

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

ANDRÉ LOZANO ANDRADE

**POPULISMO PENAL:
O USO DO MEDO PARA RECRUDESCIMENTO PENAL**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2019

André Lozano Andrade

**POPULISMO PENAL:
O USO DO MEDO PARA RECRUDESCIMENTO PENAL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal, na área de concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

São Paulo

2019

Banca examinadora

Data de aprovação: ___/___/___

AGRADECIMENTOS

Apesar do processo de escritas ser solitário, isso não se pode dizer do processo de aprendizagem. Para que se adquira conhecimento é necessário que a leitura seja acompanhada de conversas, discussões, que sejam levantadas e tiradas dúvidas, indicação de literatura, filmes. É preciso que as conclusões sejam questionadas, postas a prova, refutadas e confirmadas. Para isso é essencial o contato humano.

Quem primeiro me incentivou a ler, questionar e me mostrou que a busca pelo conhecimento pode ser deliciosa foi o vovô Saulo. Ao contar as Aventuras de Guliver e me presentear com as Aventuras de Tom Sawyer e Huckleberry Finn, de Mark Twain, meu avô fez nascer em mim a paixão pela literatura e pela leitura. Também foi ele que, transformando a história em contos infantis, cultivou meu interesse pela história e me mostrou como o totalitarismo é abominável. A esses ensinamentos devo minha profissão de advogado criminalista e minha indignação com todo tipo de autoritarismo.

O gosto pela política, imprescindível àqueles que estudam o sistema penal, devo ao meu pai. Apesar de, hoje, estarmos em campos ideológicos opostos (e em minha defesa devo dizer que ele que mudou seu posicionamento, afinal ele me se dizia de esquerda quando eu ainda era jovem e se mostrava avesso autoritarismos) Também foi ele o primeiro a me falar que o Estado, mesmo para combater o crime, é obrigado a cumprir a lei. Sem dúvida as nossas conversas foram fundamentais para que tivesse a visão política que tenho, tendo ainda me influenciado no hábito da leitura, me indicando muitos dos melhores livros que li.

Devo um agradecimento especial ao Alexis por ter me mostrado pela primeira vez o Direito Penal de forma crítica. Ele também me abriu muitas portas e serve como modelo, tanto pelo conhecimento quanto pela competência e atenção que dá para todos os alunos.

Não poderia esquecer das intermináveis discussões, que muitas vezes varavam a noite, que tive com a Raquel. Não tenho dúvida que a semente dessa dissertação foi plantada nas nossas intermináveis noites no Bar do Peixe, regadas com cerveja e servidas com uma deliciosa porção de pastel de siri. Minhas certezas viravam pó, autores eram descobertos indignações eram compartilhadas.

O valor da palavra, tão importante tanto para o advogado como para quem escreve foi-me ensinado pela minha mãe, que, com sua sabedoria, diz que “há mil maneiras de dizer a mesma coisa”. Alguém que tenha tanto apreço pela forma de falar seria imprescindível na revisão de uma dissertação, por isso a ela coube essa tarefa, que foi acompanhada de ligações para que pudesse tirar dúvidas do que eu queria dizer ao escrever alguns parágrafos.

Ao entregar a um trabalho tão importante como uma dissertação de mestrado o sentimento que prevalece é a alegria. Mas os bastidores são noites em claro, mal humor devido ao cansaço e à incerteza sobre o trabalho, um escritório bagunçado, livros abertos e empilhados. A Elaine aguentou o meu mal humor e bagunça. Ela me deu apoio quando achava que não iria conseguir, discutia comigo sobre as ideias que tinha antes de coloca-las no papel e revisou boa parte do trabalho para que eu traduzisse o *juridiquês*, tornando a leitura mais palatável.

Devo um especial agradecimento aa Gustavo Junqueira. Antes de ingressar no mestrado o procurei para conversar sobre a possibilidade dele me orientar. Apesar de admirá-lo muito, não nos conhecíamos pessoalmente. Tomamos um café no Fórum Criminal da Barra Funda e ele me falou que não abriria orientação naquele semestre, mas me convidou para ser seu aluno ouvinte às quartas-feiras. Essas aulas foram as melhores do meu mestrado (mesmo ainda não tendo ingressado formalmente). No semestre seguinte comecei oficialmente o mestrado sob sua orientação. Foram quase dois anos em que pude ver que ele não era apenas um acadêmico excepcional, mas um professor, orientador e pessoa maravilhosa. A cada gesto a mina admiração por ele aumenta. Dois episódios merecem lembrança: ele me mandou um e-mail com parte do trabalho revisado, se explicando (quase em tom de desculpas) para que não me sentisse ofendido com as propostas de alteração e comentários para fundamentar melhor, deixar o texto mais claro e evitar rediscutir o mesmo assunto em diversos momentos; e quando, ao nos encontrarmos para falar sobre as últimas alterações, chegou correndo (literalmente) para que eu não ficasse esperando, demonstrando sua preocupação.

Finalmente, aos professores e colegas da PUC-SP, do IBCCrim e do escritório (Jacob, Fernanda e Paulinho) agradeço por tornarem esse período mais leve e gostoso, pelos livros indicados e emprestados, pelo incentivo e, claro, pelas diversas

conversas que tivemos e que, como todos são apaixonados pelo que fazem e estudam, essas conversas, invariavelmente, acabavam desembocando em temas relativos a Direito Penal, Processo Penal e sistema de justiça. Muitas dessas conversas estão nas páginas dessa dissertação.

– Vejam que disparate a sentença deles – disse o juiz da esquerda. – Pois a pena é de trabalhos forçados, mas ela não é culpada.

– Mas como ele não é culpada? – Perguntou o juiz severo.

– Só isso, não é culpada. Ao meu ver, trata-se de um caso de aplicação do artigo 818. (O artigo 818 diz que, se o tribunal considera a sentença judicial injusta, pode revogar a decisão dos jurados.)

– O que o senhor acha? – o presidente voltou-se para o juiz simpático.

O juiz simpático não respondeu de pronto, olhou para um número na folha de papel que estava à sua frente e somou os algarismos: não deu um resultado divisível por três. Ele tinha previsto que, se fosse divisível, concordaria, mas, apesar de não ser divisível, concordou por causa da sua bondade.

– Também penso que seria conveniente – disse.

– E o senhor? – o presidente voltou-se para o juiz zangado.

– Em nenhuma hipótese – respondeu em tom resolutivo. – Os jornais dizem que os jurados absolvem os criminosos; o que não vão dizer quando os juízes absolverem? Não concordo, em nenhuma hipótese.

(Ressurreição. Leon Tolstoi)

RESUMO

A partir da perspectiva da Teoria das Elites, é analisado como o medo, a delinquência e o Direito Penal são utilizados na disputa pelo poder. Os veículos de comunicação possuem um papel fundamental na difusão do medo do crime, pois a criminalidade é amplamente veiculada pela mídia, fazendo com que a população tenha a impressão de que a violência e a corrupção atingem níveis alarmantes, mesmo que os índices oficiais não indiquem tal aumento.

A utilização do Direito Penal para fins eleitorais ou mercadológicos pode ser muito danosa, já que medidas penais como o aumento de penas e criminalização de mais condutas não são eficazes no combate à violência. Porém, a população, ao ter acesso diariamente a notícias sobre delinquência busca soluções rápidas, em geral dentro do sistema penal, para os problemas de violência e não percebe que medidas punitivas a médio e longo prazo podem ser danosas, pois minam a Democracia.

As elites ligadas a políticos populistas utilizam medidas penais para desviar a atenção da população dos problemas políticos ou sociais, canalizando as insatisfações para medidas penais. Favorecendo a adoção de medidas autoritárias, sob o pretexto de combate ao crime. Tais medidas, além de não resolverem o problema a que se propõe, ainda fazem com que seja cada vez mais difícil para o Direito Penal atingir seus fins. A Democracia, nesse momento, é colocada em risco, cada vez que mais medidas autoritárias são tomadas sob o pretexto de trazer paz social. Como não surtem efeito, a população acaba tendo cada vez mais descrédito nas instituições democráticas.

Palavras-chave: populismo penal, direito penal, Democracia, política criminal, mídia, autoritarismo, crime, insegurança

ABSTRACT

From the perspective of the Elites' Theory, it is analyzed how fear, delinquency and Criminal Law are used in the struggle for power. The media has a key role in spreading the fear of crime, as it is widely publicized, making the population to feel and believe that violence and corruption reached alarming levels, even if the official rates do not indicate such increase.

The usage of Criminal Law for electoral or marketing purposes can be very harmful, since criminal measures such as increasing sentences and criminalizing more conducts are not effective to combat violence. Despite population gain access to news about delinquency on daily basis. Inhabitants seek for quick solutions for the violence problems, generally within the criminal justice system but do not perceive that although in the medium and long term can be harmful and undermine Democracy.

Elites connected to populist politicians use criminal measures to divert the population's attention from political or social problems, channeling dissatisfaction to criminal measures, favoring the adopting authoritarian measures under the pretext of combating crime. such measures will to not resolve the problem and will make it more and more difficult for Criminal Law to reach its goals. Democracy will be put at risk every time more authoritarian measures are taken under the pretext of bringing social peace. Since they do not take effect, the population ends up having increasingly distrust of democratic institutions.

Keywords: criminal populism, Criminal Law, Democracy, criminal policy, media, authoritarianism, crime, insecurity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O OBJETIVO DO DIREITO PENAL	16
1.1. A relação entre Direito Penal e Segurança Pública	18
1.2 O Direito Penal como instrumento de prevenção de crimes	23
1.2.1 Prevenção geral negativa	23
1.2.2 Prevenção especial	27
1.2.3 Lei e Ordem e Tolerância Zero	28
1.2.4 Críticas	32
1.3 Direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos	40
1.3.1. Conceito	40
1.3.2. O controle de legitimidade material da norma penal através do bem jurídico	42
1.3.3. Críticas	47
1.4 Direito Penal como meio de Estabilização de expectativas normativas ...	51
1.4.1 Críticas	57
2. DEMOCRACIA, MÍDIA E CONTROLE	62
2.1. Democracia a partir da perspectiva da Teoria das Elites	62
2.2. Teoria da Agenda: A visão parcial das informações e o uso do discurso pelas elites	73
2.3. Internet e mídias sociais	81
2.3.1. Fake News: desinformação e corrosão da Democracia	85
2.4. O poder através do medo	88
3. MEDO, POPULISMO E SISTEMA PENAL	91
3.1. Manipulação do sentimento de insegurança	97
3.1.1. Medo e Manipulação	97
3.1.2. O fator Sociedade do Risco	102
3.1.3. A Criação dos Inimigos	109
3.2. Populismo: a erosão da democracia por meio da vontade do povo	114
3.2.1. O punitivismo a serviço do populismo	121
3.3. Espetáculo e Populismo Penal	125

3.4. Populismo penal técnico e acadêmico – O Garantismo Penal integral ...	132
3.4.1. O Garantismo de Ferrajoli	134
3.4.2. O Garantismo Penal Integral – Explicação e crítica	138
4. DIREITO PENAL SIMBÓLICO	148
4.1. A opinião pública e o Direito Penal simbólico	150
4.2. A utilização do Direito Penal na disputa das elites e a desconsideração dos Princípios penais e processuais penais.....	154
4.2.1. Crimes de preconceito – a criminalização da homofobia	156
4.2.2. Os crimes de exploração sexual	160
4.2.3. O Direito penal das drogas	164
4.3. A impossibilidade de se alcançar os fins do Direito Penal por meio do populismo penal e do Direito Penal simbólico	170
4.4. A corrosão das garantias e da democracia por meio do Populismo penal	175
CONCLUSÃO	184
BIBLIOGRAFIA	189

INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação desempenham papel central na sociedade atual. Eles são responsáveis por mostrar o mundo para o espectador. É por meio da mídia¹ que as pessoas conhecem o mundo, a política, o meio ambiente, moldam uma parte relevante da moral e formam boa parte de suas opiniões. Até mesmo atitudes, comportamentos e tomadas de decisões se devem, em grande medida, pela influência exercida pelos meios de comunicação². Também é por meio dos veículos de comunicação que as pessoas tomam conhecimento de crimes, violência e se instruem sobre Direito Penal e processo penal.

Uma mídia independente, sem interesses, imparcial e neutra é algo inverossímil. Por meio do que é mostrado (e também do que não é mostrado) os editores e proprietários dos meios de comunicação podem orientar a percepção que os espectadores terão da realidade. É possível moldar não apenas opiniões, mas também direcionar ações por meio das notícias e informações que são veiculadas pelos meios de comunicação. Isso significa que a mídia é um ótimo instrumento de controle e, certamente, seus proprietários o utilizarão para diversos fins, que podem ser políticos, sociais, econômicos ou morais.

O medo é explorado largamente pelos meios de comunicação, mas apesar de parecer, num primeiro momento, que o único objetivo é conseguir audiência para os programas de televisão e rádio, leitores para os jornais, revistas e sites, este medo também serve como forma de dominação e domesticação. Por meio do medo é mais fácil moldar a forma de pensar das pessoas, vender produtos e serviços, fortalecer grupos políticos, esconder problemas sociais.

Os políticos também notaram que o medo é uma ótima arma a ser utilizada para angariar apoio popular. Utilizando-se do medo poderiam atacar adversários, fazer propostas, produzir leis e, em caso de políticos autoritários, poderiam reduzir garantias contando com apoio popular.

A utilização do medo, tanto pelos meios de comunicação como pelos políticos é uma ótima plataforma, uma vez que os motivos para insegurança são inesgotáveis.

¹ Por mídia deve-se entender os meios de comunicação de massa tradicionais ou alternativos, como televisão, revistas e jornais, sites de notícia ou opinativos. A mídia muitas vezes se vale das redes sociais, tais como Facebook, Twitter, Whatsapp, YouTube etc., para divulgar os conteúdos e gerar uma interação com os destinatários nas informações.

² GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro. Revan. 2015. p. 62

Desastres naturais, novas tecnologias, doenças e violência podem ser utilizados largamente e sempre haverá fatos novos para mostrar à população, seja com o fim de informá-la ou inflamá-la.

Para inflamá-la, o medo da violência e do crime é uma das armas mais exploradas por políticos e pela mídia. O crime causa indignação, repulsa, ódio. Ao noticiar eventos criminosos, investigações policiais e processos penais é possível prender a atenção das pessoas e direcionar a forma como elas pensam e agem.

As elites, compostas tanto por políticos, como por empresários dos setores de comunicação de massa, munidas de tal informação, utilizam o crime e, em decorrência dele, o sistema penal como forma de criar consenso junto às massas. Apresentando notícias e informações sobre delinquência da maneira correta é possível criar uma cortina de fumaça para esconder as inquietudes e inseguranças das pessoas relativas a uma infinidade de temas, como, por exemplo, canalizar os descontentamentos com a falta de políticas sociais para outro assunto, pois muitas vezes as políticas públicas defendidas pelas elites, aliadas a determinados meios de comunicação, podem ser prejudiciais à maior parte da população. Como benefício indireto, ainda é possível vender produtos e serviços ligados ao mercado de segurança e espaços publicitários nos veículos de comunicação, ou seja, gerar lucro ao mesmo tempo que se desvia a atenção da população para problemas e políticas públicas que podem afetá-la diretamente.

Ocorre, porém, que ao utilizar o crime e a violência dessa forma, também causa inquietação social. As pessoas ficarão atemorizadas e buscarão soluções para seus medos. Assim como seus temores, que nem sempre são racionais, suas soluções também podem fugir à racionalidade. Acreditam que o Direito Penal seja capaz de dar as respostas às suas inquietações. Pensam que, por meio de simples criminalizações, seja possível intimidar as pessoas para que façam ou deixem de fazer algo. Não atentam que, se isso fosse verdade, homicídios e roubos não ocorreriam pelo simples fato de serem proibidos. Mas, como dito, as soluções muitas vezes são tão irracionais quanto os medos.

Políticos, em especial populistas, notaram que fazer sua plataforma voltada para o medo e para o crime pode ser muito vantajoso. A edição de uma lei não requer planejamento e grandes investimentos, e o retorno eleitoral é praticamente imediato, pois, com a sua aprovação, os eleitores os percebem como representantes

preocupados com os problemas, já que usam o instrumento mais gravoso do Estado para tentar solucioná-los.

Obviamente a simples edição de uma lei não é suficiente para resolver problema algum. Para se solucionar ou amenizar problemas relativos à segurança pública é preciso investir em diversas áreas a depender das causas, que podem ser relativas à educação, distribuição de renda, inclusão social, combate ao preconceito, aumento de controle por parte das agências públicas etc.

Como o problema não foi resolvido com a edição da lei, ao invés de mudar o remédio e tentar novas soluções, aumenta-se a dose do medicamento. Criam-se novos crimes, majoram-se as penas, reduzem-se garantias processuais, contraria-se a Constituição e, assim como um medicamento que em excesso pode matar o paciente, o excesso de uso das leis penais pode debilitar o sistema penal e a Democracia.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar como discursos punitivistas, em especial aqueles ligados ao populismo penal, utilizam o sistema penal de forma a torná-lo contraproducente, afastando o Direito Penal de seus objetivos, causando descrédito nas instituições e na própria Democracia. A Democracia será tratada a partir da perspectiva da Teoria das Elites que, em linhas gerais, defende que Democracia é dar ao povo o poder de escolher qual das elites o irá governar.

A metodologia utilizada no presente trabalho é a revisão bibliográfica. A partir da leitura de autores de Direito Penal, Sociologia, Comunicação, Economia, Criminologia e Ciência Política tentou-se demonstrar como a utilização dos meios de comunicação de forma irresponsável, com a exposição do crime como espetáculo, pode enfraquecer os princípios que regem o Direito Penal e gerar mais insegurança, não a segurança almejada pela população. Ao tratar da sociedade, do sistema penal e da Democracia, a abordagem feita foi a partir do real, não do ideal, pois o intuito era demonstrar a disfuncionalidade do Direito Penal quando utilizado de forma oportunista.

No primeiro capítulo serão tratados os diferentes fins do Direito Penal, seja para prevenir delitos, tutelar bens jurídicos ou estabilizar as expectativas da população. Já no segundo capítulo será visto como a Democracia funciona sob a perspectiva da Teoria das Elites e, a partir da exposição da Teoria da Agenda, como as informações

podem ser manipuladas e utilizadas por quem as transmite para moldar a forma como as pessoas pensam.

No terceiro capítulo será exposta a manipulação por meio do medo, a criação de inimigos e como os atores do populismo político e do populismo penal utilizam a insegurança e insatisfação popular para ganhar força.

No quarto capítulo se verá como o Direito Penal é utilizado de forma simbólica na disputa das diversas elites pelo poder, dando-se especial atenção aos crimes de preconceito, exploração sexual e ao Direito Penal das drogas. Ao final do capítulo será explicado como a apropriação do Direito Penal pelo populismo impede-o de atingir seus fins e corrói as garantias processuais, podendo afetar a credibilidade da Democracia.

Por fim, é importante dizer que as Ciências Penais reúnem campos de conhecimento que deveriam ter utilização prática. As pesquisas realizadas no âmbito da criminologia, dogmática e política criminal não deveriam ficar restritas ao espaço acadêmico, mas serem utilizadas tanto na atuação judicial como para adoção de políticas públicas, no sentido de criar e verificar métodos para reinserção do condenado, reduzir os índices de reincidência, pesquisar quais fatores criminógenos que levam jovens a delinquir, verificar se a ameaça de uma pena é capaz de evitar delitos, pensar em melhorias urbanas, como, por exemplo, o incremento da iluminação pública, benefícios fiscais para comércios, visando aumentar a circulação de pessoas e reduzir a sensação de insegurança, melhoria do policiamento em locais com altos índices de criminalidade, construção de áreas de lazer e, até mesmo, quando for necessários, edição de leis que visem proteger grupos vulneráveis, como o caso da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

Também seria interessante uma aproximação da academia aos órgãos de persecução penal, para que a dogmática fosse aplicada com mais segurança e os profissionais do direito tenham clara a teoria do Direito Penal e do Processo Penal. Assim seria possível entender os limites das causas excludentes de ilicitude, o momento em que se inicia a tentativa e a consumação do delito, separar-se-ia com mais clareza a imoralidade do crime, evitar-se-iam decisões baseadas em provas ilícitas, as provas poderiam ser melhor analisadas e, talvez, o mais importante, saber a verdadeira função de cada ator processual para que as partes atuem com clareza,

combatividade e, no caso específico dos membros do Poder Judiciário, com a imparcialidade necessária.

Ocorre que tais saberes são cada vez mais relegados apenas à academia e aos livros, um sintoma de que o populismo atinge também setores que deveriam primar pela técnica, e não pela política. A mídia muitas vezes confunde o papel dos atores processuais: juiz com o agente de segurança pública e do advogado com um oportunista que fará tudo para inocentar aquele que lhe paga os honorários. É preciso lembrar que os atores processuais são pessoas comuns, que também sofrem influência dos meios de comunicação e dos discursos políticos, de modo que se não tiverem conhecimento técnico e consciência social suficiente acabarão incorporando um discurso atécnico e populista em sua atuação, o que fará com que o sistema penal e a Democracia fiquem enfraquecidos.

Para solucionar qualquer problema, antes é preciso conhecê-lo a fundo. Este trabalho busca mostrar uma das perspectivas que causam insegurança jurídica, desrespeito à lei e garantias penais e processuais, enfraquecimento e descrédito com a Democracia e, quem sabe, contribuir para melhorias no sistema criminal.

1. O OBJETIVO DO DIREITO PENAL

Identificar as funções do objeto de estudo é fundamental para verificar sua eficácia, a fim de que se atinja determinado objetivo. Por exemplo, se o objetivo do automóvel é realizar o transporte de forma rápida, somente será eficiente um veículo que apresente velocidade superior a de uma pessoa. A análise do Direito Penal não é diferente, caso não seja possível atingir seus objetivos a partir de tais ou quais pressupostos, eles serão ineficazes.

O Direito Penal deve ter suas funções delimitadas para ser funcional e poder servir ao que se propõe dentro do regime democrático. “O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”³. Ocorre que, diferentemente de outras áreas, tal função não se mostra com a necessária clareza, já que a sociedade e juristas de diversas vertentes possuem ideias diferentes sobre as finalidades do Direito Penal.

É essencial que os objetivos do Direito Penal sejam claros para melhorar seus mecanismos a fim de cumprir as finalidades por ele propostas. “Quando se menciona a finalidade, trata-se de um objetivo, uma meta, tornando-se obrigatória a cobrança de que esforços sejam envidados com o escopo de alcançar-se o outrora almejado”⁴. Além disso, é importante conhecer e descrever os objetivos a fim de evitar que funções latentes – ou mesmo disfunções – se sobreponham às funções manifestas, ou seja,

Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa ultrapassee a área do jurista, como as vezes se insinua.⁵

Uma vez que são as penas que concedem efetividade ao Direito Penal, não seria possível falar dele sem tratar da pena⁶. É por meio da pena que os fins últimos do Direito Penal são alcançados. As teorias da pena “são, indubitavelmente, em maior ou menor medida, legitimantes do sistema penal”⁷. Independentemente da missão que se atribua ao Direito Penal – seja garantir a defesa da sociedade, a proteção dos bens

³ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 19

⁴ COSTA, Rodrigo De Souza. Direito penal e segurança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 165

⁵ BATISTA. Introdução ... p. 23

⁶ “Se é mencionado que o Direito Penal é a solução para todos os males, ou então se anota a pecha da inutilidade por sobre ele é porque, antes disso, atribui-se a ele uma determinada finalidade, que pode ou não ser verdadeira. A discussão de tal finalidade, tecnicamente falando, o debate sobre os fins da pena, de alguma forma ocupa a doutrina penal.” (COSTA. Direito... p. 33)

⁷ COSTA. Direito ... p. 33

jurídicos ou a reafirmação do valor da norma – a pena será o meio pelo qual o Direito Penal atuará e cumprirá sua função.

Devido à ligação indissociável entre o Direito Penal e à pena, pois esta é a principal sanção aplicada no sistema de justiça criminal⁸, as teorias que discutem os fins do Direito Penal também se referem às teorias da pena. Nesse ponto, tendo em vista que o pressuposto do estudo é a sua vigência em um Estado Democrático⁹, as teorias absolutas da pena não serão tratadas, pois somente é cabível um Direito Penal voltado para o benefício do cidadão e da sociedade, então “a sanção, como mero castigo ou como vingança, não pode servir de fundamento para legitimar o sistema penal em um Estado Democrático de direito”¹⁰ pois não traz qualquer benefício, direto ou indireto, ao cidadão. Ademais, o Direito Penal é um dos instrumentos que o Estado dispõe para executar a política de segurança pública, de modo que a imposição de pena por imperativo de justiça, como forma de vingança ou para negar o delito não traz qualquer benefício capaz de justificar sua imposição em uma Democracia.

Portanto, uma vez que o Direito Penal atua por meio de imposição de uma pena e que vamos tratar do sistema penal num regime autointitulado democrático, é preciso ter em mente que a atuação do sistema punitivo somente terá início após a pessoa ter praticado uma conduta descrita na lei como crime. Ainda que alguns autores atribuam ao Direito Penal a função de, por meio da aplicação de uma pena pelos órgãos de persecução penal, garantir a segurança pública, devemos considerar que estes baseiam suas teorias na crença do caráter preventivo, intimidatório ou ressocializador. Com relação à prevenção, será tratado mais a frente sobre as diversas funções que a pena pode ter. Resumidamente, podemos descrever a prevenção especial, que é a retirada de circulação daquele que cometeu um delito, tratará e/ou intimidará o condenado para que não volte a delinquir e a prevenção geral negativa, que trata da

⁸ “A missão do Direito Penal deve encontrar respaldo nos fins da pena, pois, sem isso, não se estará tratando do mesmo objeto.” (COSTA. Direito. p. 33)

⁹ É importante contextualizar o Direito penal que se deseja estudar, pois “a finalidade preponderante da pena tem estrita relação com o modelo de Estado” (JUNQUEIRA, Gustavo. Jurisdicionalização da execução penal. In BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (coord.). Direito penal – aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo. Quartier Latin. 2006. 368-384. p. 369.) A finalidade do Direito penal e da pena podem variar conforme mude o modelo de regime político, de forma que num Estado autoritário eles não terão a mesma finalidade que numa Democracia.

¹⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 3ª ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2016. p. 11

intimidação daquelas pessoas que poderiam cometer delitos e se abstém de fazê-lo por medo da aplicação de uma pena.

1.1. A relação entre Direito Penal e Segurança Pública

Por segurança podemos entender a proteção ou “minimização dos riscos em relação a uma determinada situação, tal como ‘segurança econômica’, ‘segurança alimentar’, ‘segurança nuclear’, ‘segurança social’ e ‘segurança pública’”¹¹, ou seja, segurança se refere à tentativa de proteção contra os diversos riscos aos quais uma pessoa pode estar sujeita.

Quando se fala em Direito Penal e sistema penal logo se associa, quase intuitivamente, a sua utilização ao combate à violência ou à criminalidade, à manutenção da ordem e a defesa da sociedade¹². Nos dizeres de Rodrigo de Souza Costa “segurança pública afigura-se como uma política, ou seja, um conjunto de medidas tomadas a tratar de um fenômeno social, no caso, o criminal”¹³. Busca-se, por meio da segurança pública, implementar medidas capazes de combater ou controlar a violência. “É a segurança que, em última análise, constitui-se em finalidade do Estado, permitindo-se entender a finalidade da pena como garantia da segurança à multidão”¹⁴. Essas medidas, em geral, possuem intrínseca ligação com o Sistema Penal, seja com a elaboração de novos tipos penais, contratação de mais policiais, julgamentos e execução de penas.

Há uma grande associação feita pelo saber popular entre Direito Penal e sistema criminal com segurança pública, visto que “o ponto de vista da maioria induz a conceber o direito penal essencialmente como um instrumento de defesa social, ou seja, prevenção de delitos e de defesa dos interesses da maioria não ‘desviada’”¹⁵. Ocorre que a relação entre Direito Penal e segurança pública não é tão umbilical

¹¹ FABRETTI, Humberto Barrinuevo. Segurança pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9

¹² FABRETTI. Segurança pública... p. 9; SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. A face oculta da segurança pública. A força policial: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar, São Paulo, v. 55, n. 55, p. 19-46., jul./set. 2007. p. 20; ROSSETI, Disney. A formulação de políticas de segurança pública no paradigma do estado democrático de direito: uma breve visão das instituições policiais pós-1988. Segurança pública & cidadania: revista brasileira de segurança pública e cidadania, Brasília, v. 5, n. 1, p. 177-212., jan./jun. 2012. p. 198/199

¹³ COSTA. Direito... p. 19

¹⁴ COSTA. Direito... p. 145

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Tradução Carlos Arthur Hawker Costa. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 7. n. 12. p. 31-39. p. 31.

quanto parece. Como a violência e a criminalidade são fenômenos indesejáveis, que causam temor na população, não é de se estranhar que se utilize o Direito Penal na tentativa de contê-las, visto ser o Direito Penal a arma mais letal de que dispõe o Estado, papel que é muito bem explorado pelos meios de comunicação.

O sistema penal remete sempre a ideias de controle, punição, castigo. Esse é o senso comum que vigora em todas as camadas sociais, indistintamente, muito em virtude dos significados criados pelos mass media, que reduzem a complexidade do fenômeno criminal a uma disputa entre o bem e o mal e estimulam expectativas de vingança, de desforra em relação aos indesejados.¹⁶

Porém, o Direito Penal é apenas um dos instrumentos que podem ser utilizados na elaboração de uma política de segurança pública. A depender do tipo de crime e do contexto social, podem ser adotadas as mais diversas estratégias, tais como criação de empregos, acompanhamento psicológico para jovens, construção e manutenção de espaços destinados ao lazer ou manutenção e implantação de iluminação pública. Devido à sua ineficácia e à gravidade com que incide na vida do cidadão, o Direito Penal só deve ser adotado quando as demais medidas forem insuficientes.

Apesar da ineficácia dos meios penais para garantir a segurança pública, os meios de comunicação tendem a dar especial atenção a medidas penais quando se fala em políticas de segurança pública, o senso comum tende a ver as medidas penais como sendo a única alternativa possível para a redução da violência ou da criminalidade, confundindo sistema penal (que abarca os órgãos de persecução penal, como as polícias, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a legislação penal e processual penal) com o sistema de segurança pública.

As análises sobre as variadas manifestações de segurança findam num mesmo lugar, qual seja, o Direito Penal. Seja numa campanha política, numa discussão familiar trivial, numa política estatal, a resposta que comumente é encontrada para lidar-se com os problemas referentes à segurança é o Direito Penal.¹⁷

A associação que o saber popular faz entre a política de segurança pública e o Direito Penal parece clara, pois este último atua no momento em os demais meios de falharam. Mais ainda, com a corporificação do Direito Penal por meio da imposição de uma pena, retira-se do convívio social aquele que frustrou as expectativas dos demais em ter segurança, para não serem vítimas de um crime. O Direito Penal é o instrumento mais visível e mais fácil de ser relacionado ao imaginário da segurança

¹⁶ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 20

¹⁷ COSTA. Direito... p. 28

pública. Não é por outro motivo que entre os doutrinadores de Direito Penal há um certo consenso de que este sirva para reduzir ou controlar a violência. Ainda que diverjam quanto à terminologia, defendem que o objetivo do Direito Penal é “combater as infrações penais”¹⁸, “a proteção da sociedade”¹⁹, “defesa social”²⁰ ou “da sociedade”²¹. Como visto, o saber popular permeia a doutrina penal no sentido da utilização do Direito Penal como forma de busca de maior segurança. Mas seria mesmo o Direito Penal capaz de gerar mais segurança? Caminhar por essa estrada pode levar à crença de que o incremento das penas ou a proibição de um número maior de condutas são capazes de conter a violência, ideia propagada pelos meios de comunicação e defendida pela opinião pública.

