência o pensamento de Habermas (1975, 1973, p. 228).

Quanto aos “não conteúdos”, começa-se, finalmente, a procurar a raiz do assim chamado “caráter fragmentário” do direito penal (que os juristas frequentemente assumem como um *dado da natureza*), não só na pretensa inidoneidade da *técnica* de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações antissociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais *funcionais* às exigências do processo de acumulação de capital. Criam-se, assim, zonas de imunização para o comportamento cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas.

A criminalização primária, tal qual a secundária, tende a alcançar a parcela mais fragilizada da população, pois como bem destaca Baratta (2011) as normas de direito penal não se formam e nem se aplicam de forma seletiva, apenas, mas refletem as desigualdades existentes, além do direito penal exercer, também, uma função ativa de reprodução e produção de desigualdade:

Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado a cobertura colateral ideológica desta mesma seletividade (BARATTA, 2011, p. 166, grifo nosso).

Nesse viés, o processo de criminalização primária constitui-se como importante instrumento de controle social dos marginalizados e manutenção das desigualdades sociais ao pautar a elaboração da lei penal, segundo os interesses das classes dominantes.

3.1.2 Processo de Criminalização Secundária¹⁶

Em consonância com o disposto anteriormente, “*a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas*” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 43 – grifo do autor). Logo, ela se refere à atuação das agências de controle penal em face do

¹⁶Muito embora essa dissertação analise os reflexos da influência dos meios de comunicação de massa, enquanto agência do poder punitivo, sobre o processo de criminalização secundária, é necessário expor algumas considerações sobre a segunda etapa da seleção criminalizante para melhor compreensão desse processo em sua totalidade.

descumprimento da norma penal e, portanto, opera por meio da atuação das agências formais de controle e seus agentes: agências policiais e judiciais (Ministério Público, magistrados e os agentes públicos envolvidos na persecução penal). Conforme compreendem Zaffaroni et al. (2011, p. 43), o processo de criminalização primária ocorre:

Quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).

O programa da criminalização primária é tão extenso que jamais algum país pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua completude, nem sequer em parcela considerável, pois é inimaginável. À vista disso, há uma disparidade entre o número de condutas criminalizadas que de fato ocorrem no seio social e a parcela de episódios que chegam ao conhecimento das agências do sistema punitivo. A esse *déficit* entre a criminalidade aparente e a criminalidade real, dá-se o nome de *cifra oculta* ou *cifra negra* (ZAFFARONI et. al., 2011).

A capacidade operativa das agências de criminalização secundária é limitada, assim sendo, sua atuação é forçosamente seletiva. Nesse cenário, cabe às agências policiais decidirem quem são as pessoas que serão criminalizadas – os potenciais transgressores da norma – e os vitimizados – as vítimas potencialmente protegidas – em razão da impossibilidade de execução completa do programa criminalizante.

Esse poder é fundamentalmente exercido pelas agências policiais, que não atuam tão somente segundo seu critério exclusivo. A seleção também é orientada pelo poder de outras agências penais, tais como as de comunicação social. Zaffaroni et al. (2011, p. 45, grifo do autor) destacam o papel desempenhado pelos designados empresários morais, na seleção criminalizante, e sua influência sobre as agências do poder punitivo:

A empresa criminalizante é sempre orientada pelos *empresários morais*, que participam das duas etapas de criminalização; sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam. [...] O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade. [...] Em qualquer um dos casos, a *empresa moral*

acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicada.

Vê-se que os meios de comunicação também podem ser considerados empresários morais que operam dentro do sistema punitivo e influenciam, sobremaneira, a atuação das agências políticas (criminalização primária) e executivas (criminalização secundária). As agências comunicacionais, a partir da divulgação dos fatos praticados por indivíduos socialmente vulneráveis, constroem a imagem do criminoso estereotipado no imaginário coletivo.

Acerca da construção do estereótipo do criminoso pelas agências da comunicação social, Zaffaroni et al. (2011, p. 46, grifo do autor) afirmam que:

Os atos mais grosseiros cometidos por essas pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como *os únicos delitos* e tais pessoas como *os únicos delinqüentes*. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um *estereótipo* no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas *desvaloradas*, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob forma de *preconceitos*, o que resulta em fixar uma *imagem pública do delinqüente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária.

Nessa perspectiva, verifica-se que a seletividade opera contra os que são mais vulneráveis – os marginalizados – à criminalização secundária, e, logo, têm menos chance de defesa frente ao arbítrio do poder punitivo, os quais se encaixam com maior facilidade no estereótipo do criminoso.

3.1.3 A Seletividade dos Processos Criminalizantes

Inicialmente, a seletividade do sistema penal foi identificada pela criminologia da reação social (*labelling approach*). O movimento criminológico da reação social revolucionou o paradigma etiológico da criminologia ao formular, como tese central, que o desvio e a criminalidade não constituem uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída em relação à reação social, “mas sim uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos formais e informais de definição e seleção” (ANDRADE, 2003, p. 206).

Nesse viés, a criminalidade¹⁷ se revela a partir da característica atribuída a determinados sujeitos, através do duplo processo de criminalização: primeiramente, a definição legal do tipo penal, que atribui à determinada conduta o caráter ilícito e, posteriormente, a seleção que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso dentre todos aqueles que praticam atos criminosos (ANDRADE, 2003). De acordo com essa perspectiva, o desvio não é uma qualidade inerente à conduta, mas surge da interação entre a pessoa que comete o ato e aqueles que reagem a ela:

Ao afirmar que a criminalidade não tem natureza ontológica, mas social e definitorial e acentuar o papel constitutivo do controle social na sua construção seletiva, o *labelling* desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das “causas” do crime, pois, da pessoa do autor e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal (ANDRADE, 2003, p. 42, grifo do autor).

Com efeito, o movimento do *labelling approach* representou uma clara ruptura epistemológica e metodológica em relação à criminologia tradicional, orientada pelo paradigma etiológico-determinista. A criminologia da reação social possibilitou o desenvolvimento das teorias da criminologia radical norte-americana e da nova criminologia inglesa e europeia, que, posteriormente, culminaram na criminologia crítica (ANDRADE, 2003).

Consoante elucida Baratta (2011, p. 160), a criminologia crítica “historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição”. Sob o viés da criminologia crítica, a criminalidade não pode ser mais considerada como qualidade ontológica de certos comportamentos e indivíduos, revelando-se, na verdade:

Como *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre os indivíduos que realizam as infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2011, p. 161).

A criminalidade é, dessa maneira, distribuída, de forma desigual, através dos processos de criminalização, conforme a hierarquia de interesses, fixada pelo sistema socioeconômico, e a desigualdade social entre os indivíduos pertencentes (BARATTA, 2011).

¹⁷Nesse mesmo sentido, afirma Batista (2012, p. 89, grifo do autor): “a criminalidade não é ontológica, mas atribuída por um processo de dupla seleção: dos bens protegidos e dos comportamentos dos indivíduos entre todos os que realizam infrações”.

A contribuição fundamental da criminologia da reação social e da crítica refere-se à seletividade como lógica estruturante de operacionalização do sistema penal, com base na evidência empírica, verificada a partir da clientela do sistema penal e do etiquetamento das classes sociais mais baixas. Contrapondo-se, portanto, ao pensamento da criminologia positivista tradicional, pautado em uma premissa etiológica, que justifica a criminalidade como atributo de indivíduos socialmente perigosos, os quais possuiriam propensões a delinquir, por razões biológicas, ambientais ou sociais.

A seletividade do sistema penal ocorre, fundamentalmente, a partir de duas variáveis estruturais do sistema: a) incapacidade estrutural do sistema penal de operacionalizar toda a programação da lei penal, por meio de suas agências policiais e judiciais (o sistema penal não consegue operar o poder criminalizante programado); b) especificidade da infração e as conotações sociais dos autores, tanto a impunidade quanto a criminalização ocorrem com base em uma seleção desigual, baseada na classe social das pessoas (ANDRADE, 2003).

Em resumo, a clientela do sistema penal é resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual, que opera em desfavor dos estratos sociais mais baixos da sociedade, seguindo na contramão do tratamento igualitário que o discurso dogmático oficial afirma.

Nesse sentido, Andrade (2003, p. 52) aduz que “o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais do que contra certas condutas legalmente definidas como crime”. Nesse cenário, são superestimados os delitos com menor danosidade social, mas que, entretanto, são cometidos por indivíduos marginalizados, reforçando a seleção criminalizante daqueles que se encaixam no estereótipo do infrator. Por conseguinte, a clientela do sistema penal não é constituída por pobres e negros por serem mais propensos à delinquência, mas sim porque têm mais chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.

Outrossim, consoante assevera Baratta (2011, p. 162, grifo do autor), as investigações sobre os mecanismos informais de reação social e os processos de criminalização em sua totalidade levaram à conclusões que contradizem o mito do direito penal igualitário. Essas conclusões podem ser condensadas em três proposições:

- a) O Direito Penal não defende a todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) A lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso está desigualmente distribuído dentre os indivíduos;

c) O grau efetivo de tutela e distribuição dos *status* criminoso é independentemente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem as principais variáveis da reação criminalizante e de sua intensidade.

Nesse viés, o Direito e o sistema penal exercem a função de manutenção e reprodução das desigualdades sociais nas relações humanas. Logo, o sistema penal tem como função assegurar a hegemonia do poder dominante, garantindo as relações de poder e de propriedade. Por meio de sua violência estrutural, não tutela direitos humanos, mas garante a distribuição desigual de recursos e poder na sociedade, em uma estrutura vertical.

3.2 PODER PUNITIVO: DO CONFISCO DO CONFLITO À ERA DO GRANDE ENCARCERAMENTO

O poder punitivo constitui uma forma de coação estatal caracterizada por sanções diferenciadas daquelas empregadas pelos demais ramos do saber jurídico: as penas. Em outras palavras, é “o exercício do poder coativo do estado em forma de pena (poder punitivo)” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 39). A característica que diferencia o poder punitivo é o confisco do conflito da vítima. Nesse sentido:

A característica diferenciada do poder punitivo é o *confisco do conflito*, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é *vítima* por parte do *senhor* (poder público), degradando a pessoa lesada ou *vítima* à condição de puro *dado* para a criminalização (ZAFFARONI, 2011, p. 30, grifo do autor).

O poder punitivo é importante instrumento de estratificação social. Ele tornou as sociedades europeias em organizações colonizadoras, conquistando a América e a África com uma poderosa verticalização interna, que retira o conflito das vítimas como justificativa para vigiar, disciplinar e neutralizar determinados indivíduos:

No momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, consequentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um poder de vigilância sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente dadinhos para hierarquização social (ZAFFARONI, 2011, p. 31).

A partir dos séculos XII e XIII, as formas privadas de resolução de conflitos deram lugar ao interrogatório ou *inquisitio*¹⁸ na busca pela verdade do inquisidor – sujeito do conhecimento –, que lançava mão da tortura para obter a verdade que o satisfizesse com clareza e precisão. Assim, o inquisidor substituiu a figura do árbitro e tornou-se um investigador. Ressalta-se que a *inquisitio* deve ser compreendida como modo de estabelecimento da verdade, conforme prática nos tribunais laicos, não sendo limitada à inquisição romana, a qual se constituiu como instituição centralizadora do poder papal, ou ibérica, a serviço do poder real (ZAFFARONI, 2011).

De acordo com Zaffaroni (2011, p. 42, grifo do autor), a maior revolução protagonizada pela Inquisição foi a “substituição da *disputatio* (estabelecimento da verdade por luta) pela *inquisitio* (estabelecimento da verdade por interrogação)”.

O panorama inquisitorial se manteve até a revolução industrial, quando surgiram novas demandas de ordem e controle social da massa marginalizada. O surgimento de uma nova classe social hegemônica – a dos industriais e comerciantes – que buscou, de alguma forma, limitar o exercício do poder punitivo exercido pela nobreza, uma das maiores armas de dominação da velha classe hegemônica.

O esforço da classe burguesa, em oposição ao antigo regime, se traduziu em um discurso penal de redução do poder punitivo que, entretanto, não deixou de ser exercido de maneira seletiva sobre aqueles considerados inimigos, *hostis* – os indesejáveis.

Esses compunham a massa miserável da população que aumentou sua concentração após a revolução industrial. Era necessário domesticá-los a serviço da produção industrial e eliminar aqueles que resistiam. Para tanto, a solução encontrada foi o encarceramento da massa em prisões desumanas, com altos índices de mortalidade, e a neutralização, através da prisão preventiva, e até mesmo a deportação, tal como ocorreu em países como a Grã-Bretanha e França (ZAFFARONI, 2011)

O avanço da concentração urbana levou ao aumento no número dos indesejáveis e a consequente necessidade de novas formas de controle social: um dos fatores mais importantes para a transformação parcial do poder punitivo. Os indesejáveis, as classes potencialmente perigosas, continuavam sendo maioria da população, até mesmo naqueles países considerados mais civilizados – os países colonizadores, como Itália, França, Espanha, Alemanha e Grã-Bretanha – ao passo que o círculo dos iguais continuava reduzido à classe detentora de poder.

¹⁸Consiste no estabelecimento da verdade por meio da interrogação (ZAFFARONI, 2011).

Enquanto isso, nas sociedades colonizadas, o poder punitivo foi utilizado como instrumento verticalizador e empregado “para convertê-las em *imensos campos de concentração* para os nativos” (ZAFFARONI, 2011, p. 46, grifo do autor). Nem mesmo a independência dos países colonizados representava a liberdade; ela importava a ascensão de uma pequena classe formada pelos descendentes dos colonizadores¹⁹.

Na América Latina, o poder punitivo foi exercido com alta carga de seletividade e discriminação. A partir da segunda metade do século XIX, foram sancionados códigos penais e constituições pelas oligarquias locais. Esse momento político foi denominado como república oligárquica²⁰, e foi finalizado, na América Latina, com a Revolução Mexicana, no século XX.

Nesse cenário, surgiram novos processos políticos populistas, os “protecionistas e nacionalistas, e abriram o protagonismo político a amplos setores antes excluídos e desataram o ódio das oligarquias precedentes e seus ideólogos” (ZAFFARONI, 2011, p. 50). Entretanto, o discurso do populismo não era simpático às administrações norte-americanas que impulsionaram golpes de Estado; eles subvencionaram governos ditatoriais e militares, em especial nos países do Cone Sul. A figura do inimigo, nos regimes ditatoriais latino-americanos, não se restringia apenas aos membros de grupos armados que se opunham ao governo. Em países como Argentina e Chile, o intuito era eliminar toda e qualquer forma de mudança social progressista a fim de garantir a hegemonia política e econômica das classes dominantes.

Em relação aos dissidentes das ditaduras da segurança nacional latino-americanas, foram implementadas duas formas de exercício do poder punitivo, oriundas do desdobramento do sistema penal formal do Estado, exercidas por agências do sistema penal: sistema penal paralelo e o sistema penal subterrâneo (ZAFFARONI, 2011).

O sistema penal paralelo é exercido por outras agências que, embora possuam funções manifestas bem distintas das agências penais, de algum modo, de forma paralela, atuam no controle social e exercem o poder punitivo. No sistema penal subterrâneo, as agências executivas do poder punitivo agem fora da órbita do poder jurídico, a margem da legalidade – ou, ainda, dentro de bases legais questionáveis. Assim, institucionalizam execuções, torturas, desaparecimentos, exploração do jogo, prostituição, entre outras práticas.

¹⁹De acordo com Zaffaroni (2011, p. 48), nas sociedades colonizadas: “Justiça exercida por grandes proprietários de terra, penas de morte privadas, assassinatos de dissidentes, repressão em massa, recrutamento forçado dos mestiços e mulatos para os exércitos, policiais de ocupação, arbitrariedades e torturas, degolas, aprisionamento sem processo, estados de exceção permanentes e fenômenos de incrível corrupção foram correntes nestes imensos campos de concentração.”.

²⁰No Brasil, esse período histórico é identificado como República Velha.

Os sistemas paralelo e subterrâneo desconstróem o discurso penal de que o exercício do poder punitivo é exclusivo do Estado.

Acerca da atuação e do exercício do poder punitivo das agências dos sistemas penais, paralelo e subterrâneo, durante o período ditatorial na América Latina²¹, Zaffaroni (2011, p. 50-51, grifo do autor) afirma que:

Quanto aos *dissidentes*, foram implementadas duas formas de exercício de poder punitivo, traduzidas num desdobramento do sistema penal: um *sistema penal paralelo* que os eliminava mediante detenções administrativas ilimitadas (invocando *estados de sítio*, de *emergência* ou de *guerra* que duravam anos) e um *sistema penal subterrâneo*, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal. A despeito de terem exercido um poder punitivo ilimitado, pervertido de medidas de exceção das constituições, imposto milhares de penas sem processo e submetido civis a tribunais e comissões militares, o caráter diferencial desses regimes foi a montagem do mencionado *sistema penal subterrâneo* sem precedentes quanto à crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com a *solução final* é inegável.

O século XX, além de ter sido marcado por duas guerras mundiais, governos autoritários e ditatoriais e pelo avanço do capitalismo, foi marcado pela revolução tecnológica, precedida por uma revolução comunicacional. O avanço tecnológico permitiu a propagação, pelo mundo globalizado, de um discurso único, de características autoritárias que estimulou o exercício do poder punitivo de forma mais repressiva e discriminatória. Embora esse discurso punitivo tenha o mesmo caráter autoritário e inquisitorial dos discursos anteriormente preconizados, o modo como se impõe é novo.

No período entreguerras (1918 – 1939), imperaram, na Europa, governos autoritários, que assumiram discursos penais de caráter biologistas. As classes perigosas ou os inimigos “foram *parasitas* para os soviéticos, *subumanos* para os nazistas e *inimigos do Estado* para os fascistas, todos submetidos a um *sistema penal paralelo*, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais” (ZAFFARONI, 2011, p. 54, grifo do autor).

Os governos autoritários exerceram seu poder punitivo de forma genocida contra os opositores, através de sistemas penais subterrâneos. As leis penais existentes expunham tão somente a parte visível do sistema penal formal e tinham dois objetivos primordiais: agradar os autocratas e dirigir-se ao público como forma de propaganda. O poder punitivo se exercia de fato em sistemas penais paralelos e subterrâneos. Conforme acentua Zaffaroni (2011), o

²¹Impende destacar que os sistemas penais, subterrâneo e paralelo, não se limitam ao contexto da América Latina e dos países periféricos. Em todos os sistemas penais, eles se manifestam para além do poder punitivo estatal.

fato de as leis penais dos governos autoritários se dirigirem tanto aos autocratas quanto ao público, não significava que tais leis fossem bifrontes. Elas tinham apenas uma única frente: agradar autocratas, servindo-lhe como propaganda. Ao mesmo tempo, o fato de se dirigirem ao público não significava que as leis seriam democráticas, pois respondiam tão somente ao *völkisch*.

De acordo com Zaffaroni (2011, p. 57, grifo do autor), a técnica *völkisch* (popularesca) – usada há séculos na fabricação da figura do inimigo – consiste na manipulação de massas, que alimenta e reforça “os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez”. Essa técnica de manipulação, por meio da propaganda, essencial para a expansão do nazismo, foi utilizada para racionalizar e justificar o regime político nazista e seu poder repressivo ilimitado.

A partir do século XXI, o autoritarismo do poder punitivo se revigorou até a disseminação de um discurso planetário único. Esse processo se iniciou, notadamente, a partir do sistema penal dos Estados Unidos da América (EUA), que com o fim da Segunda Guerra Mundial e da denominada Guerra Fria, se consagrou como potência mundial hegemônica frente ao continente europeu, ainda devastado pelos impactos da guerra. A expressão punitiva na América Latina sofreu grande influência do pensamento autoritário proveniente do sistema estadunidense, mas apresenta características próprias em razão da própria realidade social e econômica dos países latinos.

De acordo com Zaffaroni (2011), os índices de encarceramento se mantiveram estáveis nos Estados Unidos da América desde o século XIX. No entanto, a situação mudou ao final do século, quando houve o seu aumento exponencial e o sistema penal estadunidense superdimensionou, resultando na clausura e controle de milhões de pessoas pelo Estado, ao passo que esta mesma situação proporcionou emprego a milhares de pessoas. Assim, o sistema penal se converteu em um fator de redução da taxa de desemprego no país (ZAFFARONI, 2011).

A pena de morte foi restabelecida e relegitimada pela Corte Suprema dos EUA, bem como foi elaborada uma legislação penal que determinava a imposição de penas mais severas – até a prisão perpétua – para aqueles indivíduos que tivessem três ou mais condenações (*three strikes and you are out*²²). Outrossim, no plano processual, as garantias penais também foram suprimidas, e as penas passaram a ser negociadas entre defesa e acusação.

²²Expressão que faz referência a uma regra do *baseball*, na qual o batedor, após três tentativas falhas de rebater a bola, está fora do jogo. Em tradução livre significa: três *strikes* e você está fora. Nos EUA, ela foi utilizada para denominar as legislações penais elaboradas pela maioria dos estados americanos, nas quais os criminosos

Após os ataques em 11 de setembro de 2001 ao World Trade Center, em Nova Iorque, o sistema penal estadunidense encontrou um novo inimigo: o terrorista. Ele serviu para legitimar o início de uma guerra, de caráter preventivo, contra o Iraque, e justificar a adoção de medidas e legislações repressivas de viés inquisitorial. O terrorismo surgiu, então, como uma nova emergência, demandando um novo discurso, ainda mais recrudescido, para combatê-lo, tanto no plano nacional quanto no internacional:

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em países do mundo. A necessidade de defender-se, *por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados*, mas sim do nebuloso *terrorismo*, legitima não apenas as *guerras preventivas* de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais, que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra nem de réus processados, seja sob o pretexto de que não são cidadãos dos Estados Unidos ou de que não se encontram privados de liberdade em seu território (ZAFFARONI, 2011, p. 66, grifo do autor).

Ocorre que esse novo hostil não serve para legitimar o aumento da repressão criminal em relação aos dissidentes internos e os indesejáveis. É necessário recorrer, então, a um novo arcabouço teórico que justifique o maior rigor penal no âmbito interno. Nos EUA, sob o pretexto de evitar a presença de terroristas infiltrados na população, aumentou-se o controle penal exercido, em especial, sobre os imigrantes no país. Há, portanto, mais um inimigo que causa medo e repulsa na população: o estrangeiro, especialmente o de origem árabe. Assim, infla-se o ódio contra os estrangeiros²³.

O atual discurso do autoritarismo norte-americano, através dos meios de comunicação de massa, se expandiu ao redor do mundo e, na América Latina, encontrou seu maior êxito, de acordo com Zaffaroni (2011), em razão da precariedade institucional. O

reincidentes recebem punições mais severas, inclusive a prisão perpétua, além de não possuírem direitos a certos benefícios durante a execução da pena, em razão da reincidência. Trata-se de uma medida de eliminação e contenção dos indesejáveis no sistema estadunidense, pautada no direito penal máximo.

²³Urge destacar que, o intenso movimento migratório, recorrente no continente europeu, em virtude das guerras civis, conflitos armados e governos autoritários nos países africanos e árabes, fez o estrangeiro, de modo geral – seja refugiado ou imigrante ilegal ou não – ostentar a condição de inimigo também na Europa. Em razão dessa nova emergência, aumentaram os discursos de ódio e de preconceito aos estrangeiros, no continente europeu. Além disso, a repressão criminal contra eles foi elevada, sob a justificativa da iminência da disseminação do terrorismo nos países europeus, em especial nos últimos anos, em que os muçulmanos e islâmicos foram facilmente encaixados no estereótipo do terrorista em razão das características que ostentam. As legislações penais desses países, que permitem a expulsão dos estrangeiros, é uma manifestação evidente do direito penal do inimigo. Por fim, conforme assinala Zaffaroni (2011), a globalização impulsionou a livre circulação de capitais e mercadorias ao redor do mundo, mas não a livre circulação de seres humanos, mesmo que estes sejam movidos pela necessidade de viver.

simplismo popularesco do viés autoritário é difundido pelos comunicadores ávidos por maiores índices de audiência. Sua difusão é favorecida pelo alto impacto emocional, o que se encaixa perfeitamente na lógica comercial da mídia, gerando alta rentabilidade para as empresas da comunicação social.

Essa nova estratégia é denominada por Zaffaroni (2011, p. 69, grifo do ator) de autoritarismo cool, “porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora do lugar e para não perder espaço publicitário.”. Trata-se de uma construção simplista baseada em convicções passageiras, modistas, sem qualquer base acadêmica ou reflexão mais profunda.

No contexto latino-americano, a característica mais marcante do poder punitivo, em relação ao aprisionamento, refere-se à circunstância de que a maioria – aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) – dos presos não foi condenada, ou seja, estão presos cautelarmente. Isto significa dizer que, do ponto de vista formal, há uma inversão do sistema penal. Todavia, segundo a perspectiva criminológica, trata-se de uma realidade, identificada há décadas, na qual o poder punitivo opera por meio da prisão preventiva ou através de medidas de contenção provisória, e o que era para ser uma exceção no sistema penal torna-se uma regra (ZAFFARONI, 2011).