Ainda que o discurso vigente se refira à redução dos índices de criminalidade como receita para a segurança pública, pode-se dizer que este critério não é exatamente o almejado pela população. Isso porque tanto a indignação pública quanto a persecução penal parecem estar reservadas a poucos tipos penais²², enquanto outros contam com maior receptividade social²³. Poucos se importam com as inúmeras condutas tipificadas, como contrabando e descaminho ou a pequena corrupção policial destinada a evitar multas de trânsito. O cidadão costuma voltar sua indignação aos crimes que envolvam violência ou alguma modalidade de fraude, como roubo, latrocínio, homicídio, estelionato e extorsão mediante sequestro. Se é certo que nenhum sistema criminal conseguirá combater todos os delitos, também parece correto afirmar que o cidadão, em geral, não se importa com uma vasta quantidade de condutas tipificadas, mas apenas com aquelas que apresentem o potencial de vitimá-lo, causando lesão ou intimidação.

¹⁸ GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal: Vol. i tomo i. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 8

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Vol. 1 Parte Geral - arts. 1º a 120 do CP. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 23

²⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal. 16ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2004. p. 4

²¹ BRUNO, Anibal. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 14

²² Nota-se que mesmo as prisões se referem a um número limitado de tipos penais. Apesar do legislador brasileiro ter incluído apenas após 1988 mais de 869 novos tipos penais (SANTOS, André Leonardo Copetti. Sobre a Expansão Penal no Brasil. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, v. 6, n. 1, 2012. p. 77-114. p. 100), mais de 80% das prisões se deram por apenas seis crimes (tráfico de drogas, roubo, furto, homicídio, latrocínio e receptação) (SANTOS, Thandara. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – atualização – junho de 2016. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento penitenciário nacional. 2017. p. 43).

²³ WILSON, James Q.. Thinking about crime. New York: Basic Books, 2013. p. XXIII

Apesar disso, a demanda por segurança e pelo combate à delinquência é uma preocupação generalizada e recorrente na sociedade atual²⁴. Com a difusão dos meios de comunicação, dá-se grande notoriedade para fatos que envolvem catástrofes e violência, já que tais assuntos são capazes de garantir grandes audiências e promover o consenso em torno de determinados temas e ao fato de que o desejo por segurança é capaz de fazer com que somas vultosas sejam gastas com todo tipo de equipamento e serviço que prometa manter a salvo a pessoa, sua família e seus bens.

Parece ser possível um consenso sobre a importância do risco na sociedade contemporânea, por esse “fenômeno”, independente da forma como é visto, o responsável pela cada vez mais crescente demanda social por “segurança”. Fala-se em “segurança” em todos os âmbitos: jurídico, social, científico e político. A “segurança” é o principal objetivo do Estado, a principal aspiração do cidadão e, atualmente, um dos principais produtos do mercado.²⁵

Em geral, as medidas relacionadas à segurança pública acabam por restringir as liberdades individuais²⁶, seja criminalizando novas condutas, seja por meio do controle do cidadão em abordagens policiais, ingresso de agentes estatais em residências e locais de trabalho – com ou sem autorização judicial – ou mesmo pelo uso de câmeras de vigilância em locais públicos ou privados. Tudo isso reduz as liberdades individuais e tornando a Democracia menos penetrável²⁷ pois, por meio de discursos que enaltecem a segurança, legitima-se a segregação de grupos sociais e muitas vezes escondem medidas ilegais e autoritárias.

Porém, medidas preventivas e sociais são relegadas a segundo plano quando se fala em segurança pública, dando lugar às intervenções policiais²⁸ ou tentativas de aumento de penas e de criminalização. Assim, quando se fala de segurança pública,

²⁴ “Que as penas deveriam ser mais frequentes e dura, que a criminalidade aumenta drasticamente, que o Estado e a sociedade pouco fazem para combatê-la, que o sistema de justiça criminal se preocupa excessivamente com o autor do ilícito e o trata de modo excessivamente frouxo, enquanto as vítimas são abandonadas à sorte lastimável: hoje em dia existem poucas pretensões e convicções aceitas de modo tão amplo e abrangente pela população da Europa ocidental e da América do Norte como essas, No mundo ocidental há uma demanda geral e onipresente pela pena. Como uma assombração, ela se aninha em todas as faixas etárias, em todas as camadas e classes sociais, em todos os níveis de escolaridade, assim como em quase todos os grupos políticos”. (GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Revista Direito GV, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 187-203., jul./dez. 2006. p. 187

²⁵ FABRETTI. Segurança pública... p. 43)

²⁶ COSTA. Direito penal... p. 19 e 20

²⁷ “O discurso do direito à segurança pública, juntamente com o discurso da necessidade de preservação da ordem pública, tem sido responsável pelas “políticas de segurança pública” que segregam, excluem, afastam e matam milhares de pessoas”. (FABRETTI. Segurança pública... p. 120)

²⁸ COSTA. Direito penal... p. 21

é necessário verificar como o Direito Penal e a pena são capazes de contribuir para o controle da violência.

Conforme já apontado, a doutrina penal retrata a importância dada a esta matéria no combate à violência. Nucci afirma que o Direito Penal e a pena têm funções multifacetadas, incluindo aplicação de uma pena para impedir novos delitos; satisfazer o inconsciente coletivo de vingança, permitindo o restabelecimento da ordem coletiva; manter a confiança das instituições de controle social a fim de evitar a vingança privada; demonstrar que a ordem precisa ser respeitada sob ameaça da imposição da pena; e impedir que a pessoa que cometeu o delito reincida enquanto presa, reeducando-a para que quando colocada em liberdade não cometa novos crimes²⁹. Fica evidente que o Direito Penal, pelo menos em seu ideal, possui ligação com a ideia de segurança. A questão que vem a tona é se o Direito Penal realmente possui como fim último garantir a segurança. Para isso, deve ser eficaz.

Evidentemente, a prisão de um indivíduo, com sua retirada do convívio social, é capaz de impedir que cometa crimes nas ruas, o que não significa que ele deixe de cometer crimes. O que ocorre é apenas a sua retirada do alcance da visão dos demais cidadãos, pois poderá delinquir no cárcere, inclusive com graves danos às pessoas que se encontram em liberdade, pois é de conhecimento público que organizações criminosas são capazes de coordenar o crime de dentro dos presídios.

Retirar uma pessoa do convívio social para que não cometa crimes possui eficácia limitada para fins de segurança pública, uma vez que apenas seriam inocuidados os indivíduos presos, enquanto aqueles que não foram detidos ainda poderiam cometer delitos. Por isso, a atuação do Direito Penal com a imposição de pena, como medida isolada, apenas apresentaria efeitos em uma sociedade com índices de criminalidade ínfimos. Em sociedades com elevados índices de criminalidade, como a brasileira, é utópico pensar que o sistema penal, por si só, pode erradicar a criminalidade, sendo com a retirada de circulação todos aqueles que cometem crimes ou com a prevenção por meio de policiamento ostensivo. É utópico pensar na erradicação total do delito, em especial com a utilização do sistema criminal, pois os entraves para isso vão desde a impossibilidade de se combater todos os delitos praticados, devido ao elevado número de condutas tipificadas, altos custos envolvendo a persecução penal, como encarceramento e policiamento, bem como a

²⁹ NUCCI. Direito penal... p. 7-11

retirada da liberdade e da privacidade por meio de medidas voltadas ao ilusório desejo de erradicação do crime.

A tolerância zero – isto é, a total cessação do crime – poderia talvez ser alcançada somente numa sociedade panóptica de tipo policialesco, que suprimisse preventivamente as liberdades de todos colocando um policial nas costas de cada cidadão e tanques nas ruas. O custo da admirada e igualmente ilusória “tolerância zero” seria, em síntese, a transformação das nossas sociedades em regimes disciplinares e não liberais, submetidos à vigilância sutil e invasiva da polícia.³⁰

Para tornar eficaz uma política de segurança pública baseada exclusivamente no sistema criminal, seria necessária a contratação de um incontável número de policiais, juízes e promotores e aumentar vertiginosamente o número de vagas em presídios, ou seja, medidas que aumentariam vertiginosamente os gastos com a persecução penal e a prisão, o que inviabilizaria o investimento em outras áreas.

1.2. O Direito Penal como instrumento de prevenção de crimes

O Direito Penal é visto por grande parte da doutrina como um instrumento preventivo contra a delinquência. Para que possa atingir tal fim depende da imposição de uma pena, que é a sua forma de materialização. Segundo Mir Puig “a função do Direito penal depende da função que se atribua à pena e à medida de segurança como os meios mais característicos de intervenção do Direito penal”³¹. Por isso, dentro do estudo da função do Direito Penal sob uma perspectiva preventiva é necessário o estudo das teorias da pena. São elas a prevenção geral negativa (a pena deve atemorizar os demais para que com o exemplo de sua imposição ao delinquente, os demais não cometam crimes); prevenção especial negativa (a pena deve impedir novos delitos ao retirar o autor do convívio social); prevenção especial positiva (a pena deve ressocializar o autor do delito).

1.2.1. Prevenção geral negativa

Pela teoria da prevenção geral negativa entende-se que a função da pena é demonstrar à coletividade que se uma pessoa praticar um delito, será punida, causando temor nas pessoas a ponto de reprimirem alguns de seus desejos e se abstenham de praticar delitos. Sendo assim, aplicando-se a pena àqueles que

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 120

³¹ SANTIAGO, Mir Puig. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Tradução Cláudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 58

cometem um crime, intimida-se os demais para que se abstenham de cometer crimes. Essa teoria tem origens no pensamento iluminista³² e no nascimento da Escola Clássica, com Beccaria³³, que foi um dos primeiros a defender o caráter preventivo da pena:

Poder-se-ia também tornar mais estreita a ligação das ideias de crime e de castigo, dando à pena toda a conformidade possível com a natureza do crime, para que o temor de um castigo especial afaste o espírito da senda a que levava a perspectiva de um crime vantajoso. É necessário que a ideia do suplício esteja sempre presente no coração do homem fraco e domine o sentimento que o conduz ao crime.³⁴

Ainda no período da Escola Clássica, Furbach também tratou sobre a função intimidatória da pena, procurando demonstrar que esta deve causar temor àqueles que desejarem delinquir, a fim de que se abstenham de praticar condutas criminosas.

Se de todas as formas é necessário que se impeçam as lesões jurídicas, então deverá existir outra coação junto à física, que antecipe a consumação da lesão jurídica e que, proveniente do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que haja o prévio conhecimento da lesão. Uma coação dessa natureza só pode ser de índole psicológica.³⁵

Furbach defendia que o delito (ou seu produto) trazia prazer ao delinquente, de modo que o Estado deveria impor uma sanção capaz de causar maior sofrimento que o prazer do delito, a ponto de que o ato criminoso não fosse praticado, “um mal que será maior que o desgosto emergindo da insatisfação de seu impulso ao crime”³⁶, em outras palavras, a sanção deveria causar um sofrimento de modo que o

³² "Politicamente é possível apenas um Direito Penal preventivo, aquele que tenha perspectivas de sucesso para permanecer de forma factual, por corresponder a uma longa e influente linha de desenvolvimento político, que se inicia no Iluminismo". (tradução livre) "Políticamente es posible únicamente un derecho penal preventivo, el que tiene posibilidades de éxito de mantenerse de modo fáctico, porque ello se corresponde de una larga e influyente línea de desarrollo político que se inició en la Ilustración." (NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. in NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006. (Maestros del derecho penal, 14). p. 14-44. p. 24)

³³ Há certa controvérsia se Beccaria inaugurou o período Clássico da e nascimento da criminologia, ou se a criminologia teve início entre o final do Império Romano e início da Idade Média, conforme ensina Zaffaroni, ou se teve início apenas com a Escola Positiva, com a edição do Homem Delinquente, de Cesare Lombroso. Sobre o tema SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 70 et. seq.

³⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 63

³⁵ "Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coacción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proveniente del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica" (tradução livre) (FUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania. 14 ed. Buenos Aires: Hamurabi S.R.L., 1989. p. 60)

³⁶ "un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho" (tradução livre) FUERBACH. Tratado... p. 60

delinquente, ao sopesar os possíveis bônus e ônus do delito decidiria por não praticá-lo.

Parte-se da lógica baseada exclusivamente na racionalidade de que o cidadão realiza um cálculo matemático sobre benefícios e custos que o crime possa gerar e, a partir disso, decide-se por praticá-lo ou não. Ao impor grande peso em uma ideia baseada na lógica racional, falha por não levar em conta fatores psicológicos e sociais.

Pela teoria da prevenção geral entende-se que o comportamento das pessoas pode ser modificado devido à ameaça de uma pena. “A prevenção geral expressada como teoria da pena e sua imposição significam que cada intervenção a custa do indivíduo desviado normativamente vai conduzir, ao mesmo tempo, ao bem comum”³⁷. Acredita-se que, ao vislumbrar a possibilidade da aplicação de uma pena, o indivíduo deixará de delinquir. Nas palavras de Paulo Queiroz, a “finalidade da pena é, por conseguinte, a prevenção geral dos delitos por meio da coação psicológica sobre toda a sociedade, de modo a atemorizar os destinatários das normas penais”³⁸.

Baseiam-se na crença de que a imposição abstrata de pena é suficiente para efetivar no indivíduo uma coação a ponto de levá-lo a não delinquir (...) trabalha com o temor gerado no sujeito pela simples coação imposta pela norma, como forma de que esse deixe de praticar o ato criminoso.³⁹

Mas não é apenas a possibilidade da imposição de uma pena que impedirá o cidadão de delinquir, também é preciso um exemplo, ou seja, alguém que tenha sido punido anteriormente. Em outras palavras, a punição, com imposição de sofrimento, daquele que praticou outros crimes influenciaria os demais, de modo a não repetirem a conduta daquele que foi punido. A ideia trazida por Beccaria e reforçada com mais detalhamento por Fierbich sobre a certeza da imposição da pena é o principal alicerce da prevenção geral negativa.

Com a evolução do estudo do Direito Penal, a ideia da prevenção geral foi mantida, uma vez que reproduzia a racionalidade do sistema penal e acabava por alicerçar um Direito Penal voltado para o fim legítimo de evitar novos crimes. Tal fundamento é aplicado cotidianamente no âmbito judiciário, como demonstram

³⁷ “La prevención general expresada como teoría de la pena y su imposición significan que cada intervención a costa del individuo desviado normativamente habrá de conducir, al mismo tiempo, al bien estar general” (tradução livre) HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la pena. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006. (Maestros del derecho penal, 14). p. 45-82. p. 52

³⁸ QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 143 p. 35

³⁹ COSTA. Direito penal... p. 36

expressões como “resposta estatal exemplar”⁴⁰ e “prevenção do crime”⁴¹. Assim, verifica-se que a prevenção geral encontra ressonância na jurisprudência, inclusive para aumentar a pena para que outros não cometam delitos.

Esses fundamentos registram a lógica do juiz que, por meio da "severidade" penal, entendeu que poderia influenciar o comportamento de terceiros (desconhecidos por ele) e que e que poderia e debería realizlo también como representante do Poder Judiciário.⁴²

A prevenção geral atuaria em dois momentos: quando a lei é elaborada e quando se aplica a sanção. O cidadão, ciente da possibilidade da punição, deixaria de praticar o delito e posteriormente, ante a ocorrência do crime, o juiz aplicaria a lei ao caso como um exemplo para que todos saibam de sua eficácia. A aplicação de penas duras seria, então, um instrumento para demonstrar a severidade do sistema penal perante criminosos. Para esta teoria, a prática judicial possui papel preponderante e acredita-se que “a justiça penal influi especificamente na mudança social: as penas brandas provocam um aumento nos índices de criminalidade, enquanto as mais severas os diminuem”⁴³. Assim, os juízes operariam como atores político criminais ou, em outras palavras, agentes de segurança pública⁴⁴, que, ao proferir uma sentença, podem influenciar os índices de criminalidade. Ocorre que trazer a ideia do juiz ser um agente de segurança pública pode fazer com a imparcialidade necessária à sua atuação fique comprometida, pois a sociedade e o próprio juiz acreditarão que as suas decisões devem ser rígidas e exemplares, combatendo, assim, a criminalidade.

É na ideia de prevenção geral que se apoia um Direito Penal voltado para a segurança. A construção da ideia de sopesar ganhos e perdas é lógica e atraente quando estamos falando num objetivo a ser buscado tanto pela pena como pelo Direito

⁴⁰ TJSP Apelação 0000455-10.2017.8.26.0635

⁴¹ TJSP Apelação 0009032-78.2016.8.26.0451

⁴² “Estos fundamentos registran la lógica del juez, quien, mediante la “severidad” penal, entendió que podría influenciar en el comportamiento de terceros (para él desconocidos) y esto podía y debía realizarlo también como representante del Poder Judicial” (tradução livre) (HASSEMER. Prevención... p. 47)

⁴³ “la justicia penal influye específicamente en el cambio social: las penas benignas provocan el aumento del índice delictivo, mientras que las más severas lo disminuyen” (tradução livre) HASSEMER. Prevención... p. 48

⁴⁴ “A agravação da pena, sob a ótica do interesse preventivo geral produz, no ordenamento jurídico penal codificado, uma transformação na relação entre a legislação e a jurisprudência penais e, geralmente, fortalece uma percepção político-jurídica dos juízes”. (tradução livre). “La agravación de la pena bajo la óptica del interés preventivo-general produce, en el ordenamiento jurídico penal codificado, una transformación en la relación entre la legislación y la jurisprudencia penales y, en general, una fortalecida percepción político-jurídica de los jueces”. (HASSEMER. Prevención... p. 50)

Penal. Conforme ensina Roxin, “a ideia de um Direito Penal preventivo, voltado à segurança e correção, seduz pela sobriedade e característica de construção social”⁴⁵, o que de fundamental importância para um Direito Penal Democrático.

1.2.2. Prevenção especial

A prevenção especial divide-se em duas: a primeira consiste na neutralização e na intimidação daqueles que delinquiram (prevenção especial negativa) e a segunda na ressocialização (prevenção especial positiva). Tal ideia foi trazida pela Escola Positivista, que via no crime uma patologia e no delinquente alguém que deveria ser tratado para não voltar a delinquir.

É inegável que a pessoa que está presa deixa de delinquir no seio social. Parte-se da ideia de que, isolando-se o indivíduo seja possível tornar a sociedade mais segura. Busca-se, por meio da inocuidade, neutralizar o delinquente de modo a não ser mais um risco para o restante da sociedade, a qual é apresentada “como um organismo e o delinquente um corpo estranho que abala sua saúde”⁴⁶. Ainda que se veja tal premissa como correta, é preciso verificar se a retirada de certas pessoas do convívio social é efetivamente capaz de reduzir os índices de violência. Também cabe ponderar sobre a noção de que o presídio está fora da sociedade, como um local isolado, o qual preferimos esquecer, mas nada impede que o indivíduo pratique crimes dentro dos muros da prisão, inclusive coordenando ações de organizações criminosas que ocorrem fora dos muros da prisão, como acontece com o Primeiro Comando da Capital (PCC), em São Paulo, e o com o Comando Vermelho (CV), no Rio de Janeiro.

Já a ressocialização se refere ao desejo de modificação do comportamento futuro de uma pessoa por meio da imposição de pena, reeducando-a e inculcando-lhe os valores sociais e morais majoritários para que quando retorne à sociedade não pratique mais crimes. “A pena seria aplicada na medida da necessidade de promover a ressocialização, reeducação e reinserção social do delinquente”⁴⁷. Por meio da ressocialização busca-se evitar a reincidência do indivíduo. Paulo Queiroz explica a visão dos que defendem a prevenção especial positiva:

⁴⁵ “la idea de un Derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social” (tradução livre) ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminales del derecho penal. 1 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 57

⁴⁶ COSTA. Direito penal... p. 41

⁴⁷ COSTA. Direito penal... p. 41

A intervenção jurídico penal deve se contentar em evitar que os condenados voltem a delinquir, impedindo a reincidência, de modo que fim da pena é evitar a reincidência, por meio da ressocialização ou reintegração social do apenado. Portanto, as normas penais já não têm como destinatários toda a comunidade, mas os delinquentes. Finalidade do direito penal é, enfim, como dizia Basileu Garcia, a conversão do criminoso em homem de bem.⁴⁸

As teorias da prevenção especial identificam três tipos delinquentes: (1) aqueles que não necessitam de correção ou ressocialização; (2) os que necessitam de correção; e (3) os incorrigíveis, que devem ser inocuizados⁴⁹. Ambas as teorias – prevenção especial positiva e negativa – focam no condenado, ou seja, aquele que já cometeu o crime. Resta saber se tais teorias são efetivamente capazes de reduzir o número de crimes ou se são meras construções teóricas que tentam legitimar a imposição de uma pena, o que será analisado no item 1.2.4., ao tecer as críticas sobre as teorias preventivas.

1.2.3. Lei e Ordem e Tolerância Zero

As políticas de Lei e Ordem e Tolerância Zero utilizam as teorias da prevenção geral negativa e prevenção especial positiva e negativa como fundamento. Nesse sentido, tentam trazer para a política criminal as teorias preventivas, materializando a finalidade preventiva do Direito Penal como política criminal, por isso será tratada no mesmo capítulo que as teorias preventivas.

As ideias de crime e medo estão conectadas. A sensação de insegurança é um ponto fundamental a que se refere uma parte da política criminal voltada para promoção da segurança. Há diversos fatores que podem influenciar a sensação de insegurança, como a existência de iluminação, circulação de pessoas em vias públicas, a presença de polícia ostensiva, a percepção da criminalidade ou impunidade transmitida pelos meios de comunicação ou o fato da pessoa ou pessoas próximas terem sido vítimas de crimes anteriormente.

A política criminal denominada Lei e Ordem, é concebida nos Estados Unidos, na década de 70, mas se apresenta atual nos dias de hoje, tendo suas ideias, inclusive, permeado a discussão sobre corrupção.

As políticas de Lei e Ordem e Tolerância Zero se baseiam majoritariamente na sensação de insegurança percebida pela população, portanto, “conta com o apoio *a priori* da população, impressionada com a divulgação de notícias sobre violência

⁴⁸ QUEIROZ. Funções... p. 52 e 53

⁴⁹ QUEIROZ. Funções... p. 55

crecente, resultando assim em forte apela político-eleitoral, e conseqüentemente reformas legislativas”⁵⁰. Para tanto, prega-se, inclusive, que os criminosos seriam exageradamente protegidos pelos movimentos de Direitos Humanos, o que acarretaria impunidade e demasiada brandura das penas.

Ao desenvolver a teoria, James Wilson trabalhou tanto com a ideia de prevenção geral negativa quanto com a ideia de prevenção especial negativa⁵¹, partindo do “prognóstico da necessidade de luta constante contra pequenos distúrbios cotidianos como instrumento para recuar as grandes patologias criminais”⁵². Ambos os movimentos político criminais buscam a punição de crimes contra a pessoa e patrimônio, defendendo a retirada de pessoas indesejáveis das ruas, como mendigos, bêbados e prostitutas, sendo que o movimento Tolerância Zero prioriza a repressão das infrações penais leves, até mesmo de bagatela⁵³.

No imaginário popular, o controle do crime e a prisão de delinquentes andam de mãos dadas. “Quando o crime aumenta ou os criminosos escapam, a resposta pública convencional é exigir mais ou melhores policiais”⁵⁴. Por se tratar de uma teoria que está amparada na sensibilidade do cidadão, é comum o uso de simplificações e maniqueísmos, já que “os valores do bem e do mal são essenciais para a caracterização da defesa social. A conduta criminosa é reconhecida como danosa para os interesses sociais. O criminoso é a encarnação do mal no contexto da sociedade”⁵⁵. Assim, para combater o crime – o mal – o instrumento mais eficaz seria o Direito Penal⁵⁶ – o bem –, sendo desejável sua expansão, por meio de penas maiores e mais duras e de novas criminalizações.

James Wilson trabalha com a ideia de que a população está preocupada com a violência e impaciente com teorias que prometem prevenir o crime com a reforma do sistema carcerário e redução da pobreza e também deseja que a violência seja

⁵⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito Penal. 9ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009 (Elementos do Direito, v. 7). p. 26

⁵¹ WILSON. Thinking about crime. p.07

⁵² CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 177 e 178

⁵³ CARVALHO. A política... p. 178

⁵⁴ “When the crime increases or criminals go uncaught, the convetional public response is to demand more or better policemen” (tradução livre) (WILSON. Thinking... p. 49)

⁵⁵ BIZZOTTO, Alexandre. A inversão ideológica do discurso garantista: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do Sistema penal. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009. p. 23

⁵⁶ CARVALHO. A política... p. 98

reduzida com a presença de policiamento nos bairros⁵⁷. Ele constrói sua teoria político-criminal buscando atuar nos efeitos da criminalidade, não em suas causas. Declaradamente, a obra apresenta uma teoria voltada a satisfazer o senso comum, sendo possível verificar que as estatísticas lá apresentadas são inconclusivas e até contraditórias. Ele admite que o combate ao crime reduz a privacidade das pessoas.

Há poucas estratégias pelas quais a polícia pode reduzir as taxas de criminalidade – de fato, para alguns crimes privados, como o assassinato, quase nada pode fazer –, mas as estratégias que exigem que coloquem uma comunidade sob vigilância mais próxima e, assim, se multipliquem as ocasiões em que os cidadãos provavelmente serão interrompidos, questionados ou observados.⁵⁸

Uma vez que se busca o combate ao crime, sendo o criminoso a personificação do mal, podem ser utilizados métodos que vão desde a imposição de penas mais longas até a flexibilização de garantias⁵⁹. O que se deseja é dar ao cidadão a sensação de segurança mostrando que o crime está sendo combatido a todo custo.

Ao falar sobre a certeza da punição, baseado em pesquisa divulgada por Isaac Ehrlich em 1973, Wilson defende que a certeza da punição possui influência na redução dos crimes, mas o aumento da pena não é relevante.

Quanto maior a probabilidade de prisão para os condenados por roubo, menor a taxa de roubo. Assim, as diferenças na certeza da punição parecem fazer diferença no nível do crime. Ao mesmo tempo, Ehrlich não achou que a gravidade da punição (o tempo médio servido em prisão por roubo) teve, independentemente da certeza, um efeito sobre as taxas de roubo em dois períodos dos três períodos (1940 e 1960).⁶⁰

Os defensores da política de Lei e Ordem se baseiam na mesma lógica utilizada desde o Iluminismo, afirmando ser possível utilizar fatores psicológicos para reduzir a violência, na medida em que o delinquente vai calcular a real possibilidade de punição antes de cometer o delito. Isto é, defendem a lógica da prevenção geral negativa.

Os movimentos de Lei e Ordem, aproveitando o alarme social que é gerado pela prática do crime, tendem a recomendar a intervenção jurídico-penal como forma de minorar as práticas criminosas. Baseando suas posições na imperiosa necessidade de punição, seus defensores recomendam a adoção seja da pena de morte seja de longas penas privativas de liberdade como forma de desmotivar o criminoso à concretização do delito.

⁵⁷ WILSON. Thinking... p. 50

⁵⁸ “there are very few strategies by which the police can reduce crime rates – indeed, for some ‘private’ crimes, such as murder, there is almost nothing they can do – but such strategies as they have require them to place a Community under closer surveillance and thus to multiply the occasions on which citizens are likely to be stooped, questioned, or observed”. (tradução livre) WILSON. Thinking... p. 86

⁵⁹ CARVALHO. A política... p. 98

⁶⁰ “the higher the probability of imprisonment for those convicted of robbery, the lower the robbery rate. Thus, differences in the certainty of punishment seem to make a difference in the level of crime. At the same time, Ehrlich did not find that the severity of punishment (the average time served in prison for robbery) had, independently of certainty, an effect on robbery rates in two of the three time periods (1940 and 1960) (tradução livre) (WILSON. Thinking... p. 107)

O movimento leva às últimas consequências as ideologias preventivas, seja a de prevenção geral ou a de prevenção especial. No tocante à prevenção geral, tendem a acreditar que, quanto maior for a ameaça abstrata de pena, menos estimulado ficará o delinquente a praticar a conduta proibida. Já no que diz respeito à prevenção especial, esta é defendida seja sob a sua perspectiva de inocuidade, seja sob o signo da prevenção especial negativa.⁶¹

Segundo James Wilson, é preciso combater os crimes violentos, a criminalidade de massa e os pequenos distúrbios. Isso decorre do fato de que a criminalidade e a percepção da insegurança por parte dos cidadãos corrompem os laços sociais, enfraquecendo a sociedade.

O crime predatório não vitimiza apenas os indivíduos, previne e, em suma, impede a formação e a manutenção da comunidade. Ao romper o delicado nexo de laços formais e informais, pelos quais estamos ligados aos nossos vizinhos, o crime atomiza a sociedade e faz de seus homens meros calculadores individuais que estimam suas próprias vantagens.⁶²

Atualmente, no Brasil, isto pode ser observado, pois, devido à sensação de insegurança, parte considerável da população passou a apoiar o uso de medidas com forte viés autoritário⁶³ ou mesmo manifestar-se pelo retorno a um regime militar ditatorial, já que seria uma forma de retorno à ordem, pois o crime, na medida que causa insegurança, é sinônimo de desordem.

Uma vez que as instâncias informais de controle social (família, igreja, vizinhança, comunidade etc.) perderam a influência sobre a manutenção da ordem, a violência acaba por ganhar terreno. Nesse sentido, afirma-se a necessidade de ser implacável contra o crime para manter a coesão social, utilizando-se de meios formais ou institucionais⁶⁴, como a polícia e o Poder Judiciário para garantir a ordem, ainda que para isso seja preciso aumentar a vigilância e reduzir as liberdades e a intimidade das pessoas por meio de batidas policiais, câmeras de segurança e retirada de pessoas dos espaços públicos. Utiliza-se um discurso de combate ao crime para canalizar a insegurança, como se a repressão e o vigilantismo pudessem dar a resposta para problemas sociais complexos que são a causa de desordem social e de insegurança.