Através do encarceramento, os indesejáveis são excluídos da sociedade. Eles são neutralizados quando aprisionados em cárceres com altos índices de violência e mortalidade, enquanto que os iguais continuam a gozar de benefícios e garantias processuais nas poucas ocasiões em que são criminalizados. Em síntese, consoante expõe Zaffaroni (2011, p. 71, grifo do autor):

Pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada.

Nas sociedades latinas, o discurso autoritário estadunidense encontrou condições favoráveis para prosperar. A polarização da riqueza na América Latina proporcionou a deterioração das classes médias, que se tornaram anômicas²⁴. Com isso, a sociedade perde sua

²⁴Relativo à anomia, Zaffaroni (2011) utiliza o termo tanto no sentido de Émile Durkheim (*Le suicide*, Paris, 1987), pois a normas anteriores de acesso à riqueza não lhe servem mais, quanto no sentido de Robert Merton

própria coesão e clama por um discurso simplista, vingativo, *völkisch*. Nesse cenário, o discurso autoritário simplista e populista, proveniente do modelo estadunidense, pautado pela vingança pura e simples, ganha espaço.

Não é raro que os políticos também se apoderem e utilizem desse discurso para favorecimento pessoal no campo político, uma vez que, dada a facilidade de propagação da mensagem, faz-se com que essa forma de pensar seja disseminada para a massa, que a aceita sem resistência. Logo, essa fala simplista é incorporada ao político por razões oportunistas e eleitoreiras.

Conclui-se, nesse viés, que o discurso latino-americano também é *cool*. Contudo, embora o do autoritarismo estadunidense seja o mesmo que se propagou na América Latina, ou seja, carece de qualquer respaldo acadêmico, seus efeitos e sua funcionalidade no contexto latino são bem diferentes. Enquanto nos EUA o sistema penal foi transformado em uma verdadeira empresa, contribuindo para a solução do problema do desemprego no país, empregando milhões de pessoas, no âmbito latino-americano, o discurso autoritário serviu como forma de controle social violento das classes marginalizadas, excluindo-as do seio social, através do aprisionamento em cárceres abarrotados de pessoas presas preventivamente sem perspectiva de julgamento.

Logo, esse autoritarismo *cool* não possui qualquer embasamento teórico ou acadêmico, é irracional e sem coerência, sendo consagrado pelos meios de comunicação, através de mensagens publicitárias em que há o predomínio da imagem. Conforme expõe Zaffaroni (2011), sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, com o intuito de vender o poder punitivo como mercadoria, sendo que, na medida em que há êxito em sua promoção emocional dos impulsos vingativos, a técnica é aperfeiçoada.²⁵

Através das técnicas de manipulação, os meios de comunicação de massa são responsáveis pela disseminação dessa forma de punitivismo, o qual reflete diretamente no campo social, sob dois aspectos assinalados por Zaffaroni (2011, p. 75-76, grifo do autor):

Por todos estes meios pouco éticos ou diretamente criminosos, vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente [...] e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência inclusive contra quem contesta o discurso publicitário. Com isso,

(*Teoria y estructura sociales*, México, 1984), em razão de carecerem socialmente de vias legitimadas para esse acesso.

²⁵ Acerca das técnicas dos meios de comunicação de massa para a propagação do discurso punitivista, verificar o terceiro capítulo dessa dissertação.

não apenas se magnifica a insegurança como também, ao proclamar a existência de uma pretensa impunidade ou leniência generalizada, lança-se uma *metamensagem que incita publicamente os excluídos ao delito* [...], assumindo o efeito de uma profecia autorealizada; a mensagem [...] passa a ter claros efeitos reprodutores.

O autoritarismo *cool* da América Latina, altamente popularesco ou *völkisch*, carece de um inimigo fixo. Os inimigos são sucedidos automaticamente e são “projetados cinematograficamente como *construtos* em série dos meios de comunicação, em especial da televisão” (ZAFFARONI, 2011, p. 76, grifo do autor). Por conseguinte, não é mais o Estado que define o inimigo, mas sim o meio. Tampouco se necessita de um discurso acadêmico de legitimação. A técnica é reduzida a mera publicidade e funciona na medida em que não exige pensamento crítico, nem reflexões dos seus receptores. Talvez o único inimigo invariavelmente reconhecido do autoritarismo *cool* latino seja o mesmo de todos os modelos autoritários: aqueles que o confrontam.

À vista disso, o discurso autoritário se impõe através dos meios de comunicação de massa, e nem o próprio Estado consegue confrontá-lo, uma vez que os políticos dependem da publicidade gerada por ele para aumentar sua clientela eleitoral e tornarem-se *cool* sob pena de serem taxados como impopulares. Seus reflexos no plano legislativo são as normas penais e processuais autoritárias, que violam frontalmente os princípios e garantias constitucionais.

Acerca da legislação autoritária que permeia os sistemas penais latinos, Zaffaroni (2011) afirma tratar-se do capítulo mais triste e deplorável da história da nossa legislação penal desde a independência. Não pode sequer ser comparada às legislações autoritárias do período entreguerras ou da Europa, porque os legisladores atuais a editam por oportunismo ou por temor de uma publicidade negativa em seu desfavor. Para ele “o presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma idéia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o *vazio do pensamento*” (ZAFFARONI, 2011, p. 79, grifo do autor).

Diante do panorama histórico traçado, vislumbra-se que o poder punitivo sempre controlou e reprimiu, de forma diferente dos iguais, aqueles que consideraram opositores. Essa discriminação, no exercício do poder punitivo, é oriunda da seletividade estrutural do sistema penal. Por mais que a dogmática tenha se esforçado na tentativa de racionalizar o direito, a partir da promoção de segurança jurídica e igualdade no exercício do poder, o sistema penal jamais deixou de ser seletivo, apenas seus inimigos se modificaram ao longo da história, segundo com as circunstâncias políticas e econômicas do período.

3.3 O SABER DOGMÁTICO E A PROMESSA DE RACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Além de uma estrutura social marcada pela distribuição desigual de renda e de poder, que sustenta o sistema penal e subsidia o exercício do poder punitivo contra as classes dominadas, há, ainda, uma ideologia penal específica que lhe dá sustentação: o discurso oficial, em especial, o discurso dogmático. Esse discurso foi construído desde o século XVIII e, ao longo dos séculos, não explicou a criminalidade e suas causas. Ele instrumentalizou, justificou e legitimou a seleção criminalizante e a estigmatização dos inimigos pelo sistema penal, sob o discurso oficial de racionalização do poder punitivo.

A Dogmática Penal ou Dogmática Jurídico-Penal surge como um dos paradigmas²⁶ científicos da modernidade, a partir do século XIX, no contexto da Europa continental, permanecendo até hoje em vigor, sendo recepcionada, no Brasil, nas primeiras décadas do século XX. A dogmática penal, no que diz respeito a sua autoimagem, pode ser compreendida como ciência do dever-ser, a qual tem como objeto o direito penal positivo vigente e, por tarefa metódica, a elaboração de um sistema de conceitos a partir da interpretação da norma, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, cuja finalidade refere-se à utilidade na aplicação do direito (ANDRADE, 2015).

Desse modo, o fim útil da dogmática penal refere-se tanto à administração da justiça, quanto à efetivação da segurança jurídica. O discurso dogmático tem como intuito afastar a irracionalidade do poder punitivo estatal. Essa constitui a primeira grande promessa da dogmática jurídico-penal, denominada de função instrumental/racionalizadora do poder punitivo.

A partir da racionalização do poder punitivo, através do discurso dogmático, seria possível, então, impor limites ao arbítrio estatal, para garantir os direitos fundamentais do indivíduo. Logo, dogmática penal consiste em uma ciência sistemática e prática a serviço da administração racional da justiça penal, que tem como consequências lógicas a produção de segurança jurídica e a justiça nas decisões judiciais.²⁷

²⁶ “Um paradigma científico é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 1979, p. 219 apud ANDRADE, 2015, p. 31).

²⁷ Nesse mesmo sentido: “A dogmática afirma-se, portanto, desde sua gênese histórica, como uma Ciência sistemática e eminentemente prática ao serviço de uma administração racional da justiça penal que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais. Podemos demarcar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida que denominaremos de função instrumental racionalizadora/garantidora. Ela guarda, a rigor, duas dimensões que, embora umbilicalmente ligadas, podem ser analiticamente distinguidas. É que a dimensão orientadora, preparadora, programadora, ou prescritiva das

Dessa maneira, em um contexto de Estado de Direito, a dogmática penal surge com a promessa de racionalizar o poder punitivo estatal, como reação contra o arbítrio da antiga justiça penal. Percebe-se, nesse ponto, que o discurso dogmático também busca a sua própria justificativa com a função de instrumentalização racionalizadora/garantidora. Além da função racionalizadora/garantidora, a segunda grande promessa da dogmática refere-se à segurança jurídica que está enraizada na teoria do crime.

3.3.1 Das Funções Atribuídas às Funções Reais do Sistema Penal: Os Discursos Legitimadores do Poder Punitivo nas Teorias da Pena

Pretende-se, nesse item, analisar, de maneira sucinta, as diferentes teorias da pena que legitimam o sistema penal, uma vez que, na prática, há uma pluralidade de discursos que permitem justificar e racionalizar qualquer decisão ou medida punitiva. Pois, basta tão somente escolher aquele que melhor se adéqua ao fim pretendido. Assim, será possível vislumbrar qual é o discurso oficial – ou quais os discursos – que tem legitimado o exercício do poder punitivo e seus abusos, isto é, se há realmente um discurso dogmático por trás da atuação punitiva do Estado ou se o discurso que tem legitimado a expansão do poder punitivo é mais raso e não é dotado de qualquer racionalidade jurídica.

A pena é responsável por delimitar o horizonte de projeção do Direito Penal, entretanto, estabelecer seus contornos conceituais é problemático. O conceito de pena está longe de ser dotado de precisão. O termo pena tem origem no vocábulo latino *poena*, o qual, por sua vez, é oriundo da voz grega *poné*, que corresponde à vingança, entre outras significações atribuídas em diferentes culturas ao longo da história (ZAFFARONI, 2011).

No que concerne à falta de clareza da etimologia da pena, este é o começo das dificuldades “que causa a pena como delimitadora do saber jurídico-penal” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 91). Com o intuito de estabelecer um conceito e justificá-lo, foram criadas diversas teorias que conferem à pena funções distintas, mas variantes da função geral de defesa social, dando legitimidade ao confisco do conflito da vítima pelo Estado.

decisões judiciais penais, nela contida, implica uma contribuição técnica do paradigma (interpretativa e conceitual) no reconhecimento da juridicidade e na decisão dos conflitos criminais, isto é, à operacionalidade decisória. Mas intrinsecamente conectada a esta dimensão técnica encontra-se uma base humanista que, ideologicamente vinculada à exigência de garantia dos Direitos Humanos individuais, confere àquela dimensão técnica um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas” (ANDRADE, 2015, p. 123).

A aceitação de qualquer uma dessas teorias implica em diferentes horizontes de projeção da pena, bem como tratamentos distintos aos indesejáveis que, em maior ou menor grau, são sempre rotulados como inimigos nas teorias legitimadoras clássicas do saber dogmático.

Existem duas grandes categorias ou tipologias de justificação do Direito Penal e da pena: teorias justificacionistas absolutas e teorias justificacionistas relativas. Para teorias absolutas – também denominadas retribucionistas – a pena possui um fim em si mesma; fim esse que pode ser de retribuição, de castigo, de reação à conduta descrita na lei como delito. Ao passo que, para as teorias relativas – utilitaristas – a pena não possui um fim ou valor em si mesma, mas sim um meio ou um custo para se alcançar determinado fim utilitário, que pode consistir, de modo geral, em prevenir ou evitar delitos futuros.

As teorias absolutas fundam-se na premissa de que é justo devolver ou retribuir um mal (delito) com outro mal (pena). O pensamento retributivo esteve presente na base dos ordenamentos jurídicos primitivos (vingança de sangue), abandonado pelo utilitarismo ilustrado. Entretanto, foi retomado no século XIX, a partir das doutrinas kantianas – a pena como retribuição ética – e hegelianas – a pena como retribuição jurídica (FERRAJOLI, 2002)

Sob a ótica kantiana, a pena se justifica na medida em que constitui uma retribuição ética ao desvalor moral do delito, portanto, a exigência da pena deriva da própria ideia de justiça. Na visão hegeliana, a pena se justifica por ser uma retribuição jurídica necessária para restabelecimento da ordem jurídica violada, que também equivale a uma legitimação moral das penas (FERRAJOLI, 2002).

Em síntese: “As *teorias absolutas* (cujo modelo é Kant) tendem a **a)** retribuir **b)** para garantir externamente a eticidade **c)** quando uma ação objetivamente a contradiga **d)** inflingindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião)” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 115, grifo do autor).

Interessante destacar as reflexões de Hassemer e Muñoz Conde (1989), no que se refere às teorias absolutas. Para os autores, as matizes da negação do delito e a realização da justiça, como fins da pena, se aproximam das modernas teorias funcionalistas, em especial, com a teoria da prevenção geral positiva, uma vez que a realização da justiça pela pena se vincula aos fins sociais; bem como as finalidades atribuídas à pena legitimam o Estado moderno – e o seu poder punitivo – a buscar o bem-estar geral. Assim sendo, são variantes da função geral de defesa social, ainda que cheguem à defesa social por vias indiretas.

No que concerne às teorias relativas, estas podem ser classificadas a partir da combinação entre prevenção geral ou especial, que dizem respeito aos destinatários da

prevenção e às prevenções negativas ou positivas, relacionadas à natureza das prestações de acordo com seus destinatários. É possível apontar quatro tipos de teorias relativas: a) prevenção especial positiva ou da correção; b) prevenção especial negativa; c) prevenção geral positiva ou da integração; d) prevenção geral negativa.

As doutrinas da prevenção geral positiva atribuem²⁸ à pena a função de integração social. Para essas teorias, o direito penal se justifica porque, através da imposição da pena, a confiança da sociedade nas instituições é restaurada, renovando-se, pois, a fidelidade dos cidadãos ao Estado.

Um dos defensores da prevenção geral positiva é Hassemer. Na concepção do autor, sendo o direito penal uma parte do controle social, ele deve ser caracterizado pela possibilidade de formalização. Dessa maneira, a sanção seria uma ação aplicada em virtude da lesão à norma e com uma finalidade: a estabilização da norma. Nesse sentido, afirma o autor: “La especificidad que caracteriza al Derecho penal y al mismo tiempo lo justifica es su capacidad de formalización: la protección de intereses humanos elementales ante las agresiones Del infractor de la norma, solucionando el conflicto”²⁹ (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 162).

Desse modo, a pena seria uma parte deste sistema que busca afirmar e assegurar as normas fundamentais de uma determinada sociedade, possuindo a tarefa de desenvolver a confiança do povo nas normas corretas, bem como construir uma consciência social normativa.

Sob esse prisma, para Hassemer e Muñoz Conde (1989), a teoria da prevenção geral positiva não é, de modo algum, uma determinação absoluta dos fins da pena, pois exige do direito penal e da pena a persecução e a realização de metas – e não funções³⁰. Ainda de acordo com os autores, as missões da pena, na teoria da prevenção geral positiva, não são separáveis das missões do Direito Penal, uma vez que dela derivam, sendo que a pena só é justificada quando se mantêm dentro do controle formalizado.

²⁸Dentre os expoentes das teorias da prevenção geral positiva, tem-se Günther Jakobs e sua teoria do funcionalismo sistêmico, a qual será analisada, posteriormente, no quarto capítulo, no item referente à teoria do Direito Penal do Inimigo.

²⁹Em tradução livre: A especificidade que caracteriza o Direito Penal e, ao mesmo tempo, o justifica é a sua capacidade de formalização: a proteção de interesses humanos elementares ante as agressões do infrator da norma, solucionando o conflito.

³⁰Convém destacar a diferenciação de Hassemer e Muñoz Conde (1989), no que concerne aos termos missão e função, os citados autores afirmam que, em uma linguagem jurídica tradicional, o termo função seria entendido como as consequências queridas ou desejadas de uma coisa, sendo, nesse sentido, equiparados ao de meta ou missão; ao passo que, no âmbito da linguagem sociológica, função seria a soma das consequências objetivas de uma coisa. De acordo os autores essa segunda acepção deveria, também, ser empregada ao Direito Penal, para denominar as consequências não desejadas, porém reais do sistema, sendo o termo missão ou meta o denominador das consequências queridas e buscadas pelo sistema.

Por outro lado, consoante expõem Zaffaroni et al. (2011, p. 121, grifo do autor), não há um efeito de intimidação “e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, *reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)*”.

Ocorre que “essa teoria conduz à legitimação dos operadores políticos que falseiam a realidade e os operadores de comunicação que os assistem, desde que a população seja levada acreditar nessa falsa realidade” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 123). Isto posto, no plano teórico, as agências comunicacionais funcionam como um símbolo que mantém a confiança no sistema e no aspecto da realidade social; e sua atuação leva a opinião pública a exigir não apenas o aumento da repressão criminal, mas também a expansão do poder de atuação das agências executivas.

Em relação à prevenção geral negativa, Zaffaroni et al. (2011) explicam que sua versão pura pretende obter, a partir da pena, a dissuasão daqueles que ainda não delinquiram, mas que, entretanto, podem sentir-se tentados a fazê-lo. Nesse viés, as teorias da prevenção geral negativa podem ser subdivididas, de acordo com o tipo de intimidação que a pena exerce.

As teorias da intimidação podem se fundamentar no exemplo da imposição da pena, no caso concreto, pela aplicação da pena através de uma sentença condenatória³¹ e pela intimidação, mediante a ameaça da pena contida na lei³², ou seja, através da pena cominada (pena *in abstracto*).

Interessante observar que, no plano da realidade social, o argumento dissuasório estaria destinado a incidir sobre certa parcela da população, sobre aqueles indivíduos mais vulneráveis no seio social; além de se referir a tipos específicos de delitos que essas pessoas tendem a cometer, como os delitos contra o patrimônio. Destarte, esse efeito da pena não projeta sua função de dissuadir aqueles que praticam crimes de colarinho branco, crimes movidos pelo fanatismo religioso etc.. No plano político, a consequência da adoção desse modelo teórico é a legitimação de penas cada vez mais repressivas.

A prevenção especial apresenta duas finalidades para pena, as quais não se excluem e podem concorrer paralelamente, dependendo da personalidade do agente, se corrigível ou incorrigível: a) positiva de reeducação do réu; b) negativa de eliminação ou neutralização. As teorias da prevenção especial da pena dizem respeito não ao crime, mas ao réu, pretendendo não a prevenção de futuros delitos, e sim a correção dos desviantes a partir de suas técnicas, ou, ainda, a exclusão ou neutralização do apenado do seio social em que se insere.

³¹Tais doutrinas foram defendidas por Grócio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri e Bentham.

³²Cita-se, como expoente de tais doutrinas, Feuerbach, Romagnosi e Schopenhauer.

No plano teórico, de acordo com Zaffaroni et al. (2011), tal teoria parte do pressuposto de que a pena, na verdade, é um bem para quem a sofre, assim, legitima-se o poder punitivo atribuindo-lhe a função positiva de melhoramento do próprio infrator. Contudo, sabe-se que, em verdade, o processo de criminalização secundária causa mais efeitos perversos ao indivíduo criminalizado do que benefícios ao encarcerado, se é que existem benefícios no aprisionamento.

Dentre as críticas de Zaffaroni et al. (2011) a esse modelo legitimador, que autores denominam por ideologias *re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e reincorporação, embora esteja deslegitimado em face dos dados provenientes da ciência social, suas teorias ainda são sustentadas a fim de que não ocorra um retribucionismo irracional da pena em relação ao delito. No entanto, a deslegitimação, a função da pena enquanto instrumento de ressocialização é irrealizável, pois a pena não tem capacidade corretiva ou educativa em relação ao apenado, sendo que a prisão constitui, na verdade, um ambiente criminógeno que incita a prática delitiva.

Quanto às teorias da prevenção especial negativa, a pena não serve como instrumento para melhorar o indivíduo criminalizado. Ela tem a função de “neutralizar os efeitos da inferioridade, à custa de um mal para pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 127). De acordo com Zaffaroni et al. (2011), essa teoria não se manifesta de forma exclusiva, porém, em combinação com a anterior, em face do fracasso das “ideologias *re*”, recorre-se à neutralização e eliminação do réu.

À vista disso, concluiu-se que, além de as teorias legitimadoras do poder punitivo serem falhas – as funções artificialmente atribuídas à pena não se sustentam no plano da realidade social –, de algum modo, ao longo da história do exercício do poder punitivo, buscou-se, através do saber dogmático, legitimar o tratamento diferenciado aos inimigos. Destarte, a doutrina penal pré-moderna não apenas admitiu a seletividade no exercício do poder punitivo, como a legitimou ao aceitar implicitamente que “*para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo*” (ZAFFARONI, 2011, p. 88, grifo do autor). Nesse viés, a legitimação da doutrina penal, ao tratamento diferenciado dos inimigos ou indesejáveis, ou seja, legitimar o tratamento de uma pessoa como não pessoa, aflige a própria essência do Estado de Direito.

3.3.1.1 As funções latentes do sistema penal

Não obstante as construções teóricas e os discursos de poder terem tentado durante séculos legitimar e racionalizar o exercício do poder punitivo, não foi possível ocultar suas reais funções ao longo da história. Há uma contradição entre as funções atribuídas ao sistema penal, pela ciência tradicional da dogmática jurídica, e os efeitos reais que o sistema produz: seletividade, descontrole punitivo, arbitrariedade no exercício do poder, entre outros efeitos ainda mais perversos sobre o indivíduo criminalizado.

As ciências sociais, em especial, as teorias criminológicas da reação social e crítica, evidenciaram que, no sistema penal das sociedades capitalistas, há uma lógica estrutural que viola sistematicamente os Direitos Humanos, por meio da seletividade e da violência arbitrária do sistema, além de violar os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, caracterizando-se pelo que Andrade (2015) denomina de eficácia instrumental invertida, na qual há uma eficácia simbólica³³ que a legitima e lhe confere sustentação.

Sob essa ótica, vislumbra-se um expressivo *déficit* na garantia e tutela de direitos humanos, bem como na produção da segurança jurídica *versus* a sobreprodução (excesso) de seletividade, arbitrariedade legitimação do descontrole punitivo que o sistema penal produz. Nessa perspectiva, concluiu Andrade (2015, p. 309-310) que, desse desequilíbrio, resultou uma grave crise de legitimidade experimentada pelo sistema penal moderno:

Subprodução (déficit) de garantismo e numa sobreprodução (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém um nexos funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades sociais, isto é, com a violência estrutural. E desse desequilíbrio resulta a grave crise de legitimidade experimentada pelo moderno sistema penal, não obstante a sobrevivência de sua autolegitimação oficial associada à demandas político-criminais e sociais relegitimadoras de sua intervenção.

No plano da realidade social, a dogmática, ao longo da história, cumpriu uma função instrumental, oposta à oficialmente atribuída, e uma função simbólica de produção de segurança jurídica. O discurso dogmático não apenas não cumpriu com suas promessas, como legitimou, por anos, discursos punitivos que prometeu combater.

³³Afirmar que o direito penal é simbólico não significa dizer que não produza efeitos ou não cumpra suas funções atribuídas, significa dizer que as funções reais – latentes – predominam sobre as oficialmente declaradas (ANDRADE, 2015).

Sabe-se que, historicamente, o saber dogmático foi utilizado com o objetivo de racionalizar o discurso punitivo do Estado em dado momento histórico, uma vez que o poder punitivo sempre tende à expansão e necessita de limites claros e bem definitivos.

Atualmente, a dogmática propõe racionalizar o poder punitivo em nome da proteção dos Direitos Humanos e da segurança jurídica exigida pelo Estado de Direito. Todavia, o mesmo discurso garantidor de direitos, utilizado pelo poder punitivo para a sua operacionalização e legitimação, é o mesmo utilizado para operar seletivamente e violar, sistematicamente, os Direitos Humanos de determinado grupo de indivíduos selecionados pelo sistema, os quais gozam do status de inimigo.

Assim, o saber dogmático, ao longo de séculos, legitimou o tratamento diferenciado daqueles identificados como inimigos ou estranhos pelo sistema. Conforme o informa Zaffaroni (2011, p.190), o tratamento diferenciado de determinados indivíduos pelo poder punitivo está:

atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invadindo o princípio diretor do Estado de direito, porque toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal.

Nessa perspectiva, o saber dogmático – o qual surgiu com a grande promessa de racionalização do poder punitivo e ganhou força no contexto do Estado de Direito – está, na verdade, legitimando a irracionalidade e a arbitrariedade do exercício do poder punitivo pelo Estado, o qual se volta para o controle social das classes marginalizadas. Por conseguinte, o direito penal serve para reproduzir e manter a hegemonia do discurso de dominação das classes sociais mais altas sobre as mais baixas, promovendo a sua criminalização mascarada sob o discurso da igualdade e da neutralidade de um Estado supostamente imparcial.

Por trás dos excessos do poder punitivo estatal, há, ainda, outro discurso que não o acadêmico, o qual influi diretamente nos processos criminalizantes, proveniente dos meios de comunicação de massa: o discurso da criminologia midiática.

4 MASS MEDIA E REALIDADE FABRICADA: A ELABORAÇÃO MIDIÁTICA DO INIMIGO

Pretende-se, agora, examinar a problemática acerca do processo de construção da realidade pelos meios de comunicação de massa, enquanto agência de controle social informal, para compreender quais os seus efeitos sobre a criação do estereótipo do delinquente e sobre a agenda político criminal.

Consoante alhures exposto, as notícias não constituem espelho da realidade em si, mas uma versão sobre ela, mediada a partir de valores subjetivos do jornalista. Diante da impossibilidade de noticiar todos os fatos e abarcá-los em sua totalidade, recorre-se a três processos ordenados para definir a notícia a ser transmitida: seleção, hierarquização e tematização (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Esses processos são orientados não apenas em virtude da atualidade e relevância do tema para sociedade, mas também pelas experiências culturais e históricas, bem como de interesses empresariais dos conglomerados jornalísticos. Por meio dessas técnicas, é possível tanto a supressão de um tema da agenda jornalística, quanto sua fixação na pauta, transmitindo os valores sociais almejados para audiência.

Os *mass media* são, portanto, responsáveis por escolher e determinar quais informações serão vinculadas e a forma como essas serão divulgadas à população em geral. Como explicam Gomes e Almeida (2013, p. 228 - 229, grifo do autor): “Nestes termos, a ‘realidade’ não é somente a experiência diretamente vivenciada, mas igualmente sentida e apreendida por intermédio dos meios de comunicação”.

Desse modo, a percepção da realidade é resultante da forma como ela é retratada pelos meios de comunicação de massa, que funcionam como elo entre uma realidade objetiva e uma realidade subjetiva. Gomes e Almeida (2013, p. 226) afirmam que há “um processo cognitivo de edificação da realidade, no qual a mídia se cristaliza como agente principal”.

Por conseguinte, o grande público não tem acesso à realidade em sua forma pura, mas, sim, moldada por jornalistas e outros formadores de opinião, com base em seus próprios valores e estereótipos, os quais determinam o foco para qual os espectadores devem dirigir a sua atenção.

Resta claro, então, que não há notícia sem enquadramento, sem valores e objetivos que a sustentem. No mesmo sentido, assevera Pina (2009). que a seleção noticiosa não é feita ao acaso e nem de forma subjetiva, mas de acordo com esquemas interpretativos e de relevância, afastando, com isso, a objetividade na transmissão do fato, uma vez que são

constantemente influenciadas por fatores externos. Assim sendo, os meios de comunicação não apenas informam a população, mas possuem, também, uma função política de instrumentos de imposição ou legitimação de um discurso dominante.

Outrossim, nas sociedades atuais, conforme afirma Pina (2009, p. 65), há “acontecimentos que atraem enorme atenção e ganham estatuto de referências graças à intensa cobertura dos media”. Desses acontecimentos, resulta um modelo de enquadramento de fatos semelhantes.

Ainda na visão da autora, os acontecimentos referenciais (desastres, ataques terroristas, acidentes, assassinatos) suscitam a elaboração de maratonas televisivas sobre o tema, interrompendo a programação habitual dos meios de comunicação, de tal modo que o “drama, exacerbado pela cobertura televisiva, provoca nos cidadãos o sentimento de necessidade de medidas imediatas por parte dos responsáveis políticos” (PINA, 2009, p. 65). Ressalta-se que, quando a resposta política não causa o mesmo impacto que o fato noticiado, a competência do político responsável é questionada pela população.

O poder dos meios de comunicação de massa de inserir assuntos e questões no espaço público, em uma determinada época, é denominado de *agenda-setting*, na qual há uma correlação entre as agendas midiática, pública e política. Com efeito, sobre o tema, Pina (2009, p. 74) afirma que:

Selecionando e colocando determinados assuntos na ordem do dia (e omitindo outros), os media influenciam assim decisivamente a percepção social da realidade por parte dos seus públicos, contribuindo não só para a construção das representações sociais destes, mas desenvolvendo simultaneamente consensos sobre a natureza e importância de alguns problemas e influenciando opiniões, atitudes e comportamento acerca deles.

A partir dessa influência, os *mass media* são capazes de polarizar o discurso público e colocar em foco, no debate, determinadas questões, elegendo as prioridades políticas do momento. Essa intervenção, através da *agenda-setting*, opera por meio da desigual visibilidade dada e a permanente hierarquização das informações, não apenas no que se refere aos atores e forças políticas, mas em relação aos diferentes problemas sociais.

Ressalta-se que os grupos políticos reconhecem o poder dos *mass media* e objetivam legitimar suas ações políticas com base nas estratégias de comunicação. A atividade comunicacional tende a se tornar uma campanha eleitoral permanente, uma vez que atores políticos estão cada vez mais preocupados com a repercussão midiática de suas ações e com sua popularidade (PINA, 2009).

A mediatização constante das atividades políticas produz consequências que importam alguns riscos, tais como, o estímulo à tomada de decisões em curto prazo, em razão da velocidade de circulação da informação e de seu caráter passageiro. Isso gera a necessidade de produção de resultados imediatos das decisões tomadas, a fim de dar visibilidade à ação governamental, levando à dificuldade de adoção de medidas impopulares ou cujo efeito seja produzido em longo prazo. Nessa esteira de raciocínio, afirma Pina (2009, p. 82, grifo do autor):

As especificidades do funcionamento e da retórica dos *mass media* têm profundas repercussões na comunidade política. Desde logo, a subordinação ao “acontecimento” que, em virtude de ter curta permanência no espaço mediatizado, obriga a aceleração do próprio tempo de decisão política de modo a poder produzir constantemente acontecimentos adequados à lógica comunicacional.

As repercussões da mediatização da vida política vão além da introdução da lógica comunicacional na tomada das decisões políticas. Segundo Pina (2009), ocorre a hiperpersonalização, que consiste no destaque exacerbado aos líderes, dramatização dos fatos políticos narrados, como episódios ou novelas, predominância de dimensões não-verbais (uso excessivo de imagens) e, por fim, a uniformização das mensagens políticas de acordo com os moldes midiáticos.

Essas características são claramente perceptíveis na cobertura jornalística em torno da Operação Lava-Jato, perpetrada pela Polícia Federal, que se tornou um verdadeiro escândalo midiático com vários personagens.

O contexto atual, de intensa mediatização política, de pressão midiática e da opinião pública, no qual a corrupção tornou-se a principal pauta jornalista, foi oportuno para que políticos se engajassem em seu combate para, assim, alcançar mais visibilidade. Isso pode ser conferido, principalmente, a partir da votação do Projeto de Lei 4850/2016, apresentado em 29 de março de 2016, o qual tramita em regime de urgência, na forma do art. 155, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados³⁴ e, atualmente, aguarda a apreciação do Senado Federal para tornar-se lei e alterar dispositivos do Código Penal e Processual Penal, no intuito de aumentar o rigor destes e estabelecer medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos.

³⁴O referido projeto de lei foi fruto da campanha veiculada pelo Ministério Público Federal, denominada de 10 Medidas Contra a Corrupção, disponível em: < <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/> >>. Acesso em: 17 nov. de 2016.

A partir do exemplo acima, é perceptível a influência do *mass media* na agenda política do país, através da *agenda-setting* e outras técnicas capazes de inserir temas no debate público e forçar adoção de medidas no plano governamental, em razão da midiaticização do espaço político.

4.1 MASS MEDIA E O CRIME

Muito embora os primeiros periódicos impressos tenham tido, sobretudo, natureza partidária ou literária, não se deixou de publicar folhas volantes ou folhetos de cordel desde o século XVI até o XIX, com *faits divers*³⁵ e notícias sobre crimes violentos. Alguns folhetos dedicavam-se exclusivamente a noticiar homicídios, delitos passionais e até mesmo biografias de criminosos famosos. O crime passou a ganhar mais relevância no conteúdo jornalístico a partir da industrialização e popularização da imprensa no século XIX, com o surgimento da “imprensa de massa”, tornando-se, no final das primeiras décadas do século XX, na Europa e nos Estados Unidos da América, a principal matéria prima jornalística. Com o surgimento do rádio e da televisão, bem como o acirramento da concorrência no próprio mercado jornalístico, elevaram-se as disputas pela audiência e por recursos publicitários, e o crime constituiu-se como um produto altamente vendável (PINA, 2009).

Não obstante haja diferenças editoriais entre os diversos meios de comunicação escritos ou televisionados, a representação do crime e do próprio criminoso é semelhante, e corresponde aos estereótipos traçados pelas concepções criminológicas do final do século XIX, abordando-o como resultante de desvios ou disfunções individuais, e não como uma questão social.

Consoante assevera Pina (2009) há dois modelos de tratamento de informação, notadamente da informação criminal, nos meios de comunicação contemporâneos: *market model*- no qual as notícias são selecionadas e objetivamente apresentadas de acordo com o interesse público – e o *manipulative model*– em que a seleção das notícias e seu tratamento são orientados de acordo com os interesses dos donos das empresas comunicacionais. Assim, a seletividade também está presente no discurso midiático, pois os meios de comunicação de massa oferecem uma realidade parcialmente construída ao público, através do processo de seleção das notícias e de suas fontes, ora as omitindo e ora publicando. Nas próprias palavras da autora:

³⁵Termo de origem francesa que, em tradução livre, significa fatos diversos. É uma expressão jornalística que designa notícias destacadas em editoriais jornalísticos em razão de serem curiosas, inusitadas, pitorescas.

O mecanismo de selectividade penal (dos crimes publicitados e não) começa, pois, a montante dos media, nas suas fontes. É a partir de um primeiro nível de selecção que, depois, os media realizam uma segunda selecção de acordo com seus próprios critérios editoriais, o seu público (pois a informação é uma mercadoria) e o seu específico modelo de tratamento noticioso (PINA, 2009, p. 107-108).

Outrossim, a informação, enquanto mercadoria, possui públicos alvo diferentes. Nos jornais e programas destinados às classes sociais mais baixas, predominam as informações sobre crimes violentos contra pessoa ou contra o património, envolvendo questões, como o tráfico de drogas, crimes sexuais, com narrativas que possuem alta carga dramática e sensacionalista. Já na mídia dirigida, à elite cultural e econômica a escolha volta-se para a criminalidade econômica e financeira.

A seletividade na escolha dos crimes, que serão objeto de cobertura jornalística, constitui apenas uma parte do processo de construção midiática do delito. Outro importante mecanismo é o enquadramento (*framing*). Através da apresentação de fatos criminais, de modo fragmentário e episódico, reforça-se o estigma de que o crime constitui o resultado de desvios individuais.

Assim, a mensagem que os *mass media* objetivam transmitir é de que os crimes são cometidos por um grupo de indivíduos que ostentam características semelhantes: homem, jovem, negro e pobre. Esse é o retrato do criminoso não apenas nos noticiários, mas na própria ficção, como em novelas e filmes. Com menos frequência, explora-se a imagem do criminoso branco, bem afeiçoado, que comete delitos típicos de colarinho branco. As vítimas também tendem a ser retratadas de maneira uniforme pelos meios de comunicação de massa, tendo sua imagem mais explorada quando se enquadram no modelo jornalístico de “cidadão de bem”, suscitando, no sistema punitivo, não apenas a aplicação da lei penal, mas a justiça à vítima.

Nas narrativas jornalísticas sobre o crime, comumente ficção e realidade se misturam. Há um processo de hibridização dos gêneros no qual a atividade de informar passou a ser, também, a de entreter. Nesse viés, afirma Pina (2009, p. 113-114, grifo do autor) que:

Além da construção narrativa, em muitos conteúdos de notícias e reportagens sobre crimes e justiça criminal – às vezes organizadas sucessivamente como episódios novelescos em folhetim (crime, investigação, processo, julgamento) – sobrepõem-se ou confundem-se factos e conjectura ou ficção, com os padrões ficcionais influenciando a descrição

factual, cada caso concreto surgindo como fragmento ou “plot”, de uma narrativa mais vasta estruturada como conto moral assente em estereótipos de bem e de mal.

A veiculação constante, na mídia, de crimes, de forma sensacionalista, dissemina no seio social a cultura do medo; cria no imaginário popular uma sensação de impunidade e insegurança, desencadeando um descontentamento da população com a atuação estatal no que tange a repressão dos delitos. A partir da midiaticização do medo da criminalidade, o senso comum passa a ter uma compreensão equivocada da realidade.

A opinião pública, atemorizada diante da realidade distorcida pelos meios de comunicação, quando se vê diante de crimes violentos, tem dificuldade em aceitar princípios basilares, como a presunção de inocência, vedação às provas obtidas por meios ilícitos, recursos e incidentes processuais interpostos pelo acusado, direito ao silêncio, benefícios processuais, assim como qualquer garantia processual que o sistema penal confere ao réu acusado, com vistas a garantir o mínimo de equidade e dignidade no processo penal frente ao poder estatal.

Assim, o discurso midiático não se compatibiliza com a máxima proteção de direitos humanos. Na verdade, sistematicamente, aquele discurso não apenas viola direitos como dissemina e incentiva alterações legislativas que aniquilam garantias do réu, sob o falso pretexto de promover segurança a partir da manipulação da opinião pública.

O impacto midiático sobre as políticas criminais, com viés punitivista, é identificado por Zaffaroni (2012) como criminologia midiática, que corresponde ao discurso dos meios de comunicação de massa sobre a questão criminal. Esse fenômeno é identificado, também, por Gomes e Almeida (2013) e Pina (2009), como populismo penal midiático, o qual será examinado nos itens subsequentes, com o objetivo de analisar a forma pela qual os *mass media*, a partir da exploração midiática do crime, funcionam como verdadeiras agências criminalizadoras dentro do sistema punitivo.

4.2 CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA: A VULGARIZAÇÃO DA QUESTÃO CRIMINAL NO BRASIL

A criminologia, enquanto ciência, para ser analisada de maneira adequada, necessita de uma perspectiva histórica. É imperioso compreender como a formação do sistema penal, com a expropriação do conflito para o Estado, e as demandas, por ordem, dentro do processo de acumulação do capital, levaram à disseminação de diferentes discursos punitivos em cada

período histórico, e como isso se entrelaça com o curso do saber criminológico e o deslocamento do eixo epistemológico da criminologia. O discurso criminológico surge, portanto, como uma resposta política às necessidades de ordem no curso da história ao longo do processo de acumulação de capital.

Conforme Zaffaroni et al. (2011, p. 277, grifo do autor), à luz de uma perspectiva descritiva e histórica, verifica-se que a “*criminologia é a série de discursos que explicaram o fenômeno criminal, segundo o saber das corporações em cada momento histórico*”.

As discussões referentes à origem do saber criminológico não são estéreis. Os criminólogos etiológicos situam seu surgimento no ano de 1876 – ano que corresponde à primeira edição de *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso – enquanto que os criminólogos da reação social localizam seu início no período iluminista, a partir das discussões sobre a legitimidade do poder punitivo.

A criminologia³⁶ remonta, contudo, a um período bem mais antigo, com sua origem ainda no séc. XIII. Zaffaroni et al. (2011) analisam a criminologia como uma questão política proveniente do início do processo de centralização do poder da Igreja Católica e do próprio Estado, no século XIII, no qual o direito penal já havia surgido com a grande promessa de racionalizar o poder punitivo, a partir de premissas filosóficas.

A esse saber opunha-se o discurso de emergência da Inquisição que, com base em supostos dados da realidade, propunha a contenção e a eliminação do mal que assolaria a humanidade: inicialmente, os hereges e, posteriormente, as bruxas. Foi esse discurso inquisitorial que legitimou o controle social punitivo sobre as mulheres, através da submissão ao *pater* (patriarcado punitivo).

O *Malleus Maleficarum*– Martelo das Feiticeiras – é apontado como o primeiro marco teórico da criminologia moderna, ainda em 1484, durante o período inquisitorial. O *Malleus*, consoante asseveram Zaffaroni et al. (2011, p. 278), “foi o primeiro grande produto teórico do poder punitivo exercido de início e depois explicado e legitimado discursivamente, de uma maneira cada vez mais refinada até alcançar grau de coerência expositiva”. Os autores também destacam a Inquisição como primeiro discurso criminológico, em razão de, naquele período, terem sido analisadas as causas do mal, as formas como ele se apresenta e o método para combatê-lo.

O período inquisitorial foi marcado por uma série de transformações, desde a mudança nas relações de poder, até a configuração do Estado Moderno, com o fortalecimento

³⁶Cabe destacar que tanto o direito penal quanto o saber criminológico tiveram seu desenvolvimento em paralelo no curso da história, inclusive com discursos que muitas vezes se entrelaçaram.

da burguesia e do absolutismo (ZAFFARONI et al., 2011). Segundo o pensamento de Batista (2012, p. 25), a qual defende que a história da criminologia se liga, intimamente, à evolução do capitalismo, durante os séculos XIII e XVIII: “Articulam-se as técnicas da inquisição com o surgimento das cidades, a aparição da idéia de contrato, o fortalecimento da burguesia e do absolutismo, configurando o Estado moderno e suas estruturas penais”.

Ainda de acordo com a autora, o método de investigação da verdade do período inquisitorial constituiu:

o primeiro modelo integrado de criminologia, política criminal, direito penal e processo penal. [...] O novo modelo punitivo, inquisitorial, centralizado e burocratizado, articulando os saberes/poderes médicos-jurídicos, produziu o fenômeno [...] da expropriação do conflito em favor do Estado embrionário (BATISTA, 2012, p. 31).

E, a partir do século XVIII, no qual eclodiu a revolução industrial e iniciou-se o neocolonialismo, ocorreu o processo histórico de fortalecimento do contrato social, que determinou novas demandas de ordem. Assim, o poder punitivo demandou novas técnicas para controlar a massa de pobres que o processo de acumulação do capital gerou. Nesse cenário, a ascensão da burguesia contra o poder absolutista do monarca ensejou novos discursos criminológicos, novas instituições e novas políticas, a partir do enquadramento cartesiano e iluminista do mundo (BATISTA, 2012).

Quando, no século XIX, a classe dos comerciantes, industriais e banqueiros se estabeleceu no poder, em oposição ao Antigo Regime, a concentração urbana de dois extremos opostos de riqueza e miséria provocou novas situações conflituosas. Demandou-se, então, a criação de uma nova agência de controle: a polícia. Entretanto, o discurso criminológico, produzido pelos policiais, era incipiente. Aliaram-se, então, à classe médica, para tentar se apoderar da questão criminal. Assim, produziu-se o chamado positivismo criminológico, que foi, com algumas nuances, hegemônico até o século XX (ZAFFARONI, et. al., 2013).

Nas primeiras décadas do século XX, em um contexto pós I Guerra Mundial, houve a migração do primado sociológico para os Estados Unidos, que começou a hegemonizar o discurso criminológico, distanciando-se do paradigma biopolicial. Enquanto os sociólogos estadunidenses analisavam o fenômeno de transformação que estavam vivenciando, os europeus examinavam sua decadência. Durante esse período, floresceram diversas construções teóricas etiológicas:

No propício quadro norte-americano, os sociólogos ganharam hegemonia na criminologia [...] As principais correntes teóricas da criminologia etiológica norte-americana podem ser classificadas em cinco grandes eixos: **a)** as que atribuem a criminalidade a fenômenos de desorganização próprios do urbanismo (teoria etiológica); **b)** as que tomam como determinantes processos culturais diferenciados (teoria da associação diferencial e das subculturas); **c)** as que centram a atenção das falhas do controle social familiar e educacional (teorias de controle); **d)** as que enfatizam a tensão estrutural da sociedade (teorias funcionalistas sistêmicas ou de tensão); e **e)** as que fundamentam as causas na conflitividade social (teorias do conflito) (ZAFFARONI et al., 2011, p. 283-284, grifo do autor).

Tão somente a partir dos anos sessenta é que a criminologia passou a ter como foco os processos de criminalização. Esse momento, no qual houve a transferência do enfoque criminológico das causas do delito para o sistema penal, é considerado o da mudança do paradigma etiológico para a criminologia da reação social. Posteriormente, aprofundou-se a preocupação da criminologia com o sistema penal, na perspectiva da reação social, englobando-se teorias macrossociológicas, como a da criminologia crítica e radical. (ZAFFARONI et al., 2011).

Entretanto, esse saber criminológico que, durante séculos, se desenvolveu apenas no meio acadêmico, hoje não mais se esgota nele. A criminologia midiática, que emerge dos meios de comunicação social de massa, atinge milhares de pessoas ao se intrometer nos lares e configurar as atitudes do cidadão, a partir da disseminação do discurso punitivo, em especial, através da televisão.

Caminham, nesse sentido, as lições de Zaffaroni (2012, p. 303) sobre a denominada criminologia midiática, a qual apela para uma causalidade ilusória, baseada na crença de que a pena previne o crime:

Em paralelo às palavras da academia há uma outra criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica.

As criminologias midiáticas variam de acordo com a tecnologia comunicacional de sua época. Hoje, o discurso que ela propaga é o do neopunitivista dos Estados Unidos, que se expandiu pelo mundo globalizado. Essa nova versão da criminologia midiática tem como característica central o uso da televisão como meio técnico empregado para difundir a mensagem através da imagem (ZAFFARONI, 2012).

Em outras palavras, a principal característica dessa *nova* criminologia midiática é o predomínio da imagem: a mensagem provém da imagem. Contudo, consoante salienta Zaffaroni (2012, p. 306) a comunicação, através de imagens, nem sempre é atrativa, nem objetiva provocar reflexão: ela “deve impactar na esfera emocional mediante o concreto”. A intenção é, portanto, impressionar, e não gerar a reflexão no espectador, daí a necessidade de utilizar forte apelo emocional ao noticiar fatos cotidianos.

Outrossim, impende destacar que a imagem, por si só, não fala, bem como também não é capaz de informar por si só. Quem fala e informa é o intérprete – o jornalista –, que se vale de uma linguagem empobrecida para tanto. A imagem também é essencial para a construção de estereótipos pela criminologia midiática. Ela brinca com as imagens, seleciona aquelas nas quais os indivíduos estereotipados delinquem para, em seguida, mostrar aqueles que não delinquiram ou cometeram infrações menores, mas que se enquadram no estereótipo construído pelos meios de comunicação, o qual é amplamente aceito pela massa. Desse modo, não é necessário verbalizar que aqueles indivíduos semelhantes estão prestes a cometer delitos e constituem uma ameaça ao bem estar da sociedade (ZAFFARONI, 2012).

Sobre a construção midiática de estereótipos pela televisão, Zaffaroni (2012, p. 307, grifo do autor) afirma que:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de *peessoas decentes* frente a uma massa de *criminosos*, identificada através de estereótipos que configuram um *eles* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de *diferentes* e *maus*. [...] Este *eles* se constrói por *semelhanças*, construção para a qual a televisão é o meio ideal. O *eles* não é composto de delinquentes, não se trata do conjunto relativamente pequeno de criminosos violentos, mas do conjunto muito mais amplo de estereotipados que não cometeram qualquer delito e que nunca hão de cometer.

Em outras palavras, a criminologia midiática é responsável por selecionar indivíduos semelhantes – sexo, classe social, raça, lugares que frequentam, modo de se vestir, entre outros fatores influem nessa seleção, de acordo com cada sociedade e período histórico – que se enquadram no estereótipo do criminoso e separa-os do grupo de *peessoas decentes*, incluindo-os no grupo daqueles considerados diferentes, o grupo do *eles*. Esse grupo de diferentes não é composto por criminosos violentos ou delinquentes reiterados, mas sim de pessoas que, por suas características pessoais, são estigmatizadas como inimigos.

Para a composição do *eles*, a criminologia midiática cuidadosamente seleciona as notícias e as formata de modo que os delitos cometidos pelos estereotipados são enaltecidos e

destacados de perversidade. Sob essa perspectiva, Zaffaroni (2012, p. 309, grifo do autor) assevera que:

A criminologia midiática se volta para o *eles* e estigmatiza como *violenta* qualquer manifestação que vá contra sua construção da realidade. [...] Apesar de a *enorme maioria de eles* não ter cometido nenhum crime, são projetados como potenciais delinquentes, sob a alegação que nunca saberemos quando passarão da espreita a ação, mas assegurando que o farão; por isso, *eles* são maus e *temíveis* e ninguém deve assumir sua defesa nem discutir o que mostra a imagem, que é a única realidade midiática.

A criminologia midiática latina é importada dos EUA, porém, sua forma de operar e seus efeitos são bem distintos, em virtude das diferenças econômicas e sociais no âmbito dos países latinos e do estadunidense. Conforme afirma Zaffaroni (2012), enquanto nos EUA o sistema penal aprisiona mais de dois milhões de pessoas e, ao mesmo tempo, diminui os índices de desemprego a partir da necessidade de mão de obra para trabalhar no sistema penal, no Brasil e na América Latina, o sistema apenas encarcera e acentua as desigualdades já existentes.