⁶¹ COSTA. Direito... p. 153

⁶² "Predatory crime does not merely victimize individuals, it impedes and, in the extreme case, prevents the formation and maintenance of Community. By disrupting the delicate nexus of ties, formal and informal, by which we are linked with neighbors, crime atomizes Society and makes of its members mere individual calculators estimating their own advantage" (tradução livre). WILSON. Thinking... p. 16

⁶³ <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/06/1895452-violencia-e-medo-insuflam-defesa-de-autoritarismo-no-brasil.shtml>, acesso em 22 de julho de 2018

⁶⁴ "impacient with theories that argue that crime can only be prevented by reforming prisons or ending poverty. He thinks that crime, or at least crime that affects him, Will be prevented if sufficient policemen walk by his home ou business often enough" (tradução livre). WILSON. Thinking... p. 27

O pânico moral sobre o crime torna-se, dessa forma, o significante das insatisfações sociais – o rosto do problema – e o criminoso o responsável por um medo que, a rigor, não tem base racional. Nesse contexto, modelos policiaescos de mera repressão e discursos de “lei e ordem” conquistam simpatizantes por configurarem, no imaginário coletivo, o caminho eficaz para reposição da ordem social. Nada mais ilusório e enganador.⁶⁵

Com a ideia repetida pelos meios de comunicação de que as pessoas estão acuadas por conta da violência e, atualmente, inconformadas com os crimes de colarinho branco, em especial aqueles que têm a participação de políticos, o cidadão deseja soluções rápidas, está “impaciente com teorias que defendem que o crime só pode ser evitado através da reforma das prisões ou do fim da pobreza. Ele acha que o crime, ou pelo menos o crime que o afeta, será impedido se policiais suficientes caminharem com frequência próximo de sua casa ou trabalho”⁶⁶. Trata-se de uma lógica simples, se houver mais policiais e mais pessoas sendo presas haverá menos crimes⁶⁷, ou seja, a sensação de segurança deve ser aumentada para que o cidadão se sinta seguro e seja mantida a confiança e coesão social.

1.2.4. Críticas

Feitas as considerações sobre as teorias preventivas da pena, cabe analisá-las de maneira crítica, a fim de verificar se realmente é possível falar em um Direito Penal com objetivo preventivo, capaz de garantir segurança.

É preciso reconhecer, primeiramente, a existência de uma enorme cifra negra⁶⁸⁶⁹ quando falamos em criminalidade. Poucos crimes são notificados e ainda menores são os números de casos efetivamente investigados, processados e punidos. Isto significa que a maior parte dos crimes permanece impune. Seria possível pressupor uma redução da criminalidade com base na inocuização apenas daqueles que efetivamente foram presos? Aquelas pessoas que passam pelo sistema carcerário são realmente ressocializadas? As pessoas, de fato, se intimidam ante a possibilidade de imposição de pena? Seria interessante ou realmente eficaz termos

⁶⁵ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 101

⁶⁶ WILSON. Thinking... p. 50

⁶⁷ WILSON. Thinking... p. 49 e 50

⁶⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. 3ª ed. Editora D'Plácido. 2018. p. 81 et. seq.

⁶⁹ Nesse trabalho optou-se por utilizar o termo cifra negra pois, apesar das críticas relativas a etimologia racista do termo, não vislumbro qualquer caráter preconceituoso no termo, uma vez que o termo *negra* não é utilizada de forma pejorativa ou negativa, mas simplesmente para se referir a algo que não é possível verificar com clareza, uma vez que está oculto sob véu da subnotificação. Nesse sentido, o termo *negra* parece indicar algo que está nas sombras, impedindo que se veja com clareza os dados reais sobre o fenômeno criminal.

uma sociedade tão vigiada a ponto de contarmos com a certeza de segurança? É desejável que o cidadão se sinta seguro por meio de medidas que retirem a liberdade individual, ainda que tais precauções não reflitam efeitos concretos na redução da violência?

A ideia de Beccaria sobre a certeza da punição cai por terra quando consideramos que a maior parte dos crimes cometidos não é sequer objeto das estatísticas oficiais. Com isso, ao levarmos em conta a prevenção geral negativa, constatamos uma probabilidade muito maior de impunidade do que de punição, pois os órgãos de segurança pública não possuem capacidade para investigar os crimes que causam repulsa, muitas vezes por estarem ocupados com crimes de baixa ou nenhuma nocividade⁷⁰.

A prevenção especial parece não funcionar. O número pessoas presas pela prática de delitos é ínfimo se comparado ao número total de crimes. Aquelas pessoas que se encontram presas não cometeriam crimes se concluirmos que a prisão não faz parte da sociedade, o que não procede, já que indivíduos detidos ainda estão aptos a cometer delitos dentro do cárcere contra outros presos ou contra agentes do sistema prisional. O número de pessoas que cometem crimes é muito maior do que o número de pessoas presas, em especial quando falamos na criminalidade de massa. James Wilson admite que a “incapacitação não deve ser o único propósito do sistema de justiça criminal; se assim fosse, poríamos todos aqueles que cometeram um ou dois delitos na prisão até que ficassem muito idosos para cometerem outro.”⁷¹ Caso o fim último da pena seja a inocuidade do criminoso, seria necessário adotar medidas de segurança para todos aqueles que possam, porventura, cometer novos delitos, o que traria dois graves problemas: um ligado à impossibilidade de se prever o futuro, de modo que não é possível afirmar com certeza se alguém irá ou não delinquir, tornando o nosso sistema penal ainda mais seletivo⁷²; e outro, relacionado à desproporcionalidade entre o tempo de privação de liberdade e o delito cometido.

⁷⁰ Podemos citar o exemplo do art. 7º, inciso II da Lei 8.137/90, que criminaliza a conduta de expor a venda produtos cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, o que permite, por exemplo, que se prenda em flagrante o gerente da loja que vende roupas com etiquetas de peças estrangeiras não traduzidas para o português.

⁷¹ “Incapacitation cannot be the sole purpose of the criminal justice system; if it were, we would put everybody who has committed one or two offenses in prison until they were too old to commit another” (tradução livre). WILSON. Thinking... p. 133

⁷² A criminologia atuarial seria um modo de sustentar a prevenção especial negativa, mas é preciso ter clareza pois tornaríamos o sistema penal ainda mais seletivo, pois aquelas pessoas que teriam grande

A ressocialização parece só ter lugar nos manuais de Direito Penal, nos textos jornalísticos e nos discursos eleitorais. Já não se discute mais se a prisão pode ou não ressocializar⁷³, pois “dizer hoje que a pena de prisão e o cárcere, por si mesmos, não recuperam ninguém é dizer algo que já é um consenso geral. O discurso de que a prisão, no lugar de promover a recuperação, promove a degradação, não é exclusivo da Criminologia Crítica”⁷⁴.

As pessoas que ingressaram no sistema prisional apresentam maior possibilidade de cometer crimes do que aquelas que nunca foram presas. Em verdade, as prisões “não ressocializam, mas dessocializam, que não civilizam, antes embrutecem, que não moralizam, e sim corrompem”⁷⁵. Isso se dá por diversos fatores, os quais vão desde o estigma decorrente do encarceramento, que leva à falta de oportunidades de emprego do egresso do sistema, até o fato de que a ressocialização é uma previsão sem qualquer tentativa real de implementação pelos poderes públicos, seja fornecendo educação e trabalho, seja dando apoio social ou psicológico. Soma-se a isso “o caráter criminógeno do cárcere, destinado a sempre funcionar como escola de delinquência e recrutamento da criminalidade organizada”⁷⁶, o que faz com que a prisionização, longe de reduzir os crimes, aumenta a delinquência. Ainda pesa o fato da contradição em tentar ressocializar uma pessoa retirando-a do convívio social.

Com relação à prevenção geral negativa, ou seja, a possibilidade das pessoas se absterem de cometer crimes devido ao temor de aplicação de um mal, de uma pena, não há dados empíricos que demonstrem sua efetividade. Kant alega, ao criticar a prevenção geral, ser ilegítimo utilizar uma pessoa como meio e não como fim em si mesma, uma vez que seria atentar contra a dignidade humana impor sofrimento a um indivíduo para que os demais se omitam de realizar uma conduta⁷⁷, “não seria eticamente admissível fundar o castigo do delinquente em razões de utilidade

probabilidade de ficar presas por muito tempo são os pobres, negros, com baixa escolaridade, ou seja, aqueles para quem o Estado nunca foi presente, a não ser como meio repressivo. Ainda, “para essa teoria [prevenção especial], o fundamental não é o fato em si, mas seu autor. É evidente que legitima a arbitrária seletividade do sistema penal” (QUEIROZ. Funções... p. 57)

⁷³ WILSON. Thinking... p. 133 e 134

⁷⁴ SÁ, Alvin August De. Criminologia clínica e psicologia criminal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 114

⁷⁵ QUEIROZ. Funções... p. 59

⁷⁶ FERRAJOLI. A pena em uma sociedade democrática. p. 36

⁷⁷ ROXIN. Fundamentos político-criminales del derecho penal. p. 61

social”⁷⁸. Assim, seria discutível a legitimidade da prevenção geral negativa caso ela fosse efetiva, mas, se ela se mostrar ineficaz, a imposição de sofrimento a uma pessoa sob o pretexto de reduzir delitos torna-se insustentável.

Conforme será visto, parece não haver dúvidas de que o uso de uma pessoa como meio para desencorajar outras a delinquirem não tem se mostrado eficaz, o que desde logo inviabiliza qualquer ponderação filosófica sobre sua legitimidade.

Levada às últimas consequências, a teoria da prevenção geral poderia se transformar em terror estatal⁷⁹, já que não dispõe de qualquer freio para verificar qual seria a pena adequada para cada delito. Uma vez que a cominação de uma pena branda não tenha gerado resultado, caberia a imposição de penas cada vez mais longas a fim de que os possíveis futuros criminosos pudessem ser intimidados.

Aplicada ao extremo, a ideia de Feuerbach poderia levar ao terror estatal⁸⁰, com o incremento deliberado do sofrimento das pessoas encarceradas visando à exploração dessas imagens para o fim de intimidar os demais cidadãos a não delinquirem. Neste sentido, mesmo que restasse provado que a prevenção geral fosse capaz de reduzir os índices de criminalidade estar-se-ia atentando contra a dignidade da pessoa humana, não apenas submetendo os presos a condições degradantes, mas utilizando suas imagens para aterrorizar outras pessoas.

Para aceitarmos a ideia de prevenção geral seria preciso, segundo Hassemer, o cumprimento de três requisitos: (1) que a pena atue de forma a influenciar pelo menos a maioria das pessoas sobre as quais queira incidir; (2) que as pessoas sejam motiváveis através do fator (decisão judicial) que deve realizar a prevenção geral; e (3) que o conhecimento empírico das cifras de criminalidade, de intimidação e motivação se encontre disponível, permitindo um cálculo confiável do efeito da intimidação⁸¹.

Em relação ao primeiro ponto, devemos entender que nem todas as pessoas, pelo menos no Brasil, têm conhecimento da lei, das penas aplicadas e do que efetivamente é crime. Há uma grande confusão entre o ilícito – e muitas vezes o imoral – e o ilícito penal. Ademais não se pode dizer com clareza se as pessoas realmente se sentem intimidadas pela norma penal.

⁷⁸ SANTIAGO. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. p. 59

⁷⁹ COSTA. Direito... p. 37

⁸⁰ ROXIN. Fundamentos político-criminales del derecho penal. p. 60

⁸¹ HASSEMER. Prevención... p. 63

Não existe prova empírica, mesmo hoje, de que a norma penal seja capaz de prevenir novos crimes, ou seja, que a alegada coação psicológica realmente atue no processo motivacional de formação da vontade de delinquir e evite, com a ameaça e efetiva execução da pena, novas violações à lei.⁸²

Já com relação à modificação da conduta das pessoas após decisões condenatórias, devemos ter em mente que são escassas as decisões judiciais que chegam ao conhecimento do grande público com qualidade, sem equívocos técnicos ou sensacionalismo. Raras vezes a informação divulgada se refere à punição exemplar de um criminoso, é mais comum a veiculação de discursos sobre impunidade enquanto regra do sistema, o que mina os fins da prevenção geral.

Ainda pesa o fato de que pena conferir caráter de exemplaridade social para intimidar pessoas a ponto de não cometerem delitos, também pode influir na imparcialidade do julgador. Sendo a função da pena coibir a prática de delitos por outras pessoas, o juiz passa a ser ativista – de relevante importância na engrenagem do sistema de segurança pública – pois internaliza-se a ideia de que com a imposição de penas duras, exemplares, seria possível reduzir os índices de criminalidade. Nesse momento passa a ser mais importante a condenação do que o respeito às regras processuais, uma vez que a anulação do processo no qual existam provas, ainda que ilícitas contra o acusado, comunicaria a ideia de impunidade. Também o sistema acusatório é maculado, pois a imparcialidade cede lugar à necessidade de garantir a segurança, sendo que elementos necessários a um processo penal democrático como o *in dubio pro reo* ou ônus probatório da acusação e a presunção de inocência passam a ser relativizados, pois o processo penal deixa de ser um instrumento para garantir os direitos do acusado, passando a ser um meio de se comunicar rigidez no combate ao crime para a sociedade.

Deve ser dito que comunicar graves punições não é garantia de controle do crime⁸³. Não obstante, nas cidades americanas em que foram executadas penas de morte, não houve qualquer mudança significativa antes ou depois da execução considerando-se as cidades próximas, como também não houve mudança

⁸² QUEIROZ. Funções... p. 37

⁸³ “É certo que nem a abolição da pena de morte permite agravar a taxa de criminalidade nos casos de homicídios, nem que o sério agravamento da ameaça de punição diminuirá para sempre as violações do tráfico de veículos”. (tradução livre) “Es seguro que ni la abolición de la pena de muerte permita incrementar la cifra de criminalidad en el caso de los homicidios, ni que la sensible agravación de la amenaza pena disminuya para siempre las infracciones del tráfico vehicular”. (HASSEMER. Prevención... p. 69)

significativa após a pena de morte ser abolida ou restaurada⁸⁴, o que demonstra que, por mais severa que a pena seja, ela não é capaz de atuar sobre as estatísticas criminais. Ou seja, corre-se o risco de macular o sistema de justiça criminal, retirando-se a imparcialidade do julgador, subvertendo garantias processuais e penais, sem que haja garantia de controle ou redução da delinquência por meio da imposição da pena.

Para que o fim da pena seja legítimo, ele deve estar em consonância com a realidade. Se admitirmos que o objetivo da pena é intimidar as pessoas a não cometerem crimes, deveria haver demonstrações empíricas comprovando que a intimidação é eficaz e capaz de promover a mudança social⁸⁵. Além disso, pesquisas relativas à prevenção geral podem ser facilmente falseáveis em decorrência da cifra negra e da grande possibilidade de se manipular informações em decorrência da inconsistência de dados que possuímos⁸⁶. Uma vez que não seria possível atestar que a intimidação seja algo que realmente ocorre, há, inclusive, quem ateste que não funciona⁸⁷. O debate sobre a legitimidade de se utilizar um ser humano como meio de

⁸⁴ WILSON. Thinking... p. 169

⁸⁵ HASSEMER. Prevención... p. 51

⁸⁶ “A política criminal baseada em critérios gerais de prevenção está exposta, de modo desproporcional, ao risco de falsear a realidade. Da mesma forma, quando formula suas esperanças tão concretamente na eficácia, assim como fez Feuerbach, que proclamava a intimidação de potenciais autores de crimes através da ameaça e imposição de penalidade, ainda há muitas variáveis envolvidas para se poder deduzir, a partir do desenvolvimento inconveniente do crime, o fracasso de um conceito preventivo geral. Diante de tal resultado, pode-se objetar, em particular, que o surgimento de cifras negras não permitiria citar, com segurança, a modificação do modelo e do escopo do crime a partir das estatísticas de acusados e processados; além disso, seria argumentado que o aumento ou a diminuição da criminalidade não é atribuível à ineficácia de um direito preventivo geral, mas sim à transformação desfavorável de fatores criminológicos, ou que o aumento da quantidade de crimes seria mais desvantajoso quando o efetivo Direito Penal preventivo geral não os extinguisse”. (tradução livre) “La política criminal basada en criterios preventivo-generales está expuesta en menor medida de manera desproporcionada al peligro de la falsificación. Igualmente, cuando ella formula tan concretamente sus esperanzas sobre la efectividad, como lo hizo Fuerbach, quien proclamaba la intimidación de potenciales autores penales mediante la amenaza y la imposición de pena, todavía hay acá demasiadas variables intervinientes como para poder deducir de un inconveniente desarrollo de la cifra de criminalidad el fracaso de un concepto preventivo general. Frente a semejante resultado podría ser objeto, en particular, que la aparición de cifras negras no permitiría citar confiablemente la modificación del modo y el ámbito de la criminalidad sobre la base de las estadísticas de condenados y procesados; además, se argüiría que un incremento o una disminución de la criminalidad no es imputable a la ineficacia de un derecho preventivo general, sino más bien imputable a la desfavorable transformación de factores criminológicos, o que el desarrollo de las cifras de criminalidad sería más desventajoso cuando el efectivo derecho penal preventivo-general no erija un dique” (HASSEMER. Prevención... p. 54 e 55).

⁸⁷ “A constatação pela pesquisa empírica, nos últimos cinquenta anos, do fracasso da pena privativa de liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levou a uma autêntica inversão de sinal: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal. Assim se entende Frago: “uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele afastando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de

moldar as condutas dos demais acaba sendo superado. Se já existem dúvidas de que a prevenção geral atenta contra a dignidade humana, partindo-se do pressuposto que ela funciona, no momento em que sua efetividade é testada e verificada sua ineficácia, fica patente a ilegitimidade na utilização da pena de modo intimidatório.

Existe uma relação ostensiva entre legitimidade e eficácia, uma vez que um instrumento total ou parcialmente ineficaz (pelo menos no Direito Penal) sacrifica a legitimidade: a prevenção geral baseada na agressão à liberdade, à saúde e ao patrimônio do acusado é, em qualquer caso, injustificada quando os instrumentos são realmente ineficazes, uma vez que a base da estratégia de prevenção geral é - em oposição à teoria absoluta da punição - a influência concreta sobre terceiros, isto é, sobre o mundo exterior.⁸⁸

A prevenção geral trabalha com a ideia de uma pessoa que faça cálculos matemáticos antes da prática da infração, “exige sempre uma pessoa ‘calculadora’, que sopesa custos e benefícios no seu agir”⁸⁹. A realidade demonstra que as coisas não acontecem dessa forma. Pode ser que em determinadas modalidades delitivas específicas, como em crimes econômicos, a pessoa possa sopesar os benefícios que lhe seriam conferidos e prejuízos de uma possível punição, mas isso é mera suposição, sem dados empíricos confiáveis. Porém, nos crimes de massa, isso parece não ocorrer. Nada indica que a pessoa que furta, rouba ou vende drogas ilícitas no varejo coloque sobre a mesa todas as possibilidades de ganhos e perdas. No caso de crimes passionais, especialmente, esse cálculo é verdadeira ilusão.

A ideia de prevenção geral remonta ao Iluminismo e à Escola Clássica, alicerces sobre o qual foi erguida a dogmática penal. Mas talvez seja o caso de romper com essa tradição e admitir que a função do Direito Penal não é impedir o cometimento de novos delitos. Não parece correto trabalhar com um ideal inatingível, mas com uma ciência penal empírica que possa ser útil para melhorá-la e trazer maiores ganhos sociais. Ao se eleger um objetivo, é preciso que ele seja alcançável. Caso não consigamos atingir esse fim, devemos modificar o meio utilizado ou admitir que a meta é outra que não aquela declarada.

sanções criminais, isto é, no sentido de uma conselheira da sanção não-penal” (BATISTA. Introdução... p. 35)

⁸⁸ “Existe una ostensible relación entre legitimidad y efectividad de modo, puesto que un instrumento total o parcialmente no efectivo (por lo menos en el derecho pena) sacrifica la legitimidad: prevención general fundamentada en la agresión a la libertad, la salud y el patrimonio del acusado resulta entonces, en todo caso, injustificada cuando los instrumentos son fácticamente ineficaces, dado que la base de la estrategia de la prevención general es – en contraposición a la teoría absoluta de la pena – la influencia fáctica sobre terceros, es decir, sobre el mundo exterior. (tradução livre) (HASSEMER. Prevención... p. 60 e 61)

⁸⁹ “exige siempre a uma pessoa ‘calculadora’, que sopesa los beneficios y perjuicios de sua accionar” (tradução livre). HASSEMER. Prevención... p. 71

Se quisermos tratar o Direito Penal como ciência, é preciso ter, ao menos por parte dos juízes (que possuem conhecimento técnico) respeito ao fim almejado e que o conhecimento e aplicação do Direito sejam baseados em teorias sólidas e comprováveis, não no senso comum. Isso não é o que vem acontecendo.

O tratamento benevolente da jurisprudência penal por meio de condições de partida e consequências sem fundamentação metodológica trouxe consigo a crítica de que essa fundamentação se baseava em "teorias cotidianas" em vez de em um conhecimento seguro.⁹⁰

Uma vez que utilizar uma pessoa para intimidar as demais é ineficaz, parece ganhar força a já referida crítica feita por Kant, no sentido de que seria ilegítimo basear a aplicação de pena para que outras pessoas não delinquam. Afastada a possibilidade de demonstrar a eficácia intimidatória da pena, será ilegítimo ao julgador valer-se da aplicação ou do aumento da pena, causando mal a uma pessoa, para dar exemplo para que os demais cidadãos não cometam crimes.

As medidas defendidas pelos movimentos de Lei e Ordem parecem também não produzir grande efeito sobre a criminalidade. O aumento no número de policiais não reduz necessariamente a quantidade de crimes⁹¹, assim como a proximidade dos policiais apenas auxiliou na sensação de segurança, mas não a delinquência⁹². As medidas que efetivamente reduziram os crimes estão ligadas a métodos não policiais penais, tendo resultados apenas em médio ou longo prazo, como melhora da qualidade de vida familiar e oportunidades econômicas⁹³. O próprio James Wilson, que forjou e defende uma política criminal baseada principalmente na utilização dos meios penais admite que "se você quiser fazer uma grande diferença no crime, deverá fazer mudanças fundamentais na sociedade"⁹⁴.

⁹⁰ "El tratamiento benévolo de la jurisprudencia penal mediante condiciones de partida y consecuencias sin fundamentación metódica trajo aparejado el reproche de que esta fundamentación se basaba en "teorías cotidianas" en lugar de un conocimiento seguro." (HASSEMER. Prevención... p. 76)

⁹¹ "Entre 1954 e 1974 o Departamento de Polícia de New York cresceu 54%, enquanto a população permaneceu praticamente a mesma. Entretanto, a criminalidade aumentou mais rápido que a polícia". "Between 1954 and 1974, the size of NYPD increased by 54 percent, while the total population remained constant. However, crime increased even more rapidly than the police" (tradução livre) (WILSON. Thinking... p. 50)

⁹² "A patrulha a pé não reduziu a taxa de criminalidade. Mas os moradores dos bairros patrulhados a pé pareciam sentir-se mais seguros do que as pessoas de outras áreas, tendendo a acreditar que a criminalidade havia sido reduzida e que não precisariam ter tantos cuidados para se protegerem dos crimes". "the foot patrol had not reduced crime rates. But residents of the foot-patrolled neighborhoods seemed to feel more secure than person in other áreas, tended to believe that crime had been reduced, and seemed to take fewer steps to protect themselves from crime" (tradução livre) (WILSON. Thinking... p. 63 e 64)

⁹³ WILSON. Thinking... p. 102

⁹⁴ "if you wish to make a big difference in crime, you must make fundamental changes in Society" (tradução livre) (WILSON. Thinking... p. 239)

Também nos parece que utilizar a política da Lei e Ordem acarretará o “recrudescimento da violência institucional”⁹⁵. Se, por um lado, pode haver certa pacificação social proveniente da sensação de segurança com medidas que aumentem as penas e permitam ao policial uma atuação com menos interferências dos órgãos de controle, por outro lado, a violência proveniente dos agentes estatais tende a aumentar. Isso acarretaria o aumento da população carcerária e superlotação dos presídios, além do aumento da truculência e ilegalidades cometidas por policiais, que terão legitimados diversos atos ilegais sob o pretexto utópico de erradicação crime, além de colocar em xeque a imparcialidade do julgador, de modo a tornar o processo penal menos democrático.

Considerando que o Direito Penal também tem por função regular a violência estatal, servindo como um limite ao Estado quando deseja punir o cidadão, medidas de Lei e Ordem podem significar a dissolução das garantias que o Direito Penal trouxe ao cidadão, pois afrontam os direitos individuais, princípios constitucionais e ferem a dignidade do ser humano, sem que disso possa resultar qualquer ganho real quando se fala em redução da violência⁹⁶.

1.3. Direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos

1.3.1. Conceito

Já no Iluminismo, com Beccaria e Hommel que utilizavam a expressão “dano social” tentava-se trazer um conceito material que pudesse dar legitimidade às proibições penais.⁹⁷

Não há convergência quanto ao conceito exato do termo bem jurídico, apesar de se entender que não se trata do objeto material do delito, sendo algo abstrato, “intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e, portanto, assume significado diverso e conteúdo diverso com a mudança do tempo e do ambiente”⁹⁸, de modo a se adequar aos valores de cada povo, em diferentes épocas. Assim, partindo-se da premissa que “os bens jurídicos são bens vitais da sociedade e do indivíduo,

⁹⁵ CARVALHO. A política... p. 99

⁹⁶ JUNQUEIRA. Direito Penal... p. 26

⁹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coord. Luís Greco. Marcial Pons. São Paulo. 2013. p. 72

⁹⁸ BETTIOL, Guisepe. Direito Penal. Campinas. RED Livros. 2000. p. 160

que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social”⁹⁹, daí se extrai a sua importância material que justifica a missão de proteção por meio do Direito Penal.

As mudanças sociais resultam ou decorrem de novos valores e, com isso, também muda o que é necessário criminalizar. Por isso, é normal que o conceito ético-político de bem jurídico seja aberto, uma vez que deve servir como parâmetro para criação e aplicação da lei, e sua conceituação já traça os principais limites do que devem ser objeto de criminalização. Tais parâmetros devem ser colocados ao lado dos princípios do Direito Penal a fim de impor limites claros às proibições.

O problema surge ante a tentativa de se estabelecer o que seria ou não digno da tutela penal, já que os critérios para se aferir a necessidade de proteção penal ao bem jurídico podem variar de acordo com o tempo e o local analisados, conforme os valores de cada sociedade.

A grande contribuição que se pode ter, partindo da premissa que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, reside no fato de que ele também serve como limite ao Estado para a criação e aplicação da lei penal, na medida em que somente é aceitável a proibição de condutas violadoras de interesses vitais do indivíduo ou da sociedade. Mas não adiantaria que os bens jurídicos fossem apenas a *ratio legis*¹⁰⁰, o motivo que influenciou o legislador a editar a lei criminal. Partindo da mesma premissa de Zaffaroni, para quem “a legislação penal não cria bens jurídicos: são eles criados pela Constituição, pelo direito internacional a ela incorporado e pelo resto da legislação”. E continua dizendo que “a lei penal pode apenas, eventualmente, demarcar alguma ação que ofenda ao bem jurídico de certo modo”¹⁰¹, de modo que a

⁹⁹ BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 16ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2011. p. 38

¹⁰⁰ “Uma tal compreensão do bem jurídico deve hoje ser rejeitada em absoluto. Com ela, na verdade, o conceito, ao se tornar intra-sistemático, perde completamente – contra os seus melhores propósitos – a ligação a qualquer teleologia político-criminal e deixa de poder ser visto como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização; perde, numa palavra, todo seu interesse para a determinação do conceito de crime. O legislador, ao editar um preceito, tem sempre com ele em vista a tradução de um sentido e a obtenção de uma finalidade qualquer; pelo que com a mera existência do preceito ficaria dada, *re o ipso*, a existência de um bem jurídico. A atribuição ao bem jurídico uma função puramente hermenêutica significaria sempre, deste modo, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma” (DIAS. Questões Fundamentais... p. 64)

¹⁰¹ ZAFFARONI. Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Segundo volume. Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2010. p. 216

análise da existência de um bem jurídico a ser tutelado pela norma penal deve ser realizada antes da edição da lei penal¹⁰².

Com isso não se diz que o legislador não pode criar um bem jurídico, mas sim que para isso não deve utilizar somente a norma penal, conforme ensina Claus Roxin, “bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade (...), mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário”¹⁰³.

1.3.2. O controle de legitimidade material da norma penal através do bem jurídico

Para parte da doutrina, a função do Direito Penal é garantir que bens jurídicos dignos de proteção não pereçam¹⁰⁴. O legislador protege bens jurídicos ao impor a ameaça de pena caso a pessoa pratique uma conduta que faria perecer ou colocaria em risco um bem jurídico, ou seja, parte-se da ideia que o bem jurídico seria protegido por meio da ameaça de pena e do exemplo para aqueles que praticam a conduta e para que a pessoa não volte a delinquir, pois estaria ressocializada¹⁰⁵. Ou seja, guarda forte ligação com as teorias preventivas.

Porém, a ideia de se utilizar o bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal ganha força ao estabelecer um critério material para criação da norma penal, dando corpo ao princípio da lesividade (*nullum crimen sine injuria*), ao obrigar o legislador a não “tipificar senão aquelas condutas graves ou que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos”¹⁰⁶, ou seja, é um critério limitador e

¹⁰² “A norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra (...) o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa”. (PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico Penal e Constituição. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. p. 35)

¹⁰³ ROXIN. A proteção de bens jurídicos... p. 19

¹⁰⁴ MIRABETE. Manual de direito penal... p. 23; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrinuevo. Direito penal: parte geral. 1ª ed. São Paulo. Atlas. 2019. p. 83; NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. Vol. 1: Introdução e parte geral. 30ª ed. São Paulo. Saraiva. 1993. p. 5; DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 5ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 77; SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – parte geral. 5ª ed. Florianópolis. Conceito Editorial. 2012. p. 15

¹⁰⁵ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 74

¹⁰⁶ PRADO. Bem jurídico Penal e Constituição. p. 60

orientador na interpretação das normas penais, trazendo a ideia “que o direito penal é um violento de repressão, mas também um instrumento de garantia da liberdade”¹⁰⁷.

A ideia do bem jurídico pressupõe uma limitação ao poder punitivo estatal. Na medida em que o Direito Penal é a instância mais violenta de que dispõe o Estado, deve haver alguma limitação material sobre o conteúdo da norma penal. Essa limitação deve se dar tanto na criação da proibição penal – impondo ao legislador que apenas proíba condutas que afetem um bem jurídico – como na interpretação da norma. Em outras palavras, é o “conteúdo material que daria suporte a legitimação à norma penal ao mesmo tempo em que limitaria tal norma. Sua identificação, portanto, seria anterior à norma”¹⁰⁸, impondo ao julgador o dever de avaliar se o bem jurídico protegido foi afetado pela prática da conduta.

A proibição de um comportamento não alicerçado em um bem jurídico seria ilegítima, seria apenas a proibição de agir contrariamente à norma, sem que houvesse qualquer possibilidade de lesão a um bem ou valor caro à sociedade, ocasionando, conseqüentemente, terror estatal, visto “que nenhuma forma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação”¹⁰⁹.

A proibição de um comportamento que não afete qualquer bem jurídico seria ingerência indevida por parte do Estado na vida do cidadão, não se justificando a retirada de sua liberdade a não ser em caso de extrema necessidade. Segundo Bettiol, “a desobediência, enquanto violação de um dever, não é, portanto, categoria que possa ser invocada sozinha para dar uma impositação concreta ao crime”¹¹⁰. Para parte dos funcionalistas, a criação do risco proibido somente pode ser criminalizada

¹⁰⁷ LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o Direito penal? Bens jurídicos ou a vigência da norma? In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. V. 20. N. 97. Jul-ago 2012. 143-181 p. 150 e 151

¹⁰⁸ RODRIGUES. Savio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais. Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. V. 20. N. 97. Jul-ago 2012. p. 198

¹⁰⁹ PRADO. Bem jurídico Penal e Constituição. p. 45. Sobre o tema, Claus Roxin ensina que “a intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido”. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giancomolli. 2ª ed. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2013. p. 15 e 16)

¹¹⁰ BETTIOL, Guisepe. Direito Penal. Campinas. RED Livros. 2000. p. 161

se esse risco for capaz de atingir um bem jurídico, para que o Direito Penal cumpra sua função social¹¹¹, conforme ensina Luís Greco:

Esta exigência [a criação de um risco] tem sua raiz mais profunda na própria finalidade do direito penal, que é proteger bens jurídicos: proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social. Só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas. Aqui se vê, igualmente, o contato da criação do risco com o princípio constitucional da proporcionalidade, especificamente com a idéia de idoneidade – a de que toda limitação deve ser idônea, isto é, capaz de alcançar a finalidade desejada; e com a teoria da prevenção geral negativa, segundo a qual o fim da proibição é motivar os cidadãos a não praticarem determinada ação. Somente ações perigosas para um bem jurídico podem ser proibidas, porque tudo o mais seria uma intervenção inútil na liberdade dos cidadãos¹¹².

Os bens jurídicos devem ser selecionados levando-se em conta os valores mais caros dos cidadãos e do Estado. Não será legítima, portanto, a intromissão do Estado em ações que não causem qualquer dano ou que o único prejudicado seja o próprio indivíduo que praticou a ação (autolesão)¹¹³.

Ainda, os bens jurídicos devem guardar relação com os direitos e garantias fundamentais, em especial com a dignidade da pessoa humana. Em nome do princípio do interesse preponderante, de forma a ser ilegítima a proibição de uma conduta que cause, direta ou indiretamente, maior dano social do que se fosse permitida¹¹⁴. Isso porque “a eventual restrição de um bem [liberdade individual] só pode ocorrer em razão da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente à doutrina democrática”¹¹⁵.

Há alguns critérios que devem servir de norteadores para aferir legitimidade ao bem jurídico penal. Nesse sentido, bens jurídicos indefinidos e impalpáveis devem ser evitados. “Os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos”¹¹⁶. Por detrás de bens jurídicos demasiado abertos podem se esconder interesses diversos daqueles que se diz proteger¹¹⁷, servindo como álibi a interesses econômicos ou ideológicos.

¹¹¹ Roxin estabelece que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal” (ROXIN. A proteção de bens jurídicos... p. 16)

¹¹² GRECO, Luis. Um panorama da Teoria da Imputação objetiva. 2ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007. p. 24

¹¹³ ROXIN. A proteção de bens jurídicos... p. 21

¹¹⁴ PRADO. Bem jurídico Penal e Constituição. p. 108

¹¹⁵ PRADO. Bem jurídico Penal e Constituição. p. 99 e 100

¹¹⁶ ROXIN. A proteção de bens jurídicos... p. 25

¹¹⁷ “Não se descreve suficientemente um bem jurídico, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente. Soluções racionais argumentadas convincentemente

O mesmo ocorre com bens jurídicos coletivos, que também devem ser evitados, pois muitas vezes o que se faz é esconder valores ilegítimos por traz de terminologias que parecem ser bens jurídicos coletivos. Isso parece acontecer, por exemplo, em relação à criminalização das drogas, em que se busca não a garantia da saúde pública, mas esconde outros interesses, ideologias ligadas a religiões e à moralidade, sob o pretexto de estar protegendo a saúde pública¹¹⁸. No momento em que há mais pessoas morrendo devido ao combate às drogas do que pelo seu uso¹¹⁹, parece absurdo dizer que o que se busca é a proteção do cidadão.

A moral individual também não deve ser objeto de tutela penal. É função de instituições religiosas, da família e até da escola forjar a moral individual¹²⁰. Não cabe

somente são possíveis quando se renuncia a um conceito geral vago desta classe e se pergunta se uma regulamentação tal previne uma verdadeira ameaça à segurança ou se ela somente tem por objeto a proteção de sentimentos ou convicções sobre tabus” .ROXIN. A proteção de bens jurídicos... p. 25

¹¹⁸ “Bens jurídicos coletivos aparentes, criados para justificar superficialmente um paternalismo jurídico-penal ilegítimo. A simples soma de bens individuais, reunidos sob uma classe, é claramente insuficiente para construir um bem coletivo legítimo. (...) Essa exata estratégia foi usada pelo legislativo e pelo judiciário para justificar os tipos penais paternalistas da lei de tóxicos, nos quais se trata em grande parte de proteger o cidadão contra ele mesmo, ou seja, de paternalismo duro e direto, o que se tenta ocultar por trás do bem coletivo da saúde pública. Na verdade, inexistente a saúde de um povo, o que existe é apenas a saúde de cada cidadão individual, e a suposta saúde pública não passa de uma reunião dessas diversas saúdes individuais” (SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de sifio? In: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coord. Luís Greco. Marcial Pons. São Paulo. 2013. p. 102)

¹¹⁹ Ao que parece, sob o pretexto de salvaguardar a saúde pública, a criminalização das drogas causa mais males à saúde pública e mais mortes, eu podem decorrer da baixa qualidade da droga, que é comercializada sem qualquer regulamentação, da possibilidade dos usuários contraírem doenças transmissíveis pelo uso de drogas sem os devidos cuidados e higiene ou mesmo da morte devido à repressão – tanto mortes de supostos traficantes por policiais, como de policiais por traficantes – ou da tentativa de controle de áreas geográficas por facções rivais. Sobre o tema: “com a intervenção criminalizadora do Estado o mercado das selecionadas drogas tornadas ilícitas é entregue a agentes econômicos que, atuando clandestinamente, não estão sujeitos a quaisquer limitações reguladoras de suas atividades. Nesse ponto já se pode constatar um dos maiores paradoxos da proibição: a ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado” in KARAN, Maria Lucia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos pelo seu 70º Aniversário. Curitiba. LedZe. 2012. p. 179-697. p. 694; “a clandestinidade cria a necessidade de um aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam o consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas consequências aparecem de forma dramática na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite” in KARAM. “guerra às drogas”. p. 694; “No México, desde a posse do Presidente Calderón, em dezembro de 2006, quando a ‘guerra às drogas’ naquele país foi intensificada, com a utilização das Forças Armadas na repressão aos chamados ‘cartéis’, aconteceram mais de 45.000 mortes relacionadas à proibição”. (KARAM in “guerra às drogas”. p. 691)

¹²⁰ “A moral, embora muitas vezes confundida, não é nenhum bem jurídico (...). Se uma ação não afeta o âmbito de liberdade de ninguém nem tampouco escandaliza diretamente os sentimentos de um espectador, porque é mantida escondida na esfera privada, então, a punição não tem nenhuma finalidade protetiva - no sentido exposto acima -. Portanto, impedir o meramente imoral não se enquadra na missão do Direito Penal. (...)

O Estado tem que salvaguardar a ordem externa, mas não tem nenhuma legitimidade para proteger moralmente o indivíduo. A igreja, que cuida da salvação das almas e da boa conduta moral de seus

ao Estado utilizar tal instrumento para orientar o modo de vida das pessoas. Por exemplo, é incabível falar sobre criminalizar a homossexualidade ou o incesto entre pessoas adultas, visto que as condutas, por mais imorais que pareçam para alguns, não afetam terceiros e não são passíveis de causar dano.

O correto, quando se tem o bem jurídico como critério de legitimidade material, é que nos casos em que a norma possua um bem jurídico ilegítimo a proibição de realizar o comportamento seja afastada pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, é ilegítimo criminalizar condutas que não sejam passíveis de causar qualquer tipo de dano a terceiros, que esvaziem o Princípio da Lesividade, algo incompatível com o Estado Democrático. Zaffaroni e Nilo Batista enfatizam que

No plano teórico, cabe deduzir desta versão eticizante que a essência do delito não se centraria tanto no dano que os bens jurídicos sofrem quanto no enfraquecimento dos valores ético-sociais (a consciência jurídica da população): a ofensa a bens jurídicos seria apenas um indício da debilitação dos valores. Isso tem o inconveniente de remeter a uma lesão impossível de medir-se tornando a ofensa a bem jurídicos cada vez mais independente da deterioração ética, favorecendo a negação do princípio da lesividade¹²¹.

Ao se adotar a teoria do bem jurídico e pressupor seu caráter limitador¹²², apenas a descrição de uma conduta em lei¹²³ não é suficiente para punição daquele que realizou a conduta proibida. O julgador também deve avaliar se a proibição é materialmente legítima e se a conduta era, no mínimo, capaz de colocar em risco um bem jurídico.

membros, está em uma situação completamente diferente, mas não tem autoridade sobre o homem". "La moral aunque a menudo se suponga lo contrario, no es ningún bien jurídico (...). Pues si una acción no afecta al ámbito de libertad de nadie ni tampoco puede escandalizar directamente a los sentimientos de algún espectador, porque se la mantiene oculta en la esfera privada, El castigo entonces ya no tiene fin de protección alguno – en el sentido expuesto más arriba –. Por ello, impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho penal. (...).

El estado tiene que salvaguardar el orden externo; pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar moralmente al particular. La iglesia, que cuida de la salvación de almas y de la buena conducta moral de sus miembros, está en una situación completamente distinta; pero ella no hace venir su autoridad del hombre" (tradução livre) (ROXIN. Problemas fundamentais... p. 23)

¹²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2011. p. 125

¹²² GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 12, N. 49. Jul-ago. 2004. p. 93

¹²³ "Nem todo Direito positivo é Direito. Há preceitos que, ainda que emanem da autoridade competente e seu cumprimento possa ser imposto pela força, não possuem obrigatoriedade em razão da consciência; não são direitos, constituem-se numa grave violação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana". (PRADO. Bem jurídico Penal e Constituição. p. 90)

Na medida em que o bem jurídico traz a ideia de controle material ao Direito Penal, as leis que distanciam o Direito de suas funções, por não trazerem qualquer proteção, devem ser tidas como ilegítimas e, como consequência, não possuem eficácia. Isso porque não se pode conceber que leis sejam criadas de modo autoritário, alijando os cidadãos de seus direitos e de sua liberdade, como ocorreu nos regimes nazista, fascista e comunista, quando “Estado totalitário tornou-se possível porque o positivismo jurídico extremo lhe facilitou o caminho”¹²⁴. Mesmo em regimes totalitários existem leis e os crimes são tipificados. A questão é se o conteúdo das proibições está ou não alicerçado em bens jurídicos legítimos, que garantam legitimidade material à norma.

1.3.3. Críticas

Fica claro que os adeptos da teoria do bem jurídico defendem que ele norteie a atividade legislativa e julgadora, pois traz a ideia de um limite material para a norma penal, servindo como “padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim poderá ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e descriminalização”¹²⁵, o que parece desejável.

Porém, a discussão sobre a legitimidade do bem jurídico como limitador existe apenas no que se refere aos doutrinadores, no dia-a-dia dos tribunais ela praticamente inexistente. O posicionamento dos profissionais é justificado pela escolha da doutrina tradicional em forjar bens jurídicos para justificar a existência da norma. Nos manuais de Direito Penal é comum se deparar, na classificação do crime, com uma breve explicação sobre qual é o bem jurídico protegido pela norma, porém, poucas vezes há alguma observação acerca de sua legitimidade.

Pelas regras eleitorais democráticas, o legislador não é escolhido de acordo com critérios técnicos, mas por critérios políticos. Com isso, as leis por ele criadas muitas vezes se afastam dos rigores técnicos estabelecidos pelo Direito. Como está demasiado preocupado com sua popularidade, em alguns momentos afasta qualquer análise acerca da legitimidade ou mesmo da necessidade da aprovação de determinada lei penal.

¹²⁴ MENDONÇA, Jacy de Souza. Curso de Filosofia do Direito. O Homem e o Direito. Quartier Latin. São Paulo. 2006. p. 230

¹²⁵ DIAS. Questões Fundamentais... p. 65

Sendo assim, o legislador, ao criar as leis penais, não se importa se elas trazem ou não em seu bojo um bem jurídico digno de proteção. Outros critérios são mais importantes, como os reflexos que sua aprovação terá nas próximas eleições, se os meios de comunicação darão destaque ao seu projeto ou se sua base eleitoral se sentirá prestigiada.

Enquanto agente político, o legislador sabe que o eleitor não está preocupado com questões técnicas, como se o bem jurídico protegido por uma incriminação é ou não legítimo, seu desejo é sentir-se seguro e ver seus ideais atendidos por seu representante, especialmente em momentos de crise.

Com relação aos doutrinadores, eles têm importante função sobre a aplicação do Direito, visto indicarão a forma de aplicá-lo. Quando se fala em bem jurídico, são poucos os autores que questionam a legitimidade ou a existência dos bens jurídicos das normas penais.

a nossa doutrina majoritária, acostumada exclusivamente com o conceito dogmático de bem jurídico, não costuma reconhecer qualquer função crítica ou político-criminal à ideia. Em geral, só a partir de investigações mais recentes se começou a propor um conceito de bem jurídico como diretriz para o legislador.¹²⁶

E, sem que haja a crítica por parte dos juristas, os profissionais do Direito dificilmente irão se manifestar sobre a legitimidade das criminalizações.

Na prática não há qualquer critério material para se verificar a legitimidade de uma criminalização. Tal critério, que caberia ao bem jurídico, seria desejável¹²⁷. Sem essa limitação a intervenção Estatal pode ser desprovida de necessidade ou proporcionalidade, punindo-se a mera desobediência, sem qualquer ganho social ou justificativa racional.

Não obstante isso devesse decorrer de alguma norma positivada, não há nada que imponha critérios materiais para criminalizações. Defensores da teoria do bem jurídico alegam que os critérios devem ser encontrados na Constituição¹²⁸, ou seja, levando-se em conta que a Constituição Brasileira traz valores como a vida, a

¹²⁶ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade... In Revista Brasileira de Ciências Criminais... p. 94

¹²⁷ “Sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito.

A ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitam a crítica do direito positivo” (PRADO. Bem jurídico Penal e Constituição. p. 21)

¹²⁸ DIAS. Questões Fundamentais... p. 65

dignidade, a propriedade, as relações de trabalho etc., seria legítimo elencar tais valores como bens jurídicos. Tendo em vista que a proibição penal é sancionada de forma extremamente grave, é interessante que os valores protegidos tenham previsão constitucional, ainda mais se levarmos em conta o sistema jurídico como um todo, em que as normas devem ser coerentes.

Contudo, não há nenhuma norma que especifique que os valores protegidos pelo Direito Penal devam estar previstos na Constituição. Seria, inclusive, desejável que houvesse algo nesse sentido, mas, enquanto isso não for positivado, não será exigível do julgador que deixe de aplicar uma pena devido à falta de bem jurídico constitucional.

Falar de limitações implícitas é uma utopia, ainda mais se for levado em conta o fato de que nem mesmo as disposições claras são cumpridas pelos Tribunais, como pode ser observado do julgamento que rejeitou a aplicação literal do art. 5º, inciso LVII, da Constituição no *Habeas Corpus* 152752 do Supremo Tribunal Federal, que trata da presunção de inocência e tantos outros casos e processos que não ganham tanta repercussão por não figurar como parte uma pessoa de grande notoriedade, como é o caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O mesmo pode ser dito da ilegal criminalização da LGBTfobia pela via legislativa, com o julgamento da ADO 26 e do Mandado de Injunção 4733 pelo STF, que contraria clausula pétrea estabelecida no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem lei sem prévia cominação legal”), tema que será tratado mais adiante. Ora, se nem mesmo dispositivos expressos e literais são respeitados, o que esperar de disposições implícitas?

Também pesa o fato de que dar força ao julgador para que decida sobre a legitimidade de um tipo penal pode parecer, num primeiro momento, muito adequado, uma vez que há diversos tipos penais que nada protegem. Ocorre que, deixar de aplicar a lei sob o argumento de que lhe falta legitimidade, sem que haja qualquer norma que determine o que seria ou não legítimo proibir, seria dar um cheque em branco ao julgador, que, com o tempo, poderia fazer uma interpretação sob a justificativa de defender a sociedade, impor penas sem tipificação ou a estender a aplicação de determinados crimes a casos próximos, sob o pretexto de proteção integral ao bem jurídico.

Ainda há o fato de a Constituição Brasileira ser analítica e extensa, de modo que se o legislador buscar nela os valores que devem ser protegidos não haverá muita limitação¹²⁹.

Não parece juridicamente seguro que juízes possam verificar a legitimidade material de uma tipificação em decorrência da legitimidade do bem jurídico sem uma norma capaz de estabelecer os parâmetros a serem seguidos.

O Poder Judiciário apenas teria legitimidade para fazer o controle material – a verificação da existência de um bem jurídico digno de proteção – caso fosse editada uma norma, preferencialmente constitucional, estabelecendo os critérios a serem observados. Sem isso ocorreria uma intromissão indevida do Poder Judiciário no Legislativo sob o pretexto de proteção do cidadão que, com o tempo, poderia, sob o argumento de proteção da vítima ou da sociedade, tipificar condutas a partir do entendimento jurisprudencial, sem que haja um crime definido, mas com um bem jurídico que o julgador acredite merecer proteção¹³⁰. Não seria uma novidade na história da humanidade que algo que foi forjado para a defesa do cidadão, com o tempo e sob o pretexto de defesa social, passe a ser utilizado contra o cidadão ou, no caso, o acusado.

Ainda, quando se fala que a missão do Direito Penal é a proteção ao bem jurídico, devemos entender que ele seja capaz de exercer tal função e não permita ao bem jurídico perecer. Nesse sentido, nosso Direito Penal não é capaz de dar guarida ao bem jurídico, uma vez que a maior parte dos delitos somente é apenada após a realização da conduta que o faz perecer.

¹²⁹ “A existência da criminalização positivada na Constituição Federal não é fator suficiente para que seja propugnada a legitimidade do direito penal na proteção de bens jurídicos e, muito menos, para se compactuar com as novas estratégias de sua punição. Porquanto este entendimento, em face do inevitável surgimento de novos bens jurídicos, com a tentativa do Estado de contemplá-los, dá sentido à desmedida ampliação penal, invertendo-se a função limitativa do direito penal” (BIZZOTTO, Alexandre. A inversão do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro. 2009. p. 142)

¹³⁰ “Os operadores do direito, ao estarem em contato direto com a realidade judicial, podem ser alguns dos primeiros a internalizar a violência estatal, com o manejo tímidos dos instrumentos constitucionais disponíveis ou, mesmo, manipulando-os contrariamente às finalidades e proteção aos direitos fundamentais

(...)

Há um nítido descompasso entre a missão garantista dos direitos fundamentais e a concretização do processo penal. Os juízes, amparados por inversões interpretativas sub-reptícias, têm agido como aliados das razões do Estado, espalhando a dor e o sofrimento aos eleitos pelo sistema penal” in BIZZOTTO, Alexandre. A inversão ideológica do discurso garantista: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do Sistema penal. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009. p. 3

O controle penal intervém quando as consequências das infrações já se produziram, mas não efetivamente para evita-las. Qualquer progresso que e possa realizar com relação à ampliação dos direitos das vítimas, que tendem a ser sujeitos mais lesados das situações conflituosas nas quais intervém o sistema e justiça penal, não altera o fato de que o referido sistema só passa a atuar quando as pessoas já se transformaram em vítimas. As consequências da violência não podem ser eliminadas efetivamente, apenas simbolicamente. Por esta razão, o sistema de justiça punitivo se apresenta como forma institucional e ritual da vingança.¹³¹

Aqueles que defendem que o Direito Penal visa proteger o bem jurídico alegam que tal missão se daria, portanto, através da prevenção geral negativa, de modo que o bem jurídico seria protegido por meio da ameaça de sanção e imposição de pena àqueles que contrariaram a norma. Nesse ponto, remetemos o leitor às críticas elencadas sobre as teorias de defesa social, uma vez que somente é possível admitir que o Direito Penal tem como fim a proteção do bem jurídico se restar provado que as pessoas deixam de praticar condutas quando há uma proibição penal e que se determinam de acordo com a expectativa de punição.

1.4. Direito Penal como meio de Estabilização de expectativas normativas

A teoria da pena de Jakobs¹³² explica a aplicação da pena e os fins do Direito Penal por meio da teoria dos sistemas elaborada por Niklas Luhmann. Segundo Luhmann, os sistemas sociais comunicam-se entre si. O Direito tem por finalidade “possibilitar a segurança da expectativa, precisamente diante de decepções previsíveis e que não podem ser evitadas”¹³³, o Direito seria “um sistema de normas que materializam as expectativas comportamentais”¹³⁴, e tem “a função de estabilizar as expectativas normativas, limitando as possibilidades de comportamento”¹³⁵. Nesse sentido, cabe ao Direito comunicar aos demais sistemas o que é lícito e o que é ilícito e quais são os limites da atuação humana dentro da lei.

Baseado em Luhmann, Jakobs traz a teoria dos sistemas para o Direito Penal estabelecendo, em linhas gerais que, pela imposição da pena é comunicado à sociedade que tal conduta é inaceitável.

¹³¹ QUEIROZ. Funções... p. 97

¹³² JAKOBS, Günther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte. Del Rey. 2008.

¹³³ LUHMANN... O direito... p. 204

¹³⁴ CACICEDO, Patrick. Pena e funcionalismo: uma análise criticada prevenção geral positiva. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2017. p. 172

¹³⁵ LYRA. O que protege o direito penal?... p. 159

Jakobs trabalha com a ideia de prevenção geral positiva ao defender ser a função da pena restaurar a expectativa de vigência da norma. Ao praticar o delito, o delincente estaria negando a vigência da norma. Para que o sistema se estabilize é preciso que seja aplicada a pena a fim de que se reafirme a vigência do Direito e as expectativas normativas sejam restauradas. Entende-se que as pessoas têm a expectativa de que as demais atuem conforme o Direito. Assim, na medida em que alguém age contrariamente à norma penal, deve-se aplicar a pena com o objetivo de comunicar que a conduta praticada é passível de punição. Desta forma, a pena seria o instrumento utilizado para comunicar qual a conduta desejada, a vigência da norma, fazer com que a sociedade confie que todos agirão em conformidade com o Direito e que não terão seus direitos violados.

Segundo Jakobs, deve haver segurança quanto à conduta que se espera dos demais cidadãos. Neste sentido, a pena é o instrumento utilizado para comunicar a vigência da norma mesmo que alguém a tenha infringido. Busca-se garantir a confiança nas relações sociais de modo que a pena seja aplicada para que as pessoas continuem acreditando que devam agir conforme o Direito e saibam que determinados comportamentos, se praticados, serão passíveis de punição. Tal entendimento é ancorado em Luhmann, que afirma que “o direito deve ser maximamente previsível, também, um instrumento cujos efeitos sejam passíveis de cálculo”¹³⁶. A pessoa precisa se orientar de acordo com o contrato social, sendo que

a orientação só é possível quando não é preciso contar a cada minuto com um comportamento imprevisível de outras pessoas. Caso contrário, todo contato tornar-se-ia um risco incalculável. O fato de se travar um contato social já é um sinal de que não se espera um desfecho totalmente indeterminado. Se a expectativa é frustrada, surge para o frustrado um conflito ao qual ele deve reagir, pois, com a frustração, contata-se que o balanço entre os eventos com cuja produção ele contou e aqueles que se realizaram não está mais conforme: os modelos de orientação do frustrado devem ser revistos¹³⁷.

A frustração se daria no caso do autor se recusar a respeitar a norma vigente. Ao cometer um delito, o autor está negando a vigência da norma, é como se afirmasse “o faço, pois me está permitido, de acordo com meu juízo de valor”¹³⁸. Ocorre que “uma expectativa normativa não deve ser abandonada nem mesmo em caso de frustração, mas pode ser sustentada (contrariamente aos fatos), definindo-se como

¹³⁶ LUHMANN... O direito... p. 25

¹³⁷ JAKOBS. Tratado de direito penal... p. 21 e 22

¹³⁸ JAKOBS, Günther. Fundamentos do direito penal. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 62

falta normativa não a expectativa do frustrado, mas a violação normativa do causador da frustração”¹³⁹. “Uma violação normativa é, pois, uma desautorização da norma. Essa desautorização provoca um conflito social na medida em que norma é questionada enquanto modelo de orientação”¹⁴⁰. Assim, para que não haja uma revisão no modelo de orientação das pessoas, é preciso que todos continuem desempenhando seu papel social de forma previsível, é necessário haver a reafirmação da norma caso um crime venha a ser cometido, “a finalidade preventiva geral da pena não é primariamente a intimidação geral pela norma, mas sim a conservação e o fortalecimento da consciência normativa”¹⁴¹. Segundo Paulo Queiroz,

A pena, como reação passional àquela ofensa perpetrada, restauraria a coesão social, mantendo a vitalidade da consciência coletiva. A pena, enfim, seria a restauração – simbólica – da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinquente; reação necessária à estabilização social.¹⁴²

É importante ficar claro para a sociedade que o comportamento delituoso não é o normal, mas a exceção. O que se espera é a orientação das pessoas conforme o Direito¹⁴³, comunicando à sociedade que aquela conduta tipificada como criminosa é inaceitável, de modo que “para cruzar o limite codificado por lícito/ilícito, é necessário um símbolo de validade”¹⁴⁴. Demonstra que se a pessoa adotar um comportamento contrário à norma haverá consequências, “a pena é aplicada no intuito de exercitar a confiança normativa”¹⁴⁵.

A finalidade do Direito Penal, para Jakobs, não é a proteção do bem jurídico¹⁴⁶ ou evitar que novos crimes ocorram. Para ele o bem jurídico está fora da ciência do

¹³⁹ JAKOBS... Tratado... p. 23

¹⁴⁰ JAKOBS... Tratado... p. 26

¹⁴¹ BRITO, Alexis Couto de. As Finalidades da pena em Günther Jakobs. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 22 vol. 110. set-out. 2014. 15-49. p. 22 e 23

¹⁴² QUEIROZ, Paulo. Funções... p. 39

¹⁴³ “A relevância do comportamento violador da norma não é determinante e que a norma sempre é o determinante. Demonstra-se que o agente não se organizou corretamente: retira-se do agente os meios organizatórios. Essa oposição à violação normativa executada à custa do agente é a pena.” (JAKOBS... Tratado... p. 26)

¹⁴⁴ LUHMANN... O direito... p. 143

¹⁴⁵ JAKOBS... Tratado... p. 32

¹⁴⁶ Jakobs explica que quando se fala em proteção ao bem jurídico, o Direito não evita o perecimento desse bem, visto que isso pode ser dar por diversos fatores alheios à conduta humana, como se dá quando uma pessoa morre devido à velhice ou um carro enferruja devido aos cuidados do seu dono. Em ambos os casos há o perecimento dos bens jurídicos (vida e patrimônio), sendo que nesses casos não cabe ao Direito Penal atuar. Por isso Jakobs afirma que “o Direito não é um muro de proteção que é erigido em volta dos bens, e sim a estrutura da relação entre pessoas. O Direito Penal como proteção de bens jurídicos significa (no máximo!) que uma pessoa, materializada em seus bens, é protegida das agressões de outra pessoa”. (JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). O bem jurídico penal como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 161)

Direito, possuindo somente existência política, pois qualquer critério material que limite o Direito Penal “será um ponto de partida político, e não científico”¹⁴⁷. O bem jurídico é um valor que o sistema político comunica ao sistema jurídico ao editar a norma penal. Ainda, de acordo com ele, não fica claro quais interesses devem ser reconhecidos ou rejeitados pelo Direito Penal como bens jurídicos¹⁴⁸. “A teoria do bem jurídico não pode determinar quais unidades funcionais podem ser elevadas à categoria de bem jurídicos em virtude de relevância social, como tampouco pode fundamentar que a proteção das normas deve recair sobre esses bens”¹⁴⁹. Para Jakobs até mesmo a imoralidade pode ser sancionada, na medida em que o legislador acredita que a moral é um valor a ser resguardado¹⁵⁰, pois os bens jurídicos são escolhidos de acordo com a realidade social de cada comunidade.

Uma vez que o Direito Penal só atuará após o delito e, conseqüentemente, após o perecimento do bem jurídico que a norma deveria proteger, seria possível dizer que o fim do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas garante a expectativa de que estes não serão violados¹⁵¹, pois com a pena se reafirma a vigência da norma para estabilizar as expectativas de que os bens jurídicos das pessoas não serão violados. “Ao invés da afirmativa de que o Direito Penal tem por fim a proteção de bens jurídicos, pode-se também (e mais corretamente, como ainda se demonstrará) dizer que o Direito Penal garante a expectativa de que não ocorram agressões a bens”¹⁵², pois as pessoas que praticarem condutas capazes de fazer perecer bens jurídicos alheios ficarão sujeitas a aplicação de uma pena.

Com relação à função intimidatória da pena, Jakobs afirma que ela pode até ocorrer, mas não é a função última do Direito Penal evitar comportamentos lesivos. Ele não nega ser desejável que as criminalizações evitem a ocorrência de delitos, mas, se ocorrer a intimidação dos demais cidadãos, isso se dá como função latente,

¹⁴⁷ JAKOBS. O que é protegido pelo direito penal... p. 174

¹⁴⁸ JAKOBS... Tratado... p. 69

¹⁴⁹ JAKOBS... Tratado... p. 76

¹⁵⁰ JAKOBS. O que é protegido pelo direito penal... p. 168

¹⁵¹ “O bem a ser protegido pelo direito é a pretensão de seu titular de que tal bem não será objeto de ação de terceiros caso ele – titular – não consinta tal ação. Ou seja, ‘o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim como norma, como expectativa garantida” (JAKOBS, Günter. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In CALLEGARI, André Luís. GIANCOMOLLI, Nereu José (orgs.). Direito penal e funcionalismo. Porto Alegre. Livraria do advogado Ed. 2005 apud TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Direito penal de emergência. 2ª ed. Belo Horizonte. Editora D’Plácido. 2017. p. 223)

¹⁵² JAKOBS. O que é protegido pelo direito penal... p. 161

não manifesta. Os temores do autor ou de terceiros “são efeitos complementares da pena que podem ser desejáveis, mas não é função da pena provocá-los”¹⁵³. É importante ressaltar que há uma enorme cifra negra, sendo poucos os crimes que são noticiados ou punidos. Caso a intimidação fosse utilizada como verdadeira função da pena, ela não prosperaria, pois a pessoa que pensa em delinquir se pautaria pelos diversos atos criminosos que ficam isentos de punição, não nos poucos que são descobertos, julgados e punidos pelo sistema de justiça criminal.

Pode-se perguntar então por que se aplica a pena ao invés de apenas declarar que aquele comportamento não é o correto. A pena surge como símbolo para demonstrar que a norma está vigente e que a prática de uma conduta tipificada pela lei penal trará consequências indesejáveis para quem a praticou. Para um comportamento negativo deve haver um símbolo negativo. A imposição de sofrimento, nesse sentido, seria um símbolo negativo.

Se já infração à norma fica sem punição, pode-se iniciar um processo de aprendizagem (cognição) que causará a erosão da norma. A pena é mais reafirmação vigência da norma, pois não se precisa aprender com a quebra de expectativa, mas sim reafirmar as expectativas frustradas.¹⁵⁴

Luhmann, ao justificar a reparação do dano ou sua indenização afirma que quando o direito de alguém é violado “não pode ser o caso de que a pessoa cujas expectativas de justiça se vissem frustradas se limitasse a asseverar que detinha a expectativa correta. É preciso que aconteça algo em seu favor de uma imposição real ou compensatória de seu direito”¹⁵⁵. Trazendo essa ideia para o Direito Penal entende-se que no caso da pessoa ser o responsável pela violação, existe a expectativa de uma compensação negativa, ou seja, a pena. O Direito Penal tem como função, portanto, impor sanções àquelas pessoas que atuaram contrariamente à norma, a fim de demonstrar aos demais que aquela norma continua vigente e reestruturar as expectativas normativas. Do mesmo modo que Luhmann trabalhou com reforço positivo no caso de quem atua de acordo com o Direito, Jakobs atua com o reforço negativo àqueles que praticam um crime.