Além de que, no que tange a composição populacional da sociedade brasileira, não há imigrantes para expulsar e nem razões para criminalizar as minorias. Na verdade, a população negra e parda, no Brasil, supera a população daqueles se declaram como brancos³⁷, assim, não há como sustentar o aprisionamento em massa dessa parcela da população. Dessa maneira, busca-se o maior controle social da população: quanto menor a liberdade, maior a segurança. Entretanto, a criminologia midiática tem o cuidado de ocultar que o aumento do controle penal também incide sobre a parcela social não marginalizada. O grupo do *nós* também necessita de monitoramento para que se tenha segurança. Assim, priorizam-se políticas sociais de controle que neutralizem a parcela da sociedade marginalizada, e isso custa vidas humanas:

Desse modo, a vingança, estimulada ao máximo pela criminologia midiática se traduz em maior violência do sistema penal, piores leis penais, maior autonomia policial e a consequente corrupção, politiquinhos vulgares, oportunistas ou assustados e redução dos juizes a impotência, tudo o que, como veremos depois, provoca mortes reais num processo de fabricação de

³⁷De acordo com o último censo demográfico realizado no país, em 2010, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira era de 191 milhões de habitantes, dos quais 91 milhões se declararam como brancos (47,7%), 15 milhões como pretos (7,6%), 82 milhões como pardos (43,1%), 2 milhões como amarelos (1,1%) e 817 mil indígenas (0,4%). A partir desses dados, percebeu-se uma redução na proporção de pessoas que se identificam como brancas e o crescimento das que se declararam pretas, pardas ou amarelas (IBGE, 2011).

cadáveres, que a criminologia midiática ignora ou mostra em imagens com *interpretações disformes* (ZAFFARONI, 2012, p. 317, grifo do autor).

A criminologia midiática, quando não ignora essas mortes, simplesmente as veicula como episódios da guerra contra violência, naturalizando-as. É possível concluir, assim, que há uma prática habitual em nosso sistema penal de execuções sem processo (ZAFFARONI, 2012).

Para que a população aceite o aumento do controle social e, por conseguinte, a diminuição das liberdades civis, é necessário construir uma realidade social em que o medo impere. Assim, constrói-se uma realidade temível.

A criminologia midiática também seleciona as vítimas. Interessam, aos programas televisivos, as funcionais, as que defendam um discurso repressivo e vingativo. Quando não age assim, a vítima é facilmente ocultada pelo sistema. Serve menos ainda aquela que é vítima da atuação do poder repressivo, dos abusos em seu exercício, “ou da morte que não produz *pânico moral*³⁸, são mortos que não interessam à *segurança*, são cadáveres não *funcionais*”. (ZAFFARONI, 2012, p. 320, grifo do autor).

Não interessa à criminologia midiática, conseqüentemente, a morte de um adolescente pobre em um bairro periférico. Muito mais interessante seria se ele fosse de classe social abastada e o homicídio ocorresse em uma zona nobre da cidade; a imagem da família desolada clamando por justiça seria incessantemente explorada.

Não importa quantos jovens são mortos todos os dias nas favelas e em bairros periféricos, vítimas da violência, do abuso do poder da polícia, vítimas do tráfico de drogas, balas perdidas ou até mesmo da falta de atendimento em postos de saúde. Esses cadáveres não são funcionais, essas vidas não importam para a criminologia midiática.

Assim, a criminologia midiática é responsável por sintetizar, por meio de seus estereótipos, “os piores preconceitos discriminatórios de cada sociedade e os manipula e os aprofunda para criar um *eles* de inimigos que são a *imundície* e a *escória* dos *homicidas que ainda não mataram*” (ZAFFARONI, 2012, p. 330, grifo do autor).

³⁸A expressão *pânico moral* foi cunhada na década de 1960, por Stanley Cohen, sociólogo britânico, a partir da reflexão sobre como a sociedade reage a determinadas situações sociais, que representam alguma forma de perigo. Nessa perspectiva, o pânico moral diz respeito ao processo de sensibilização social, no qual um determinado comportamento e uma categoria de desviantes são identificados de forma que pequenos desvios da norma são julgados e recebem uma forte reação coletiva. Nesse contexto, Cohen criou o conceito de pânico moral a fim de caracterizar a forma como a mídia, a opinião pública e os agentes de controle social reagem a essas situações (JEWKES, 2011,)

De acordo com Zaffaroni (2012, p. 322), a criminologia midiática é responsável por determinar a seleção criminalizante, que enfraquece o Estado de Direito e debilita o poder punitivo:

O poder da criminologia midiática traduz-se, na prática, em um enfraquecimento da vigência do Estado do direito. Debilita o poder político em função da autonomia das corporações policiais e da antipolítica, e também decide, com suas *campanhas*, a própria seleção criminalizante. O poder punitivo não seleciona sem sentido. Fá-lo de acordo os apelos do clamor *popular* que, na realidade, é o clamor da criminologia midiática (ZAFFARONI, 2012, p. 322, grifo do autor).

A criminologia midiática não atua aleatoriamente. Por trás dos seus anseios há os interesses das corporações comunicacionais, que não são apenas financeiros, mas também políticos. A política atual é a política do espetáculo, midiática e televisionada, em que o político assume um papel. Preocupado com a necessidade de se manter em seu personagem, adere à onda punitiva e incorpora as irracionalidades veiculadas pela criminologia midiática, sob a justificativa de que se trata da vontade do povo e, assim, confunde a opinião pública com a opinião publicada, subjetiva e tendenciosa, dos meios de comunicação de massa.

4.3 O DISCURSO DO POPULISMO PENAL

Consoante preceituam Gomes e Almeida (2013), o aumento da violência e da criminalidade na América Latina e, em especial, no Brasil, é uma realidade tangível. Há duas maneiras de analisar a questão: uma sob o viés social, encarando esse aumento da violência como um problema social – oriundo de desigualdades históricas, políticas públicas excludentes, entre outros fatores – ou como um problema individual, cujas raízes desse pensamento estão atreladas ao neoliberalismo e ao neoconservadorismo penal, que pleiteiam o fim do Estado do bem-estar social e recrudescimento do Estado Penitência (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Esse movimento de recrudescimento se iniciou nos anos 70, com a política criminal de Lei e Ordem (*Law and order*) implementada nos Estados Unidos, a qual foi sucedida por outros discursos penais: de tolerância zero, guerra contra as drogas, contra o crime organizado, *three strikes and you are out*, entre outras políticas criminais infladas por ideologias repressivas (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Tais discursos pregam o embate entre o bem e o mal, cidadão e inimigo, vítima e criminoso e são, em grande medida, disseminados pelas campanhas punitivistas veiculadas pelos meios de comunicação de massa, que projetam o estereótipo do delinquente como inimigo, propagando, assim, no senso comum, modelos de repressão criminal pautados no Estado de Polícia.

Tal cenário punitivo foi determinante para expansão do Direito Penal, e é nesse contexto expansionista que se insere o discurso do populismo penal midiático, o qual se vale do senso comum, das demandas geradas pelo delito, assim como o medo por ele alimentado, para buscar o apoio popular e consenso em relação as medidas que aumentam o rigor penal (maior severidade nas penas, mais repressão, novas leis penais, diminuição de benefícios penais, etc.). De modo geral, apontam o recrudescimento penal como a solução para o problema da criminalidade (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Entretanto, mesmo com a expansão do poder punitivo, hiperinflação legislativa³⁹ e o encarceramento em massa das classes marginalizadas⁴⁰, a criminalidade não diminuiu. Trata-se, pois, de um discurso político, do inconsciente coletivo, que explora a insegurança pública como fundamento para adoção de medidas punitivas, um projeto irracional que objetiva legitimar o descontrole punitivo (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Todavia, mesmo diante do aumento dos índices de criminalidade nos últimos anos⁴¹, o discurso do populismo penal segue firme e forte, sendo amplamente disseminado pelos meios de comunicação de massa, aceito pela população, além de ter sido incorporado pelos legisladores.

Enquanto o populismo, no plano político, se “caracteriza pela manobra da vontade da massa, do povo, guiada por um líder carismático, que procura atender suas demandas e promover (tendencialmente) o exercício tirânico do poder” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p.

³⁹No Brasil, tem-se mais de 1600 tipos penais, sendo que, de 1940 – ano em que foi editado o Código Penal Brasileiro – a outubro de 2015, foram editadas 157 leis penais, sendo 123 (78%) mais gravosas (GOMES; GAZOTO, 2016)

⁴⁰De acordo com dados levantados pelo Departamento Nacional de Penitenciária – DEPEN – o Brasil é o 4º país do mundo com maior população carcerária, com 622.202 presos (Ano referência: 2014) – se considerados os presos domiciliares, esse número sobe para 711 mil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça em maio de 2014. Desses, 40% são presos provisórios, ou seja, são quase 250 mil indivíduos presos sem sentença condenatória definitiva. O Brasil figura no topo dos países que mais encarceram no mundo. Isso é fruto do elevado crescimento da população prisional, em razão, especialmente, do aumento da prisão provisória e das prisões relacionadas ao tráfico de drogas, além do aumento do aprisionamento feminino nos últimos anos. Em 2000, a população carcerária brasileira era de 232.755, em 10 anos, a população carcerária quase triplicou. (BRASIL, 2014).

⁴¹Para fins de ilustração, em 2013, o número de mortos por homicídio no Brasil chegou a 56.804, um número 25% maior do que em 2000. De 1980 a 2013, em números percentuais, o índice de homicídios aumentou 308% (GOMES; GAZOTO, 2016)

28), no campo penal a expressão é utilizada para designar uma forma específica de exercício do poder punitivo. Assim:

O populismo penal se caracteriza pela instrumentalização ou exploração do senso comum, da vulgaridade e da vontade popular. Populismo penal, portanto não pode se equiparar simplesmente ao punitivismo (tratado por Matthews: 2015), sim, é sinônimo de hiperpunitivismo, de uma “economia penal excessiva” ou grotesca (Pavarini: 2006, p. 105 e ss; Foucault, citado por Colombo: 2011, p. 191), desnecessária, abusiva, que escamoteia a vontade popular, passando-lhe a ilusão da solução de um problema extremamente complexo (Landrove Díaz: 2009, p. 57 e ss) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 29, grifo do autor).

Consoante se expôs na seção anterior, o hiperpunitivismo é a marca do contexto atual da América Latina, permeado por discursos autoritários em contraponto aos discursos abolicionistas e contencionistas – minimalismo/garatismo. O predomínio do discurso repressivo é notório diante da expansão do poder punitivo. Nesse diapasão, o populismo penal constituiria um novo paradigma – giro punitivo – iniciado a partir dos movimentos da Lei e Ordem, orientado para a repressão do desviante e não mais para sua ressocialização ou prevenção dos delitos. A pena tornou-se meramente retributiva – isto é, se algum dia a pena cumpriu alguma função que lhe fora atribuída, que não seu caráter retributivo.

O populismo penal, segundo assevera Pina (2009, p. 156), pode ser identificado como o processo ocorrido nas democracias ocidentais a partir dos anos 80, nas quais houve reformas jurídico-criminais que prescreveram “sob pressão, de opiniões públicas tomadas de ‘pânico moral’ (ou indagação moral) e medo do crime, penas cada vez mais pesadas (punitivismo penal)”. A população passou a exigir soluções punitivas mais simplistas – como, a política criminal dos *three strikes and you are out* – que importavam na violação de princípios penais fundamentais, além de que o recrudescimento das políticas criminais não provocou a diminuição dos índices de criminalidade, mas sim, o aumento das taxas (PINA, 2009).

O populismo penal é pautado: na excessiva preocupação dos agentes políticos com políticas que conquistem a massa eleitoreira; desinteresse, intencional ou por negligência, dos efeitos das políticas criminais; tendência a conclusões simplistas sobre os anseios da opinião pública a partir de dados inadequados (PINA, 2009).

O populismo penal constitui uma resposta emocional a determinados delitos, os quais, embora pouco comuns, suscitam a intensa cobertura midiática em torno de seu desfecho:

O populismo penal constitui uma resposta emocional a crimes (no entanto pouco comuns) que provocam horror e suscitam grande cobertura mediática, colocando a resposta à criminalidade na agenda pública e, depois, na agenda política (PINA, 2009, p. 158).

Quanto às razões para eclosão do populismo penal, há uma correlação entre as demandas sociais insatisfeitas, o declínio das políticas assistencialistas, não atendimento das necessidades essenciais da população, dentre outros fatores de cunho social que geram o sentimento de insegurança coletiva, e a utilização de um discurso penal simplista e de viés populista. Conforme expõem Gomes e Almeida (2013), esses fatores isolados ou combinados produziram um novo mundo, o qual é caracterizado pelo crescente aumento da insegurança e da ansiedade nos mais diversos setores sociais, além de que o crescimento dos meios de comunicação de massa foi fundamental para alimentar o sentimento coletivo e criar condições para expressar a vingança e retribuição em relação ao delito.

Todavia, consoante evidenciado na seção anterior, o Brasil e a América Latina não vivenciaram plenamente o modelo do Estado de bem-estar social. Nos países periféricos, os quais sofreram com as mazelas oriundas da colonização e, mais recentemente, com governos autoritários, o populismo eclodiu paralelamente à construção de uma sociedade desigual e injusta (GOMES; ALMEIDA, 2013).

O discurso do populismo é simbólico para população, contudo produz efeitos reais e perversos sobre os criminalizados. Conforme exposto ao longo da segunda seção dessa dissertação, a dogmática penal atribuiu funções instrumentais ao direito penal – proteção de bens jurídicos, prevenção de delitos – entretanto, no plano da realidade social, o direito penal tem exercido, na verdade, funções de caráter simbólico, com fito de mascarar as verdadeiras funções perversas produzidas pelo sistema⁴².

A utilização do discurso repressivo beneficia os legisladores que entram na onda punitiva, na medida em que ganham notoriedade e popularidade eleitoral por sua atuação eficaz no combate à criminalidade. No entanto, as políticas criminais provenientes do discurso do populismo penal são irracionais e emotivas, excluem o saber jurídico do seu processo de desenvolvimento. Conforme apontam Gomes e Almeida (2013, p. 52):

⁴²“O populismo penal, com suas promessas (de proteção), mais simbólicas que efetivas, não proclama que em 2010, 52.260 pessoas foram vítimas de homicídios no país, o que representa um aumento de 9%, tomando como base o ano de 2001, no qual totalizava 47.943 assassinatos. Constata-se, assim, que, nos últimos 10 anos (de 2001 – 2010), 495.292 brasileiros perderam suas vidas de forma abrupta e cruel, quantitativo que excede, espantosamente, o número de mortos de vários conflitos armados no mundo” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 71).

Mediante o uso das leis penais (que são as mais drásticas e abstratamente temidas) podem ser lançadas muitas mensagens ilusórias, que cumprem o papel de escamotear o déficit de tutela dos bens jurídicos, criando na população tanto a sensação (irreal) de segurança como um sentimento de confiança no sistema penal (nas leis e nas instituições encarregadas de aplicá-las).

É incorreto dizer que o populismo penal emana da vontade pura do senso comum. Ele surge a partir de técnicas eficientes de manipulação, as quais, diversas vezes, levadas a cabo pelos meios de comunicação de massa, se valem dos sentimentos emanados pelo crime na população para criar ou ampliar a sensação de insegurança, bem como explorar o medo coletivo para alcançar maior apoio popular em relação à expansão do poder punitivo.

Desse modo, as agências de comunicação social promovem o discurso do populismo penal e constituem uma influência externa às políticas criminais através da cobertura midiática de determinados delitos, além de que os meios de comunicação fomentam plataformas que favorecem determinados tipos de política criminal (PINA, 2009). Portanto, é nítida a influência midiática na política criminal por meio da propagação do populismo penal midiático.

4.3.1 Populismo Penal Midiático

O populismo penal midiático não constitui um mero discurso, mas um saber criminológico que impulsiona o hiperpunitivismo, incidindo fortemente sobre a política criminal adotada no Brasil e contribuindo para o delineamento de uma política mais severa e uma legislação penal hipertrofiada, que atende aos clamores populares orientados pela exploração midiática do delito.

O discurso expansionista do populismo penal pode ser propagado por diversos agentes, através da opinião pública, policiais, políticos, juízes, entre outros do sistema penal. Nesse cenário, se sobressaem como agentes disseminadores do discurso do populismo penal os meios de comunicação de massa, os quais desenvolveram, no campo penal e criminológico, uma forma peculiar do exercício jornalístico de viés populista (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Conforme expõem Gomes e Almeida (2013), da análise do fenômeno do populismo penal midiático, vislumbram-se com nitidez duas vertentes (dimensões, expressões) na atualidade: a) conservadora clássica e; b) disruptiva. A conservadora clássica volta-se para

aqueles considerados inimigos – os desiguais – que incorrem na criminalidade clássica, enquanto que o segundo viés diz respeito às demandas punitivistas, relativas aos denominados crimes de colarinho branco, cometidos por aqueles considerados iguais. Nesse sentido, afirma-se que:

A primeira 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”). 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).

A segunda sugere (ao menos em parte) racionalidades ou pretensões coincidentes com as teses punitivistas das criminologias críticas ou progressistas e se chama disruptiva precisamente porque persegue os iguais (ou mais ou menos iguais), que são os criminosos de colarinho branco, os poderosos, os burgueses (especialmente quando envolvidos com a corrupção, lavagem de dinheiro etc.) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 99-100, grifo do autor).

As características clássicas do populismo penal conservador são basicamente as mesmas do populismo penal disruptivo. A distinção entre elas refere-se ao objeto do discurso repressivo: em seu viés clássico, o discurso é proferido contra os desiguais (marginalizados, excluídos, estereotipados), em sua vertente disruptiva, ele volta-se contra os iguais, integrantes de classes sociais mais altas, que receberão o tratamento de desiguais em razão dos crimes por eles praticados. Nesse sentido: “Para o populismo disruptivo o que conta é a defesa da legalidade, da moralidade e da probidade da vida pública, que são lesadas por gente (do colarinho branco) que desfruta de imensa impunidade (para não dizer imunidade)” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 154).

Conforme aludido na seção anterior, a atuação dos meios de comunicação de massa, verdadeiras empresas midiáticas, orientadas para obtenção do lucro, também é seletiva na escolha das notícias. No âmbito da política criminal, a postura dos meios de comunicação tende a ser mais conservadora em relação à criminalidade clássica (crimes sexuais, patrimoniais e violentos). Em sua maioria, são noticiados aqueles cometidos por indivíduos pertencentes às classes sociais mais baixas, para reforçar o estigma construído do criminoso. No entanto, há, ainda, uma predileção para jornalismo investigativo, o qual volta sua atuação, em especial, para os delitos de corrupção e afins cometidos por agentes públicos.

Há uma seletividade política, ideológica e editorial na seleção das notícias e, desde que os meios de comunicação se apoderaram do lucrativo discurso criminológico, o crime nunca mais saiu da pauta jornalística (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Consequentemente, o *mass media* atua como um grupo de pressão que, de modo progressivo e com regularidade, desencadeia legislações no âmbito penal, em face do elevado potencial de alcance e de mobilização que a mídia consegue alcançar. Eles constituem, assim, verdadeiros empresários morais, emergindo como o mais robusto grupo de pressão que objetiva não apenas influir no processo de criminalização primária, com o intuito de promover alterações no campo legislativo, tanto no sentido de eliminar legislações mais benéficas ao réu como recrudescer as normas existentes e criar novos tipos penais, mas também no processo de criminalização secundária, ao determinarem a culpa ou não do acusado.

Para conseguirem o consenso na sociedade, os meios de comunicação de massa utilizam técnicas de manipulação, a partir do manejo de estereótipos e de etiquetamentos. Uma das técnicas utilizadas refere-se à constante veiculação de ineficácia do sistema penal, de qualificá-lo como inábil quanto ao combate da criminalidade e impunidade recorrente no sistema. Entretanto, sabe-se que o sistema penal é, sim, eficaz, não em relação às suas funções declaradas, mas em suas funções latentes. O sistema penal é tão eficaz que encarcera 607.731⁴³ pessoas, afastando-as do convívio social, cuja taxa de aprisionamento aumentou, de 2000 a 2014, 119%; caso seja mantido o ritmo de encarceramento, a expectativa é que, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará o número um milhão de indivíduos.⁴⁴

Por conseguinte, verifica-se que o aparelho midiático sistematicamente distorce notícias criminais quantitativamente e qualitativamente, superdimensionando-as, em relação a outros fatos noticiados; além de exagerar na narrativa ao trazer a carga dramática necessária para fisgar o espectador, de tal modo que a imagem delitiva não coincide com a realidade, levando à percepção de que a criminalidade está se expandido no seio social de maneira vertiginosa (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Dessa maneira, o *mass media*, através da projeção de imagens, não apenas distorcem a realidade, mas criam uma realidade subjetiva: a realidade fabricada, que influencia a construção da opinião pública. Ela, muitas vezes, se confunde com a publicada, e serve como fundamento para atuação mais severa do poder legislativo, em razão da suposta necessidade de aumento da repressão criminal como forma de controle da criminalidade.

⁴³Refere-se à população prisional, no Brasil, em 2014, com base nos dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional.

⁴⁴Dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional.

5 CRÍTICA À CRIMINALIZAÇÃO MIDIÁTICA E SEUS REFLEXOS LEGISLATIVOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nesta seção serão demonstrados, inicialmente, os reflexos do populismo punitivista no plano legislativo. Para tanto, será analisado o Projeto de Lei n. 4.850/2016, fruto da iniciativa do Ministério Público Federal, ao lançar a campanha das 10 Medidas contra a Corrupção.

Posteriormente, verificar-se-á como essa influência midiática, pautada no discurso do populismo penal, fundamenta o tratamento diferenciado para determinados grupos de pessoas, identificadas como perigosas, implicando na legitimação do direito penal do inimigo no Brasil.

5.1 O POPULISMO PUNITIVISTA E O PROJETO DE LEI N. 4.850/2016

Pretende-se, nesse item, abordar a intensa cobertura midiática em torno da chamada Operação Lava Jato e as suas repercussões políticas, bem como examinar a campanha punitivista, promovida pelo Ministério Público Federal, denominada de 10 Medidas contra a Corrupção, a qual levou a propositura do Projeto de Lei n. 4850/2016 que tramita em regime de urgência no Congresso Nacional.

5.1.1 Da Espetacularização Midiática da Operação Lava Jato

A intitulada Operação Lava Jato – assim denominada em razão de uma das organizações criminosas, inicialmente, investigadas fazer uso de uma rede de postos de combustíveis e de lava jatos de automóveis para movimentar recursos ilicitamente obtidos – foi deflagrada pela Polícia Federal, em março de 2014, em seis Estados e no Distrito Federal. Desde então, passou a fomentar a pauta jornalística dos meios de comunicação no Brasil, com notícias sobre a investigação e as ações penais dela decorrentes, nas quais figuram como réus empresários, políticos e funcionários públicos, acusados por envolvimento em esquemas de corrupção. Os processos tramitam na 13ª Vara Criminal da Justiça Federal de Curitiba, Paraná e no Supremo Tribunal Federal.

A persecução penal, desde a etapa investigatória, foi dividida em fases – em 10 de novembro de 2016, foi iniciada a 36ª fase da operação – e todas foram intensamente midiaticizadas, ocupando amplo espaço nas pautas jornalísticas (jornais, periódicos, televisão e

internet). Essa fragmentação das investigações contribuiu para manter a atenção do público e instigar a sua curiosidade sobre as próximas fases da operação que, definitivamente, ingressou na agenda pública do país⁴⁵.

De acordo com Gomes (2016), são diversos os fatores que contribuem para a vocação midiática da Operação Lava Jato, entre eles, a posição social dos investigados e réus – empresários, servidores públicos, detentores de mandato eletivo – elevado número de prisões provisórias, o impacto político das decisões cautelares e condenações proferidas pelo juiz, a partidarização do debate público sobre os fatos e a utilização do discurso de moralização/purificação política do país, capazes de fazer germinar no seio social anseios punitivistas.

O fato de a operação voltar-se contra políticos influentes e ricos empresários – que, até então, no senso comum, eram vistos como inalcançáveis pela justiça – difundiu no imaginário popular a ilusão de que a justiça penal é distribuída a todos de forma igualitária. Criou-se, desse modo, um cenário apropriado para a consagração do espetáculo, no qual o discurso de moralização da política ou de purificação da moral política, através da via punitiva, foi reforçado (GOMES, 2016).

Disseminou-se a ideia de que a ampliação dos processos de criminalização para alcançar os ricos e poderosos – os não clientes do sistema penal – teria equilibrado a balança da seletividade, entretanto, a operação apenas a acentuou, pois a clientela do sistema continua a mesma. Nesse sentido, Gomes (2016, p. 238) afirma que: “a celeridade da Operação Lava Jato, diversamente do que faz acreditar a cobertura midiática, intensifica a seletividade do sistema penal e desnuda seu caráter discriminatório”.

Na verdade, o poder punitivo continua exercendo sua seletividade contra aqueles que elegeu como inimigos. Todavia, um novo *hostis* foi escolhido: o corrupto. Trata-se da escolha de um novo viés do populismo penal, o disruptivo, que se volta contra aqueles até então tidos como iguais, mas que, em razão de seus crimes, serão tratados como inimigos.