De nada serviria um símbolo positivo para comunicar a desaprovação a um comportamento indesejado. Por meio da pena se demonstra que o cometimento do

¹⁵³ JAKOBS... Tratado... p. 34

¹⁵⁴ BRITO. As Finalidades... p. 27

¹⁵⁵ LUHMANN... O direito... p. 158

delito possui consequências indesejáveis, a pena é um símbolo, é a comunicação de que aquele que pratica um mal receberá uma punição.

Aplica-se a pena para exercitar a fidelidade jurídica. Mas, pelo menos, por meio da pena, ensina-se a conexão entre comportamento e obrigação de arcar com custos, ainda que a norma seja transgredida não obstante o que foi aprendido; nessa medida, trata-se de exercitar a aceitação das consequências¹⁵⁶.

O objetivo do Direito Penal para a teoria da prevenção geral positiva seria a manutenção da coesão e estabilidade social que podem ser abaladas pelo delito¹⁵⁷. O Direito Penal, nesse sentido, comunica à sociedade, por meio da pena, que as normas são válidas e deve-se confiar que os demais cidadãos agirão dentro dos limites legais. Com isso, a confiança dos cidadãos aumenta, pois acreditam que os demais atuarão de forma correta¹⁵⁸. As instituições estatais também gozarão de confiança na medida em que punem as pessoas que cometem delitos. Assim há um reforço tanto na credibilidade dos demais cidadãos como na do Estado.

Pode-se dizer que se a função do Direito for estabilizar as expectativas normativas, obriga o julgador a respeitar as regras penais e processuais penais, pois não pode o julgador prescindir da aplicação da lei no decorrer do processo. Do contrário, estaria comunicando que as expectativas normativas não são válidas. Assim, ao declarar uma nulidade, não comunicaria que a impunidade impera, mas que houve um desrespeito às regras processuais e que o único resultado possível é a anulação do ato praticado de forma ilegal; ao não admitir uma prova ilícita comunica

¹⁵⁶ JAKOBS... Tratado...p. 32

¹⁵⁷ “Para Jakobs, a norma penal constitui uma necessidade funcional sistêmica de estabilização das expectativas sociais por intermédio da aplicação da pena ante a frustração que decorre da violação da norma. Considera-se que as interações sociais geram expectativas que devem ser asseguradas como condição de preservação do sistema social. O delito configura uma expressão simbólica de falta de fidelidade ao direito e ameaça a integridade e a estabilidade do sistema social” in CACICEDO, Patrick. Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2017. p. 68; “o delito é uma ameaça à integridade e à estabilidade social por constituir a expressão simbólica da falta de fidelidade ao direito. Esta expressão faz estremecer a confiança institucional e a pena é, por sua vez, uma expressão simbólica oposta à representada pelo crime”. QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45

¹⁵⁸ Nesse sentido: os “destinatários da norma não são primariamente algumas pessoas enquanto autoras potenciais, senão todos, vez que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar. Antes a pena é concebida positivamente, tendo por finalidade a manutenção da norma enquanto modelo de orientação de condutas para os contratos sócias” (QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45); “No contrato social, não pode dispensar orientações que garantam estes contatos, isto é, não se pode dispensar que certos contatos sociais sejam garantidos normativamente, já que os participantes destas relações sociais esperam um determinado comportamento” (BRITO, Alexis Couto de. As Finalidades da pena em Günter Jakobson. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 22 vol. 110. set-out. 2014. 15-49. p. 29)

que para julgar só serão considerados elementos colhidos dentro da legalidade; ao absolver um acusado por falta de provas estaria sendo comunicado que, na dúvida, deve prevalecer a presunção de inocência. Sistemicamente é interessante um processo que comunique tanto que os cidadãos devem respeitar as normas, por meio da imposição de uma pena caso as expectativas sejam violadas, como que os cidadãos terão seus direitos resguardados durante a persecução penal, com respeito às normas e princípios penais e processuais penais.

1.4.3. Crítica

No momento que Jakobs passa a defender que o Direito Penal deve garantir a estabilização das expectativas normativas por meio da imposição de uma pena àqueles que praticam uma conduta criminalizada, ele coloca a norma no “epicentro do sistema penal”¹⁵⁹, criando um Direito Penal sem limitação material, ou seja, um sistema jurídico que “impõe o exercício de fidelidade ao direito sem que se possibilite o questionamento dos interesses políticos que subjazem o sistema normativo para o qual se requer a fidelidade”¹⁶⁰. Com isso, abre-se caminho a um Direito Penal expansionista¹⁶¹, sendo crime aquilo que o legislador prevê como crime, devendo a pessoa ser punida pela mera desobediência à norma.

Ao reduzir o indivíduo a um “subsistema físico-psíquico”, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, esta teoria se aproxima inevitavelmente de modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela da pessoa humana”¹⁶²

Parece certo que a teoria da prevenção geral positiva acaba dando força a um Direito Penal simbólico que pode ser manipulado pelos atores políticos e pelos meios de comunicação de massa. Ao não trazer qualquer limitação sobre o que deve ou não ser criminalizado, torna possível a proibição de qualquer conduta, abrindo espaço para

¹⁵⁹ CACICEDO, Patrick. Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2017. p. 175

¹⁶⁰ CACICEDO, Patrick. Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2017. p. 176

¹⁶¹ “O inegável potencial expansionista do poder punitivo levado a efeito pela teoria da prevenção geral positiva, especialmente em contextos sociais e desiguais como o brasileiro, impõe em vez mais uma reflexão crítica sobre o caráter verticalizador que o discurso sobre a pena do funcionalismo sistêmico pode engendrar no contexto social da periferia do capitalismo” in CACICEDO, Patrick. Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2017. p. 228

¹⁶² QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.49

a expansão do sistema penal. Ao invés de trazer estabilidade social, acaba por minar a credibilidade do sistema de justiça penal¹⁶³.

Ainda que seja interessante um limitador material para as incriminações, a verdade é que nem o legislador nem o julgador verificam a legitimidade das criminalizações. Conforme dito, é comum à doutrina legitimar materialmente qualquer incriminação, na medida em que concebem bens jurídicos claramente inexistentes para camuflar outros interesses – políticos, econômicos, morais – por meio da definição de falsos bens jurídicos. Neste sentido, Jakobs trabalha com a realidade, pois deixa claro ser o bem jurídico algo fora do alcance do sistema jurídico, cabendo ao legislador definir quais condutas devem ou não ser evitadas.

A crítica sobre a falta de fundamento material da norma é interessante se tratarmos de um sistema jurídico penal ideal. Porém, quando se analisa a elaboração e aplicação do Direito Penal no mundo real ele descreve algo que há muito tempo já ocorre e grande parte dos acadêmicos resiste em admitir: é impossível estabelecer limites materiais ao legislador, a menos que tais limites possuam previsão legal.

A falta de controle material realmente favorece a expansão desordenada das condutas criminalizadas, mas nenhuma das teorias da pena ou funções do Direito Penal se beneficiam dessa expansão. Na verdade, essa expansão acarreta a incredulidade no sistema e a impossibilidade de se fazer com que o sistema penal possa ser efetivo no cumprimento de suas funções. Os recursos financeiros e humanos voltados para o sistema penal não crescem na mesma medida em que crescem as condutas tipificadas. Conseqüentemente, quanto mais condutas forem proibidas mais pessoas cometerão crimes, tornando mais difícil a punição dos infratores.

Uma crítica que trabalha na esfera do ser e não do dever ser, se alicerça no fato de o sistema penal ser incapaz de punir todos os delitos, ou melhor, apenas uma pequena parcela dos delitos é efetivamente punida¹⁶⁴. A cifra negra é altíssima e os delitos punidos

¹⁶³ “Um direito penal simbólico carece de toda legitimidade pois manipula o medo ao delito e à insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e infratores, introduz um sem fim de disposições excepcionais, a despeito de sua ineficácia ou impossível cumprimento e, a médio prazo, descredita o próprio ordenamento, minando o poder intimidatório de suas prescrições.” (QUEIROZ. Funções... p. 52)

¹⁶⁴ “O direito penal intervém em casos isolados e excepcionais, uma vez que a maior parte dos passíveis de intervenção penal não são apurados ou castigados, ficando impunes. Ignoram ainda que

representam apenas uma ínfima parcela do que significa a criminalidade real. Para além da existência de um larga cifra oculta representada pela diferença entre criminalidade real e aquela oficialmente registrada, chegou-se à conclusão de que a prática delitiva se manifesta em todos os estratos sociais, muito embora somente os grupos sociais mais vulneráveis sejam objeto da concreta criminalização.¹⁶⁵

Isso significa que, apesar da pena ter como objetivo demonstrar que o comportamento contrário à norma não deve ser aceito, são poucas as pessoas que praticam a conduta proibida e são alvo de uma sanção penal¹⁶⁶. Pior, via de regra, quem é punido encontra-se marginalizado, está excluído do mercado consumidor e conta com amparo estatal deficiente. Sendo assim, o Direito Penal comunica que apenas as pessoas marginalizadas serão punidas caso delinquam.

Há uma falha na teoria da prevenção especial positiva, pois espera-se que as pessoas se comportem de acordo com o Direito, mesmo com altos índices de criminalidade, com os meios de comunicação noticiando diversos delitos que ficam impunes e com a cifra negra sedo alta¹⁶⁷. Ainda que haja descrédito nas instituições estatais, tais como os órgãos policiais e o Poder Judiciário, e que em determinados momentos os meios de comunicação causem pânico social¹⁶⁸ por trazerem a ideia de impunidade, não é possível dizer que as pessoas não acreditam que se deva agir conforme o Direito, como também não há desestabilização social pelo fato de a maior parte dos delitos não serem punidos. O que ocorre é o contrário do defendido por Jakobs, pois com os grandes índices de cifra oculta, o que se comunica é que as pessoas não são punidas quando praticam um crime, ainda mais se for levado em consideração o papel exercido pelos meios de comunicação ao darem mais ênfase à impunidade do que à punição.

o direito penal é um sistema injusto e desigual, vez que seleciona sua clientela invariavelmente entre os setores mais vulneráveis e pobres da população”. (QUEIROZ. Funções... p. 32

¹⁶⁵ CACICEDO. Pena... p. 203

¹⁶⁶ “Como achar normal um sistema que intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apoia (igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc...) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àqueles número ínfimo de situações que são os casos registrados” (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. 3ª ed. Editora D’Plácido. 2018. p. 83)

¹⁶⁷ A “reafirmação da norma não resiste ao fato de que, a despeito prática de muitas das condutas definidas como crimes, somente uma pequena parte delas é realmente objeto de imposição de pena, ou seja, pretende-se a manutenção da ordem social com a reafirmação de apenas um conjunto ínfimo de normas penais, ainda que a maioria delas seja afetivamente violada no plano da vida social real” (CACICEDO. Pena... p. 208)

¹⁶⁸ CACICEDO. Pena... p. 2012

O que ocorre, na verdade, é a crença popular de que o Direito Penal poderá prevenir a violência e evitar determinadas condutas. Apesar dos altos índices de cifras ocultas, a população e os meios de comunicação exercem pressão sobre o legislador para que as penas sejam aumentadas e mais condutas proibidas sejam incluídas. Com mais condutas proibidas o sistema de persecução penal acaba ficando saturado e as cifras ocultas aumentam. Cada vez mais o que será comunicado é que os delinquentes não estão sendo punidos. Se a teoria de Jakobs estivesse correta em relação à necessidade da imposição de uma pena para a manutenção da coesão social e para que as pessoas acreditassem que deveriam se comportar conforme a norma, a comunicação trazida diariamente provavelmente teria provocado a ruptura do tecido social.

As notícias veiculadas pelos meios de comunicação sobre mais delitos pode trazer uma demanda pelo aumento de penas e imposição de maiores sofrimentos aos condenados. Com isso se tentaria demonstrar que a infidelidade à norma é inaceitável, num esforço para compensar o crescimento da cifra negra, o que poderia gerar a imposição de penas desproporcionais e piora na situação carcerária¹⁶⁹. Isso tornaria o Direito Penal ainda mais desumano em países periféricos com grande disparidade de renda, alto número de pessoas marginalizadas e graves problemas sociais, onde políticos populistas tentam esconder tais problemas com a utilização de um Direito Penal simbólico.

Vale ressaltar que a vigência da norma deve ser respeitada, tanto pelo particular quanto pelo Estado. No momento em que o Estado deixa de cumprir suas funções, acaba interferindo ainda mais negativamente, afirmando que nem mesmo ele é digno de confiança.

De nada adianta a comunicação, pela imposição da pena, da vigência de valores/expectativas resguardadas pelo Direito Penal – bens jurídicos ou expectativas necessárias de convívio comunitário – se o mesmo Estado, ao executar a pena, comunica que os mesmos valores (dignidade humana, integridade física, honra, integridade psíquica...) podem ser restringidos ainda que sem autorização legal. A comunicação da imposição da pena é contraposta, irritada, ensurdecida. A comunicação contraditória perde sentido pedagógico, esvaziando-se enquanto ponto cardeal para o comportamento dos indivíduos. Afastada a força comunicativa em sua feição positiva, o castigo soa apenas como demonstração de poder, como intimidação aleatória, como instrumento de coerção do indivíduo pela manutenção do

¹⁶⁹ CACICEDO. Pena... p. 219

status quo, deslegitimando o aparelho penal, e a própria atuação do Estado.”¹⁷⁰

Ainda, parece que a crítica filosófica sobre ilegitimidade da prevenção geral negativa também seria aplicável à prevenção geral positiva, pois ao aplicar a pena a uma pessoa estamos lhe impondo uma dor para demonstrar que norma é válida e garantir a estabilidade social precisa ser mantida. Utilizar a pessoa para tal finalidade atenta contra a sua dignidade, pois a dor de uma pessoa não pode ser utilizada como um fim para o Estado atingir outros objetivos.

Também nos parece plausível a crítica que diz respeito à aplicação de uma pena para quem infringiu uma norma penal. Se o que se deseja é comunicar que determinado comportamento é indesejável, por que não seria suficiente uma declaração atestando não ser aquele comportamento desejável? Jakobs justifica que o delito causa um mal, e que seria necessária a imposição de um mal ao infrator para comunicar que aquele comportamento não é desejável. Fica evidente que há um retorno ao fim retributivo da pena, pois parte-se do pressuposto que um mal será compensado com outro mal.

¹⁷⁰ JUNQUEIRA, Gustavo. Jurisdicionalização da execução penal. In BRITO, Alexis couto de; VANZOLINI, Maria Patricia coord.). Direito penal – aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo. Quartier Latin. 2006. 368-384. p. 380

2. DEMOCRACIA, MÍDIA E CONTROLE

Democracia pode ser entendida como governo do povo, mas quando se fala de Democracia muitas vezes não levamos em conta a existência de mais de um conceito que a define. O modelo de Democracia pode mudar de acordo com o tempo e com a sociedade. Não se pode dizer que a Democracia existente na Grécia Antiga seja a mesma aplicada nos dias de hoje, do mesmo modo que a Democracia de alguns países europeus difere muito da Democracia brasileira ou da norte americana. Também há formas de se definir a Democracia partindo-se do real ou ideal.

Não será trabalhado o conceito popular de Democracia, que seria um modelo de Estado no qual os cidadãos têm acesso às informações verdadeiras, sem qualquer tipo de manipulação e em que todos têm chances reais de participar do processo democrático não apenas como eleitores, mas como possíveis eleitos. O enfoque sobre Democracia será feito a partir do conceito dos teóricos elitistas, os quais afirmam que “todo exercício de política, alheio às suas justificativas formais, está fadado à formação de pequenos grupos que subordinam a maior parte da população”¹⁷¹. Escolhemos tal enfoque porque o objetivo deste trabalho não é traçar as linhas de uma sociedade, da política ou de um sistema penal ideal, mas trazer críticas aos reais mecanismos de funcionamento da sociedade. A Teoria das Elites foi escolhida por ser uma teoria de conflito e por utilizar a ideia da propaganda como meio de disputa pelo poder entre as elites. Neste sentido, o populismo penal é amplamente utilizado pelas elites na disputa pelo poder.

2.1. Democracia a partir da perspectiva da Teoria das Elites

O exercício do poder sempre está subordinado a grupos políticos. Esses grupos podem se manter no poder usando diferentes métodos: força, medo, controle do conhecimento, da informação ou apoio popular. Após a Revolução Francesa passou-se a adotar cada vez menos o uso da força e os ideais democráticos ganharam força, trazendo a ideia de que o povo é o detentor do poder e o Estado deve ser dirigido pelo povo e para o povo. Tal consenso está explícito na Constituição brasileira ao prescrever que “todo poder emana do povo”.

¹⁷¹ HOLLANDA, Cristina Buarque de. Teoria das elites. Rio de Janeiro. Zahar. 2011. p. 10

Houve diversos esforços no sentido de dar poder à população, tendo as ideologias de esquerda um histórico de pregar a igualdade entre os cidadãos, sendo o Estado promotor dessa igualdade. Mesmo os teóricos de direita acabaram por adotar conceitos inclusivos, seja por realmente acreditarem neles, seja para ludibriar a população e obter o apoio para medidas impopulares que beneficiavam as classes dominantes em detrimento do restante da população. Não faltaram slogans para auxiliá-los como *primeiro devemos fazer o bolo crescer para depois reparti-lo*, muito utilizado entre teóricos neoliberais.

Com o fortalecimento da Democracia e com o sufrágio universal ficou cada vez mais difícil às elites conservadoras e para os grupos aristocráticos defenderem que o povo deve estar alijado da política, de modo que discursos e práticas democráticas foram incorporadas por quase todos os grupos políticos. Isso não significa, porém, que o povo detenha o poder real. As elites descobriram que mesmo no jogo democrático o importante não é a aparência, mas quem detém de fato o poder. Para Pareto as formas de governo

são infinitas, o objetivo é um só: escapar das ideologias democráticas da soberania da maioria. Que elas fiquem com a aparência, pois são capazes de acalantar sentimentos poderosos, mas que a substância fique com a elite, pois é objetivamente, o que se tem de melhor.¹⁷²

Ocorre que depois de décadas se observando o processo histórico, é possível notar que tanto os governos de esquerda quanto os de direita¹⁷³ mantiveram pequenas elites decidindo os rumos dos países que governavam e as decisões nem sempre beneficiavam a população, mas sim os interesses das classes dominantes. Mesmo aqueles governos que pregavam a igualdade e a inclusão dos cidadãos nos centros de decisão foram incapazes de fazer uma inclusão real da população no que concerne ao poder decisório de questões políticas ou dar oportunidades reais a todos que desejassem não apenas votar, mas também serem eleitos, ou seja, exercer plenamente o poder político não apenas como espectadores, mas como protagonistas. Ao observar a história dos últimos duzentos anos, verifica-se que muitas vezes a nobreza e as castas deram lugar a uma classe dominante e que os

¹⁷² HOLLANDA. Teoria das elites. p. 75

¹⁷³ A definição de direita e esquerda que será adotada é a proposta por Norberto Bobbio que entendia que “a distinção entre esquerda e direita refere-se ao diverso juízo positivo ou negativo sobre o ideal da igualdade, que deriva em última instância da diferença de percepção e de avaliação daquilo que torna os homens iguais ou desiguais”, sendo que “se atribui à esquerda maior sensibilidade para diminuir as desigualdades” (BOBBIO, Norberto. Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo. Editora UNESP. 2001. p. 118/125)

políticos em geral visavam garantir a manutenção dessas classes no centro de poder¹⁷⁴. Mesmo quando há a eleição de governos intitulados populares, como ocorreu no Brasil, dos anos 2002 a 2016, existe uma forte tendência da manutenção do atendimento dos interesses das classes dominantes, ou seja, os interesses dos banqueiros, grandes empresários, acionistas, grandes operadores do sistema financeiro estão à frente dos interesses do restante da população. Quando os interesses desses grupos deixam de ser atendidos ou seus benefícios legais ou ilegais são colocados em risco, há uma forte resistência que pode resultar, inclusive, em rupturas democráticas¹⁷⁵.

Analisando os processos históricos, os elitistas foram capazes de verificar que “todos os sistemas políticos, apesar de seus discursos de justificação, instituem uma relação de dominação entre os homens”¹⁷⁶. Essa análise foi feita num momento em que os governos intitulados de esquerda, socialistas ou comunistas começavam a ganhar força, mas em pouco tempo ficou claro que o discurso de inclusão das massas e de igualdade política e econômica era mera aparência. Na verdade, o que ocorria nos governos comunistas era a substituição de uma elite por outra.

A Teoria das Elites abdica a ideia de que a democracia deve buscar a igualdade entre as pessoas e admite que “a desigualdade é condição necessária de toda sociedade, e a ideia de igualdade é inadequada para compreender os termos reais de funcionamento da política”¹⁷⁷. Optou-se, pelo menos num primeiro momento, por deixar de trazer ideais e utopias para descrever o funcionamento da sociedade. “O objetivo desses pensadores não era opor uma utopia a outra, mas produzir meios

¹⁷⁴ Nos Estados comunistas em geral a classe dominante era composta pelos membros do partido, já no mundo capitalista a elite é em geral formada por políticos de carreira, empresários e militares.

¹⁷⁵ Nas décadas de 1960 e 1970 os golpes militares implantaram diversas ditaduras na América Latina e tiveram como apoiadores empresários sendo financiados de empresas nacionais e multinacionais. Já recentemente, e de forma menos abrupta e com aparência democrática, a Operação Lava-Jato, que nasce para apurar irregularidades cometidas por políticos e empresários, colocando em risco a estrutura política e afetando o interesse de grandes empresários. O impeachment da Presidente Dilma Roussef, tem como verdadeira motivação a ameaça aos favorecimentos de políticos e empresários que se valiam de procedimentos ilegais e a recusa em de Dilma em controlar as investigações. Fez-se uma inversão, com o apoio maciço dos meios de comunicação, sobre o que de fato estava ocorrendo para que Dilma e o PT fossem colocados como únicos responsáveis pela corrupção no país, quando na verdade o seu governo e do seu antecessor, Luiz Inácio Lula da Silva, foram os responsáveis pela estruturação e concessão de real independência o que resultou na apuração desses crimes. Sobre o histórico de operações da Polícia Federal: <http://www.pf.gov.br/imprensa/grandes-operacoes> - acesso em 12 de junho de 2019 e <http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes> - acesso em 12 de junho de 2019

¹⁷⁶ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 10

¹⁷⁷ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 11

seguros de entendimento da realidade. A ciência, nessa perspectiva, é mobilizada como antídoto ao pensamento abstrato e aos devaneios retóricos”¹⁷⁸.

Os teóricos elitistas defendem que todas as sociedades já existentes trabalham com a ideia de dominação entre grupos sociais e políticos¹⁷⁹, descrevem os meios utilizados para promover essa dominação e os critérios que fazem uma pessoa ser alçada a uma das elites.

Para ser membro da elite há, segundo Mosca, três critérios de distinção: a riqueza; o lugar social de nascimento (procedência social da família); e o mérito, que apenas em sociedades avançadas poderia se opor aos outros dois critérios de seleção da minoria dominante¹⁸⁰. Evidentemente que, embora os membros das elites sejam selecionados de acordo com esses fatores, isso foge ao discurso oficial. Nas Democracias, geralmente, o mérito pessoal é utilizado para justificar o acesso de uma pessoa aos círculos de poder.

Para legitimar a manutenção das elites no poder são criadas justificativas racionais ou místicas. Assim, por exemplo, durante séculos justificou-se a seleção dos governantes pelo poder divino (justificativa mitológica). Hoje são utilizados argumentos voltados à racionalidade, como *manter o mercado calmo* ou *dialogar com diversos setores da sociedade* para defender que o representante de uma das elites seja alçado a cargos decisórios da estrutura política. Ou seja, há a necessidade de justificar porque tais ou quais pessoas estão à frente das decisões políticas e econômicas, de forma que “governantes e governados estariam, nesse sentido, ligados por laços comuns de sentimentos e valores”¹⁸¹. Se não houver o compartilhamento de tais valores haverá o questionamento dos motivos que levam as elites a decidir os rumos da sociedade. É importante que esses valores sejam inculcados nas massas, uma vez que, conforme será visto, muitos desses valores são

¹⁷⁸ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 12

¹⁷⁹ “em qualquer sociedade, em qualquer grupo, em qualquer época ou lugar, havia sempre uma minoria, uma elite que, por seus dons, e sua competência e seus recursos, se destacava e detinha o poder, dirigindo a maioria. Esta era uma lei sociológica inexorável, que nem mesmo o mecanismo do sufrágio universal era capaz de romper. Pelo contrário, o que a adoção do sufrágio universal e a crença nos princípios sobre os quais se apoiava – os da igualdade entre os homens e da soberania popular – produziam era a legitimação do mando da minoria, cujos desígnios passavam a ser aceitos como expressão da vontade autônoma das amplas minorias” (GRYNSZPAN, Mário. Ciência política e trajetórias sociais: uma sociologia histórica da teoria das elites. Rio de Janeiro. Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1999. p. 11 e 12)

¹⁸⁰ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 15

¹⁸¹ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 16

produzidos por meio de propaganda que beneficiam as elites, ainda que as massas sejam prejudicadas.

Numa Democracia, como temos a luta pelo voto – ou pelo poder – não há apenas uma elite, mas diversas elites em disputa¹⁸². Nas palavras de Schumpeter “o método democrático é o sistema institucional para chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo”¹⁸³, ou seja, o eleitor acaba por escolher uma dessas elites para representá-lo sendo que “os eleitores devem respeitar a divisão do trabalho entre eles próprios e os políticos eleitos. Não devem retirar a sua confiança com demasiada facilidade entre as eleições e precisam compreender que, uma vez que elegeram um indivíduo, cabe a ele a ação política, não aos eleitores.”¹⁸⁴. Para isso, em tese, verifica qual dessas elites possuem valores, ideais, princípios e prioridades que mais se adéquam às suas. Para ele, “democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governe em nenhum dos sentidos óbvios dos termos povo e governar. Democracia significa tão somente que o povo tem a oportunidade de aceitar ou rejeitar os homens que hão de governá-lo”¹⁸⁵. Os elitistas defendem que apesar da ideia de igualdade, consubstanciada no voto, “todo esforço das democracias, desse modo, era no sentido de dar a aparência de poder ao povo e a realidade do poder a uma elite”¹⁸⁶. Entende-se que as elites, diferente das massas, conseguem se organizar e tem os conhecimentos necessários para exercer o poder.

As minorias eram organizadas, ao contrário das majorias, impondo-se assim sobre elas. Essa imposição, é claro, podia se dar sobre um componente de força, mas nunca exclusivamente sobre ela. A dominação era em geral legítima, sendo aceita pela maioria, ou pelos governados, que reconheciam a superioridade da classe política, que percebiam nela características, méritos, dons que a destacavam do conjunto da sociedade.¹⁸⁷

Fica claro que as ideias dos adeptos da Teoria das Elites, apesar de despreverem a democracia, podem ser utilizadas por governos autoritários. Não é por

¹⁸² As massas não seriam organizadas para exercer o poder, ou para lutar por ele. “Era inexorável, portanto, que estivesse à frente do governo uma minoria, mesmo quando o discurso fosse justamente o oposto. Diante disso, qualquer análise consistente das formas de governo devia partir das minorias governantes, O que diferenciava uma democracia de uma aristocracia era não o fato de que uma era o governo da maioria, ao passo que outra o da minoria. Ambas eram governos de minorias. O que as diferenciava era, por um lado, o sentido do fluxo de autoridade, e, por outro, os padrões de recrutamento e renovação da minoria governante.” (GRYNSZPAN. Ciência política... p. 127)

¹⁸³ SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, socialismo e democracia. tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo. Editora UNESP. p. 366

¹⁸⁴ SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 399

¹⁸⁵ SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 386

¹⁸⁶ GRYNSZPAN. Ciência política... p. 184

¹⁸⁷ GRYNSZPAN. Ciência política... p. 82

outro motivo que tanto Pareto quanto Michels eram alinhados ao governo fascista de Mussolini. É de se dizer que a desorganização e apatia das massas não foi notada apenas por eles, mas também por aqueles que tratam de regimes autoritários e totalitários, como Hanna Arendt:

Os movimentos totalitários são possíveis onde quer que existam massas que, por um motivo ou por outro, desenvolveram certo gosto pela organização política. As massas não se unem pela consciência de um interesse comum e falta-lhes aquela específica articulação de classes que se expressa em objetivos determinados, limitados e atingíveis. O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou a sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores.¹⁸⁸

Políticos populistas também notaram a desorganização das massas e como elas poderiam aderir, em especial em momentos de crise, à sua propaganda, muitas vezes com projetos claramente inviáveis e, assim como Hitler fez na Alemanha¹⁸⁹, incorporando-as e recrutando-as para seus partidos até mesmo como apoiadores informais, valeram-se da desorganização, da falta de conhecimento político e de objetivos determinados e alcançáveis para alçarem-se no poder. Para isso, deveria ser criada e utilizada uma propaganda capaz de unir essa massa em torno de uma ideia ou de um projeto, ainda que inatingível.

Numa sociedade como a absolutista, na qual havia grande controle social devido à ignorância e forte religiosidade, as explicações místicas eram aceitas sem questionamentos, devido, também, à repressão a quem questionava os detentores do poder. Desse modo, não era difícil manter o consenso sobre quem deveriam ser os membros da elite e quais deveriam ser os objetivos a serem alcançados. Porém, com mais acesso à informação e com a universalização da educação as explicações místicas não bastavam, fazendo com que fosse necessário um mínimo de racionalidade para explicar a manutenção das elites no poder. Chomsky, criticando a forma de funcionamento da Democracia atual, descreve as elites como “a classe de cidadãos que têm que assumir um papel ativo na gestão dos assuntos de interesse público. Essa é a classe especializada. São pessoas que analisam, executam, tomam decisões e administram as coisas nos sistemas político, econômico e ideológico”¹⁹⁰,

¹⁸⁸ ARENDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo. Companhia das Letras. 2012. p. 438 e 439

¹⁸⁹ ARENDT. *Origens do totalitarismo*. p. 439

¹⁹⁰ CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. Tradução Fernando Santos. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2013. p.

ou seja, ele parte da ideia que os valores não estão incutidos no povo, mas são produzidos, impostos e mantidos pelas elites.

Em geral, os autores elitistas alegam que essas elites sabem o que seria bom para o interesse comum, que escapariam “ao rebanho desorientado”¹⁹¹, uma vez que “a massa do povo nunca desenvolve opiniões por iniciativa própria. E é ainda menos capaz de articulá-las e transformá-las em atitudes e ações coerentes. Pode unicamente seguir ou se recusar a seguir a grupo dirigente que se oferece para liderá-la”¹⁹².

O partido e a máquina política são simplesmente a reação ao fato de a massa eleitoral ser incapaz de uma ação que não seja o “estouro da boiada” e constituem tentativa de regular a competição política de um modo exatamente igual às práticas correspondentes de grupos empresariais. A psicotécnica da direção de um partido e a propaganda partidária, as palavras de ordem e os *jingles* não são meros acessórios. São a essência da política.¹⁹³

Apesar de Schumpeter negar a existência de um bem comum¹⁹⁴, ele admite que apenas a elite é capaz de ditar os rumos mais acertados e que possam levar a maiores ganhos.

Assim como Schumpeter, Assis Brasil, um dos autores da Teoria das Elites no Brasil, considera que “a classe política acumula as virtudes para um bom governo e o povo não tem capacidade de deliberar sobre assuntos de interesse público. Cada povo, portanto, “deve ser governado, ou dirigido, por uma minoria inteligente”, sem, porém, não excluir as massas da política, mas ficando “limitadas à função específica do voto”, sendo as elites legítimas aquelas “que nasceram da expressão verdadeira do voto e cujas ações não escapam aos marcos da lei”¹⁹⁵. Assis Brasil entende, ainda, que “as boas elites são resultado do bom funcionamento institucional. O bom, nesta acepção, resulta da fidelidade às vontades dos eleitores, e não a adesão a um corpo político necessário e anterior”¹⁹⁶. Nesse momento nos parece que deixa-se de

¹⁹¹ CHOMSKY. Mídia: propaganda política e manipulação... p. 21

¹⁹² SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 204

¹⁹³ SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 383

¹⁹⁴ Para Schumpeter o conceito de bem comum é um equívoco “pois, para diferentes grupos de indivíduos, a mesma noção tem significados distintos. Schumpeter recusa, portanto, a suposição de que os homens possam produzir acordo sobre um ideal político que inclua a todos, indistintamente. Os vários interesses dispostos na sociedade tenderão a produzir entendimentos diversos a respeito do bem” (HOLLANDA. Teoria das elites... p. 39); “não existe um bem comum univocamente determinado a respeito do qual todos os homens concordem ou possam ser levados a concordar por força de uma argumentação racional. Isso se deve não ao fato de alguns quererem coisas diferentes do bem comum, mas principalmente ao fato muito mais fundamental de que, para os diversos indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar coisas diversas” (SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 341)

¹⁹⁵ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 47

¹⁹⁶ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 48

trabalhar com a realidade da política para se trabalhar com um ideal de Teoria das Elites¹⁹⁷, pois nada na história humana mostrou que as elites deixariam de lado seus próprios interesses para fazer valer a vontade popular. Robert Michels deixa isso claro quando fala do processo eleitoral:

Na época da eleição, os candidatos aristoi dignam-se a descer de suas mansões e irrompem entre os camponeses rústicos no intuito de conquistarem maioria em seus distritos. Isso não surpreende. Aliás, eles não são ridículos o bastante para, nesses momentos solenes e decisivos, falarem em nome do privilégio das minorias e se limitarem a aceitar unicamente os votos da parcela dos seus semelhantes que são os possuidores exclusivos da vocação governamental. Como dependem do processo eleitoral, os partidos aristocráticos têm de fazer o melhor possível com o que têm. Afinal de contas, os aristocratas se agarram à esperança de persuadir indiretamente as massas a renunciarem aos seus direitos com seus próprios votos.¹⁹⁸

Ou seja, o discurso e apelo popular servem como isca para angariar votos junto às massas. Com isso, medidas populistas, discursos e propagandas com apelo emocional tendem a ser utilizados para criar ou direcionar a vontade popular. Ainda, se escuta *a voz do povo*, se aprovam leis ou se implantam medidas com forte apelo popular. Isso serve como cortina de fumaça para aprovar projetos e implantar políticas que beneficiem apenas as elites ou como forma de orientar os valores que as sociedades devem ter.

Pode-se dizer que o senso moral era produzido. Em todas as sociedades, mesmo as primitivas, se observava que a moralidade geral funcionava como um freio eficaz aos instintos imorais individuais. Essa oralidade social, essa consciência da multidão, é que, de modo geral, se expressava na opinião pública, na religião, na lei. Dessa maneira, o juiz era, de fato, um instrumento do senso moral coletivo, de todos, contra os maus instintos e as paixões de cada um.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Noam Chomsky, crítico que é à dominação por parte das elites, é muito mais claro, descrevendo o sistema político como ele é, retirando a carga de ideal que Assim Brasil traz: “existem duas funções numa democracia: a classe especializada, os homens responsáveis, assume função executiva, o que significa que eles pensam, planejam e compreendem os interesses de todos. Depois, temos o rebanho desorientado, e ele também tem função na democracia. Sua função na democracia, dizia ele, é a de ‘espectador’, e não de participante da ação. Porém, por se tratar de uma democracia, esse rebanho ainda tem outra função: de vez em quando ele tem a permissão para transferir seu apoio a um ou outro membro da classe especializada. Em outras palavras, ele tem a permissão de dizer: ‘queremos que você seja nosso líder’. Isso porque se trata de uma democracia, e não de um Estado totalitário. A essa escolha se dá o nome de eleição. Porém, uma vez que ele tenha transferido seu apoio a um outro membro da classe especializada, deve sair de cena e se tornar espectador da ação, não participante. Isso para que uma democracia funcione de maneira adequada.

“existe uma lógica por trás disso. Existe mesmo uma espécie de princípio moral imperativo por trás disso. O princípio moral imperativo é que a maioria da população é simplesmente estúpida demais para conseguir compreender as coisas. Se tentar participar da administração de seus próprios interesses, só vai causar transtornos. Por essa razão, seria imoral e impróprio permitir que faça isso. Temos de domesticar o rebanho desorientado, impedir que ele arrase, pisoteie e destrua as coisas” (CHOMSKY. *Mídia: propaganda política e manipulação*. p. 17/18)

¹⁹⁸ HOLLANDA. *Teoria das elites*. p. 87/88

¹⁹⁹ GRYNSZPAN. *Ciência política...* p. 100 e 101

Conforme será visto adiante, muitas leis e medidas utilizadas para angariar apoio popular possuem caráter penal, pois o crime possui forte apelo emocional e, incutindo-se medo nas pessoas é possível aprovar medidas que demonstram que tal ou qual político preocupa-se com os problemas da sociedade. Dessa forma, com um discurso emotivo e medidas baratas – pois o custo financeiro da aprovação de uma lei é baixo – é possível que o grupo da elite que aquele parlamentar representa alcance e permaneça no poder, fazendo do populismo penal uma das armas à disposição das elites na luta pelo poder.

É importante dizer que ser membro de algumas das elites não significa, necessariamente, fazer parte do governo ou disputar eleições. Muitos dos que compõe as elites e fazem parte dos círculos de poder atuam nos bastidores, não desempenham qualquer papel formal no governo ou na estrutura partidária, mas possuem influência junto a quem ocupa tais cargos.²⁰⁰

Ao revisitar a história da Democracia parece claro que as elites, em geral, não buscam defender os interesses de toda a sociedade ou de seus eleitores, havendo inúmeros casos em que se utilizam da força que possuem para se manter no poder ou para promover melhorias apenas para o grupo político, econômico ou social com o qual se alinham.

Num regime totalitário o uso da força é o meio utilizado para evitar questionamentos. Numa Democracia, porém, tal mecanismo dificilmente pode ser usado sem que haja danos à imagem dos governantes, o que colocaria em risco sua própria manutenção no poder e, com isso, os interesses da elite dominante. É quando surge o poder da mídia, da propaganda e do marketing político, para fabricação do consentimento²⁰¹ e fazer valer seus interesses e garantir sua manutenção no poder, pois “a propaganda política está para uma democracia assim como o porrete está para um Estado totalitário”²⁰². Ou seja, substitui-se o uso da força pelo controle da informação e uso da retórica.

²⁰⁰ GRZYNSZPAN. Ciência política... p. 193; Fica claro como os membros das elites não necessariamente se apresentam como candidatos a cargos eletivos, mas sim como influenciadores de políticos ao verificar o poder dos grupos de interesse empresarial, sobre o tema: “as elites econômicas e os grupos de interesse restrito foram muito influentes. Grupos de interesse de massa tiveram pouco efeito sobre as políticas públicas. A opinião da população média não exerceu praticamente nenhum impacto independente”. (MOUNK, Yascha. O povo contra a Democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg. 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2019. p. 102)

²⁰¹ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 71

²⁰² CHOMSKY. Mídia: propaganda política e manipulação. p. 21

O modo de compreender a política e de defender que uma pequena elite instruída possa ditar os rumos corretos para o país evidentemente atraiu atenção de líderes políticos. Não foi por outro motivo que Robert Michels, um dos teóricos do elitismo, se aproximou de Mussolini, pois o autor supunha que por meio do “autoritarismo político seria possível consertar os desvios da democracia representativa”. Michels afirmava que “a criação de uma elite monolítica e autocrática permitiria instituir um governo eficiente e superar a debilidade e a corrupção do sistema parlamentar. A fórmula fascista combinaria eficiência de governo e integração das massas à vida pública”²⁰³. Não é de se estranhar que muitos governos autoritários baseiam, ainda que implicitamente, suas premissas em elementos da Teoria das Elites, pois trabalham com a ideia paternalista de que os cidadãos não sabem o que é bom para eles, mas que o líder pode ditar os rumos da nação para alcançar o bem comum, ainda que para isso seja preciso dar remédios amargos para os súditos.

Apesar de ser evidente o alinhamento das ideias elitistas com os regimes totalitários²⁰⁴, os regimes democráticos também são regidos da forma como os elitistas descrevem a política, ou seja, pequenos grupos disputando o poder por meio de propagandas e, ao chegar ao poder, utilizam o Estado para fazer valer seus interesses. Mesmo em governos proclamados populares ou de esquerda é possível verificar a criação de uma elite dirigente que, com o tempo, se distancia dos ideais que a levaram ao poder e passam a atuar em causa própria, utilizando discurso e medidas populares como cortina de fumaça para sua manutenção. Na verdade, apesar da Teoria das Elites estar no campo ideológico da direita, ela busca explicar o que ocorre quando grupos de esquerda chegam ao poder²⁰⁵, seja por via democrática ou pela luta armada.

Como já mencionado, a Teoria das Elites não representa um ideal a ser alcançado, mas a descrição de como funciona a relação política entre líderes e

²⁰³ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 37

²⁰⁴ GRZYNSZPAN. Ciência política... p. 135

²⁰⁵ “Para Michels, a maturação dos partidos produz afastamento progressivo das lideranças com relação às massas governadas. Migra-se, portanto e necessariamente, de uma situação original – e ideal – na qual os chefes são meros executivos da vontade coletiva para um cenário em que a classe política é investida autonomia de juízo a respeito de suas ações. Em outras palavras, os representantes passam a agir conforme sua própria consciência a respeito do interesse coletivo e deslocam-se das bases sociais que autorizaram seu mandato. Esse momento acolhe uma transformação essencial no desempenho da função do representante, que passa de ‘servidor’ a ‘patrão do povo’. Inicialmente obrigados aos governados, os representantes fazem-se, em seguida, seus senhores. Trata-se de uma inversão da intuição lógico-temporal que supõe ser o representante produto – e não produtor – da vontade dos representados”. (HOLLANDA. Teoria das elites. p. 34)

liderados. É fácil encontrar seus elementos em todos os regimes políticos, ainda que suas ideias sejam rechaçadas pelo discurso oficial. Ao tentar defender que as elites devem ser as detentoras do poder por serem mais preparadas, recai-se no mesmo problema que aflige todos os sistemas de governo, a corrupção do ser humano pelo poder. Mesmo que os defensores da Teoria das Elites critiquem os membros dos partidos socialistas e comunistas, quando chegam ao poder é possível verificar que o favorecimento pessoal ou a defesa de interesses de grupos próximos não são um privilégio da esquerda. Na verdade, os governos de direita sempre foram os que mais se mostraram afeitos à defesa de interesses privados. Por isso não se dará atenção à Teoria das Elites no momento em que ela passa da descrição do funcionamento da sociedade para defender que as elites são mais aptas para governar, pois é nesse momento que a política deixa de ser descrita como de fato é para se tornar apenas mais uma utopia ou engrandecimento de grupos sociais. O que nos interessa é somente a explicação da inevitabilidade da disputa pelo poder contemplar apenas as elites, fazendo com que o cidadão comum tenha apenas como escolher qual das elites deseja como governante, a qual irá dirigir as massas.

era inexorável, portanto, que estivesse à frente do governo uma minoria, mesmo quando o discurso fosse justamente o oposto. Diante disso, qualquer análise consistente das formas de governo devia partir das minorias governantes. O que diferenciava uma democracia de uma aristocracia era não o fato de que uma era o governo da maioria, ao passo que outra o da minoria. Ambas eram governos de minorias. O que as diferenciava era, por um lado, o sentido do fluxo de autoridade, e, por outro, os padrões de recrutamento e renovação da minoria governante.²⁰⁶

Neste sentido, os elitistas entendem que mesmo governos com discursos inclusivos e que alegam que o poder está nas mãos do povo, o fazem somente como recurso retórico. Na prática existe a disputa entre as elites para o exercício do poder. O que ocorrerá, a médio e longo prazo, é que com a cristalização das elites, elas se afastarão cada vez mais de quem as elegeu e passarão a governar para si²⁰⁷. A Democracia, apesar de não impedir que as elites se utilizem do Estado para aprovar leis e fomentar projetos que as beneficiem, dificulta que uma elite se cristalize no poder, fazendo com que as elites que se alternam também pautem projetos que

²⁰⁶ GRYNSZPAN. Ciência política... p. 127

²⁰⁷ "Muitas supostas democracias hoje parecem oligarquias competitivas: mesmo que os debates sobre projetos de lei tenham valor aparente, um processo injusto de criação de políticas públicas dá às elites dominantes uma imensa vantagem na promoção dos próprios interesses". (MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 118 e 119)

favoreçam o povo. Talvez o maior mérito da Democracia seja incluir diversas elites na disputa pelos cargos eletivos, fomentando a alternância de diversos grupos no poder.

2.2. Teoria da Agenda: A visão parcial das informações e o uso do discurso pelas elites

Com o advento da comunicação de massa foi possível um acesso muito maior de informações à população, mas essas informações, especialmente após a popularização da internet e das redes sociais, não pressupõe qualidade, apenas quantidade, pois não são embasadas, necessariamente, no conhecimento. São informações sobre o que ocorre no mundo, questões políticas, ambientais, tecnológicas, que são transmitidas de forma superficial e parcial aos destinatários.

Mesmo com a universalização do ensino em grande parte dos países democráticos, que pressupõe uma educação formal mínima necessária para o exercício da cidadania, não foi possível fazer com que as informações fossem transmitidas sem acrescentar influência, preconceitos e emoções capazes de manipular os destinatários. Acreditava-se que com educação e conhecimento seria mais difícil enganar os cidadãos. Dessa forma, as Democracias poderiam favorecer permeabilidade nos espaços de poder e facilitar a entrada de novos atores no jogo político, impedindo que apenas poucos membros das elites participassem da vida política e das decisões do Estado. Também se acreditava ser possível reduzir as desigualdades, pois, com mais educação e informação, as pessoas se oporiam a vontades egoístas das elites quando fossem contrárias aos interesses do povo. Está cada vez mais claro que não foi o que ocorreu.

Tanto as Democracias como os regimes autoritários se valeram do poder dos meios de comunicação para fazer valer interesses mesquinhos em detrimento aos direitos e interesses da maior parte da população. Na história dos Estados modernos são comuns episódios nos quais a população apoia medidas impopulares ou mesmo barbaridades, como genocídios, devido ao alinhamento dos meios de comunicação com o interesse das elites. Podemos citar o apoio popular às atrocidades cometidas por Hitler na Alemanha nazista, o menosprezo pelo Estado de bem-estar liderados por Margareth Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos, mas que foi

exportado para a maior parte do ocidente²⁰⁸. Se observadas a partir de uma ótica racional, essas medidas são prejudiciais à população em geral ou causam horror à maior parte dela, como é possível que se consiga apoio popular? Como foi possível implementar medidas tão impopulares e prejudiciais sem a utilização da violência estatal?

Cada vez menos os governantes utilizam a força bruta para impor um modelo de política, pois seu uso gera um desgaste incapaz de se sustentar, a longo prazo, em regimes democráticos. Por isso, com o passar do tempo, as massas foram domesticadas pelas elites de outras formas, sendo os meios de comunicação de massa essenciais neste processo. Isso ocorreu porque as elites souberam utilizar e manipular o poder da propaganda em favor de seus interesses e se valeram da mídia para isso. Sabendo que “a comunicação de massa tem três amplos papéis sociais: a vigilância do ambiente externo, alcançar o consenso entre os segmentos da sociedade e a transmissão de cultura”²⁰⁹, as elites usaram adequadamente os meios de comunicação para alcançar os dois últimos objetivos. Por exemplo, enquanto se transmitia notícias de forma que lhe fosse favorável, dava-se a falsa impressão de que seriam as massas que exerciam o controle e a fiscalização do ambiente externo.

As elites, ao perceberem que utilizar a violência estatal poderia trazer graves consequências aos seus interesses, viram, na utilização da mídia e da propaganda um meio eficaz para patrocinar seus interesses, por mais egoístas, mesquinhos e danosos ao povo que pudessem ser. Ao invés de divulgar a informação com todos os detalhes, transmite-se uma visão parcial e até mesmo falsa – o que é necessário aos meios de comunicação de massa, já que o espaço e o tempo são escassos – orientando a visão das pessoas sobre determinados temas²¹⁰.

Não é possível para o cidadão participar de reuniões sobre assuntos internacionais, acompanhar de perto guerras em locais distantes, verificar as condições de vida das pessoas de outras classes sociais e/ou residentes em outros

²⁰⁸ ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In SADER, Emir; Gentili, Pablo. Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1995. 9-23. p.18

²⁰⁹ McCOMBS, Maxwell. A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ. Editora Vozes. 2009. p. 206

²¹⁰ “Para quase todas as preocupações da agenda pública, os cidadãos tratam de uma realizada de segunda-mão, uma realidade que é estruturada pelos relatos dos jornalistas sobre estes eventos e situações”.; “Na sua seleção diária e apresentação das notícias, os editores e diretores de redação focam nossa atenção e influenciam nossas percepções naqueles que são as mais importantes questões do dia”. (McCOMBS. A teoria da agenda... p. 17 e 18)

locais, conhecer todas as páginas de processos criminais etc. Em geral, conhecem tais eventos por *ouvir dizer* ou pelas informações que lhes são passadas pelos meios de comunicação. “Aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”²¹¹. As percepções e sentimentos das pessoas são em grande medida baseados na narrativa que lhes foi comunicada, não possuindo, muitas vezes, base em experiências reais, pois “qualquer que seja a situação, a imagem do mundo que é apresentada à população tem apenas uma pálida relação com a realidade”²¹². Walter Lippman²¹³ define que “o único sentimento que alguém pode ter acerca de um evento que ele não vivenciou é o sentimento provocado por sua imagem mental”²¹⁴. Nesse momento, a mídia possui papel essencial, pois é por meio dela que chegam grande parte das informações que formarão a imagem mental dos eventos não vivenciados pelas pessoas.

Devido à falta de proximidade geográfica, política ou social de determinados eventos, não é incomum que as informações divulgadas pelos meios de comunicação sejam parciais e até mesmo falsas²¹⁵, de forma que a mídia, que é propriedade e controlada pelas elites, pode orientar as imagens mentais dos cidadãos conforme seus interesses, “ficções determinam grande parte do comportamento dos seres humanos”²¹⁶. Isso significa que as imagens e crenças que temos, muitas vezes são fruto de visões parciais, distorcidas ou mesmo falsas dos eventos noticiados²¹⁷. Uma vez que os detentores dos meios de comunicação possuem interesses, que podem ser políticos e/ou econômicos²¹⁸ muitas vezes se valem de sua posição para

²¹¹ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 62

²¹² CHOMSKY. Mídia: propaganda política e manipulação. p. 38

²¹³ Walter Lippman não é um teórico elitista, mas os seus ensinamentos auxiliam a entender como o consenso e a propaganda política funcionam de modo a ser colocada em prática a Teoria das Elites e contarmos com pouca contestação por parte das massas. Foi a partir de seus conhecimentos que iniciou-se os estudos sobre Teoria da Agenda

²¹⁴ LIPPMAN, Walter. Opinião pública. Tradução Jacques A. Wainberg. 2ª ed. Petrópolis, RJ. Editora Vozes. 2010. p. 29

²¹⁵ Lippman traz o exemplo de informações falsas levadas à população americana pelos jornais com uma batalha travada em 1914, durante a Primeira Guerra Mundial, mostrando que “a guerra, evidentemente, proporcionou muitos exemplos desde padrão: o fato casual, a imaginação criativa, o desejo de crer, e a partir destes três elementos, uma falsificação da realidade para a qual havia uma resposta muito mais violenta instintiva. É claro suficiente que sob determinadas condições as pessoas respondem tão fortemente a ficção quanto a realidade, e que muitos casos elas ajudam a criar as próprias ficções às quais elas respondem” (LIPPMAN. Opinião pública. p. 29/30)

²¹⁶ LIPPMAN. Opinião pública. p. 34

²¹⁷ Como exemplo podemos tratar das diversas notícias veiculadas pela Rede Globo contra Leonel Brizola, na época Governador do Rio de Janeiro, em que a emissora tentava denegrir a imagem do político devido ao afastamento ideológico e moral entre ele e a emissora: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/3/16/brasil/29.html> - acesso em 04 de janeiro de 2019

²¹⁸ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 29

influenciar os leitores e telespectadores, que são influenciados não pelo “ambiente, mas ao pseudoambiente construído pelos veículos noticiosos”²¹⁹. Assim, as notícias e a forma como são transmitidas podem influenciar e criar consenso²²⁰ sobre o público.

A política noticiosa de um jornal tende a apoiar sua política editorial, porque um capitalista vê um conjunto de fatos, e certos aspectos da natureza humana literalmente os vê; seu oponente socialista vê outro conjunto e outros aspectos, e porque cada um considera o outro irracional ou perversa quando a diferença entre eles é a diferença de percepção.²²¹

A percepção que o receptor tem da notícia é influenciada pelo veículo de comunicação escolhido. Isso ocorre porque os canais de comunicação trarão visões parciais da realidade. É indesejável e, na maior parte das vezes, impossível, dar a mesma atenção às diversas perspectivas ou mesmo exibir todas elas.

Porém, a parcialidade referente ao modo de transmissão da notícia não é a única questão. Também somos influenciados pelo discurso de quem as transmite, sejam apresentadores, jornalistas, comentaristas e até mesmo entrevistados, durante ou após a divulgação. A forma de transmissão da notícia é capaz de trazer uma grande carga valorativa e moldar a opinião do público sobre o tema abordado. A influência pode se dar por imagens, adjetivos, discursos indignados ou termos que aprovem ou reprovem o evento noticiado. O público, por vezes, acredita que suas opiniões acerca dos assuntos noticiados são lógicas e racionais, quando na verdade são influenciadas por preconceitos, paixões, medos etc.²²² como notado pelos teóricos da Teoria das Elites:

Para estudar logicamente as ações não lógicas podemos conhecer pela observação apenas B (os atos, resíduos) e C (os discursos, derivações). A (sentimentos) não se oferece diretamente à observação. Podemos apenas

²¹⁹ McCOMBS. A teoria da agenda... p. 19

²²⁰ A comparação das agendas de assuntos para homens e mulheres que raramente leem um jornal diário produz uma correlação modesta de +0,55. No entanto, para homens e mulheres que leem um jornal diário ocasionalmente era de +0,80 para a agenda de assuntos mais sérios que estavam afetando a nação. Entre homens e mulheres que leem o regularmente, a agenda de assuntos foi idêntica (+1,0). Padrões similares de aumento no consenso sobre os mais importantes temas que a nação enfrenta como resultado de uma exposição maior ao jornal foi encontrado em comparação entre jovens e idosos e entre brancos e negros. O aumento no consenso entre os diversos grupos demográficos junto com o aumento de sua exposição à mídia foi também verdadeiro para os telespectadores das notícias de televisão (McCOMBS. A teoria da agenda... p. 207)

²²¹ LIPPMAN. Opinião pública. p. 120

²²² A agenda midiática é capaz de moldar a atuação das pessoas. Um exemplo disso foi o caso da coleta de evidências sobre notícias e venda de passagens e seguros numa cidade de médio porte dos EUA na qual se noticiavam, em períodos determinados, acidentes fatais ou sequestros. “como era de se esperar, as vendas de passagens mergulharam em alta saliência por semanas e, da mesma forma, os seguros de viagem cresceram. A agenda da mídia faz muito mais do que influenciar as imagens em nossas cabeças. Muitas vezes a mídia influencia nossas atitudes e opiniões e mesmo nossos comportamentos”. (McCOMBS. A teoria da agenda... p. 199)

encontrar seus sintomas em B e C, sem alcançar o conhecimento de sua essência. A permanece em zona obscura, inacessível ao entendimento. Segundo Pareto, um erro comum é tomar B como resultado necessário de C, isto é, supor que os atos derivam da sua argumentação racional, e não que o contrário (que a argumentação racional deriva dos atos já consumados). A inversão B-C (ação discurso) no lugar do movimento intuitivo C-B (discurso-ação) não é necessariamente consciente. Em muitos casos os sujeitos da ação acreditam de fato que são movidos pelas razões de seu discurso. Essa crença pode alcançar tal força que, de fato, as suas ações passem a ser orientadas pelo que originalmente era apenas uma justificação racional. Ou seja, os motivos abstratos enunciados no discurso passam a ser, efetivamente, a causa das ações – e, nesse sentido, os discursos produzem realidade. Pareto não é insensível, portanto, à possibilidade de as derivações inventarem dimensões do real, e tampouco alheio à utilidade social das crenças, embora esteja mais atento ao movimento inverso de racionalização das ações motivadas por sentimentos.²²³

Pareto já admitia que nossas ações, ainda que pareçam ou se justifiquem sob um enfoque racional, muitas vezes estão permeadas de elementos subconscientes, que são os verdadeiros motivadores. Isso faz com que as pessoas não tomem as melhores decisões possíveis em muitos momentos, visto que suas percepções podem estar nubladas por elementos que lhes dificultem um olhar racional. Passar as informações de modo parcial ou deturpado também faz com que seja mais difícil para as pessoas se organizarem e contestarem as elites. Por exemplo, apresentou-se os sindicatos dos trabalhadores como “desordeiros, nocivos à população e contrários ao interesse geral”²²⁴, de forma que muitos trabalhadores realmente acreditam serem os sindicatos nocivos ao seu interesse, não atentando para o fato deles serem uma das poucas formas que possuem para se organizar, negociar ou contestar medidas tomadas por grandes empresários ou pelo governo.

Muitas vezes as pessoas deixam de agir racionalmente devido às imagens e à retórica que são utilizadas pela propaganda. O uso da propaganda pode se dar de diversas formas, como a repetição de uma afirmação ou o uso do subconsciente. “Uma simples afirmação repetida com frequência tem mais peso que um argumento racional, e o mesmo se pode dizer do ataque direto ao subconsciente, que toma a forma de tentativas de evocar e cristalizar associações agradáveis de natureza inteiramente extrarracional”²²⁵. Ou seja, nem sempre as pessoas agirão guiadas pela racionalidade, pois questões emocionais, como a paixão, o medo, a vergonha podem influenciar mais do que estatísticas e fatos comprovados. É evidente que políticos e os meios de comunicação utilizarão esses sentimentos em suas propagandas, seja

²²³ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 26/27

²²⁴ CHOMSKY. Mídia: propaganda política e manipulação. p. 25

²²⁵ SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 349

para prender a atenção de seus consumidores, seja para influenciar suas opiniões e ações.

Do mesmo modo, a frase atribuída ao propagandista nazista Joseph Goebbels de que “uma mentira repetida mil vezes torna-se uma verdade”, ela também é capaz de influenciar o modo das pessoas agirem. Tal método é amplamente utilizado no cenário político, sendo a eleição um ótimo laboratório para verificar como a opinião pública pode ser influenciada pelos veículos de comunicação e pela propaganda²²⁶. Veja-se o caso da eleição brasileira de 2018, em que quase 84% dos eleitores do então candidato a presidente, Jair Bolsonaro, acreditavam que existia um *kit gay* sendo distribuído nas escolas pelo durante os Governos Lula e Dilma²²⁷, mesmo após o Tribunal Superior Eleitoral ter determinado a suspensão da propaganda por ser claramente mentirosa.

Para as elites é muito importante estarem próximas aos círculos de poder e, com isso, direcionar as escolhas do governo para que sejam beneficiadas pelas políticas públicas.

A democracia é narrada como um mercado político. Os critérios de definição do voto não são expressão direta das vontades dos eleitores, mas resultado de estratégias eleitorais dos políticos. Os homens comuns, compradores ou votantes, não são, portanto, sujeitos de seu desejo, mas vítimas e objeto de um desejo moldado a partir de fora.²²⁸

Há a crença de que pessoas com nível de escolaridade elevado acabam sendo menos influenciadas pelas notícias, mas isso comprovou-se não ser verdade. Segundo Maxwell McCombs, baseado em estudos sobre a influência da mídia na percepção da importância de diversos assuntos, afirma que “pessoas bem educadas não mostram qualquer tendência superior a dos indivíduos menos educados para argumentar contra ou para erguer barreiras psicológicas ao acatamento da agenda da mídia”²²⁹. Isso demonstra que, mesmo pessoas com nível cultural mais elevado são tão influenciáveis pelos meios de comunicação quanto as com baixa escolaridade. Tal fato já havia sido constatado por Schumpeter, que nos dá o exemplo de um advogado que fala de questões atinentes ao seu trabalho com maestria, mas quando se trata de assuntos que não dizem respeito ao seu objetivo profissional “a ignorância persistirá, mesmo diante de grandes quantidades de informação completa e correta”. Isto ocorre

²²⁶ McCOMBS. A teoria da agenda... p. 30

²²⁷ <https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/pesquisa-mostra-que-84-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditam-no-kit-gay/> acesso em 05 de janeiro de 2019

²²⁸ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 51

²²⁹ McCOMBS. A teoria da agenda... p. 73

porque as pessoas trazem consigo diversos “preconceitos e impulsos extrarracionais ou irracionais”²³⁰, que turvam suas visões sobre assuntos para os quais não se capacitam, como questões políticas, econômicas, educacionais, sociais, etc.