Ao mesmo tempo, os meios de comunicação de massa, ao estabelecerem uma única opinião na cobertura jornalística da Operação Lava Jato e reduzirem, assim, a sua complexidade, estimulam a polarização do debate e asfixiam as reflexões críticas do público. Assim, os protagonistas das notícias tornam-se verdadeiros personagens: dá-se uma espécie

⁴⁵A operação Lava Jato é apontada como uma das maiores investigações de corrupção e lavagem de dinheiro já realizada no Brasil. Estima-se que tenham sido desviados da Petrobras – empresa estatal de economia mista – bilhões de reais, em um esquema que envolve empreiteiras, funcionários públicos e políticos.

de mitificação midiática, na qual os atores processuais representam, de um lado, mais dignas virtudes e, de outro, os mais reprováveis desvios morais (GOMES, 2016).

Nesse contexto, o juiz federal responsável pelo julgamento das ações referentes à operação em 1ª Instância, Sérgio Fernando Moro, encarnou a figura do juiz incorruptível, tendo sua imagem atrelada a de herói no combate à corrupção. Tornou-se tão popular que, além de ter sido exaltado em manifestações públicas favoráveis à operação Lava Jato, em 2015 e 2016, ainda foi homenageado com um boneco gigante em um dos maiores carnavais do Brasil⁴⁶. A par disso, enquanto os policiais federais e Procuradores da República, envolvidos no caso, são retratados pelos *mass media* como heróis, os acusados e investigados são apresentados como imorais, ímprobos, arrogantes.

Todas essas representações simbólicas fixam no imaginário popular a ideia do embate entre o bem e o mal, no qual a mídia, através de agendamento e seletividade, elege bodes expiatórios e heróis ao promover a criminalização daqueles escolhidos como inimigos:

A mídia – em especial a imprensa – incorre em um agendamento que reproduz as estratégias da própria seletividade penal. São eleitos *bodes expiatórios*, inimigos públicos aos quais se atribui a simbologia de tudo o que deve ser moralmente reprovado e juridicamente punido, muito embora existam diversos outros personagens – políticos e empresários também investigados por corrupção – com semelhante potencial simbólico. Ao mesmo tempo, selecionam-se *heróis* da moralidade pública (alguns policiais, alguns membros do ministério público e um juiz) que, em um universo de iguais (toda polícia, todo o Ministério Público e toda a magistratura), são midiaticamente enaltecidos por promoverem a criminalização daqueles bodes expiatórios (GOMES, 2016, p. 244).

Nesse cenário midiaticamente construído, florescem discursos e campanhas punitivas de combate à corrupção. Aproveitando-se desse pano de fundo e do apoio popular às punições mais severas contra os corruptos – os inimigos da vez – o Ministério Público Federal (MPF) lançou a campanha das 10 Medidas contra a Corrupção, em 20 de março de 2015, na qual são propostas várias alterações legislativas, cujo objetivo, na visão do *parquet*, é tornar o Brasil um país mais justo, com menos corrupção e impunidade.

⁴⁶O juiz federal, Sérgio Fernando Moro, foi boneco gigante nos Carnavais de 2016 e 2017, em Olinda, Pernambuco. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1859202-olinda-preve-bonecos-de-lava-jato-e-trump-mas-deixa-temer-em-museu.shtml>>. Acesso em: 20 mar.2017.

5.1.2 Das 10 Medidas Contra a Corrupção ao Projeto de Lei n.4.850/2016

As 10 Medidas contra a Corrupção do Ministério Público Federal foram constituídas por propostas de alterações legislativas elaboradas, inicialmente, pelos Procuradores Federais integrantes da Operação Lava Jato e, posteriormente, aprimoradas por comissões do próprio *parquet* federal.

A maioria das medidas implica em mudanças na legislação penal ou processual penal, como a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores; aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal; reforma no sistema de prescrição penal; ajustes nas nulidades penais; responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2 e prisão preventiva, para evitar a dissipação do dinheiro desviado.

No entanto, embora tenham sido lançadas como medidas de combate à corrupção, e assim foram apresentadas ao público, elas vão além. As proposições destinam-se ao recrudescimento das normas do sistema penal e processual penal que afetarão a todos, indistintamente, sem qualquer análise do seu impacto ou estudo sobre as propostas. Para Gomes (2016, p. 249, grifo do autor), a campanha das 10 Medidas contra a Corrupção constitui uma apologia ao punitivismo. Segundo ele:

Uma iniciativa que busca legitimação na *vontade popular*, a qual na verdade instiga e induz, ao reduzir o amplo e multidisciplinar debate sobre a política criminal no âmbito da corrupção a uma espécie de *plebiscito* ou *referendum* populista sobre medidas de jaez puramente repressivo, previamente listadas em um catálogo do que se pretende seja aceito como a melhor alternativa de reação a um determinado espectro de delinquência.

Em 27 de julho de 2015, o Ministério Público Federal iniciou a coleta de assinaturas com o objetivo de alcançar um milhão e meio de subscrições, necessárias para que as propostas elaboradas pelos Procuradores Federais fossem apresentadas ao Congresso como projeto de lei de iniciativa popular. Após intensa campanha nos meios de comunicação de massa (televisão, rádio e internet), superou-se aquela meta.

A campanha promovida pelo Ministério Público Federal tem um nítido viés de populismo punitivista. O *parquet* federal, atento aos anseios e às demandas geradas pelo espetáculo midiático em torno da Operação Lava Jato, aproveitou para buscar o apoio popular em relação às medidas mais repressivas no âmbito da corrupção, sob justificativa de estar agindo na defesa do patrimônio público e dos interesses difusos da população. Gomes (2016,

p. 247) ressalta que o suporte midiático, conferido à proposta punitivista do Ministério Público Federal e, posteriormente, ao Projeto de Lei n. 4.850/2016, bem como seu forte apelo popular, revelou uma nova expressão de populismo penal que:

Distorce a vontade do povo como importante ferramenta democrática no âmbito do processo legislativo para, de forma oportunista, aproveitando-se de um momento político delicado e de profunda inquietação social, reduzi-la à contabilização de certa quantidade de assinaturas para legitimar o que, de fato, estava por trás da campanha: a iniciativa legislativa do Ministério Público Federal.

É imperioso que se faça uma reflexão acerca da legitimidade do Ministério Público Federal para propositura de projetos de lei em matéria penal e processual penal. Trata-se de matéria de competência privativa da União, na forma do artigo 22, inc. I, da CFRB, que pode ser objeto de projeto de lei de iniciativa popular, conforme dispõe o artigo 61, §2º, da CFRB.

Daí a necessidade de elaboração de uma campanha a fim de alcançar o número mínimo de assinaturas necessárias para um projeto de lei com medidas de índole repressiva – algumas até de constitucionalidade questionável, como a exclusão de provas ilícitas tão somente quando houver violação real de direitos do réu – elaboradas por Procuradores da República, até onde se sabe, “sem qualquer levantamento ou estudo criminológicos prévios que autorizasse, a defesa institucional de alterações legislativas como instrumento idôneo para arrefecer a corrupção no país” (GOMES, 2016, p. 247-248).

Outrossim, a legitimidade da atuação do Ministério Público Federal, nessa iniciativa punitivista, sem qualquer observância dos ditames constitucionais, também é questionada por Coutinho (2015, p. 02), o qual afirma que a campanha das 10 Medidas contra a Corrupção reflete:

Uma guinada do MPF na direção do repressivismo e do punitivismo, sem muitos olhos para a Constituição da República e mormente, nela, para as cláusulas pétreas. [...] Por que, porém, essa guinada e essa postura? Mormente se acompanhada por esse desprezo quase solene pela Constituição da República, como se ela não existisse e, mesmo que assim não fosse, isto é, levando-se em conta que ela existe e deve ser respeitada, faz-se dela pouco caso, como se não tivesse importância. Aqui, aparentemente, ao se investir contra a CR, “os fins justificam os meios” e, assim, nada pode deter um querer compromissado com os resultados (nem os limites impostos, começando pela CR!), sejam eles quais forem e mesmo se interessam a quem interessam, até porque ninguém pode ser ingênuo o suficiente para imaginar que se não trate – tal postura – de algo ideológico.

Em 29 de março de 2016, parlamentares da Frente Mista de Combate à Corrupção, composta pelos Deputados Federais Antonio Carlos Mendes Thame, Fernando Francischini, Diego Garcia e João Campos, apresentaram o Projeto de Lei n. 4850/2016⁴⁷, o qual estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos. Ele contempla, integralmente, as propostas elaboradas na campanha institucional das 10 Medidas contra a Corrupção, em um texto que totaliza noventa e duas páginas de dispositivos que implicam modificações tanto no Código Penal, quanto no Código de Processo Penal e legislação esparsa, sem qualquer debate público prévio.

Necessário, portanto, examinar as propostas de alterações legislativas constantes no Projeto de Lei n. 4850/2016. Ressalta-se que essa análise será feita tão somente no que concerne à matéria penal e processual penal da proposta, uma vez que o projeto engloba, também, alterações de ordem civil e processual civil, pretendendo mudanças, por exemplo, no rito das ações de improbidade administrativa, ação essa de cunho eminentemente civil, ainda que importe em sanções tão severas quanto as de natureza penal.

Dessa maneira, pretende-se estudar os novos tipos penais sugeridos: a inclusão do crime de corrupção no rol dos crimes hediondos, as mudanças no sistema recursal, as alterações no regime de prescrição, ampliação das hipóteses de prisão processual. Destaca-se que o objetivo desse exame não é esclarecer os pormenores das medidas propostas, pois tal estudo demanda não apenas analisá-las com profundidade, mas também os institutos a elas correlatos, o que não é objeto do presente trabalho. Busca-se, a partir de tal análise, demonstrar a ausência de embasamento teórico na proposta, evidenciando seu caráter eminentemente populista punitivista, oriundo da campanha do Ministério Público Federal e da espetacularização midiática da Operação Lava Jato, que implicam na elaboração de medidas de recrudescimento da legislação penal.

a) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos:

O projeto de lei é iniciado com a proposta de tipificação do enriquecimento ilícito de funcionário ou agente público, punido com pena de prisão de 3 a 8 anos, e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave. A pena pode ainda ser aumentada de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

⁴⁷Inteiro teor disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra; jsessionid=BFC6F5122B32C7D7468CA44C9A9A1960.proposicoesWebExterno1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016. Acesso em: 15 jan. 2017.

No tocante à proposta de criminalização do enriquecimento ilícito, o primeiro argumento levantado refere-se à dificuldade de penitenciar o crime de corrupção, sendo, assim, o enriquecimento ilícito comumente derivado dessa prática, logo, é necessário puni-lo. Desse modo, o enriquecimento ilícito funcionaria como uma prova indireta da corrupção. Já o segundo esforço argumentativo diz respeito ao fato da proposta aduzir que:

Por outro lado, o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura (BRASIL, 2016, p. 34).

Da leitura dos argumentos, verifica-se que não há qualquer fundamentação robusta no projeto de lei que justifique a criação de um novo tipo penal, baseado em razões criminológicas ou dogmáticas, como a teoria do bem jurídico. Não há indicação sequer do bem jurídico a ser tutelado pelo novo tipo penal. Trata-se, por conseguinte, de uma medida populista e punitivista – de caráter emergencial – que carece de justificação teórica.

b) Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores

Em observância às proposições do Ministério Público Federal, o Projeto de Lei n. 4850/2016 propõe uma série de modificações em dispositivos penais, no sentido do recrudescimento das penas daqueles crimes considerados mais lesivos contra a Administração Pública, previstos no Código Penal. Tais alterações, segundo os Procuradores Federais, visam transformar a corrupção em uma conduta de alto risco.

As justificativas aventadas no projeto são: os aumentos de pena evitariam a substituição das penas em restritivas de direitos e o cumprimento da punição em regime aberto, bem como evitaria a prescrição em quatro anos dos delitos, permitindo, assim, um prazo mais amplo para investigação e processamento dos crimes. Restringem-se, dessa maneira, direitos àqueles que praticam delitos relacionados à corrupção, por meio do aumento da pena mínima dos tipos penais. Outrossim, argumenta-se no projeto a necessidade de se fixar, como parâmetro razoável nos crimes de corrupção, os delitos de homicídio e, para corrupção de grande magnitude, a pena referente ao crime de latrocínio, cuja pena é de 20 a 30 anos.

Além do mais, é proposta a gradação das penas dos crimes cometidos contra a administração pública, de acordo com o dano causado e a vantagem ilicitamente auferida. A

título de exemplificação, delitos como o de peculato (art. 312 e §1º do CP), inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP) e a corrupção ativa (art. 333 do CP) poderiam ser punidos com penas de 12 a 25 anos, nos casos em que o prejuízo ou benefício fossem em montante igual ou superior a R\$ 7.880.000, 00.

Destaca-se que a razão exposta para justificar essa proporcionalidade, entre a sanção criminal e o resultado lesivo, é o caráter retributivo e dissuasório da pena. Os Deputados Federais afirmam no aludido projeto que “Parece ser instintivo que as condutas que representam dano maior devem ser mais severamente apenadas, não só como retribuição, mas sobretudo pelo seu caráter dissuasório” (BRASIL, 2016).

Outro aspecto importante do projeto de lei é a inclusão da corrupção no rol dos crimes hediondos. No artigo 1º da Lei n. 8.072/90, seriam considerados crimes hediondos o peculato (art. 312 e § 1º do CP), inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP), concussão (art. 316 do CP), excesso de exação qualificada pela apropriação (art. 316, § 2.º, do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP) e corrupção ativa (art. 333 do CP), quando a vantagem ou o prejuízo for igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes no tempo do crime.

Incluir tais crimes no rol dos crimes hediondos seria, de acordo com os autores do projeto, reconhecer que a corrupção atenta, direta e indiretamente, contra os direitos fundamentais, uma vez que, “no cenário atual, em que grandes esquemas de corrupção são descobertos, é preciso adotar medidas firmes para mudar a realidade” (BRASIL, 2016).

É evidente que a corrupção, em seu sentido amplo, é um problema que afeta o Estado brasileiro, e que deve ser combatida firmemente, entretanto, dentro dos limites legais e constitucionais da democracia. No entanto, etiquetar um crime ou um criminoso como hediondo, nada mais é que uma medida populista que não produz efeitos sobre a diminuição dos índices de criminalidade. É, portanto, uma resposta simbólica a uma demanda social, alimentada pelos meios de comunicação de massa, que gera a expansão e a legitimação do exercício de um poder punitivo mais severo.

Por conseguinte, tornar um rol de crimes como hediondos e recrudescer suas penas de acordo com parâmetros meramente econômicos, sem qualquer fundamento ou estudo científico que o justifique, conduzirá a mais distorções dentro do sistema punitivo, no qual delitos cometidos contra a administração pública são punidos com a mesma severidade daqueles que atentam contra a vida, por razões meramente econômicas. Ademais, conforme já exposto, são falaciosos os discursos legitimadores da pena. É necessário compreender que o fundamento da pena não é prevenir, dissuadir novos delitos, ressocializar ou qualquer outra

função que a dogmática tenha atribuído artificialmente a ela. A pena não pode ser justificada juridicamente, ela é fruto de um ato de poder, é uma decisão política.

c) Eficiência dos recursos no processo penal

Uma das medidas oportunamente levantadas pelo Ministério Público Federal em sua campanha refere-se à proposta de mudanças no sistema recursal do processo penal, para garantir uma suposta eficiência. Asseveram serem necessárias mudanças no sistema recursal para garantir a razoável duração do processo, por meio de medidas que garantam a celeridade processual e coíbam o uso abusivo dos recursos as quais, segundo os autores do projeto,

Não maculam, sob nenhum aspecto, as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à ampla defesa, na medida em que se mantém hígido o direito das partes à produção de provas em seu favor, perante um juiz imparcial com competência previamente delimitada; não restringe o direito à assistência por advogado ou à apresentação de razões recursais; nem restringe o direito daquele que, não vendo sua demanda acolhida pelo tribunal, submete a matéria aos tribunais superiores. O procedimento em primeiro grau, aliás, não sofre praticamente nenhuma alteração (BRASIL, 2016, p. 47-48).

Embora a campanha vise à colheita de assinaturas para medidas de combate à corrupção, essa proposta legislativa, caso aprovada, afetará não apenas processos dos crimes que envolvem corrupção, em seu sentido amplo, mas todos.

Assim, é mais uma medida oportunista, que se aproveita da onda punitivista, produzida pela cobertura midiática em torno da operação Lava Jato, para aprovar alterações legislativas contrárias à Constituição, em clara afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição (o direito de recorrer, englobado no aludido princípio, está, inclusive, previsto na normativa internacional no Pacto de São José Costa Rica, assinado pelo Brasil e incorporado ao ordenamento pelo Decreto n. 978, de 06 de novembro de 1992).

Dentre as propostas legislativas, destaca-se aquela que objetiva a inclusão no Código de Processo Penal do artigo 580 – A, para que o Tribunal de ofício ou a requerimento da parte verificando tratar-se de recurso manifestamente protelatório certifique o trânsito em julgado da decisão recorrida. Tal medida objetiva garantir mais celeridade no processo penal, no entanto, há um alto custo, pois sacrifica o direito do réu de exercer o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude, além da ampla margem de discricionariedade dos julgadores ao utilizar expressões altamente subjetivas, tais como abusivo e manifestamente protelatório.

Ainda no que concerne às mudanças no sistema recursal, são propostas alterações que refletem em mudanças nos embargos de declaração, infringentes e de nulidade, nos *habeas corpus* e nos recursos extraordinário e especial. Essa revisão, além de por fim aos embargos infringentes e de nulidade no processo penal, traz um rol de vedações à concessão do *habeas corpus*, restringindo a utilização de um remédio constitucional tão caro à democracia, fruto de uma demanda histórica brasileira após um longo período ditatorial.

Destaca-se que tais restrições de direito não se limitam apenas àqueles que cometem delitos típicos de colarinho branco. Tais medidas afetarão a todos, sem restrições. A aprovação das propostas afetará mais sensivelmente os acusados mais pobres e vulneráveis economicamente, os quais terão mais limitações no seu direito de recorrer, ou seja, mais uma vez, serão criminalizados os excluídos do seio social.

Constituem, portanto, um retrocesso no sistema penal, as propostas de inclusão dos artigos 578-A (que versa sobre os pedidos de vista no âmbito dos tribunais), 580-A (que disciplina o trânsito em julgado de recursos manifestamente protelatórios), 638-A, e alteração da redação dos artigos 620 (que restringe o uso dos embargos de declaração e institui multa no caso de embargos protelatórios), 647, 652, 664 (que dispõem sobre a concessão e o cabimento do uso do *habeas corpus*) todos do CPP. Todos os dispositivos implicam em violação dos direitos de ampla defesa, à liberdade e, em especial, à dignidade da pessoa humana, sendo, dessa forma, inconstitucionais.

Um dos dispositivos mais questionáveis nessa medida refere-se à proposta de alteração do artigo 96 da CFRB, para inclusão do parágrafo único. Como acrescentar o § 4º ao artigo 102 e o artigo 105-A, da CFRB, com vistas a garantir a execução provisória da pena e negar efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Vê-se, assim, que não se trata de mera reforma na legislação processual; ela envolve mudanças no texto constitucional, que atacam um princípio basilar, a presunção de inocência ou estado de inocência.

Está-se diante de um direito fundamental, uma garantia do constituinte originária esculpida no art. 5º, LVII da CFRB, que, de modo algum, pode ser suprimida ou sofrer redução em seu alcance, por força no disposto no art. 60, §4º, inc. IV da CFRB (efeito *cliquet* ou vedação ao retrocesso) e da normativa internacional; o Pacto de São José da Costa Rica também traz essa vedação, sendo entendimento reiterado e pacífico da Corte Interamericana de Direitos Humanos a inadmissão de retrocessos na proteção do ser humano.

Dessa forma, a proposta de emenda constitucional, ao suprimir o efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinário, importa a admissão da execução da pena definitiva antes do final do processo, ou seja, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Incorrendo na legitimação do cumprimento antecipado da pena, em claro descompasso com a determinação constitucional. Será temeroso o futuro do sistema penal brasileiro, no qual um direito fundamental possa ser tão facilmente mitigado em prol da eficiência e da celeridade processual.

E, não obstante, a cristalina incompatibilidade das alterações propostas, com o direito penal de garantias, assegurado pela Constituição Federal, o discurso empregado em sua defesa é rasteiro e não traz alguma fundamentação jurídica capaz de justificar as alterações propostas. O principal argumento utilizado refere-se à falta da eficiência da justiça criminal, no que tange o combate à corrupção, em razão do “anacrônico sistema recursal brasileiro” (BRASIL, 2016).

Nesse cenário de espetacularização da operação Lava Jato, construído pelos meios de comunicação de massa, o discurso punitivista está tão impregnado no senso comum, e até mesmo no meio jurídico, que não foi necessária uma construção teórica robusta para que as medidas, que aumentam o rigor penal e legitimam o exercício do poder punitivo, ganhassem apoio social; bastou, somente, eleger o inimigo certo.

d) Reforma no sistema de prescrição penal

No Projeto de Lei n. 4850/2016 também há proposta de reforma no sistema de prescrição penal, a partir da alteração dos artigos 110, 112, I, 116 e 117, e acréscimo do §2º ao art. 337-B, todo do CP. A aprovação dessas medidas levará à ampliação dos prazos da prescrição da pretensão executória da pena, a extinção da prescrição retroativa pela pena concretizada, bem como a suspensão do prazo prescricional pela interposição dos recursos especial e extraordinário, além criar causas de interrupção da prescrição.

A prescrição se caracteriza pela perda, em razão do decurso do tempo, do direito do Estado punir, prescrição da pretensão punitiva, ou de executar a pena imposta ao condenado, prescrição da pretensão executória. É, portanto, uma limitação temporal ao exercício do poder punitivo estatal, e não um mero instituto. É uma garantia do acusado, proveniente do mandamento constitucional, da duração razoável do processo, o qual assegura ao acusado criminalmente um prazo para que o Estado faça uso do *ius puniendi* (direito de punir).

Em síntese, a justificativa para essas mudanças é a dificuldade de investigar e punir aqueles que praticam crimes de colarinho branco, em razão da complexidade dos casos de corrupção. Afirmam, ainda, que “o atual modelo de prescrição acaba sendo um dos principais fatores de impunidade nos crimes em geral e com ainda mais gravidade nos casos de crimes ditos ‘do colarinho-branco’” (BRASIL, 2016).

Dessa maneira, a prescrição foi escolhida pelos Procuradores como uma das grandes causas para impunidade no Brasil, entretanto, sabe-se que, na verdade, há uma punibilidade seletiva no sistema penal brasileiro, gerada, entre outros fatores, pelas desigualdades sociais e econômicas históricas do país. Não é prescrição que gera a impunidade, argumentar nesse sentido é desconhecer a realidade do sistema penal. Ademais, tal afirmação é feita sem nenhum estudo teórico ou levantamento que demonstre a sua veracidade.

Em vista disso, a demora no processamento dos feitos criminais não pode ser imputada aos cidadãos, tal como as alterações legislativas fazem. A partir da referida propositura, deve-se impor ao acusado mais ônus para evitar a prescrição, a qual somente ocorre por dois fatores: o decurso do tempo e a inércia do Estado em processar e julgar o réu.

e) Ajustes nas nulidades penais

Ainda no que tange a bem-sucedida campanha ministerial, tem-se mais uma proposta de constitucionalidade duvidosa, o ajuste no sistema de nulidades penais, o qual propõe alterações nos artigos 157, 563, 564, 567 e 570 a 573 do CPP. Tais medidas objetivam a) redefinir o conceito e as hipóteses de cabimento das provas ilícitas; b) ampliar as hipóteses de preclusão de alegações de nulidade; c) estabelecer, como dever do juiz, o máximo aproveitamento dos atos processuais; d) além de que exigir a demonstração, pelas partes do prejuízo, gerado em decorrência da nulidade processual, à luz de circunstâncias concretas, ao exercício do contraditório ou da ampla defesa.

No que concerne às propostas de alteração no regime de nulidades, a que mais se destaca diz respeito à alteração do artigo 564 do CPP:

Art. 564. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade.

§ 1º Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

§ 2º O prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, e à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito do ato processual teria gerado ao exercício do contraditório ou da ampla defesa (BRASIL, 2016, p. 13).

Caso tal medida seja aprovada, o rol de nulidades seria extinto. Caberia, desse modo, ao julgador, determinar ou não a nulidade de um ato, que deixaria de ser presumido. Incumbirá à parte, quando arguir a invalidade do ato, demonstrar o efetivo prejuízo ao exercício ao contraditório ou da ampla defesa, assim, sob essa ótica as garantias processuais penais do réu foram resumidas nas duas constantes no texto artigo. De modo geral, as propostas visam permitir a criação de um processo penal cada vez mais livre de formas. No

entanto, em se tratando de processo penal, todas elas constituem garantias ao acusado contra o exercício do poder punitivo estatal; são mecanismos para conter o arbítrio do Estado.