Já foi o tempo em que se acreditava que os jornais eram neutros²³¹, cada dia está mais evidente que há uma orientação político-ideológica nos meios de comunicação, quando não interesses políticos ou econômicos. Por meio da propaganda é possível não apenas criar vontades, mas também gerar ações e orientações políticas, fazendo com que as pessoas não atuem de acordo com a realidade, mas no pseudoambiente criado pela mídia com base nos “temas que os meios de comunicação elegem como mais significativos”²³². O medo é um dos sentimentos mais utilizados para orientar comportamentos, pois uma pessoa aterrorizada tende a neutralizar seus impulsos racionais²³³. A manipulação desse medo pode ser vista em diversos episódios da história brasileira em que se utilizou – e ainda se utiliza – uma suposta ameaça comunista para fazer propaganda negativa de atores ou partidos políticos. É normal que para manipular a opinião pública sejam utilizados apelos emotivos disfarçados de fatos ou argumentos.²³⁴

Também não é incomum os meios de comunicação ou a propaganda incutirem valores nos seus consumidores. Nas eleições americanas de 2015, o candidato Donald Trump foi capaz de exacerbar o ódio aos imigrantes²³⁵, numa campanha que os tratava como um dos principais problemas dos Estados Unidos. Já nas eleições para a prefeitura da cidade de São Paulo, no mesmo ano, o candidato João Dória venceu com um discurso de renovação política que estava amparado em diversos escândalos de corrupção ocorridos no Brasil durante os governos do Partido dos Trabalhadores, mote que também foi utilizado pelo candidato vitorioso nas eleições

²³⁰ SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 355

²³¹ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 63

²³² GOMES. Mídia e sistema penal... p. 68

²³³ “quanto mais frágil for o elemento lógico nos processos da mente pública e mais completa for a falta de crítica racional e da influência racionalizadora da experiência e da responsabilidade pessoal, melhores são as oportunidades para os grupos com interesses escusos. Esses grupos podem ser constituídos políticos profissionais, ou por defensores de um interesse econômico, ou por idealistas de um ou de outro tipo, ou por pessoas simplesmente interessadas em encenar e dirigir os *shows* políticos. (...) eles são capazes de plasmas e, dentro de limites muito amplos, até mesmo criar a vontade do povo. O que observamos ao analisar os processos políticos é em grande medida não uma vontade autêntica, e sim uma vontade fabricada.” (SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 356)

²³⁴ SCHUMPETER. Capitalismo, socialismo e democracia. p. 357

²³⁵ <https://www.splcenter.org/news/2017/02/15/hate-groups-increase-second-consecutive-year-trump-electrifies-radical-right> - acesso em 12 de abril de 2019

presidenciais, Jair Bolsonaro. Até que ponto imigrantes e a corrupção de apenas um partido, sem atentar para os demais, influenciam na vida dos cidadãos a ponto de escolherem seus candidatos? Essas preocupações não teriam sido geradas devido a uma propaganda promovida pelos meios de comunicação e discursos de políticos? Será que a questão dos imigrantes e da corrupção foram tratados de forma racional e imparcial pelos meios de comunicação?

Os controladores dos meios de comunicação sabem que “quando as agendas de atributos da mídia e do público incluem tons afetivos assim como atributos substantivos, estas imagens dos objetos das notícias podem carregar fortes emoções e sentimentos, ou seja, opiniões”²³⁶, e assim exploram essas opiniões e trabalham com o inconsciente coletivo, inculcando preconceitos ou ideias que trabalham muito mais com o lado emocional do que com o racional. O medo acaba sendo um catalisador para esse tipo de ação por parte da mídia, pois ao se trabalhar com notícias que aterrorizam o espectador, a racionalidade muitas vezes cede lugar à emoção. Com isso é fácil conseguir o consenso e orientar o povo, criando-se slogans e vendendo o inimigo como provedor de todos os males.

Assim, pode-se jogar trabalhador contra trabalhador para que os proprietários das grandes empresas continuem lucrando sem que as greves sejam um problema, uma vez que os sindicatos que lideram as greves são baderneiros, rejeitados pelos próprios trabalhadores. Da mesma forma, se divulga que as estatais não funcionam e que servidores públicos são ineficientes²³⁷; professa-se o Estado mínimo na economia, buscando a redução de investimentos públicos; e o Estado máximo penal,

²³⁶ McCOMBS. A teoria da agenda... P. 185

²³⁷ VARGA LLOSA, Mário. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução: Ivone Benedetti. 1ª ed. Rio de Janeiro. Objetiva. 2013. p. 121; Atílio Borón entende que a sociedade neoliberalista é capaz de diversas contradições causada, entre outros fatores, pela via “ilusória da televisão, que assim se converte em um fator de poder excepcional em nossas sociedades, capaz de ‘inventar’ presidentes e destroçar lideranças que lhe são adversas. (...)”

“Uma sociedade como a que descrevemos, onde se debilitou até limites extremos a integração social e se dissolveram os laços sociais e a trama de solidariedade preexistente, é também uma sociedade onde as tradicionais estruturas de representação coletiva dos interesses populares se acham em crise. Partidos e sindicatos percebem como sua eficácia reivindicativa e sua credibilidade social são erodidas pelas tendências irracionais do capitalismo neoliberal, que destrói precisamente as arenas nas quais tanto uns como outros devem desenvolver suas iniciativas. O esvaziamento da política, crescentemente convertida em um assunto ‘mass mediático’ e no qual a televisão substitui a ágora, converte os partidos em simples carimbos privados de qualquer capacidade de convocação e de mobilização” (BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In SADER, Emir; Gentili, Pablo. Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1995. 63-118. p. 107 e 108)

sem divulgar os custos do sistema de justiça, das polícias e do sistema carcerário²³⁸. A opinião pública, guiada pela parcialidade da informação e retórica do discurso, aprova privatizações sem se dar conta de que ao colocar a prestação de serviços nas mãos da iniciativa privada, pode estar criando monopólios que podem custar mais caro para quem os utiliza ou para o contribuinte do que se o serviço fosse público. Muitas vezes, sequer há contrapartida, como a melhoria na prestação do serviço. Com isso, grandes empresários, que fazem parte da elite, têm lucros cada vez maiores, ainda que isso piore a qualidade de vida da população. Ou seja, com o uso da mídia, as elites conseguem manipular as massas a tal ponto que aprovam medidas que lhes prejudicam.

2.3. Internet e mídias sociais

Com a internet as pessoas podem compartilhar informações mais fácil e rapidamente. Como qualquer pessoa pode ter um site, a divulgação de notícias, de opiniões e pontos de vista acabou sendo facilitada. As mídias sociais também tornaram mais rápido e fácil divulgar informações. Isso, em tese, poderia ter contribuído para uma ruptura capaz de retirar das elites o poder exercido através do controle das informações, mas o que ocorreu foi a utilização do espaço virtual para conseguir maior controle sobre as massas, que passaram a atuar como propagadoras de valores e notícias – verdadeiras ou falsas – que beneficiam as elites na luta pelo poder.

Primeiramente é necessário dizer que, se por um lado houve uma democratização no acesso e na divulgação de notícias e informações, é preciso levar

²³⁸ Pode-se dizer que o discurso de recrudescimento penal que é trazido por grande parte dos políticos, em especial aqueles que desejam uma menor atuação estatal, é incoerente, pois muitas vezes a violência se dá por questões econômicas e exclusão social causadas pela ausência do Estado. Na mesma medida em que se advoga um Estado mínimo, com a iniciativa privada exercendo funções que antes eram obrigações estatais, busca-se um Estado máximo em matéria penal, para que se possa punir os marginalizados, na maioria aqueles que não contaram com prestações mínimas por parte do Estado. Sobre o tema: “se as mesmas pessoas que exigem um Estado mínimo, a fim de ‘liberar’ as ‘forças vivas’ do mercado e de submeter os mais despossuídos ao estímulo da competição, não hesitam em erigir um Estado máximo para assegurar a ‘segurança’ no cotidiano, é porque a pobreza do Estado social sobre o fundo de desregulamentação suscita e necessita da grandeza do Estado penal. É porque esse elo causal e funcional entre os dois setores do campo burocrático é tanto mais forte quanto mais completamente o Estado se livra de qualquer responsabilidade econômica e tolera, ao mesmo tempo, um elevado nível de pobreza e uma ampliação da escala das desigualdades” (WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2003. p. 48)

em consideração que os grandes veículos de comunicação também passaram a explorar o espaço virtual²³⁹, com seus próprios sites. Muitas vezes são os sites ligados aos grandes grupos de mídia que pautam a agenda noticiosa, pois há custos elevados para produzi-las.

É evidente que esses veículos passaram a concorrer não apenas com veículos de comunicação internacional, mas com pequenos sites, pois a possibilidade de transmitir notícias e informações pela internet tornou a divulgação e a transmissão da notícia mais barata. Antes, era necessário imprimir e distribuir fisicamente os exemplares de revistas e jornais, ter uma concessão pública, um espaço em estúdios e alugar satélites para transmissão televisiva. Hoje é possível divulgar opiniões via sites ou mesmo pelo Twitter, Facebook, Whatsapp etc., fazendo com que mais de um ponto de vista seja divulgado, não necessariamente atrelado à visão das elites.

Com a difusão da internet e, principalmente, com a criação das redes sociais, possibilitou-se a entrada de outros atores no universo da informação. Há muitos grupos e pessoas que se valem das redes sociais tanto para entretenimento como para divulgação de trabalhos, estudos e opiniões ou para influenciar politicamente os espectadores. Com a internet foi possível criar um espaço alternativo às mídias tradicionais para discussão e compartilhamento de notícias e de ideias. Muito do que era represado pela mídia tradicional, pelos mais diversos motivos, ganhou espaço com a popularização da internet.

Antes da internet havia poucos meios de comunicação que comunicavam para muitas pessoas. Com isso, os veículos de comunicação tradicionais podiam selecionar o que seria transmitido, possuindo muito mais poder que hoje e podiam barrar notícias ou ideias que fossem contrários aos valores internalizados pelos seus proprietários e anunciantes. Porém, com o advento da internet isso não é mais possível, de modo que mesmo aquilo que contraria os interesses das mídias tradicionais pode ter grande repercussão, pois no mundo virtual é possível a quase todos expressar uma opinião ou ponto de vista. Criou-se a ideia da comunicação *muitos-para-muitos*, que significa que muitas pessoas podem transmitir conteúdo muitas pessoas, o que “facilitou demais a coordenação dos ativistas”²⁴⁰, que poderiam

²³⁹ “A maioria dos sites noticiosos na internet é subsidiária da mídia tradicional, as versões *online* dos jornais, revistas, redes de televisão e canais de emissoras de TV noticiosas a cabo. Grandes conglomerados de mídia cujos interesses se espalham ao longo de uma variedade de veículos de mídia também possuem muitos dos mais populares sites” (McCOMBS. A teoria da agenda... p. 225)

²⁴⁰ MOUNK. O povo contra a Democracia... 2019. p. 174

juntar pessoas em torno de uma causa muito mais facilmente e modificando a política, pois tornou possível a mobilização sem a dependência de grandes estruturas ou vultosas somas financeiras.

Mas as mídias tradicionais não barravam apenas as notícias, informações ou opiniões que fossem contra os interesses de seus proprietários, também impediam a difusão de muitas visões radicais ou absurdas²⁴¹. Com a internet e com o fim do controle do que seria comunicado renasceram ideologias que se acreditava terem sido sepultadas dos círculos de discussão, estando restritas a pequenos grupos com capacidade de mobilização e alcance insignificantes, como o nacionalismo extremista, racismo e xenofobia e o totalitarismo.

O predomínio dos meios de comunicação de massa limitava a distribuição de ideias extremistas, criava um conjunto de fatos e valores compartilhados e dificultava a disseminação de notícias falsas. Mas o surgimento da internet e das mídias sociais enfraqueceu os difusores tradicionais da informação, empoderando movimentos e políticos outrora à margem.²⁴²

Do mesmo modo que a internet e as redes sociais possibilitaram maior engajamento e coordenação de ideais políticos com a inclusão de mais atores, mais acesso e maior divulgação de informações e pontos de vista, também foi através dela que se tornou possível um ingresso maior de posições extremistas, excludentes e antidemocráticas²⁴³. Isso se deve, em parte, ao fato dos comunicadores digitais utilizarem notícias falsas, parciais ou distorcidas, usando o medo e a indignação da população para angariar seguidores, disseminar suas ideias, atacar seus adversários²⁴⁴, criar inimigos ou expor pontos de vista sem qualquer base científica, deturpando conceitos e propagando desinformação de forma deliberada²⁴⁵.

²⁴¹ Por absurdas se entendem informações comprovadamente falsas ou ultrapassadas, como o questionamento sobre a eficácia da vacinas ou sobre o formato da Terra.

²⁴² MOUNK. O povo contra a Democracia... 2019. p. 166

²⁴³ Pode-se dar o exemplo dos grupos que pregam a volta da ditadura no Brasil (<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,manifestantes-fazem-atos-contra-e-em-defesa-da-ditadura-militar-pelo-brasil,70002774764> – acesso em 26 de maio de 2019), os grupos contra imigração na Europa e nos EUA (MOUNK. O povo contra a Democracia... 2019. p. 200 et. seq.)

²⁴⁴ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 239; <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/estudo-responsabiliza-site-de-opiniao-politica-e-mbl-por-espalhar-fake-news-sobre-marielle/> - acesso em 26 de maio de 2019

²⁴⁵ Podemos citar Olavo de Carvalho e o MBL como digitais influencers que se valem do prestígio que a internet propicia a pessoas com boa retórica e pouco conhecimento para divulgar informações comprovadamente falsas para angariar seguidores ou ampliar a influência política. Entre as informações falsas pode-se citar o fato de dizer que monopólio capitalista é o mesmo que socialismo (https://www.youtube.com/watch?v=YQB60Qnr_VE – acesso em 26 de maio de 2019), que o nazismo é um movimento político de esquerda (https://www.youtube.com/watch?v=oODfzPLE_m4 – acesso em 26 de maio de 2019), alegação que o regime semiaberto não existe falsas informações sobre modificações legislativas e jurisprudenciais (<https://www.youtube.com/watch?v=SR5giS2MSlc> – acesso em 26 de maio de 2019), falsas informações sobre situação prisional e progressão de regime

A internet havia não apenas democratizado a informação de maneira inimaginável, como também estava fazendo com que a “sabedoria das multidões” tomasse o lugar do conhecimento legítimo, nublando perigosamente os limites entre fato e opinião, entre argumentação embasada e bravata especulativa.²⁴⁶

Um dos motivos para tais pessoas e assuntos ganharem notoriedade é porque as redes sociais trabalham com algoritmos que medem quais assuntos são de interesse e quais as pessoas ou páginas há mais afinidade, exibindo aquilo que se deseja acessar, confirmando a visão do mundo do usuário, independentemente da veracidade das informações ou credibilidade das fontes.

As mídias sociais funcionam como bolhas de informação. Um dos resultados é que a alienação das pessoas tende a aumentar; antes havia os pontos de vista dos diversos meios de comunicação tradicional, hoje, se a pessoa utilizar apenas as mídias sociais para se informar, terá acesso somente às informações que lhe agradam, fazendo parecer que o restante do mundo pensa como ela. Consequentemente, o debate e o confronto de ideias tende a ser cada vez menor, além de facilitar às elites atingir seu público.

Como as mídias sociais permitiam às pessoas fazer a curadoria de suas próprias fontes de informação, sugeriu, elas ensejariam o surgimento de “câmaras de eco” em que os usuários se cercariam de outros com orientação política similar. Paradoxalmente, a facilidade cada vez maior de comunicação com qualquer pessoa do mundo pode desse modo levar a muito menos comunicação de parte a parte nas discórdias sociopolíticas mais pronunciadas.²⁴⁷

Também é preciso ter em mente que tudo que é divulgado, clicado e lido na internet fica registrado, e empresas podem utilizar esses registros para direcionar anúncios ou produzir conteúdo visando atingir públicos determinados²⁴⁸. Ou seja, mais uma vez surge o problema das elites guiando os valores das massas.

Antes, as mídias tradicionais possuíam o monopólio das notícias e, em decorrência disso, eram as únicas que podiam divulgar maciçamente informações

(<https://www.youtube.com/watch?v=DU8cbcgrzgU> – acesso e 26 de maio de 2019). Para disseminar informações falsas utiliza-se o ódio fabricado contra determinados setores que devem ser segregados por apresentarem valores e opiniões divergentes, criando “uma espécie de reação hipnótica de ódio que age por contaminação. Por exemplo, se o PT tem casos de corrupção, as pessoas que simpatizam com ele são automaticamente defensoras da corrupção ou ,até, corruptas elas mesmas. A contiguidade do ódio passa do PT para o comunismo, daí para o esquerdismo, gênero ideologia e disso para qualquer sintagma que contenha a expressão ‘social’ (por isso o Partido Nacional Socialista de Hitler se torna automaticamente de esquerda)” (DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo. Companhia das Letras. 2019. p. 116-135. p. 128)

²⁴⁶ KAKUTANI, Michiko. A morte da verdade. Tradução André Cazarnobai, Marcela Darte. Rio de Janeiro. Intrínseca. 2018. p. 39

²⁴⁷ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 176

²⁴⁸ <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43705839> - acesso em 05 de janeiro de 2018

deturpadas. Hoje, qualquer pessoa pode fazê-lo, com um complicador a mais, pode-se controlar as mídias tradicionais por meio de direitos de respostas, multas e indenizações caso alguém se sinta ofendido e busque a guarida do Poder Judiciário. Já na internet esse controle é muito mais difícil, pois não é tão simples encontrar a pessoa que criou a informação falsa e a divulgação da informação é incontável em mídias sociais como Whatsapp e Telegram, que possuem tecnologia de criptografia para proteger as informações trocadas por seus usuários. Já as mídias sociais abertas, como Facebook e Twitter, possuem mecanismos de compartilhamento que facilitam a disseminação de todo tipo de informação, inclusive falsas ou deturpadas.

2.3.1. Fake News: desinformação e corrosão da Democracia

A verificação da veracidade das informações torna-se mais difícil no momento em que as redes sociais trabalham com bolhas de informação. Mesmo que as notícias sejam falsas, é reforçada a visão de mundo do destinatário, ou seja, dificilmente a informação será rejeitada, pois traz dados que lhe agradam²⁴⁹. A internet e as mídias sociais têm sido um ótimo laboratório para conformar a tese de Freud, que “afirma que ‘as massas não têm sede verdade’”²⁵⁰. Há diversas fontes de informação na internet, mas muitos sites trazem notícias e informações falsas ou deturpadas, fazendo com que seja cada vez mais difícil saber se o que se acessa é ou não verdadeiro. “A proliferação das fontes de notícias dificulta entender o que de fato está acontecendo. As pessoas tendem a procurar o que querem ouvir, de modo que no fim das contas ninguém fica muito informado”²⁵¹.

A tendência das pessoas é aceitar as informações que confirmem sua visão de mundo e rejeitar aquelas que criticam ou sejam contrárias ao que pensam²⁵², fazendo com que notícias falsas não sejam questionadas, por mais absurdas que possam parecer ao observador externo²⁵³. Há um problema ainda maior, as notícias falsas

²⁴⁹ <https://epoca.globo.com/quase-metade-da-populacao-acredita-em-noticias-falsas-23331540> - acesso em 05 de janeiro de 2018

²⁵⁰ DUNKER. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. p. 119

²⁵¹ RUNCIMAN, David. Como a Democracia chega ao fim. Tradução Sergio Flaksman. São Paulo. Todavia. 2018. p.41

²⁵² VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. Science, [S.L.], v. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151. DOI: 10.1126/science.aap9559, 9 mar. 2018. p. 1150

²⁵³ “segundo uma pesquisa realizada em agosto de 2016, 42% dos eleitores registrados passara a acreditar que Hillary Clinton era ‘do mal’. Em uma pesquisa ainda mais surpreendente feita na Carolina do Norte, dias após Trump ter se referido a Clinton como o ‘demônio’, 41% de seus apoiadores

trazem elementos emotivos com o objetivo de engajar as pessoas, com um poder de disseminação maior do que as notícias verdadeiras²⁵⁴. Em geral, as notícias falsas trazem novidades, coisa que nem sempre acontece com as verdadeiras. Sendo que novidades tendem a gerar uma interação maior entre os usuários das mídias sociais²⁵⁵.

Devemos ter em mente que há diversos mecanismos de divulgação de mensagens, notícias e informações que podem ser utilizados, desde se pague por isso. Assim, para as elites que disputam o poder, a internet passou a ser mais uma maneira de direcionar a forma como as pessoas pensam²⁵⁶, inclusive com a utilização de ferramentas (robôs) para impulsionar conteúdo artificialmente²⁵⁷. Ao invés de trazer visões distintas para se contrapor ao poder dos meios de comunicação tradicionais, divulgar novas notícias, vieses e opiniões, incluir novos atores e tornar mais aberta, justa e leal a disputa pelo poder, minando assim o poder das elites, a internet fez com que essa disputa ganhasse um novo elemento indesejável, a disseminação incontrolável e maciça de notícias e informações falsas, que minam a Democracia, pois as pessoas tomam suas decisões baseadas em mentiras. Isso ficou evidente durante a eleição de Donald Trump²⁵⁸, nos EUA, e de Jair Bolsonaro²⁵⁹, no Brasil, tendo o caso brasileiro sido tão alarmante que outros países estão buscando meios

afirmavam acreditar que isso era 'literalmente verdade'". (MOUNK. O povo contra a Democracia... 2019. p. 178)

²⁵⁴ VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. *Science*, [S.L.], v. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151. DOI: 10.1126/science.aap9559, 9 mar. 2018. p. 1147/1148

²⁵⁵ VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. *Science*, [S.L.], v. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151. DOI: 10.1126/science.aap9559, 9 mar. 2018. p. 1149

²⁵⁶ Durante as eleições brasileira de 2018 empresários gastaram, ao que tudo indica de forma ilegal, pelo menos 12 milhões de reais para alavancar mensagens com notícias e informações (muitas delas falsas) que beneficiaram o candidato eleito, Jair Bolsonaro - <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> - acesso em 10 de janeiro de 2019

²⁵⁷ LEMOS, Ronaldo. Diante da realidade, seis ficções epistemológicas. In *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo. Companhia das Letras. 2019. p. 195-210. p. 200

²⁵⁸ <https://forbes.uol.com.br/negocios/2016/11/como-boatos-ajudaram-a-eleger-donald-trump-nos-eua/> - acesso em 08 de janeiro de 2019; <http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/noticias-falsas-sobre-eleicoes-nos-eua-superam-noticias-reais.html> - acesso em 08 de janeiro de 2019

²⁵⁹ <https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/das-123-fake-news-encontradas-por-agencias-de-checagem-104-beneficiaram-bolsonaro/> - acesso em 08 de janeiro de 2019; <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/90-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditaram-em-fake-news-diz-estudo.shtml> - acesso em 08 de janeiro de 2019; DUNKER. *Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático*. p. 122

jurídicos para impedir que mentiras divulgadas pela internet influenciem tanto as eleições²⁶⁰.

As elites possuem capacidade econômica de pagar pela confecção e disseminação de tais notícias, contratando pessoas ou empresas que possuam robôs que interagem com as notícias. Com isso, a internet e as *fake news* tornaram-se mais uma arma para as elites na tentativa de chegarem ao poder. Ocorre, porém, que se antes a informação era distorcida ou os apresentadores e entrevistados eram parciais, no espaço virtual pode-se trabalhar com fatos comprovadamente falsos e, ainda assim, haverá grande repercussão, pois não faltam pessoas que acreditam em informações que confirmam seus pontos de vista, por mais estranhas que essas informações sejam. A Democracia tende a ficar enfraquecida, pois os eleitores podem tomar decisões baseados em mentiras que muitas vezes incitam o ódio e a segregação de quem não possui os mesmos pontos de vista, fazendo com que as pessoas internalizem um “ódio segregativo”, no qual “a mera existência do outro, que não experimenta os mesmos valores e não goza da mesma maneira que ‘nós’, torna-se uma ofensa perturbadora”²⁶¹.

A divulgação de falsas notícias via internet, em especial nas eleições brasileira e norte americana, demonstram como a Teoria das Elites pode ser universal ao descrever o funcionamento político das sociedades, pois mesmo quando há abertura para pessoas participarem mais da vida política da sociedade, os detentores dos meios de produção e do capital criam ferramentas de manipulação das massas. Com isso, um mecanismo que num primeiro momento pareceu ser capaz de trazer novidades promissoras para o jogo democrático, uma vez que auxiliava a universalização do acesso à informação e quebrava o monopólio dos grandes cartéis de comunicação, acabou por atentar contra a própria Democracia, já que está sendo utilizado para disseminação de informações falsas ou deturpadas, atingindo um número muito maior de pessoas que nelas acreditam.

²⁶⁰ <https://exame.abril.com.br/brasil/senador-chileno-propoe-lei-bolsonaro-contra-politicos-que-usam-fake-news/> - acesso em 08 de janeiro de 2019; <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-07/fake-news-paises-europeus-combatem-o-problema-de-formas-distintas> - acesso em 08 de janeiro de 2019

²⁶¹ DUNKER. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. p. 128

2.4. O poder através do medo

Durante muito tempo era fácil incutir medo nas pessoas sob ameaça de guerras, invasões estrangeiras ou golpes comunistas. Com o final da Guerra Fria, essas ameaças, ainda que sejam utilizadas para ludibriar pessoas alienadas, perderam muito sentido. Foi preciso criar outros inimigos. Se na Idade Média as pessoas tinham medo de bruxas e do demônio, nos dias atuais trocaram-se essas figuras pelo traficante, ladrão e terrorista.

O fenômeno de se utilizar o crime como meio de atrair a atenção dos leitores e telespectadores foi notado há muito tempo, assim como o efeito eleitoral que um suposto combate ao crime pode trazer ao candidato. “existe um nexos poderoso entre poder e medo. O medo sempre foi o principal recurso e a principal fonte de poder”²⁶². Incute-se o medo no imaginário popular com o objeto de controlar a massa e orientar todos no mesmo sentido. O medo também é utilizado como cortina de fumaça para que ações governamentais impopulares passem despercebidas, como, por exemplo, o perdão das dívidas dos bancos e grandes empresas. Ao dividir espaço no noticiário com eventos violentos, perdem parte de sua relevância junto à opinião pública.

Além disso, a utilização do medo é um ótimo instrumento para angariar votos, ou seja, serve como plano de campanha na disputa das elites pelo poder. Há pessoas que pedem uma punição maior para quem pratica crimes de massa, outros grupos alicerçam seus discursos no combate à corrupção, enquanto políticos que defendem minorias como negros, homossexuais e mulheres tentam criminalizar condutas que afetam seus representados. Em geral a imagem utilizada em todos esses casos é assustadora: do bandido armado numa rua escura; do político inescrupuloso que retira dinheiro de escolas e hospitais, causando a morte e a miséria de milhares de pessoas; do estupro bêbado ou drogado; ou do nazista homofóbico. São usados elementos emotivos que façam parecer que ninguém está a salvo, que qualquer um pode ser a próxima vítima. Independente do viés ideológico, há um consenso na utilização do medo para angariar apoio popular.

Os fatos são apresentados numa perspectiva que alimenta no público a sensação de proximidade com os acontecimentos. É como se as pessoas mergulhassem na realidade dos *mass media*, substituindo, por esta, a própria realidade. A principal consequência desse processo de *confusão do real* é a conformação do imaginário coletivo com percepções inexatas do mundo que geram um sentimento de incapacidade para interferir no curso de problemas

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 119

ilusórios, ou, ao menos, de problemas com dimensões ilusórias. Crimes cometidos com emprego de violência ganham na agenda midiática uma atenção desproporcional e são noticiados como uma ameaça iminente à segurança do público, um risco concreto que está a bater a porta das pessoas; o tratamento do criminoso (ou suspeito) e a vítima é sempre maniqueísta, pautado por estereótipos²⁶³.

As estratégias eleitorais na atualidade colocam o crime como um dos seus protagonistas. Por meio dele difunde-se a ideia da luta do bem contra o mal. Sejam os crimes de massa, como roubos, tráfico de drogas e assassinatos, sejam os crimes econômicos, como corrupção, tráfico de influência e lavagem de dinheiro. Passou-se a utilizar o medo e a repulsa que o crime traz para amparar um discurso populista e eleitoreiro. As massas são manipuladas com a ideia de que tal ou qual candidato irá acabar com o crime, extirpando o mal da sociedade.

Com a internet e as mídias sociais as notícias sobre violência e desastres naturais, com e sem a interferência humana, passaram a ter um alcance muito maior, que, somadas às informações falsas ou distorcidas sobre o fenômeno violência tomam grandes proporções.

Notícias sobre ações violentas e práticas criminosas ocorridas em locais longínquos ultrapassam barreiras e são propagadas a pessoas inseridas em contextos sociais e criminológicos distintos. O medo é transmitido em alta velocidade, embarca nessa via rápida de troca de informação e acaba por se ramificar nos mais diversos contextos sociais. Medos novos, medos velhos, medos invisíveis, medos irracionais, medos até mesmo inventados são disseminados ao redor do mundo através das relações interpessoais, fortalecidas pela acessibilidade propiciada pelas redes sociais.²⁶⁴

Ao medo fabricado e estimulado pela internet e mídias sociais soma-se ao medo baseado em experiências reais, das quais a pessoa ou pessoas próximas foram vítimas, gerando insegurança e fazendo com que as pessoas busquem soluções rápidas para aplacar esses temores.

Com seus discursos alarmistas, disseminados tanto pelos meios de comunicação tradicionais quanto pela internet e mídias sociais, políticos buscam votos dos cidadãos horrorizados com a criminalidade, enquanto grupos autoritários e populistas trazem uma plataforma de retirada de direitos e normalização de atitudes totalitárias, como tortura, relativização de nulidades e vigilantismo. Tudo isso, além de permear a Democracia com elementos autoritários²⁶⁵, faz com que o sistema penal seja corrompido, de forma que tanto o Direito Penal como o Processo Penal não

²⁶³ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 108

²⁶⁴ RIBOLI, Eduardo Bolsoni; LOPES, Andressa Batista. Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade legislativa penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 147. Ano 26. p. 273-310. São Paulo: ed. RT. Setembro 2018. p. 275

²⁶⁵ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 130 e 131

cumprirão seu objetivo. Pesquisas e especialistas são desprezados em detrimento de propostas ineficientes, como a simples edição de uma lei ou aumento da pena para determinados crimes. A ideia de ignorar os especialistas é rejeitada até mesmo por Schumpeter, que acredita que a propaganda é essencial para as elites no jogo democrático:

O governo e o parlamento têm de aceitar o parecer dos especialistas, independente do que eles porventura pensarem. Porque o crime é um fenômeno complexo. De fato, o termo engloba muitos fenômenos que têm pouquíssimo em comum. Os *slogans* populares a seu respeito são quase invariavelmente errôneos. E um tratamento racional do crime requer que a legislação sobre a matéria esteja protegida tanto dos arrebatamentos do revanchismo quanto dos arrebatamentos de sentimentalismo, aos quais os leigos no governo e no Parlamento são propensos a se entregar alternativamente.²⁶⁶

Conforme veremos nos próximos capítulos, a utilização do medo e do crime como estratégia eleitoral na disputa entre as elites acaba corrompendo a Democracia, pois permite impor elementos autoritários dentro do sistema penal, como o desrespeito à lei e à Constituição através dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ainda, acaba por afastar o Direito Penal de seus objetivos, causando descrença nas instituições públicas.

²⁶⁶ SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, socialismo e democracia. tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo. Editora UNESP. p. 396

3. MEDO, POPULISMO E SISTEMA PENAL

Conforme exposto anteriormente, as elites utilizam os meios de comunicação na luta pelo poder, pois, a partir da conquista da opinião pública, conseguem angariar votos e apoio necessários para alcançar e manter posições de controle, influenciando projetos e políticas, de acordo com seus interesses. Para esta finalidade, o controle de veículos de mídia, com o direcionamento do interesse popular por meio das notícias a serem transmitidas, é uma ferramenta amplamente utilizada para a criação e manutenção do consenso necessário à coesão social²⁶⁷.

Neste momento, o sistema criminal apresenta papel especialmente relevante, já que a manipulação de notícias capazes de causar medo na população permite o direcionamento das visões e opiniões de grande parte das massas para um discurso voltado à ideia de combate ao crime. Com uma população artificialmente aterrorizada pela violência ou indignada com desvios de pessoas públicas, é possível adotar medidas com apelo populista, as quais podem servir como cortina de fumaça para que políticas impopulares – ou mesmo contrárias ao interesse das massas – sejam implementadas. Mais do que isso, o apoio popular a medidas impostas com a finalidade de aplacar o medo, ainda que sejam pontuais, descoordenadas e inócuas, permitem o estabelecimento de uma associação direta entre a ideia de segurança e as elites asseguram sua presença no poder.