Quanto às modificações na admissibilidade das provas obtidas de forma ilícitas, o argumento levantado no projeto de lei, ora em análise, para justificar mudanças, refere-se ao fato de que o Brasil, ao importar do sistema estadunidense a regra da *exclusionary rules*, criou “um sistema de regras próprio, que, além de disfuncional, possui caráter extremamente subjetivo, que traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas, transforma o processo em uma autêntica loteria e resulta em impunidade” (BRASIL, 2016, p. 67).

Esclarecem que tal regra foi criada pela jurisprudência, por meio do sistema de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, com objetivo de impedir que os agentes estatais praticassem violações a direitos constitucionais, para obter provas, e as utilizassem contra os suspeitos de praticar delitos, ou seja, não deveria ser utilizada para tutelar meras formalidades processuais. Também defendem a necessidade de inclusão de outras causas excludentes de ilicitude da prova, importadas do sistema estadunidense: a) exceção de boa-fé (*good faith exception*); b) Causa remota, atenuada ou descontaminada (*attenuation doctrine*); c) Contraprova (*evidence admissible for impeachment*) e outras três hipóteses:

I– Destinadas a provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena (o sacrifício de direito ou garantia individual é justificado pelo objetivo maior, que é o de evitar que um inocente seja condenado ou fique mais tempo preso do que o devido).

II – Obtidas por quem, no exercício de suas atividades regulares, toma conhecimento do crime e o leva ao conhecimento das autoridades (*whistleblower*).

III – Obtidas por quem se encontre amparado por uma das causas que a lei penal classifique como excludente de ilicitude, tais como, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal (BRASIL, 2016, p. 69-70).

Ocorre que, diferentemente do direito estadunidense, no direito pátrio há a expressa vedação constitucional quanto à admissibilidade das provas consideradas ilícitas. Seu alcance é indistinto, não se refere apenas aos agentes policiais, e nem tampouco há margem para diminuição do espectro de proteção do indivíduo. Conforme elucida o artigo 5º, LVI, CFRB são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos, incluindo-se aquelas derivadas. Por definição legal, provas ilícitas são aquelas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais (Artigo 157 do CPP).

No âmbito do processo penal, trata-se de uma garantia fundamental do indivíduo contra os abusos do poder punitivo, o qual não comporta relativização pelo legislador

ordinário. Tal argumento constitucional não é sequer combatido no projeto, em verdade, não faz referência alguma ao artigo 5º, LVI, da CF/88, como se esta tivesse sido esquecida. Trata-se de mais uma medida que objetiva garantir a eficiência da persecução criminal, mas esbarra em preceitos constitucionais que jamais podem ser deixados de lado, sob pena de legitimar abusos e violações contra os cidadãos.

f) Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado

Dentre as propostas de alterações legislativas, uma delas prevê a possibilidade de prisão preventiva, para evitar dissipação do dinheiro desviado, alterando o artigo 312 do CPP, sob a justificativa de que:

A medida busca, ainda, dificultar ao investigado ou acusado a ocultação do produto do crime. Também impede que o produto do crime seja utilizado para buscar a impunidade do infrator, seja dando-lhe meios de fuga, seja custeando sua defesa criminal. Como bônus, a medida permite ainda estrangular a capacidade financeira de origem ilícita do criminoso (ou seu equivalente) e impedir que usufrua os lucros do crime (BRASIL, 2016, p. 73).

Destarte, há a previsão de um novo motivo autorizador da prisão cautelar, cujo argumento seria a necessidade de recuperação da soma de recursos desviados pelo acusado. A prisão processual seria transformada em um instrumento destinado a garantir a recuperação de bens. Todavia, sabe-se que a prisão é uma medida processual que visa assegurar o regular andamento do processo e eventual aplicação da pena por parte do Estado, nos casos de ulterior condenação. É, portanto, dotada de excepcionalidade em nosso ordenamento jurídico, e só deve ser decretada em situações que efetivamente a justifiquem e dentro das hipóteses legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A proposta de alteração legislativa desvirtua ainda mais o instituto da prisão processual, a qual é banalizada em nosso ordenamento jurídico. Assim, a inclusão de mais um permissivo legal da privação de liberdade do indivíduo, em razão da necessidade de assegurar a recuperação do produto do crime, é retroceder em matéria de proteção aos direitos humanos. Ela afronta não apenas a presunção de inocência, mas também o princípio da proporcionalidade, ao privar o indivíduo do seu direito fundamental à liberdade, por razões econômicas.

g) Recuperação do lucro derivado do crime

No pacote punitivo elaborado pelo Ministério Público Federal, adotado integralmente pelo Projeto de Lei n. 4.850/2016, consta a proposta de alteração legislativa para incluir o

artigo 91-A ao Código Penal. Nele, será possível o confisco alargado, no qual a própria sentença, em caso de condenação, ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e do patrimônio cuja origem possa ser demonstrada, por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas, nos crimes trazidos em seu rol, que incluem não apenas os crimes contra administração pública, mas também o tráfico de drogas e de armas, entre outros.

Prevê o artigo 91, inc. II, alínea b do CP, como efeitos da condenação, a perda em favor da União, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente em razão da prática do fato criminoso, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Pois, já há previsão legal, no ordenamento jurídico, do confisco dos proveitos econômicos do crime cometido.

Porém, a proposta é de alargar, ainda mais, a previsão legal e confiscar a diferença entre o patrimônio do agente e aquela cuja proveniência possa ser demonstrada de fontes lícitas; ou seja, tudo aquilo que não for passível de comprovação de sua origem legal será confiscado pela União. Contudo, trata-se de mais uma medida inconstitucional, que colide com princípios constitucionais do ordenamento. Nesse sentido, expõem Santos e Santos (2015, p. 24, grifo do autor), que o confisco alargado fere o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo* ao inverter o ônus probatório, em razão de uma presunção legal:

Mas a hipótese de perda da diferença entre (a) o patrimônio total do condenado e (b) o patrimônio demonstrado, pelo condenado, como produto de rendimentos lícitos ou fontes legítimas, é fundado em presunção legal, porque inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*.

Ao longo dessa exposição, verificou-se que as proposições elaboradas pelo órgão ministerial e reproduzidas, integralmente, pelos Deputados Federais no supramencionado Projeto de Lei não possuem qualquer legitimidade constitucional. Mesmo sendo totalmente desprovidas de eficácia demonstrável contra a corrupção, as propostas encontraram sua legitimação nos meios de comunicação e apoio da massa sedenta, por repressão dos novos inimigos, acertadamente escolhidos: os poderosos, os corruptos.

No entanto, elas constituem um verdadeiro retrocesso em matéria de direitos humanos. Carregadas de anseios punitivistas, trazem consigo o ranço do regime autoritário,

ignorando as garantias penais e processuais penais, que são fruto de lutas históricas contra a opressão do poder punitivo do Estado. Logo, não é possível retrogradar nesse sentido. O Direito Penal foi dogmaticamente construído para conter a barbárie e a irracionalidade do poder punitivo, todavia, nem o saber dogmático foi observado durante elaboração das propostas punitivas, muito menos os dados da realidade social proveniente da criminologia. O discurso que fundamenta as propostas ministeriais é só um, do populismo penal, o qual não é acadêmico e tampouco racional.

A espetacularização da Operação Lava Jato e os seus reflexos na agenda político criminal estão longe de seu fim, pois, em 24 de novembro de 2016, foi adotado o substitutivo pela Comissão Especial do Projeto de Lei n. 4.850/2016, ou seja, foi aceita proposta de emenda que alterou substancialmente o seu teor original. Dessa forma, o substitutivo do projeto de Lei 4.850/2016 foi votado em sessões deliberativas extraordinárias, nos dias 29 e 30 de novembro de 2016,⁴⁸ tendo sido apresentadas 12 emendas de plenária. Assim, em 30 de novembro de 2016, foi aprovado, na Câmara dos Deputados, o Projeto Lei n. 4.850-C/2016, o qual seguiu para o Senado Federal e encontra-se aguardando votação.

5.2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

No âmbito das políticas criminais das sociedades pós-industriais, o fenômeno do avanço da legislação penal, nos países ocidentais, tanto nos centrais quanto nos periféricos, nas últimas, foi caracterizado por Silva Sánchez (2002) como a expansão do Direito Penal. Acerca dessa tendência dominante nos sistemas penais modernos, afirma que:

Não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência-geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 21, grifo do autor).

⁴⁸Oportunamente, a votação ocorreu em um momento de intensa comoção nacional, em que a atenção dos meios de comunicação voltou-se quase que, integralmente, para o acidente aéreo ocorrido em 28 de novembro de 2016, com os jogadores da equipe de futebol do Chapecoense, que vitimou 71 pessoas, na Colômbia. Assim, pouco se noticiou sobre a votação do projeto anticorrupção pela Câmara dos Deputados.

De acordo com Jakobs e Cancio Meliá (2012), as principais características das políticas criminais, praticadas nos últimos anos, nos países ocidentais, podem ser resumidas em torno do conceito de expansão do Direito Penal, cunhado por Silva Sánchez (2002). Acerca desse fenômeno, afirmam os autores que:

Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na evolução atual das legislações penais do <<mundo ocidental>> está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores. [...] A atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem desproporcionalmente altas (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 75-76).

Aponta-se, frequentemente, a expansão do Direito Penal como um produto “de uma espécie de perversidade do aparato estatal” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23), a qual, de forma permanente, recorre à legislação penal como uma solução fácil para os problemas sociais, deslocando para o plano simbólico o que deveria ser resolvido ao nível da instrumentalidade. Consoante explica Silva Sánchez (2002), é ingênuo situar a causa desse fenômeno apenas na superestrutura jurídico-política.

Na visão do autor, as causas são bem mais profundas e estão fundadas no modelo social que tem se configurado nas duas últimas décadas, “na conseqüente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23). Há, de acordo com o referido autor, uma verdadeira demanda, no âmbito cultural, por mais proteção; e isso pode desaguar em anseios irracionais punitivos, os quais são incorporados sem reflexão pelas instituições do Estado, ao invés dessas introduzirem elementos de racionalização.

No contexto político brasileiro, vislumbra-se que esse expansionismo surge, especialmente, como uma resposta aos anseios punitivos, provenientes da sociedade, moldados por uma realidade distorcida, criada pelos meios de comunicação de massa, a partir de seus interesses mercadológicos, levando à criação de normas penais de caráter simbólico⁴⁹.

⁴⁹Acerca do Direito Penal simbólico, impende ressaltar que: “Simbólico no sentido crítico é por conseguinte um Direito Penal no qual se pode esperar que se realize através da norma e sua aplicação a outras funções instrumentais diversas das declaradas [...]. Afirmar assim que o Direito Penal é simbólico não significa afirmar que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas” (ANDRADE, 2015, p. 291).

Não obstante o paradigma traçado pela Constituição Federal de 1988 tenha sido no sentido de assegurar um Direito Penal de garantias, com respeito à dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, a inflação legislativa, em matéria penal, no qual se recorre constantemente ao Direito Penal simbólico, e o atual panorama da política criminal brasileira permitem afirmar que a normativa penal e processual penal do Brasil tem caminhado em sentido oposto ao constitucional. É, portanto, imperioso analisar as causas que levaram à ocorrência do fenômeno de expansão do Direito Penal, no Brasil, à luz do pensamento de Silva Sánchez (2002).

5.2.1 Possíveis Causas do Processo de Expansão do Direito Penal

Consoante apontado na secção anterior, as causas para a expansão do Direito Penal são mais profundas do que à primeira vista possa parecer. Elas se relacionam com modelo social que se configurou nas duas últimas décadas nas sociedades ocidentais. As principais causas para a ocorrência desse fenômeno expansionista são: a) a existência de novos interesses; b) o efetivo aparecimento de novos riscos; c) a institucionalização da insegurança; d) a sensação de social de insegurança; e) a identificação da maioria como vítima do delito; f) o descrédito de outras instancias de proteção; g) os gestores atípicos da moral (*atypische Moralunternehmer*). (SILVA SANCHÉZ, 2002). Tais fatores são, inclusive, verificados na própria sociedade brasileira, ao longo dessa exposição.

A primeira hipótese refere-se à existência de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes. Tendo em vista que o Direito Penal é um instrumento destinado à proteção de bens jurídicos especialmente importantes, é possível que a sua expansão obedeça a aparição de novos bens jurídicos, e as razões para sua configuração são distintas. Silva Sánchez (2002, p. 27, grifo do autor) aponta, ao menos, três fatores:

Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência – [...]. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes*, que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribuiu um valor que anteriormente não lhe correspondia [...]. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas.

Desse modo, verifica-se que modificações sociais, políticas e culturais influenciam no processo de expansão. No Brasil, tal situação foi vivenciada, explicitamente, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual elencou uma série de bens jurídicos a serem tutelados, inclusive, bens difusos e coletivos, como o meio-ambiente sadio e equilibrado, patrimônio artístico e cultural, entre outros.

Outrossim, a partir 1988, a realidade enfrentada pelo Brasil foi sensivelmente modificada. Além dos novos bens jurídicos, houve várias transformações no seio social, desde o aumento da renda mínima, por intermédio de programas assistencialistas governamentais, às lutas dos movimentos sociais, como pela tutela dos direitos das mulheres, dos transexuais, combate à homofobia, racismo. Todos esses fatores refletiram em mudanças na legislação existente.

Outra causa levantada por Silva Sánchez (2002, p. 29), refere-se ao efetivo aparecimento de novos riscos, pois “a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda à história da humanidade”. Dentre as consequências negativas advindas desse fenômeno, há a “configuração do *risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 29, grifo do autor), pois muitas dessas ameaças provenientes do avanço tecnológico são oriundas de escolhas humanas, em seu manejo científico. Para o autor, no âmbito da delinquência dolosa tradicional, o progresso técnico permitiu a produção de resultados lesivos danosos.

Além de apontar a institucionalização da insegurança – em razão da complexidade das interações humanas, que introduziram na vida social o fator da incerteza – como uma das possíveis causas para o expansionismo, Silva Sánchez (2002, p. 33) destaca a sensação social de insegurança como hipótese importante, afirmando que a sociedade atual pode ser definida “como a sociedade da ‘insegurança sentida’ (ou como sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança”.

Destarte, na visão do autor, uma das causas para o processo de expansão do Direito Penal está ligada à generalizada sensação de insegurança sentida pela sociedade. Porém, conforme afirma Silva Sánchez (2002, p. 37, grifo do autor) é duvidoso que a medida de insegurança, sentida pelos cidadãos, corresponda exatamente ao nível de existência objetiva de riscos que possam lhe afetar, pessoalmente ou de modo imediato. Assim, “a *vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria a própria existência objetiva dos mesmos*”.

Ademais, conforme expõe Silva Sánchez (2002), é incontestável a correlação existente entre a sensação social de insegurança frente ao delito e atuação dos meios de comunicação, em virtude desses últimos ostentarem uma posição privilegiada na sociedade de informação, a qual contribui para a sua difusão:

Estes, por um lado, da posição privilegiada que ostentam no seio da “sociedade de informação” e no seio de uma concepção do mundo como *aldeia global*, transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo têm presença quase idêntica na forma como receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas; e em outras, pelo menos a uma sensação de impotência. Com mais razão, por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicador de ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível de risco objetivo (SILVA SÁNCHEZ, 2002 p. 37-38, grifo do autor).

À vista disso, o pensamento do autor se coaduna com o exposto ao longo da segunda e terceira seção dessa dissertação, no qual se asseverou o papel dos meios de comunicação de massa no processo de construção da realidade, os quais, por meio de técnicas comunicacionais, não apenas distorcem a realidade, mas criam uma realidade subjetiva, disseminando, no seio social da insegurança, a partir da exploração midiática, o crime como produto altamente rentável.

Contudo, destaca-se que o medo da criminalidade não é, na visão de Silva Sánchez (2002), produzido exclusivamente pelos *mass media* ou, ainda, pelas instituições públicas. Eles apenas reforçam ou estabilizam os medos já existentes na sociedade. Nesse contexto, a segurança torna-se uma pretensão socialmente imposta ao Estado e, em particular, ao Direito Penal, os quais devem oferecer uma resposta a essa demanda. Assevera o autor que:

Aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação de proteção penal que ponha fim, ao menos, nominalmente, a angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se vêm às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 41, grifo do autor).

Pugna-se, por conseguinte, no processo de expansão pela flexibilização de direitos e garantias penais e processuais penais, pois – conforme dito na seção anterior – elas são vistas, pelo senso comum, como óbices – entraves – no combate à criminalidade, uma vez que aqueles que delinquem não podem ter os mesmos direitos do cidadão, como se não fossem

igualmente humanos. São vastos os exemplos de legislação penal, no Brasil, que relativizam garantias sob pretexto da necessidade de recrudescimento da norma para combater a criminalidade. O próprio pacote punitivo, elaborado pelo Ministério Público Federal, contém diversas propostas de alterações legislativas que afrontam garantias fundamentais.

Outro fator, levantado por Silva Sánchez (2002), para o fenômeno expansionista, refere-se à configuração de uma sociedade de sujeitos passivos. Para o autor, a sociedade do Estado de bem-estar se concebe como uma sociedade de pessoas passivas, de classes passivas (no sentido amplo da expressão), na qual há uma resistência psicológica em aceitar a ocorrência de casos fortuitos ou admissibilidade de ocorrência de danos por azar, seu efeito é “uma crescente tendência a transformação do *unglück* (acidente fortuito, desgraça) em *unrecht* (injusto), o que inevitavelmente conduz a ampliação do Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 45). Trata-se de uma característica cultural da sociedade contemporânea a expansão da imputação de responsabilidade (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Ademais, a expansão do Direito Penal está assentada, além dos fatores referidos, a um fenômeno de identificação social da maioria com a vítima (sujeito passivo), do delito ao invés do seu autor (sujeito ativo), o qual é favorecido pela formação de uma sociedade composta por classes passivas (pensionistas, desempregados, aposentados, consumidores). Assim, colocam-se na condição de vítimas e pugnam por uma punição e, por conseguinte, a pena cumpre uma função simbólica que auxilia na superação do trauma gerado pelo crime.

Nesse cenário, os indivíduos se colocam como potenciais vítimas dos delitos, inclusive em relação à dita criminalidade dos poderosos – crimes típicos de colarinho branco, tais como corrupção, crimes contra ordem econômica e tributária. Logo, essa “nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra criminalidade dos poderosos” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 53).

Aduz Silva Sánchez (2002) que, atualmente, o debate social é predominantemente sobre a criminalidade dos poderosos e de empresas (*crimes of the powerful – corporate and business crime*) e não mais sobre a criminalidade dos marginalizados (*lower class crime*):

Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que conglome a relativização dos princípios de garantias e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas garantistas. Certamente, não parece que iremos assistir a uma configuração de uma representação social segmentada

do Direito Penal, que distinga entre poderosos e marginalizados e mantenha um duplo referencial (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 55, grifo do autor).

A demanda por punição e a consequente expansão do Direito Penal tem, ainda, como fator determinante para sua ocorrência, o descrédito das demais instâncias de proteção, o que explica o motivo de não se ampliar, a partir das demandas sociais, mecanismos não jurídicos ou até mesmo aqueles jurídicos, como o Direito Administrativo e o Direito Civil, para solução de conflitos. Isso faz com que o Direito Penal seja visto como o único instrumento eficaz de pedagogia político-social, levando à expansão do que outrora era *ultima ratio*. No entanto, mais problemático é transferir ao Direito Penal um fardo que ele não é capaz de carregar⁵⁰ (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Não obstante, as razões anteriores ganham relevância nesse processo de expansão, e os novos gestores da moral coletiva (associações ecologistas, feministas, de consumidores, pacifistas, antidiscriminatórias, em geral, organizações não governamentais) que opõem a violação de direitos humanos e reivindicam sua proteção na esfera penal, “encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 63).

Os movimentos sociais, em seu sentido amplo, ao incorporarem o discurso dos Direitos Humanos, mobilizam o direito nacional – e também o plano internacional – em benefício das causas por ele levantadas. Assim, geram novas reivindicações em matéria de direitos humanos, a fim de pressionar os governos, por via política, para que reconheçam essas demandas e atuem nesse sentido⁵¹.

Com efeito, todos esses fatores acima delineados contribuem para a expansão do Direito Penal. A adoção de uma política criminal punitivista e expansiva é defendida por diversos setores da sociedade como forma de reação à criminalidade dos poderosos, incluindo-se a criminalidade organizada (tráfico de drogas), a criminalidade das empresas e, ainda, contra aqueles que praticam crimes contra a Administração Pública (delitos típicos de corrupção em sentido amplo).

⁵⁰Ilustra-se, a título de exemplo, a atribuição ao Direito Penal da responsabilidade de tutelar os interesses fundamentais das futuras gerações sobre a Terra (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

⁵¹No contexto brasileiro, têm-se como exemplo de respostas penais a essas novas demandas trazidas pelos movimentos sociais, em relação aos direitos das mulheres, a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio. Tais alterações legislativas, no âmbito penal, foram, em grande medida, fruto de articulações e da pressão exercida pelos movimentos sociais de mulheres. No entanto, a criação de novos tipos penais e alterações na legislação penal, com escopo de ampliar o espectro de proteção sobre mulheres em situação de violência, por si só, não tem o condão de promover a efetiva proteção delas contra práticas abusivas e discriminatórias e demais formas de violência de gênero.

Contudo, a seletividade do sistema penal continua a operar em desfavor da parcela mais pobre da população, selecionado aqueles indivíduos mais vulneráveis. Vale destacar que os processos de criminalização são seletivos e reforçam as desigualdades sociais existentes e asseguram a manutenção do poder das classes dominantes.

Embora se demande o recrudescimento punitivo para a criminalidade dos poderosos, o sistema penal se expande contra todos. Nesse sentido, Silva Sánchez (2002, p. 68) afirma que “a introdução neste momento de reformas contrárias às garantias tradicionais do Direito Penal redonda em sua própria extensão a todo conjunto do ordenamento punitivo”.

Tão somente uma forte persistência na necessidade de manutenção das garantias penais, próprias do Estado de Direito, poderiam evitar a expansão do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2002). No entanto, a tendência dos sistemas penais modernos é seguir em sentido contrário, pois há uma ampla relativização das garantias penais e processuais penais, solapamento de princípios e direitos fundamentais que afetam, principalmente, os marginalizados. Torna-se, assim, evidente a erosão dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, a partir do expansionismo do Direito Penal, em especial, a partir da deflagração de discursos populistas punitivistas, veiculados pelos meios de comunicação.

5.3 UMA ANÁLISE SOBRE A LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Consoante analisado ao longo das demais secções do trabalho, o atual panorama dos sistemas penais, nas sociedades pós-industriais, é marcado pelo aumento da incerteza, da sensação de insegurança – fortemente influenciados pelos meios de comunicação em massa –, de novas demandas sociais e penais, entre outros fatores, que levaram à ocorrência do fenômeno da expansão do Direito Penal e propagação do discurso repressivo do populismo penal.

Nesse cenário, marcado pela elaboração de normas penais simbólicas e fortalecimento do punitivismo, surgem manifestações da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Jakobs nasceu na Alemanha, na cidade de Mönchengladbach, em 27 de julho de 1937; estudou nas Universidades alemãs de Colônia, Kiel e Bonn, graduando-se em Direito, no ano de 1967. Foi professor de Direito Penal, Processual Penal e Filosofia do Direito e, atualmente, está aposentado da Universidade de Bonn.

Jakobs, um dos mais importantes discípulos de Hans Wezel, inspirado na teoria dos sistemas sociais de Luhmann⁵², idealizou um novo sistema de direito penal: o funcionalismo sistêmico⁵³, que rompe, em definitivo, com a tradição finalista: a teoria do autor se enquadra na chamada prevenção geral positiva. Nela, ele sustenta que a função do Direito Penal é reafirmar a vigência da norma, ou seja, a pena constituiria uma reação a sua infração. (LYNETT, 2005).

Para Jakobs (2005), o Direito penal não tem como função primordial a proteção de bens jurídicos, mas sim de garantir o cumprimento da norma e manter a confiança da sociedade no sistema penal: “A teoria do direito penal como proteção da vigência da norma demonstra sua validade especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é a sua eliminação” (JAKOBS, 2005, p. 51).

Afirma o autor que a pena é uma coação que constitui uma resposta a um fato – ato de uma pessoa racional que desautoriza a norma –, assim ela significa que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se a configuração da sociedade (JAKOBS; CANCIO; MELIÁ, 2012).

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi, inicialmente, apresentada em 1985, em um congresso de professores alemães de Direito Penal, em Frankfurt, em um contexto de análise crítica-descritiva sobre a tendência, na Alemanha, da criminalização de uma lesão a um bem jurídico em estado prévio. Contudo, quatorze anos depois, se converteu em um elemento estrutural dentro da teoria do Direito Penal e da pena proposta por Jakobs: a diferenciação entre inimigo e cidadão tornou-se essencial. O autor, desse modo, oferece um conceito de inimigo apto a justificar que determinados sujeitos sejam tratados como não pessoas pelo Direito (FEIJOO SÁNCHEZ, 2006).

Impende destacar que o modelo teórico de Jakobs foi proposto como resposta de contenção ao endurecimento da legislação penal nas últimas décadas, conforme assinala

⁵²Acerca da definição da teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann: “O direito, na concepção de Niklas Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas. [...] Na teoria dos sistemas, as sociedades modernas se caracterizam por sua complexidade, porque se trata de um mundo onde tudo é possível, onde tudo pode ocorrer. Precisamente, para facilitar a orientação do homem no mundo devem-se criar mecanismos que permitam a redução da complexidade, e que um deles é a criação de sistemas sociais, dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que caracteriza de uma determinada maneira (v.g., como um Estado de Direito)” (LYNETT, 2005, p. 15)

⁵³No que diz respeito ao funcionalismo sistêmico de Jakobs, Zaffaroni et al.(2011, p. 37) afirma que: “Jakobs não apenas nega a teoria das estruturas lógico-objetivas, mas também propõe exatamente o contrário, ou seja, uma radical normatização de toda a dogmática. [...] A consequência sistemática de sua elaboração é a nítida separação quanto à construção do objeto da culpabilidade e da própria culpabilidade, fundada em que o primeiro consiste numa imputação objetiva baseada no risco desaprovado e em sua realização (que inclui o aspecto cognoscitivo do dolo) e a segunda se representa numa imputação subjetiva (onde se situa o aspecto conotativo do dolo)”.

Zaffaroni (2011, p. 155, grifo do autor). Jakobs, “chamou de *direito penal do inimigo* o tratamento diferenciado de alguns delinquentes [...], mediante medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir o campo penal”. No entanto, atualmente, há claras manifestações do Direito Penal do inimigo em nosso ordenamento, que não constituem senão manifestações de abuso do exercício do poder punitivo por parte do Estado.

Ante o exposto, é necessário analisar a compatibilidade da teoria do Direito Penal do Inimigo, proposto por Jakobs, com o modelo de contenção da repressão penal, próprio do Estado Democrático de Direito, a diferenciação entre cidadãos e inimigos e as características desses dois polos do Direito Penal, defendidas pelo autor.

5.3.1 O Direito Penal do Inimigo x Direito Penal do Cidadão

Jakobs fundamenta sua teoria do Direito Penal do Inimigo em autores contratualistas, sobretudo, em Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant⁵⁴, para defender a existência de dois polos do Direito Penal: um voltado para o cidadão, o qual deve ser aplicado a pessoas, em geral, respeitando todas as garantias legalmente instituídas; e um voltado para aqueles indivíduos que se afastam permanentemente dos regramentos sociais, um Direito Penal do Inimigo. Dessa maneira, “o *Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo [...] combate perigos*” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 29, grifo do autor). Ao passo que a função da pena, no Direito Penal do cidadão, é contradição, e no Direito Penal do inimigo, é a eliminação de um perigo.

É fundamental, portanto, definir o conceito de inimigo para Jakobs. Para o autor, é aquele que se afasta, de modo permanente, do Direito, e não mais oferece garantias de fidelidade à vigência da norma. De acordo com Silva Sánchez (2002, p. 149), pautado na concepção de Jakobs, o inimigo é:

Um indivíduo que mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante a sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante a mínima segurança cognitiva do seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

⁵⁴Jakobs afirma que tanto Hobbes quanto Kant reconhecem a existência de um Direito Penal do cidadão para aquelas pessoas que não delinquem, de modo persistente, e um Direito Penal do inimigo contra aquele que se desvia por princípio (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012).

A transição de cidadão para inimigo ocorre a partir da reincidência, da habitualidade, da delinquência profissional e, por fim, da integração às organizações delitivas estruturadas. Nesse contexto, são considerados inimigos, em razão da sua potencialidade delitiva, os criminosos econômicos, terroristas, membros do crime organizado, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas.

Nessa linha de pensamento, tais indivíduos não podem ostentar o tratamento dado ao cidadão, pois não se enquadram no conceito de pessoa cunhado por Jakobs, pois só é pessoa “quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 43). Afirma, ainda, que aquele que não presta segurança cognitiva suficiente em relação à norma não deve ser tratado como pessoa, pois isso implicaria em violação do direito e da segurança dos cidadãos:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 40, grifo do autor).

Logo, na visão de Jakobs, o indivíduo, para merecer o tratamento como pessoa, deve possuir uma garantia cognitiva mínima. Não se trata mais de um dano à vigência da norma, que deve ser restaurado, mas de eliminação de um perigo. Desse modo, “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 34).

Nessa perspectiva, há dois polos ou tendências de atuação do Direito Penal em um ordenamento, um voltado para os cidadãos e outro para os inimigos:

O Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 36).

Em vista disso, em relação aos delinquentes, o Estado pode proceder de duas formas: vê-los como pessoas que tenham cometido um erro ou como indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico por meio da coação (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012).

Com efeito, o cidadão, quando infringe a norma, não perde seu status de pessoa, ele continua sendo um sujeito de direito, e contra ele será imposta a pena com fim de restaurar a vigência da norma. Enquanto que para aqueles indivíduos que não possuem uma garantia cognitiva mínima, aplica-se o Direito Penal do inimigo; os inimigos não podem ser punidos com penas, mas com medidas de segurança consoante a sua periculosidade. Logo, cabe ao Direito Penal do inimigo ampliar o âmbito de proteção da norma de modo a alcançar os atos preparatórios: “Para Jakobs, a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, e essa função continuaria a ser cumprida no direito penal do *cidadão*, enquanto no direito penal do *inimigo* deveria operar um puro impedimento físico” (ZAFFARONI, 2011, p. 156, grifo do autor).

Outrossim, conforme aduzem Cancio Meliá e Jakobs (2012) a proposta teórica do Direito Penal do Inimigo é caracterizada por três elementos: a) amplo adiantamento da punibilidade; b) desproporcionalidade das penas previstas, antecipação da barreira da punição não conduz a redução da pena cominada; c) as garantias processuais são relativizadas ou suprimidas.

Ademais, as características do Direito Penal do Inimigo são: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, mas com medida de segurança; (b) deve ser punido de acordo com sua periculosidade e não culpabilidade; (c) as medidas contra inimigo voltam-se para o futuro, o que ele representa enquanto perigo futuro; (d) trata-se de um Direito Penal prospectivo; (e) o inimigo não é sujeito de direito, mas sim de coação; (f) o cidadão continua com seu *status* de pessoa mesmo que transgrida, enquanto que o inimigo não possui essa condição; (g) o Direito Penal do cidadão tem como função a manutenção da vigência da norma, enquanto que o do inimigo visa, preponderantemente, combater perigos; (h) cabe ao Direito Penal do inimigo adiantar o âmbito de proteção da norma, antecipando a tutela penal, com objetivo de alcançar os atos preparatórios; (i) ainda que a pena seja desproporcional, é justificada a antecipação da proteção penal; (j) no que tange ao, cidadão aguarda-se que ele exteriorize um fato punível para que incida a reação, já para o inimigo, deve ser interceptado previamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade (GOMES; BIANCHINI, 2006).

A proposta teórica do Direito Penal do inimigo é um modelo ideal, de contenção do poder punitivo, que dificilmente seria aplicado em sua integralidade no plano da realidade social. No entanto, ante o processo de expansão do Direito Penal, em que os meios de comunicação de massa influenciam tal fenômeno, ao justificar e legitimar os excessos do poder punitivo na necessidade de resposta penal a situações emergenciais e de combate à criminalidade em nome da segurança, se propagam manifestações do Direito Penal do inimigo

em nossa legislação⁵⁵, com ampla relativização de garantias e direitos penais e processuais penais e recrudescimento das penas, com criminalização de condutas preparatórias e de perigo abstrato, que objetivam, além da produção de efeitos simbólicos sobre a população, a exclusão do seio social daqueles tidos como inimigos.

5.3.2 O Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal

Silva Sánchez (2002, p. 137, grifo do autor) observou que os fenômenos constatados por ele redundam na progressiva expansão do Direito Penal que, atualmente, propicia “a cominação de penas de prisão de gravidade média em hipóteses de fatos ‘administrativizados’, com regras de imputação de rigidez decrescentes e no campo de princípios político-criminais flexibilizados”. Afirma, ainda, que o maior problema não é a expansão do Direito Penal em si, mas da pena de privativa de liberdade.

Diante dessa realidade e da impossibilidade de se retornar para o Direito Penal liberal – voltado para a proteção de bens essenciais, personalistas e do patrimônio, com vinculação estrita aos princípios de garantia, Silva Sánchez (2002) propõe sua teoria das velocidades do Direito Penal. Para ele, é razoável que, na imposição de penas mais próximas às sanções administrativas – privativas de direito, multas e sanções sobre pessoas jurídicas – se flexibilizem direitos e garantias político-criminais. Porém, para aqueles delitos nos quais a pena é a de prisão, deve-se salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios.

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e a segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras

⁵⁵No âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, marcado pela hipertrofia da legislação, o combate ao tráfico de drogas, ao crime organizado, ao terrorismo e, mais recentemente, à corrupção, em seu sentido amplo, entre outros crimes, provocou a proliferação de leis penais e processuais penais que se aproximam do modelo de Direito Penal do inimigo, proposto por Jakobs. A título de exemplificação: Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 – que dispõe sobre os crimes hediondos, e determina restrições de natureza penal e processual penal a estes delitos; Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995 – dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (Revogada pela Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal); Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997 – que define os crimes de tortura e dá outras providências; Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003 – que altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado; Lei n. 9.614, de 5 de março de 1998 – Altera a Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave, entre outras normas do ordenamento jurídico brasileiro.

poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 148, grifo do autor).

Contudo, o citado autor constata a existência de uma terceira velocidade do Direito Penal “na qual o *Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização das garantias políticos-criminais, regras de imputação e critérios processuais*” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 148, grifo do autor).

Para Silva Sánchez (2002), a terceira velocidade do Direito Penal guarda relação com a terminologia utilizada por Jakobs, referente ao Direito Penal do inimigo, que tem como características, segundo o pensamento do autor alemão, a ampla antecipação da proteção penal; ausência de uma redução de pena correspondente a essa antecipação; mudança da legislação jurídico-penal para legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais.

Outrossim, de acordo com Cancio Meliá, Silva Sánchez, incorporou, ao fenômeno do Direito Penal do inimigo, a sua própria concepção político-criminal em torno das velocidades do Direito Penal:

A imagem das <<duas velocidades>> induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sánchez – no Direito Penal do inimigo como <<terceira velocidade>>, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a <<flexibilização>> dos princípios político-criminais e as regras de imputação (JAKOBS; CANCIÓ MELIÁ, 2012, p. 92).

Para Silva Sánchez (2002), a discussão fundamental sobre o Direito Penal da terceira velocidade não poderia ser outra senão sua legitimidade, na qual é preciso considerar sua absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia em um contexto emergencial. Segundo o autor, não é temerário prognosticar que o Direito Penal do inimigo tenderá à, ilegitimamente, se estabilizar e crescer.

Diante do exposto, é indispensável, então, analisar a legitimidade das manifestações do Direito Penal do inimigo, no contexto expansionista, em nosso ordenamento jurídico, com o modelo de contenção da repressão penal próprio do Estado Democrático de Direito e, particularmente, com a Constituição Federal de 1988.

5.3.3 A (I)Legitimidade das Manifestações do Direito Penal do Inimigo Frente ao Estado Democrático de Direito Brasileiro à Luz da Constituição Federal de 1988

Antes de ingressar no exame acerca da legitimidade do Direito Penal do Inimigo, é imprescindível conceituar e caracterizar o Estado Democrático de Direito e compreender quais as implicações da adoção desse modelo pela Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna de 1988 trouxe, em seu texto constitucional, que a República Federativa do Brasil constitui-se como um Estado Democrático de Direito, proclamando-o em nosso ordenamento, o qual tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana (Art. 1^a, inc. III da CFRB). O termo democrático qualifica não apenas o Estado, mas irradia os valores da democracia⁵⁶ sob toda a ordem jurídica brasileira. Desse modo, o Estado Democrático de Direito brasileiro consagra-se pela observância dos ditames constitucionais:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2016, p. 121-122).

Com efeito, o Estado Democrático de Direito brasileiro não se norteia tão somente ao império da lei, tal qual o Estado de Direito, mas volta-se, também, para a consagração dos valores democráticos. Ele visa garantir o exercício das liberdades civis e assegurar a proteção dos direitos humanos.

Nesse cenário, o Direito Penal está, também, orientado pelos princípios informadores e valores constitucionais, portanto, rege-se sob a égide do princípio da legalidade, da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana, entre outros. Dessa forma, o poder punitivo encontra seu limite na Constituição Federal, sob pena de seu exercício tornar-se ilegítimo.

⁵⁶“A *democracia* como realização dos valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de *Estado de Direito*, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal” (SILVA, 2016, p. 114, grifo do autor).

5.3.3.1 Reflexões em torno das manifestações do Direito Penal do inimigo no Brasil

Consoante exposto nas seções anteriores, os meios de comunicação de massa – verdadeiras empresas midiáticas – notadamente, influenciam no processo de criminalização no Brasil, por meio de suas técnicas comunicacionais, como a seleção, a hierarquização, a tematização das notícias, *agenda-setting*, elas conseguem polarizar o discurso e inserir na pauta da agenda política assuntos do seu interesse mercadológico.

São necessárias respostas cada vez mais rápidas às demandas oriundas do seio social, em que não há discussões políticas ou análises prévias. Logo, é preciso ingressar na onda punitiva, ser *cool* – como denomina Zaffaroni (2011) – o mais breve possível para satisfazer a opinião pública.

O discurso propagado pela criminologia midiática é irracional, desprovido de qualquer saber científico. Contudo, o populismo penal no Brasil prosperou, encontrou sua legitimidade no *mass media* e no senso comum, os quais apoiam as medidas de recrudescimento penal e reconhecem, no punitivismo, a solução para o problema da criminalidade. Consequentemente, os direitos e garantias penais e processuais tornaram-se óbices e entraves no enfrentamento daqueles escolhidos como inimigos.

No ordenamento brasileiro, as garantias processuais penais foram fruto de uma resistência histórica contra o arbítrio do poder estatal, desde o período do Brasil colônia até a redemocratização do país, em 1988, com a Constituição Federal. Foram anos de luta e conflitos contra o poder punitivo, que combateu, arduamente, seus inimigos, como os indígenas, os negros, os guerrilheiros, os comunistas, os traficantes, entre outros. Durante o período ditatorial militar, marcado pelo autoritarismo, em nome da segurança nacional, foram aniquilados direitos inerentes ao ser humano contra os opositores e flexibilizados os direitos dos demais cidadãos, sob a justificativa de maior controle estatal, tal qual fizeram outros Estados autoritários.

Zaffaroni (2011, p. 155, grifo do autor) assinala que, a partir de uma revisão do exercício real do poder punitivo, verifica-se que este sempre reconheceu um *hostis*, contra o qual se operou de maneira diferenciada, negando-lhe sua condição de pessoa, sendo legitimado pelo saber dogmático:

Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatória, neutralizante e eliminatório, a partir da negação de sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o

basicamente em função de sua condição de *coisa* ou *ente perigoso*. Por seu turno, um rápido exame da doutrina jurídico penal, isto é, do discurso do saber jurídico e também da pretensa ciência empírica que o alimentou, demonstra que esta se ocupou em legitimar amplamente a já assinalada discriminação operativa.

Por conseguinte, o saber dogmático jurídico-penal, através de suas construções teóricas, legitimou o tratamento diferenciado a determinadas pessoas escolhidas como inimigos. No Brasil, soma-se a esse discurso dogmático o discurso proveniente dos meios de comunicação de massa, que buscam legitimar o Direito Penal mais autoritário e repressivo, que abusa do seu poder.

Consoante afirmam Callegari e Dutra (2006, p. 327), novamente, alguns Estados têm adotado posturas repressivas e punitivistas para conter o fenômeno criminal, justificando o abuso da violência em nome da segurança nacional, tal qual fizeram os Estados autoritários no passado:

Nuevamente, hoy, algunos Estados adoptan estrategias represivas y punitivistas, justificando el (ab)uso de la violencia en nombre de la seguridad nacional como forma de contención del fenómeno criminal. La presión social provocada por la inseguridad que ronda la sociedad ha servido como justificativo para generar la legitimación necesaria para que el Estado aumente su “postetad”, ampliando su espectro de control penal (a través de la creación de nuevos tipos penales y aumento de pena – en el caso Del Derecho penal material–) en la lucha contra criminalidad suprimiendo derechos y garantías hasta el punto de admitir se la pérdida del estatus de persona, como defiende Jakobs.⁵⁷

Essas tendências repressoras do sistema penal foram identificadas por Silva Sánchez (2002) como o fenômeno da expansão do Direito Penal, as quais são, também, influenciadas pelos meios de comunicação de massa – consoante se verificou ao longo dessa seção – com especial destaque ao crescimento da terceira velocidade do Direito Penal, o qual constitui uma clara manifestação do denominado Direito Penal do inimigo.

Por conseguinte, o incremento do punitivismo, no Brasil, a partir dos reflexos da influência da criminologia midiática sobre o processo de criminalização primária, com a consequente elaboração de legislações penais, cujo caráter é nitidamente de Direito penal

⁵⁷Em tradução livre: Novamente, hoje, alguns estados adotam estratégias repressivas e punitivistas, justificando o (ab)uso da violência em nome da segurança nacional como forma de contenção fenômeno criminal. A pressão social causada pela insegurança que assombra a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimidade necessária para o Estado aumentar o seu poder, ampliando seu espectro de controle penal (através da criação de novos crimes e aumento da pena– no caso de material – direito penal) na luta contra o crime suprimindo direitos e garantias na medida em admite a perda de status de uma pessoa, como Jakobs defende.

simbólico⁵⁸ – em que a tipificação penal funciona como um instrumento de criação de identidade social – foram oriundas do populismo penal midiático. A combinação entre esse punitivismo e o direito penal simbólico redundam na adoção do Direito Penal do inimigo⁵⁹.

À vista disso, questiona-se: os reflexos da influência midiática sobre o expansionismo penal, que resultam na adoção de medidas típicas do Direito Penal do inimigo, através da disseminação do discurso do populismo penal midiático, são legítimos perante o Estado Democrático de Direito brasileiro, adotado pela Constituição Federal de 1988?

Em um Estado Democrático, o Direito Penal deve ser orientado de acordo com as premissas constitucionais; deve cumprir a função de ser limitador do poder punitivo. Assim, cabe a ele ser mínimo e limitado em um contexto democrático. Cumpre ressaltar que a Carta de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana (Art. 1^a, inc. III da CFRB) como fundamento da república brasileira. Logo, a dignidade constitui o principal vetor interpretativo do ordenamento brasileiro, irradiando para todo o sistema, desde a criação até a aplicação das normas, em especial, as penais, que, em sua maioria, envolvem a restrição do direito fundamental à liberdade.

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha adotado expressamente o modelo de Direito Penal mínimo, o constituinte originário elencou um extenso rol de garantias penais e processuais penais traduzidos sobre a forma de princípio: legalidade; devido processo legal; contraditório e ampla defesa; presunção do estado de inocência; vedação das provas ilícitas; duplo grau de jurisdição; irretroatividade da lei penal; individualização da pena, entre outros, não previstos de forma expressa, que permitem afirmar no Brasil deve imperar um Direito Penal de garantias. Quanto à configuração do Direito Penal de garantias em um Estado de Direito, Zaffaroni (2011, p. 173, grifo do autor) afirma que:

O direito penal de garantias *é inerente ao Estado de direito* porque as garantias processuais e penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de Polícia, ou seja, *são o próprio Estado de Direito*. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo.

⁵⁸Normas criadas para satisfazer o anseio punitivo da massa, dando-lhes a falsa sensação de segurança, daí seu caráter simbólico de garantir a clientela eleitoral dos políticos que aderem a onda punitiva.

⁵⁹De acordo com Cancio Meliá e Jakobs (2012 p. 97-98): “A carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação da identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do inimigo, ou dito de outro modo, o direito penal do inimigo constitui uma nova fase evolutiva sintética destas duas linhas de desenvolvimento”.

Conforme asseverado nessa seção, a proposta teórica de Jakobs tem como pressuposto a separação do Direito Penal em dois polos: um voltado para o cidadão e outro para o inimigo, sendo que, para este último, em razão da ausência de garantia cognitiva mínima, restringem-se os direitos fundamentais. Porém, impende ressaltar que essas restrições, justificadas pela segurança e combate da criminalidade, foram utilizadas em Estados de viés autoritário, para aumentar o controle e a intervenção sobre a esfera de direitos do cidadão:

Sin embargo, tal posición no se compadece con el Estado de Derecho. La justificación de la protección del ciudadano a través de política de políticas de seguridad con la restricción de derechos fundamentales siempre fue ella justificativo encontrada por Estados autoritarios para combatir lo que alegaban ser caos e inseguridad. [...] Los regímenes autoritarios iniciaran su dominio a través de la restricción de derechos y garantías fundamentales a sus ciudadanos siempre bajo justificativos nobles (CALLEGARI; DUTRA, 2006, p. 334)⁶⁰.

Afirmam Callegari e Dutra (2006) que, desde a posituação do dos direitos fundamentais nas constituições, não há como se falar em Estado de Direito sem observância das garantias intangíveis do homem, consagradas através de processos históricos. Não é possível, desse modo, desnudar o caráter de pessoa do ser humano e extirpar seus direitos fundamentais com base no argumento de que o inimigo não ostenta a condição de pessoa.

Em vista disso, o modelo do Direito Penal do inimigo é contrário aos princípios basilares do Estado de Direito por legitimar a diferenciação entre os direitos dos tidos como cidadãos e dos tidos como inimigos. Isso implica na violação do direito fundamental à igualdade inerente a todos, sem distinção, no ordenamento brasileiro. Frisa-se que não há como validar o etiquetamento de seres humanos em cidadãos e inimigos.

Outrossim, ainda que fosse possível a adoção da proposta de contenção de Jakobs, na qual os *hostis* seriam submetidos a um tratamento diferenciado, por carecem de mínima garantia cognitiva de seu comportamento futuro, seriam privados da sua condição de pessoa e de determinados direitos, na estrita medida necessária e apenas nessas condições. Esta tática de contenção estaria fadada ao fracasso, uma vez que não existem conceitos limitados de

⁶⁰Em tradução livre: No entanto, tal posição não é compatível com o Estado de direito. A justificativa para a proteção dos cidadãos através de políticas de segurança pública com a restrição dos direitos fundamentais sempre foi a justificativa encontrada por Estados autoritários para combater o que alegavam ser o caos e insegurança. [...] Os regimes autoritários começaram sua dominação através da restrição dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sempre tendo como fundamento justificativas nobres.

inimigo. É ingênuo pensar que os inimigos estarão estanques em um compartimento; trata-se de uma escolha subjetiva, fruto do exercício de poder daquele que define quem é o inimigo, de acordo com o grau de periculosidade. Certamente, o rol de inimigos se expandiria e não reconheceria os limites impostos pela lei.

De acordo com Zaffaroni (2011), a proposta teórica de Jakobs, ao defender essa diferenciação entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), é coerente com todo o Direito Penal do século XX, que teorizou e legitimou que determinados seres humanos são perigosos e por isso devem ser eliminados ou segregados do seio social. Há, “toda a tradição doutrinária penal que legitima a exclusão dos *estranhos* da pena e sua eliminação ou neutralização por serem *perigosos*” (ZAFFARONI, 2011, p. 162. grifo do autor).

O fenômeno do Direito Penal do Inimigo, nas legislações atuais, não é consequência de um fator externo, mas proveniente da própria evolução dos sistemas jurídicos penais; suas raízes estão em momentos históricos bem anteriores ao atual:

Também parece claro que, precisamente, pelo fato de que não se trata de um fenômeno conjuntural e não é devido a fatores exógenos, o atual Direito Penal do inimigo não é um simples retorno a uma política criminal autoritária, mas uma fase evolutiva nova (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, 2012, p. 110).

Não obstante, a incompatibilidade com o Estado de Direito e a proposta teórica de Jakobs “não é muito diferente daquilo que sempre se fez e se legitimou nem tampouco daquilo que os tribunais de nossos países aceitam cotidianamente” (ZAFFARONI, 2011, p. 165). Se o Direito Penal não cumprir com sua função de racionalizar o exercício do poder punitivo e contê-lo, fatalmente, o Estado de Direito se transformará em um Estado de polícia. Assim, compreende Zaffaroni (2011, p. 172, grifo do autor):

A função do direito penal de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a *redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis*. Se o direito penal não consegue que o poder jurídico assuma essa função, lamentavelmente terá fracasso e com ele o Estado de Direito perecerá. Nesse sentido, o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia.

Destarte, o direito penal deve sempre caminhar em direção ao ideal do Estado de Direito, quando não o faz, o Estado de polícia avança. Na medida em que a doutrina jurídico-penal legitima o tratamento diferenciado de determinadas pessoas como inimigos, renuncia-se

ao princípio do Estado de Direito e abre-se margem para a expansão do poder punitivo contra todos os cidadãos (ZAFFARONI, 2011). Assim, ao permitir a supressão de direitos e garantias fundamentais pelo Estado, abre-se o precedente para a prática de abusos do poder punitivo.

Ante o exposto, verificou-se, ao longo desse trabalho, a ilegitimidade dos reflexos da influência midiática sobre o expansionismo penal, em razão de sua aproximação com o modelo teórico do Direito Penal do inimigo, o qual é incompatível com o ordenamento brasileiro por afrontar princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais como a dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, em virtude da diferenciação de cidadãos e inimigos, negando a estes a condição de pessoa, além de importar a adoção de medidas penais incompatíveis com o Direito Penal de garantias, como, por exemplo: a) amplo adiantamento da punibilidade; b) desproporcionalidade das penas previstas, antecipação da barreira da punição não conduz a redução da pena cominada; c) relativização ou supressão das garantias processuais. Nenhum Estado Democrático de Direito pode legitimar o conceito de inimigo sem contradizer seus princípios e importar em seu abandono.

Dessa forma, para sua manutenção é imperioso que sejam extirpadas do ordenamento as manifestações do Direito Penal do inimigo na legislação penal e processual pátria, tal medida é necessária para conter o avanço da expansão do direito penal e seus reflexos no sistema jurídico, sob pena de se destruir, aos poucos, o Estado Democrático de Direito e caminhar para o Estado Autoritário, com poder punitivo ilimitado e altamente repressor.

Diante dessa crise de legitimidade, que aflige o Direito Penal no Brasil, é inegável a necessidade de contenção dos excessos do poder punitivo para evitar a ilegitimidade de sua atuação. Assim, é fundamental que se tenha em vista que o Direito Penal deve ser mínimo, com total respeito aos valores constitucionais e do Estado Democrático de Direito. A intervenção mínima do poder punitivo, bem como a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais foi uma opção política do constituinte originário e deve ser respeitada. Sem ter como norte o espectro de proteção constitucional, jamais se produzirá uma política criminal adequada aos preceitos democráticos, transformando-se em instrumento de repressão e controle que atua, fundamentalmente, sobre as camadas mais vulneráveis da população.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente dissertação foram analisados os reflexos da influência midiática no processo de criminalização primária sobre o expansionismo penal e a sua compatibilidade com o modelo de contenção da repressão penal próprio do Estado Democrático de Direito e, particularmente, com a Constituição Federal de 1988. Objetivou-se, também, de forma secundária: estudar os meios de comunicação de massa enquanto componentes da indústria cultural e a espetacularização da notícia, bem como sua transformação em mercadoria; demonstrar a influência dos meios de comunicação de massa no processo de criminalização primária e a criação midiática do inimigo mediante a utilização do discurso do populismo penal midiático; analisar o processo de expansão do Direito Penal à luz do pensamento de Silva Sánchez; explorar a construção teórica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs; verificar uma aproximação dos reflexos legislativos, no âmbito penal e processual penal pátrio, decorrentes da influência midiática, com a mencionada teoria alemã à luz do Estado Democrático de Direito.

Tais objetivos nortearam a presente pesquisa e foram necessários para que a hipótese aventada inicialmente, qual seja, a ilegitimidade do processo de expansão do Direito Penal no Brasil, oriundo dos reflexos da influência midiática no processo de criminalização primária, em face do modelo de contenção do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal Brasileira de 1988, fosse testada.

Para atingir o objetivo geral proposto inicialmente e os demais objetivos secundários da presente pesquisa, o trabalho foi estruturado em quatro seções.

Após a introdução, na seção inicial, conceituaram-se os termos mídia, meios de comunicação de massa e *mass media* para fins de desenvolvimento do presente trabalho, concluindo-se que meios de comunicação de massa e mídia são sinônimos e constituem o conjunto de meios de comunicação produzidos de forma massificada e destinados a um grupo indeterminado e heterogêneo de indivíduos com características sociais diversas, cujas relações pessoais encontram-se empobrecidas. Posto isso, evidenciou-se o contexto de surgimento do conceito de indústria cultural, bem como suas características, a partir da corrente de pensamento denominada como Escola de Frankfurt com base no referencial teórico de Adorno e Horkheimer (2006) e seus estudiosos no Brasil, como Duarte (2002), Bucci (2000), entre outros autores. Igualmente, trabalhou-se com o conceito de cultura de massa a partir de Morin (2009).

Todos esses conceitos desenvolvidos no presente trabalho foram pressupostos teóricos para compreensão do processo de mercantilização da notícia sobre o crime, a partir de tal estudo foi possível concluir que com o fenômeno da globalização, notadamente, a partir da evolução das tecnologias de informação e a transformação dos meios de comunicação de massa em verdadeiros conglomerados empresariais orientados para obtenção de lucro e pautados na lógica mercantil, a abertura de novos mercados, a indústria cultural continuou a exercer sua plenitude. Dessa forma, as críticas elaboradas por Adorno e Horkheimer (2006) em relação à sociedade por eles vivenciada se confirmaram, sendo até hoje pertinentes, especialmente, para o exame do papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa na sociedade atual, uma vez que esses detêm o espaço necessário para a perpetuação e manutenção da ideologia capitalista, contribuindo para a alienação e passividade do indivíduo perante o que lhe é oferecido.

Posteriormente, ao final da primeira seção, o estudo versou sobre a mídia na sociedade do espetáculo, como fábrica de alienação do espectador, sob o prisma da espetacularização da notícia, evidenciando o caráter mercantil da notícia sobre o crime. Para tanto, partiu-se, preliminarmente, da crítica de Guy Debord (1997) ao momento histórico da sociedade capitalista, na qual a lógica mercantil estaria presente em todas as dimensões da vida social, o autor identificou a presença maçante de imagens nas relações sociais de produção, troca e consumo. A partir desse arcabouço teórico, demonstrou-se a tendência de homogeneização do conteúdo da indústria cultural, com a passagem da lógica comunicacional para a lógica comercial. Para que os meios de comunicação de massa consigam mais espectadores a fim de manter os elevados níveis de audiência recorrem ao sensacionalismo, lançando mão de técnicas para captar o espectador, em que a emoção se sobrepõe a razão.

Dessa forma, com a transformação da notícia em mercadoria, orientada pela lógica do espetáculo, na qual a imagem ganha relevância frente a notícia, informação e entretenimento tornaram-se mais imbricadas uma à outra. Assim, o sensacionalismo converteu-se em elemento essencial para divertimento promovido pelos *mass media*, sendo explorado, especialmente, em notícias que trata sobre o crime, ao criar os estereótipos que etiquetam os indivíduos como os bons e os maus, os vilões e os heróis. Pois, o delito constitui uma fonte inesgotável de entretenimento e lucratividade para as empresas jornalísticas.

Em seguida, na segunda seção do trabalho, foram definidos os processos de criminalização primária e secundária à luz do pensamento criminológico de Andrade (2015,2003) e Baratta (2011) e de Zaffaroni, Batista. Alagia e Slokar (2011), momento em que se demonstrou a seletividade dos processos criminalizantes e afirmou que a clientela do

sistema penal é resultado de processos de criminalização altamente seletivos e desiguais os quais operam em desfavor dos estratos sociais mais baixos da sociedade concluindo que, tanto o Direito Penal quanto o sistema penal, exercem a função de manutenção e reprodução das desigualdades sociais existentes, de modo que, objetivam assegurar a hegemonia do poder dominante. Dessa maneira, o Direito Penal não tutela Direitos Humanos, mas, por meio de sua violência estrutural, garante a distribuição desigual de recursos e poder na sociedade em uma estrutura verticalizada.

Posteriormente, ainda na segunda seção, analisou-se a configuração do poder punitivo desde o confisco do conflito da vítima a era do grande encarceramento, notadamente, no contexto latino-americano a partir das lições de Zaffaroni (2011), a partir desse panorama histórico conclui-se que o poder punitivo sempre controlou e reprimiu de modo diferente aqueles considerados como inimigos. Esse tratamento decorre da própria seletividade estrutural do sistema penal e no âmbito dos países latinos o discurso autoritário *cool*, mesmo sem embasamento teórico acadêmico, prosperou ao servir como forma de controle social das classes marginalizadas. Nesse cenário, os meios de comunicação de massa são responsáveis pela disseminação desse discurso autoritário que permeia as legislações latinas.

Em seguida, na mencionada seção, foram analisados os fundamentos justificadores do exercício do poder punitivo, no Brasil, com base nas teorias legitimadoras da pena provenientes do saber dogmático à luz, depreendendo-se, com base na criminologia crítica, as verdadeiras funções da pena e do poder punitivo em nosso ordenamento. Concluindo que, o saber dogmático não cumpriu com suas promessas de proteção de Direitos Humanos, segurança jurídica e racionalização do poder punitivo e, ainda, é utilizado para operar seletivamente e violar sistematicamente os Direitos Humanos de indivíduos selecionados pelo sistema que ostentam o status de inimigo, trata-se, por conseguinte, de um discurso que objetiva mascarar as funções latentes produzidas pelo sistema penal.

Ao longo da terceira seção, examinou-se a problemática em torno do processo de construção da realidade pelos meios de comunicação de massa, enquanto agência de controle social informal e, conseqüentemente, as repercussões sobre a criação do estereótipo do delinquente e na pauta da agenda político criminal.

Inicialmente, verificou-se que a percepção da realidade é resultante da forma como ela é retratada pelos meios de comunicação, desse modo, o espectador não tem acesso à realidade em sua forma pura, mas a partir dos valores e concepções daqueles elaboram a notícia. Não há informação que não seja transmitida sem enquadramento, valores e objetivos que a sustentem. Portanto, constatou-se que os *mass media*, por meio de suas técnicas, em

especial, por meio da *agenda-setting*, a qual opera por meio da desigual visibilidade dada e hierarquização das informações sobre os fatos sociais, são capazes de inserir temas no debate público e forçar a adoção de medidas no plano governamental, em razão da midiaticização do espaço político.

Há, dessa forma, uma estreita relação entre os meios de comunicação e o crime, no qual a seletividade na seleção e tratamento das notícias também se faz presente. Assim, diante dessa realidade fabricada pelos *mass media*, dissemina-se no seio social a cultura do medo, criando no imaginário popular sensação de insegurança, que atemoriza a opinião pública.

Acerca do impacto do discurso midiático sobre as políticas criminais apresentaram-se no trabalho dois vieses: o da criminologia midiática e o populismo penal midiático. A criminologia midiática, denominada por Zaffaroni (2012), corresponde a um discurso proferido pelos meios de comunicação, alheio ao acadêmico, que discute a questão criminal sem pautar-se no conhecimento científico, a qual é capaz de selecionar indivíduos semelhantes que se enquadram no estereótipo do criminoso construído pela mídia, os estigmatizando como inimigos, determinando assim a seleção criminalizante.

No que diz respeito ao populismo penal midiático, identificado por Gomes e Almeida (2013) e Pina (2009), ele explora o senso comum, as demandas geradas pelo delito, assim como o medo por ele gerado, para buscar apoio popular para buscar consenso em relação a medidas repressivas de maior rigor penal. A utilização do discurso repressivo beneficia os legisladores que aderem a onda punitiva na medida em que popularidade eleitoral, em razão da, suposta, atuação eficiente no combate a marginalidade. Contudo, as medidas políticas provenientes da propagação do discurso do populismo penal midiático são irracionais e emotivas, trata-se de uma resposta simbólica em relação à população em geral, mas que, no entanto, produz efeitos perversos e reais sobre os criminalizados.

Ademais, demonstrou-se que há uma correlação entre a eclosão do populismo penal e as demandas sociais insatisfeitas, o declínio das políticas assistencialistas, o não atendimento das necessidades essenciais da população, dentre outros fatores de cunho social que geram o sentimento de insegurança coletiva, e a utilização de um discurso penal simplista e de viés populista. No âmbito brasileiro, verificou-se que o populismo penal surgiu paralelamente a construção de uma sociedade desigual e injusta.

Na última seção do trabalho, foram analisados os reflexos do populismo penal midiático, no âmbito legislativo, a partir do Projeto de Lei n. 4.850/2016. Para tanto, primeiramente, foi apresentado o contexto pretérito da espetacularização midiática da Operação Lava Jato da Polícia Federal, destacando a intensa cobertura midiática em torno do

caso, no qual os meios de comunicação de massa empenharam-se em construir uma narrativa com personagens que se tornaram emblemáticos no cenário nacional. Os *mass media* construíram estereótipos destacando os heróis e os vilões da história. O juiz responsável pelas ações decorrentes da operação em 1ª Instância, o juiz federal Sérgio Fernando Moro, tornou-se um herói na narrativa jornalística, enquanto que, os investigados pela operação, políticos, empresários, funcionários públicos, tornaram-se os novos inimigos. Assim, a corrupção ingressou na pauta política do país.

Nesse cenário, emergiu a campanha do Ministério Público Federal denominada de 10 Medidas contra a Corrupção, que propôs uma série de alterações legislativas, em especial, no âmbito penal e processual penal, que, em tese, tornariam o Brasil um país mais justo, como menos corrupção e impunidade. Rapidamente, a proposta de campanha tornou-se o projeto de Lei 4.850 em 29 de março de 2016 quando parlamentares da Frente Mista de Combate à Corrupção apresentaram o projeto que contemplou integralmente as propostas elaboradas na campanha institucional do *parquet* federal. A maioria das medidas, caso aprovadas, implicarão no recrudescimento da legislação penal e processual penal, quais sejam: criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores; aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal; reforma no sistema de prescrição penal; ajustes nas nulidades penais; responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado.

O projeto de Lei n. 4.850/2016 constituiu o mais emblemático exemplo, no ano de 2016, do reflexo da influência dos meios de comunicação de massa no processo de criminalização primária, o qual possui um nítido viés populista punitivista que objetiva alcançar o novo inimigo da criminologia midiática, os corruptos. As propostas do órgão ministerial, consoante se verificou a partir da análise do teor do projeto, não possuem embasamento constitucional, carecem de eficácia demonstrável contra a corrupção, tendo sido elaboradas sem fundamento empírico que as justificassem, o discurso que fundamenta tais medidas é só um, o do populismo penal.

Verificou-se que o referido Projeto de Lei constitui um verdadeiro retrocesso em matéria de proteção dos Direitos Humanos, estando eivado de punitivismo e trazem consigo o ranço do autoritarismo ao ignorar as garantias penais e processuais penais, as quais foram arduamente conquistadas através de lutas históricas contra a opressão do poder punitivo do Estado.

Ainda na quarta seção do trabalho, estudou-se o fenômeno do avanço da legislação penal nas sociedades ocidentais pós-industriais identificado por Silva Sánchez (2002) como a expansão do Direito Penal. Nesse momento foram apontadas as principais características desse processo e suas possíveis causas, como, por exemplo, o aumento da incerteza e da sensação de insegurança, as quais estão intimamente ligadas ao modelo social que se configurou nas duas últimas décadas nos países ocidentais. Há uma verdadeira demanda, no âmbito cultural, por mais proteção e repressão, a qual deságua em anseios irracionais punitivos e são incorporados sem reflexão pelos Estados.

No contexto político brasileiro, vislumbra-se que o avanço da legislação penal decorre, entre outros fatores, da necessidade de oferecer uma resposta política aos anseios punitivos provenientes da sociedade, moldados por uma realidade distorcida criada pelos meios de comunicação de massa a partir de seus interesses mercadológicos, redundando na criação de normas penais de caráter eminentemente simbólico.

Conclui-se, assim, que essa tendência repressora do sistema penal identificada por Silva Sánchez (2002) é, sobretudo, influenciada pelos meios de comunicação de massa, com especial destaque o crescimento da denominada terceira velocidade do Direito Penal, o qual constituiria uma clara manifestação do alcunhado Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs.

Jakobs fundamentou sua construção teórica do Direito Penal do Inimigo como um modelo de contenção do Direito Penal nos contratualistas, como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. O autor alemão defende a existência de dois pólos do Direito Penal, um voltado para o cidadão, o qual deve ser aplicado a pessoas em geral com respeito a todas as garantias legalmente instituídas e, um Direito Penal do inimigo, o qual se volta para aqueles indivíduos que não oferecem mais segurança cognitiva mínima em relação ao cumprimento da norma, desse modo, o inimigo para Jakobs é aquele que se afasta de modo permanente do Direito e não mais oferece garantias de fidelidade a vigência da norma. Por conseguinte, a função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é contradição, no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo.

Ulteriormente, ao longo da quarta seção do trabalho, uma vez que se discorreu acerca do conceito de inimigo e sobre as características do modelo teórico proposto por Jakobs, conclui-se que diante do processo de expansão do Direito Penal, que sofre influência dos *mass media*, os quais justificam e legitimam os excessos do poder punitivo na necessidade de resposta penal a situações emergenciais e combate a criminalidade em nome da segurança, se propagam manifestações do Direito Penal do inimigo na legislação pátria, com ampla

relativização de garantias e direitos penais e processuais penais e recrudescimento das penas, com criminalização de condutas preparatórias e de perigo abstrato que objetivam além da produção de efeitos simbólicos sobre a população, a exclusão do seio social daqueles tido como inimigos.

Diante dessa conclusão, questionou-se, então, se os reflexos da influência midiática sobre o expansionismo penal que resultam na adoção de medidas típicas do Direito Penal do inimigo, através da disseminação do discurso do populismo penal midiático, seriam legítimos perante o Estado Democrático de Direito brasileiro estabelecido com a Constituição Federal de 1988.

Evidenciou-se, diante da questão que, no Brasil, um Estado Democrático de Direito, cujo modelo de contenção da repressão criminal foi instituído constitucionalmente ao assegurar uma série de garantias e direitos ao réu que limitam o poder punitivo Estatal, o Direito Penal deve ser orientado de acordo com essas premissas constitucionais, deve, portanto, cumprir a sua função de ser limitador do poder punitivo, a fim de coibir abusos e práticas autoritárias. Assim, o poder punitivo deve ser mínimo e limitado dentro de um contexto democrático.

Assim, a Carta Magna de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana (Art. 1^a, inc. III da CFRB) como fundamento da República brasileira. Dessa maneira, a dignidade constitui o principal vetor interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro, irradiando, assim, para todo o sistema, desde sua criação a aplicação das normas, em especial, as penas que, em sua maioria, envolvem a restrição do direito fundamental à liberdade.

Destarte, o modelo teórico de Jakobs é incompatível com o ordenamento brasileiro por ofender também princípios basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, em especial, a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 por legitimar a adoção de medidas penais incompatíveis com Direito Penal de garantias, tais como: a) amplo adiantamento da punibilidade; b) desproporcionalidade das penas previstas, antecipação da barreira da punição não conduz a redução da pena cominada; c) relativização ou supressão das garantias processuais, baseados na diferenciação entre os cidadãos e os tidos como inimigos, implicando, por conseguinte, na violação do direito fundamental a igualdade. Logo, não há como validar o etiquetamento de seres humanos em cidadãos e inimigos no Estado Brasileiro.

Ante o exposto ao longo da presente pesquisa, concluiu-se que pela ilegitimidade do processo de expansão do Direito Penal, no Brasil, decorrente dos reflexos da influência midiática na criminalização primária, em face do modelo de contenção do Estado

Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, em razão da aproximação desses reflexos com o modelo teórico do Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, o qual afronta os princípios basilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro, o que o torna, portanto, incompatível com os ditames constitucionais, em particular, com o fundamento da dignidade da pessoa humana que deve nortear toda a atividade estatal. Reitera-se que não pode legitimar o conceito de inimigo em um Estado Democrático de Direito sem que isso signifique contradizer seus princípios e importar em seu abandono. Em vista disso, precisam ser extirpadas do ordenamento as manifestações do Direito Penal do inimigo na legislação penal e processual pátria para que seja possível conter o avanço da expansão do Direito Penal no Brasil.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: J.Zahar, 1985. Reimpressão, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 187 p.

_____. **A Ilusão da Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. 338 p.

ANDRADE, Fabio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário, a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4850/2016**. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra?jsessionid=55319B0943E369556B1F66001A65C3A2.proposicoesWebExterno2?codt_eor=1448689&filename=PL+4850/2016> . Acesso em: 15 jan. 2016. Texto Original.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - junho de 2014**. Brasília: 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017

BUCCI, Eugênio. **Sobre Ética e Imprensa**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **A imprensa e o dever da liberdade**. São Paulo: Contexto, 2009.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Org.) **Derecho Penal del Enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Editorial B de F Montevideo, 2006. v. 2.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. "Deu no jornal": Notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, n. 2, p. 56-77. 2009. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/2/2009_02_inteira.pdf> Acesso em: 22 fev. 2016

CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. In: CALLEGARI, Andre Luís. et al. (Org.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 89-115.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). **Derecho Penal del Enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Editorial B de F Montevideo – Buenos Aires. 2006. v. 1.

_____; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). **Derecho Penal del Enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Editorial B de F Montevideo – Buenos Aires. 2006. v. 2.

CARMO, Paulo Sérgio do. **Sociologia e Sociedade pós-industrial**: Uma introdução. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2007.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Conformismo e resistência – aspectos da cultura popular do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

COELHO, Cláudio Novaes Pinto. Introdução: em torno do conceito de sociedade do espetáculo. In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (Org.). **Comunicação e sociedade do espetáculo**. São Paulo: Paulus, 2006, p. 13-30.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?. In: **Boletim**, São Paulo, v. 1, n. 277, p. 2 -3, dez. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5668-MPF-As-10-medidas-contra-a-corrupo-so-s-ousadas>. Acesso em: 21 jan. 2017

DEBORD, Guy. **A Sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DUARTE, Rodrigo. **Adorno/Horkheimer & A dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Org.) **Derecho Penal del Enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Euros Editores, 2006, v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. Olinda prevê bonecos de Lava Jato e Trump, mas deixa Temer em museu. **FOLHA DE SÃO PAULO**, São Paulo, 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1859202-olinda-preve-bonecos-de-lava-jato-e-trump-mas-deixa-temer-em-museu.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

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

GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. "Derecho Penal" del enemigo y los enemigos del Derecho penal. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DÍEZ, Carlos Gomez-jara. **Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: B de F Montevideo, 2006. p. 949-976.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que assusta as sociedades de massa**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008.

_____. O negro pobre, o repórter e a mídia. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, v.17, n. 200, p. 10-11, jul. 2009.

_____. **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

_____. Crítica a cobertura midiática da Operação Lava Jato. In: ARAUJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. São Paulo: IBCCRIM; Revista dos Tribunais, ano 24, n. 122, ago. 2016.

GOMES, Marcus Alan de Melo; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. Mídia, medo e expansão punitiva. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y; GOMES, Marcus Alan de Melo. (Org.). **Tensões contemporâneas da repressão criminal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GOMES, Marcus Alan de Melo; SALES, José Evaldo Pereira. Bem jurídico, velocidades e inimigo no direito penal: uma abordagem crítica a partir do Estado democrático de direito. In: GOMES, Marcus Alan de Melo; DIAS, Jean Carlos. (Org.). **Direito e Desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introduccion a la criminologia y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

IBGE, CENSO DEMOGRÁFICO 2010: **Características da população e dos domicílios: resultados do universo**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <file:///E:/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios(1).pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JEWKES, Yvonne. **Media and crime**. 2. ed. Londres: Sage, 2011.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, Andre Luís et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 11-29.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008. v. 2.

MARQUES, Fábio Cardoso. Capítulo 1. Uma reflexão sobre a espetacularização da imprensa. In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (Org.). **Comunicação e sociedade do espetáculo**. São Paulo: Paulus, 2006, p. 33-60.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 Medidas Contra a Corrupção.2015. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/produtos/pdf/10_MEDIDAS_ONLINE.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2016

MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX: neurose**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

PATIAS, Jaime Carlos. O espetáculo no telejornal sensacionalista. In: COELHO, Claudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de. (Org.). **Comunicação e sociedade espetáculo**. São Paulo: Paulus: 2006. p. 81 – 107.

PINA, Sara. **Media e leis penais**. Coimbra: Almedina, 2009.

PIOVESAN, Flávia. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p.70-89, jan. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

RÜDIGER, Francisco. **Theodor Adorno e a crítica à indústria cultural: Comunicação e teoria crítica da sociedade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SAISI, Katia. Estética e Política, mais um espetáculo de consumo na sociedade midiática. In: COELHO, Claudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (Org.). **Comunicação e sociedade espetáculo**. São Paulo: Paulus: 2006, p. 61 – 79.

SANDANO, Carlos. A informação-mercadoria do jornalismo e as novas formas de trocas culturais na sociedade globalizada. In: COELHO, Claudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (Org.). **Comunicação e sociedade espetáculo**. São Paulo: Paulus: 2006. p. 61 – 79.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre confisco alargado. **Boletim**, São Paulo, v. 1, n. 277, p. 23-24, dez. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado>. Acesso em: 21 jan. 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-maría. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tiempos de Derecho Penal: escritos breves sobre teoria y práctica, vida social y economía**. Montevideo: B de F Ltda., 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SINGER, André. **Mídia e Democracia**. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/48/05-andresinger.pdf>> . Acesso em: 20 set. 2014.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. de. **Segurança Pública e Democracia**: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl. et al. **Direito penal brasileiro**: segundo volume – teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.