O discurso manipulador recorre a argumentos de ordem moral ou afetiva (medo/compaixão) e é acompanhado, muitas vezes, d uma sanção potencial, positiva (promessa de um benefício, de um amanhã melhor) ou negativa (ameaça de uma desgraça) impedindo uma reflexão por parte do manipulado.²⁶⁸

Temas emotivos são ótimas ferramentas para envolver pessoas e conseguir apoio popular. Do mesmo modo, notícias e temas comoventes e com fortes tons de dramaticidade também são interessantes para a imprensa, que consegue cativar seu espectador ou leitor. Sites, blogs e páginas em mídias sociais contam com uma forte carga emocional tornando possível alavancar o número de acessos, leitores e seguidores, e, com isso, angariar patrocinadores e anunciantes. Ou seja, há um forte ponto de convergência entre os interesses do poder político e os da imprensa: atingir as emoções do espectador.

²⁶⁷ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 64

²⁶⁸ CHARAUDEAU, Patrick. A opinião pública: como o discurso manipula as escolhas políticas. Tradução de Angela M. S. Corrêa. São Paulo. Contexto. 2016. p. 69

Tanto políticos quanto a imprensa tradicional notaram isso há muito tempo, de forma que as notícias e os discursos políticos se retroalimentam. O fenômeno se agravou com o advento da internet e das mídias sociais, já que os produtores de seus conteúdos não possuem demandas mínimas de isenção exigidas das mídias tradicionais²⁶⁹.

Nas mídias tradicionais é preciso ter certo equilíbrio e sobriedade, sem grandes arroubos emotivos e com alguma exposição de visões opostas sobre um mesmo tema, para que a parcialidade não seja escancarada. Também existe o direito de resposta àqueles que porventura se sintam prejudicados pelas matérias. Já a internet dispensa tais exigências. No espaço virtual, opiniões emocionadas, visões parciais e informações falsas dificultam a responsabilização do emissor e, muitas vezes, do próprio proprietário do site porque muitas opiniões são anônimas ou de difícil localização, responsabilização, controle ou prestação de contas.

Ainda merece destaque o fato de que as mídias sociais são organizadas por meio de algoritmos que selecionam o público alvo²⁷⁰ e concentram as notícias de acordo com sua preferência. Assim, mesmo que as informações sejam equivocadas, falsas ou explorem o sentimentalismo, encontram eco pois, como já vimos anteriormente, as pessoas acreditam nas informações que confirmem o seu modo de pensar. Os algoritmos não selecionam de acordo com a veracidade das informações, mas de acordo como os interesses do receptor.

É evidente a necessidade de manter os espectadores e os seguidores sempre munidos de informações novas, pois há o desejo de garantir a dominação através do

²⁶⁹ A neutralidade da imprensa efetivamente não existe, mas os veículos de comunicação tradicional precisam seguir algumas regras, como, por exemplo, direito de resposta às personagens citadas. Ainda, há um controle maior das mídias tradicionais do que das mídias eletrônicas ou redes sociais, visto que muitas pessoas se valem do anonimato das mídias sociais e da internet para divulgar informações falsas e ofensivas, o que geraria indenizações direitas e respostas nos veículos de comunicação tradicionais.

²⁷⁰ O direcionamento das informações se dá de modo a conseguir trazer ao consumidor da informação aquilo que ele deseja ouvir. Como foi falado, em uma democracia não há uma elite, mas diversas elites buscando e se alternando no poder. Os veículos de comunicação tradicionais ou não tendem a aderir a essas elites e passar as informações para o seu público alvo, que, como as elites “longe de ser homogêneo e indefeso, o público dos *mass media* é heterogêneo, tem suas próprias redes de influência e está fortemente inclinado a identificar-se com as mensagens da mídia, desde que elas sejam coincidentes com seu estatuto socioeconômico, de raça, religião, idade, local de residência etc.” (RAMOS, Silvia. Violência, crime e mídia. In LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (org.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo. Contexto. 2014. 175-186. p. 177). Se antes o receptor selecionava os veículos a partir das informações que lhe agradavam, na internet essa seleção passa a ser intermediada por meio de fórmulas capazes de trazer aquilo que mais o agrada, de modo a fazer com que o casamento entre a elite e o seu eleitor tenha como intermediário fórmulas matemáticas.

discurso, e para isso o medo e o crime têm contribuído em grande medida. Todos os dias ocorrem crimes e, ainda que nem todos causem interesse e curiosidade, é possível explorar certos eventos por dias ou semanas, trazendo novidades sobre as investigações, o processo e entrevistas com os envolvidos e com os comentaristas. Determinados fatos são explorados de forma novelesca, ou seja, a cada dia uma nova reviravolta é descoberta e apresentada ao público, algumas vezes com uma roupagem mais técnica, outras, mais sensacionalista.

O crime é capaz de causar medo, repulsa, compaixão ou ódio. A exploração desses fatores acontece primordialmente colocando-se no centro de discussão a vítima – papel que também passou a ser identificado com a proteção da sociedade contra a corrupção, que desvia recursos da educação, da saúde, e é responsável pela precariedade dos serviços públicos estatais. Com isso, os veículos de mídia atraem audiência, formadores de opinião virtual angariam seguidores, curtidas ganham patrocínio e, evidentemente, políticos somam votos. Diante deste quadro, a manipulação de propostas punitivas pode levar à formação de um consenso.

O que se busca mais precisamente, então, por meio do populismo penal, é o apoio ou o consenso em torno de punições rigorosas, reforço da estigmatização de alguns criminosos etc. A sociedade está inteiramente fragmentada, a opinião pública constitui massa de manobra difusa e complexa, carente de pontos de referência, que lhe possam conferir algum tipo de identidade. É aqui que entra o populismo penal, como discurso que prega o rigor penal para satisfação de um instinto primitivo coletivo de justiça e vingança.²⁷¹

Não raramente, o discurso passa para a prática, influenciando a atuação tanto de políticos (com a aprovação de leis e projetos incrementando o poder punitivo) quanto dos cidadãos comuns, que assumem a demanda punitivista na forma de linchamentos²⁷². Entre outros fatores, isso ocorre porque esses indivíduos se veem desamparados pelo poder público, já que a mensagem disseminada é a de que o crime alcança níveis e crueldade alarmantes, já que a impunidade impera. Este sentimento corrói a credibilidade do sistema penal e das instituições públicas,

²⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo. Saraiva. 2013. (Coleção saberes monográficos). p. 94

²⁷² “Pode-se observar os linchamentos como uma prática que ganha significado na medida em que a aplicação da Justiça Pública vai se distanciando cada vez mais, em razão de sua justificação estar oculta, das visões de mundo que concorrem na sociedade. Pode-se, segundo esse argumento, falar dessas consequências violentas como resultado de consequências inesperadas do próprio processo de racionalização e formalização do direito, que torna seus princípios e normas incompatíveis com uma avaliação moral de sua validade. No limite, tomam inócuo o acordo racional que lhes deu origem, por possibilitar sua transformação num saber oculto”. In SINHORETTO, Jacqueline. Os justicadores e a justiça: linchamentos, costume e conflito. São Paulo. IBCCRIM. 2002. p. 65

podendo afetar, também, a própria ordem democrática²⁷³, uma vez que o Estado é incapaz de garantir a segurança do cidadão e da sociedade.

Como já mencionado, as pessoas apresentam visões parciais sobre o mundo, em grande medida influenciadas pelos meios de comunicação. A exploração sensacionalista da criminalidade leva à crença de que o mundo é um lugar muito mais perigoso do que realmente é e que o sistema penal não está sendo suficiente para conter a violência, o que é muito difícil de se contrariar, pois “contrariar a mídia significa contrariar uma instância com uma capacidade imensa de manipulação de opiniões, começando pela simples possibilidade de definir o que aparece e o que desaparece da esfera de percepção social”²⁷⁴. Aterrorizados, os cidadãos podem procurar a vingança privada ou apoiar ideias autoritárias para conter a delinquência, ainda que esta dificilmente pudesse vitimá-los.

E isso porque “uma pessoa que tenha interiorizado uma visão de um mundo que inclua a insegurança e a vulnerabilidade recorrerá rotineiramente, mesmo na ausência de ameaça genuína, às reações adequadas a um encontro imediato com o perigo; o medo derivado adquire a capacidade de autopropulsão”²⁷⁵. Como o medo é um sentimento e, portanto, foge à racionalidade, as pessoas muitas vezes deixam de agir de forma racional, pois “quem está envolvido em emoções, não pensa naquele momento, pois a satisfação do desejo bloqueia a razão”²⁷⁶. O medo incentiva o espectador a comprar itens de segurança ou contratar serviços desnecessários para se sentirem protegidas. “O medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria de indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica”²⁷⁷. A população investe altos valores em seguros residenciais, de automóveis e de vida, mesmo que os locais onde vive apresentem

²⁷³ Ao explorar o sentimento de insegurança gerado pelo crime alimenta-se a ideia de que as instituições democráticas são incapazes de manter a ordem e que medidas de exceção devem ser tomadas contra a criminalidade, o que faz com que direitos e garantias sejam relativizados em nome de uma segurança pública irrealizável pelos meios penais. Sobre o tema: GOMES. *Mídia e sistema penal...* p. 128 at. seq. e 142 at. seq.

²⁷⁴ GOMES. *Mídia e sistema penal...* p. 80 e 81

²⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Zahar. 2008. p. 9

²⁷⁶ GOMES. *Mídia e sistema penal...* p. 84

²⁷⁷ CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2010. p. 43

baixos índices de criminalidade e não frequente locais perigosos, reduzindo sua chance de ser vitimada²⁷⁸.

Isso significa que, além de criar o consenso e servir como propaganda para os grupos políticos manterem o poder, o medo também serve como impulsionador de um mercado capaz de movimentar grandes somas²⁷⁹. Para o negócio da segurança, não é preciso que haja uma necessidade real²⁸⁰, mas apenas o temor de seus consumidores, incutido por meio da exploração sensacionalista do crime. Ou seja, o medo elege, gera consenso e vende²⁸¹. Mais ainda, é possível governar a partir do medo.

Há dois modos com os quais o poder pode se servir do medo e ser por este alimentado e reforçado: um modo direto e um modo indireto. Vale dizer que esses modos de maneira alguma se excluem, e sim podem perfeitamente competir entre eles. O poder, antes de tudo, pode, por si mesmo, causar medo. É o modelo dos regimes autoritários e tendencialmente totalitários, nos quais o poder está desvinculado da lei e manifesta-se como poder informa, gerando medo porque seu exercício é imprevisto e imprevisível. Este é o rosto demoníaco do poder, mais aterrador que o mal por ele prenunciado, pois é desconhecido, imprevisível e potencialmente ilimitado. O segundo modelo é aquele que, por sua vez, estimula o medo do crime, o dramatiza e o alimenta como fonte de legitimação do poder repressivo e da resposta punitiva, um poder que, neste caso, como antídoto do medo, o segundo agita, por sua vez, o espantinho do medo, construindo e demonizando inimigos internos e externos contra os quais se propõe como garantia de segurança, baseado na coesão social e o consenso político na defesa contra esses inimigos, e legitimando, como seus instrumentos necessários, rupturas de legalidade, medidas emergenciais e, até mesmo, como no caso do terrorismo, a guerra. Este segundo modelo expressa-se também nos países democráticos, por intermédio das políticas populistas sobre o tema de segurança.²⁸²

Apesar dos meios de comunicação transmitirem as informações sobre a violência de forma parcial e a quantidade de tempo gasto não corresponder

²⁷⁸ BAUMAN. Medo líquido. p. 10

²⁷⁹ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 14

²⁸⁰ Bauman afirma que a mídia fabrica muitos dos medos contemporâneos: "o fato de tais medos serem absolutamente imaginários pode ser confirmado pela autoridade dominante da mídia, que defende visível e tangivelmente – uma realidade que não se pode ver nem tocar sem a ajuda dela". In BAUMAN. Medo líquido. p. 29

²⁸¹ É possível manipular dados para manipular o medo das pessoas, não apenas o medo da violência, mas o medo de doenças, por exemplo. Essa manipulação pode ter diversos motivos, um deles é estratégia comercial para se vender produtos e serviços, como planos de saúde. Damos o seguinte exemplo: "em 1996, Bob Garfield, jornalista de uma revista, analisou reportagens sobre doenças graves publicadas durante um ano no *Washington Post*, *New York Times*, e *USA Today*. Descobriu que, além dos 59 milhões de americanos com doenças cardíacas, 53 milhões com enxaqueca, 25 milhões com osteoporose, 16 milhões com obesidade e 3 milhões com câncer, muitos americanos sofrem de males mais obscuros, como disfunção da articulação temporomandibular (10 milhões) e distúrbios cerebrais (2 milhões). Somando as estimativas, Garfield chegou à conclusão de que 243 milhões de americanos estão gravemente doentes – um número chocante em uma nação com 266 milhões de habitantes" (CALLEGARI; WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal. p. 43 e 44)

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 119

necessariamente aos seus níveis reais, certamente gera o incremento da sensação de insegurança nas pessoas. Um dos motivos que leva à superexposição do crime, em especial o crime violento, é que “o crime vende. O raciocínio passou a ser meramente mercantilista: quanto mais violência no noticiário, maior a audiência, maior o preço do horário para anúncio e maior retorno em publicidade”.²⁸³ Ocorre que os efeitos dessa superexposição da violência produz efeitos que vão além da audiência e do mercado publicitário. No momento em que os meios de comunicação dão espaço excessivo à violência, “pouco importa sua frequência ou gravidade, mas se se afirma que são altas se reclamará mais repressão, os políticos concordarão com isso e a realidade repressiva será como se a gravidade fosse real”²⁸⁴, fazendo com que medidas típicas de regimes autoritários sejam aceitas pela população caso se prometa que elas aplacarão esses medos, pois a “emoção acaba por afetar o discurso político, inspirando as leis e interferindo diretamente em toda a vida democrática”²⁸⁵.

Há uma junção de fatores que levam insegurança à população, que vão desde a violência concreta experimentada até a criminalidade constante e desproporcionalmente exposta pela mídia. Com medo, a busca por soluções imediatas é natural, fazendo com que políticas voltadas ao punitivismo tenham forte apelo popular.

Esse tipo de discurso de corte populista erige as questões de ordem social e do delito como eixo central da governabilidade ou da eleitoralidade/elegibilidade valendo-se de noções vazias como o sentido comum ou a opinião das pessoas (da gente), “slogans” eficientistas (tolerância zero, mão dura) pertencentes a uma lógica comunicacional midiática, bem como com emblemas como o das vítimas, que justificariam medidas punitivas draconianas e irracionais de todo tipo. O recurso penal aparece, pois, como um daqueles objetos ou símbolos que emotivamente são apresentados como sucedâneos das ausências que provoca a ruptura com o modelo programado da modernidade, baseado na segurança do emprego, do bem-estar social, das coberturas previdenciárias, da segurança social, enfim, das expectativas de inclusão social. Essas demandas insatisfeitas resultam necessariamente vinculadas à noção de insegurança social, ontológica, que estaria sendo substituída pelo discurso penal simplista, emotivo, que carrega suas tintas sobre os setores vulneráveis, sobre os bodes expiatórios, sobre outro.²⁸⁶

Assim, as pessoas passam a incorporar o medo de serem vítimas de crimes a outros medos cotidianos (perder o emprego, solidão, não ter aposentadoria, doenças etc.) e os canalizam, inconscientemente, para a insatisfação com a violência. Com

²⁸³ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 82

²⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. A questão criminal. Tradução Sérgio Lamarão; 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2013. 1ª reimpressão, março de 2015. p. 121

²⁸⁵ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 131

²⁸⁶ GOMES; ALMEIDA. Populismo penal midiático... p. 44

isso, o apresentador de televisão, o colunista de jornal, o blogueiro ou o youtuber que atacar a violência e o crime tende a angariar mais audiência, bem como o político que conseguir transmitir essa insatisfação por meio do discurso e de promessas tende a receber mais votos.

3.1. Manipulação do sentimento de insegurança

3.1.1. Medo e Manipulação

O medo não está ligado somente à violência. Há uma série de situações que podem levar a pessoa a experimentar sentimentos de temor no mundo contemporâneo. Sabendo disso, grupos políticos conseguem apoio desviando a atenção dos reais motivos causadores do medo – alguns dos quais são causados por eles mesmos.

A ascensão da direita religiosa está relacionada à primeira onda de impacto da globalização na sociedade norte-americana. Muitos homens norte-americanos atraídos pela direita religiosa são pessoas que perderam empregos bem-remunerados e sindicalizados, com planos de saúde e aposentadoria, e agora trabalham em empregos de nível inferior. E agora suas mulheres estão trabalhando e às vezes ganhando mais dinheiro do que eles. Todas suas opiniões sobre o sentido da vida estão desmoronando diante de seus olhos, e não por causa de gays e feministas. É por causa da globalização. Mas os republicanos, com sua poderosa máquina de propaganda, são capazes de transformar essa alienação, que tem raízes nas mudanças estruturais da economia norte americana, numa guerra cultural. Uma guerra contra gays, lésbicas e feministas, e também contra os liberais que os protegem e permitem a sabotagem e erosão dos “valores familiares” lembrados pelos orgulhosos e confiantes arrimos de família do passado, agora forçados a depender dos rendimentos de suas mulheres ou a enfrentar a indigência, assim como pelos seguros e presunçosos detentores de empregos-por-toda-a-vida, agora despedidos de seus escudos sindicalistas e expostos aos riscos e humilhações do “mercado de trabalho flexível”. Tudo isso ocorre a despeito do fato de os republicanos não prometerem atacar as raízes desses problemas. Em lugar disso, promovem um tipo de política econômica no qual as famílias da maioria dos conservadores religiosos e evangélicos, em vez de serem ajudadas, serão obrigadas a sofrer uma miséria ainda mais profunda, dolorosa e sem perspectiva.²⁸⁷

O medo da miséria e o saudosismo por um passado de pleno emprego são explorados por aqueles que causaram sua precarização, as crises econômicas, o enfraquecimento dos sindicatos e a redução da remuneração da mão de obra. Obviamente, o discurso dessa elite econômica e política não pode atacar as verdadeiras causas dos medos dos trabalhadores, pois com isso estaria não apenas assumindo a culpa pelos problemas que afligem o trabalhador, como também

²⁸⁷ BAUMAN. Medo líquido. p. 70 e 71

colocando a opinião pública contra seus projetos políticos. Não é incomum que sob um discurso de incentivo ao crescimento econômico seja aplicada uma política excludente e de concentração de renda²⁸⁸, que tenderá a aprofundar as crises²⁸⁹. Como as causas da insegurança estão ligadas a políticas que muitas vezes são implantadas em benefício de uma das elites²⁹⁰, elas devem ser escondidas ou tratadas de outros modos, o medo do crime e da violência é uma forma de canalizá-las.

Então, buscam um discurso moralizante e reacionário, remetendo as pessoas há um tempo em que não tinham os problemas atuais, que havia pleno emprego, que não se viam casais com pessoas do mesmo sexo e que as mulheres ocupavam o espaço doméstico e respeitavam seus maridos. Assim, a responsabilidade pelos problemas de hoje recai justamente sobre os grupos que defendem os interesses das massas. Um exemplo é que, se há redução salarial, usa-se a propaganda para culpar os sindicatos pelo Imposto Sindical descontado na Folha de Pagamento e, com isso, são criadas dissidências para reduzir o poder de um importante instrumento de defesa do trabalhador.

²⁸⁸ “o mais impressionante nesses dados econômicos é o quanto os políticos americanos conspiraram para acelerar, em vez de desacelerar, a diferença entre o destino dos riquíssimos e o dos cidadãos comuns. Em 1981, Ronald Reagan baixou a alíquota máxima de imposto para a população de alta renda de 70% para 50%, e em 1986 baixou de novo, dessa vez para 38,5%. George W. Bush reduziu a alíquota máxima para 35% e a liquota sobre ganhos de capital – quase exclusivamente paga pelos ricos – de 20% para 15% em 2003.

(...)

Reagan cortou pela metade o financiamento de subsídios a aluguéis e habitações sociais e tirou 1 milhão de pessoas do auxílio-alimentação. Bill Clinton substituiu o Auxílio e Famílias com Filhos Dependentes (um programa federal sem limites de duração) pela Assistência para Famílias Carentes (um programa administrado pelos estados e que proíbe os beneficiários de receber assistência por mais de dois anos consecutivos, ou cinco anos ao todo”. (MOUNK. O povo contra a Democracia... 2019. p. 259/260)

²⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. A riqueza de poucos beneficia todos nós? Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro. Zahar. 2015. p. 24 e 25

²⁹⁰ Algumas reformas implementadas pelos políticos e economistas neoliberais acabam por gerar riqueza e concentrá-la nas mãos dos grandes empresários. Para isso é preciso gerar desemprego, pois com o emprego precarizado os salários são menores e os custos do empresário são reduzidos. “a geração de desemprego, em consequência, longe de ser um indício preocupante, é um sinal de que as coisas caminham bem, de que a economia se está ‘reestruturando’, modernizando, tornando-se mais competitiva” (BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In SADER, Emir; Gentili, Pablo. Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1995. 63-118. p. 103). Para que essas as reformas, que prejudicarão as massas, sejam aprovadas com um mínimo de apoio popular, utiliza-se outros medos e inseguranças para esconder que os problemas que realmente afligem a população. Esses problemas foram causados exatamente por aqueles que dizem estar fazendo alguma coisa para melhorar a vida do povo. Para que as pessoas não percebam que estão sendo prejudicadas por medidas que apenas beneficiarão parte das elites é preciso direcionar os medos e ódios da população para outros setores, nesse momento o crime pode ser um ótimo bode expiatório.

O discurso estabelecido afirma que os problemas atuais são causados pela falta de respeito dos jovens, pela imoralidade, falta de religiosidade ou pela inversão de valores causada pelos movimentos feministas e identitários. Porém, quase nenhum desses fatores prejudica de fato a economia. Esses grupos servem como bode expiatório ou cortina de fumaça, já que a propaganda esconde a verdadeira responsabilidade pelos problemas, isto é, más escolhas políticas e econômicas fundadas em relações incestuosas entre políticos e empresários, amparados por uma imprensa parcial e conivente, com interesses em medidas impopulares e benéficas apenas para setores privilegiados.

As notícias sobre violência e criminalidade são ótimas formas de criar o consenso, pois “quando há pânico no ar, com uma crise sobrepondo-se rapidamente a outra, perigos reais misturam-se com medos imaginários, não há chance alguma pelo uso construtivo da razão, e qualquer ordem logo parece preferível a qualquer desordem”²⁹¹, mesmo que essa ordem seja ilusória, uma vez que a promessa é ineficaz para solucionar os problemas.

O medo do crime age como uma espécie de “esponja”, capaz de absorver uma ampla gama de inquietações potencialmente deteriorantes ao convívio social, condensá-las e redirecioná-las à figura do crime e do criminosos. Desse modo, o sentimento de insegurança atua como uma válvula de escape para temores, ansiedades e perturbações individuais interligadas, ou até mesmo alheias, ao crime, igualmente deteriorantes do convívio em sociedade. Tais inquietudes estariam interligadas, na verdade, a problemas mais complexos que diriam respeito ao bem-estar da sociedade e à estabilidade, cooperação e senso moral da comunidade, como o declínio econômico e transformações socioculturais.²⁹²

Os meios de comunicação podem influenciar as pessoas de tal modo que a insegurança subjetiva seja maior do que a insegurança objetiva²⁹³. Não é incomum que a insegurança e o medo aumentem enquanto as taxas de criminalidade sofram declives ou permaneçam inalteradas²⁹⁴, o que indica que a percepção da criminalidade e a insegurança possuem ligação, não apenas com a delinquência real,

²⁹¹ LIPPMAN. Opinião pública. p. 346

²⁹² RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 288

²⁹³ A insegurança objetiva corresponde ao risco real da pessoa ser vítima de um crime, já a insegurança subjetiva é a sensação de insegurança, “o medo, não necessariamente real, que a pessoa tem de ser vítima de um crime” (FABRETTI. Segurança pública... p. 17)

²⁹⁴ Na Itália, por volta do ano de 2008, “em contraste com a diminuição objetiva da criminalidade, as estatísticas nos dizem, com efeito, que o medo foi crescendo progressivamente, na mesma proporção que cresceu o tempo dedicado à crônica dos delitos pelos telejornais” (FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 117); Sobre o tema também é possível verificar o crescimento do medo e sua correspondência com as notícias na Espanha, apesar das taxas de criminalidade decaírem ou permanecerem estagnadas em POZUELO PÉREZ, Laura. La política criminal mediática: Génesis desarrollo y costes. Madri. Marcial Pons. 2013. p. 83/85

mas também com as notícias sobre delinquência e mesmo com questões alheias à violência ou à criminalidade. Com isso cria-se um falso alarmismo, deixando o terreno aberto para propostas demagógicas e ineficientes, que, apesar de gerarem dividendos eleitorais, serão incapazes de atingir as causas do medo e muito menos extinguir ou atenuar os problemas de delinquência.

Dá-se uma relação direta entre atitudes punitivas elevadas e o contato com meios de comunicação que prestam especial atenção à delinquência, sobretudo se tais meios conferem tratamento sensacionalista à mesma e preconizam a dureza diante do crime. Além disso, há uma discreta relação entre a punição objetiva e as atitudes punitivas, de forma que, quanto mais ampla e intensa seja a intervenção penal real em uma sociedade, maior será também a predisposição social a incrementar a intervenção.²⁹⁵

O pânico social pode ser gerado através da veiculação de informações verdadeiras e falsas sobre a criminalidade violenta e, mais recentemente, pela corrupção de agentes públicos, na medida em que seus crimes seriam o motivo da falta de serviços públicos e da insegurança social. Há “uma canalização irracional das demandas sociais por mais proteção como demandas por punição”²⁹⁶, forma-se o consenso de que são necessárias medidas enérgicas e vigilantismo para lidar com esses problemas. Quando se fala em combate ao crime, é comum que os políticos defendam o aumento das penas, tipificações de mais condutas, redução de benefícios aos condenados, ações penais mais céleres e com menos garantias processuais, apesar de que

qualquer estratégia referente ao tema da segurança voltada para obter demagogicamente o consenso popular, respondendo ao medo da criminalidade com um uso conjuntural do direito penal tão duramente repressivo e antigarentista quanto ineficaz a respeito das finalidades declaradas da prevenção.²⁹⁷

Com isso, os debates sobre política criminal são relegados para segundo plano, já que o sistema penal é evocado pelos políticos e pelos meios de comunicação como o único mecanismo capaz de prevenir crimes. A discussão sobre a criminalidade é totalmente dissociada das demais políticas públicas, como investimentos em educação, acompanhamento para jovens com problemas escolares e de

²⁹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 32

²⁹⁶ CALLEGARI; WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal... p. 18

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 118

socialização²⁹⁸, saúde mental, urbanismo, lazer²⁹⁹, distribuição de renda, criação de uma cultura de respeito às mulheres, negros, população LGBT e outras minorias. Antes de pensar em soluções preventivas, coloca-se o cárcere como solução para todos os problemas ligados à violência.

A prisão voltou ao primeiro plano, pois ela se oferece como um meio simples e direto de restaurar a ordem – inseparavelmente econômica, racial e moral – e de julgar todos os tipos de “problemas sociais” que a visão dominante percebe e projeta como resultantes da “liberalização” dos *sixties*: droga, vagabundagem, violência, contestação da hegemonia branca, desagregação familiar e social do gueto, desesperança dos jovens dos bairros pobres diante das escolas públicas em decadência e de um mercado de trabalho que se degrada continuamente. Sob a presidência de Reagan, enquanto as desigualdades de casta e de classe novamente se cruzavam, sob o efeito combinado da desindustrialização, da erosão dos sindicatos e da retração do Estado-providência, o encarceramento confirmava seu papel de remédio para todos os males diante da escalada da insegurança social e das “patologias urbanas” que lhe são associadas. “*Lock’em up throw away the key*”: “Tranque-os e jogue a chave fora” tornou-se o *leitmotiv* dos políticos da moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento e a maldição do criminoso (negro), a fim de ampliar os seus mercados.³⁰⁰

Porém, tanto o discurso quanto a prática não encaram as causas do medo e da insegurança, apenas suas consequências, pois são quase sempre no sentido de recrudescimento das penas e criação de tipos penais, enquanto os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos são tratados como empecilhos³⁰¹. Com isso, a

²⁹⁸ “Oxalá, a sociedade a mídia e a opinião pública, no lugar de fazerem tanta pressão, exigindo cada vez mais segurança, repressão e punição, fizessem carga sobre uma política realmente séria e eficaz de saúde pública e prevenção da delinquência junto às famílias, exigindo que o governo investisse pesado em programas de levantamento e caracterização de famílias nos bairros e comunidades, desenvolvendo medidas mais específicas de acompanhamento e assistência junto àquelas que oferecem maior ‘risco’, incluídas as famílias cujos filhos adolescentes já apresentam condutas delinquentes. Entretanto, qualquer que fosse o programa, dever-se-ia tomar o máximo cuidado para se evitar qualquer conotação de censura, crítica ou ameaça”. (SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 98 e 99

²⁹⁹ “Num bairro pobre do centro da cidade de Dordrecht, em determinada época, aconteceu que, todas as manhãs, os vidros das janelas das escolas apareciam quebrados. O Serviço da Prefeitura a que os interessados se dirigiram para que fossem recolocados os vidros, em determinado momento, requereu a ‘intervenção’ do Comissário, que ordenou aos agentes daquele bairro que permanecessem ‘ativos’, isto é, alerta, de modo a capturar os desordeiros. Um dos agentes sabia que eram os jovens que quebravam os vidros. Mas, ao invés de prendê-los, foi conversar com os responsáveis pelo serviço comunitário interessado. Pediu que lhe fornecessem a lista das escolas que tiveram os vidros das janelas quebrados, nos diferentes bairros de Dordrecht. Com a lista nas mãos, disse àqueles responsáveis: ‘vejam, há uma relação direta entre o número de janelas danificadas nas diferentes escolas e a existência de locais de recreação para jovens nos bairros onde elas estão situadas. O meu bairro é o que tem o maior número de janelas danificadas e é também no meu bairro onde mais faltam aqueles locais de recreação. De nada servirá prender os garotos. Se se quer diminuir o número de vidros quebrados, o que se deve considerar são medidas de urbanismo’”. In HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 3ª ed. Editora D’Plácido. p. 156/157

³⁰⁰ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015. p. 264/265

³⁰¹ GOMES. *Mídia e sistema penal...* p. 129

necessidade de uma política criminal racional, que trabalhe as causas da criminalidade a partir de projetos capazes de reduzir efetivamente a violência é ignorada³⁰². Apesar do discurso de políticos e veículos de mídia ser o de intolerância com o crime, percebe-se que o foco não é reduzir a violência, mas agradar a opinião pública por meio de práticas que poderão, inclusive, agravar o problema.

3.1.2. O fator Sociedade do Risco

Além dos elementos acima expostos, um fator cada vez mais explorado pelos políticos e veículos de comunicação, com o escopo de gerar incerteza e insegurança, é a existência da sociedade do risco.

O mundo moderno apresenta crescente proteção no que concerne a doenças, riscos de desastres naturais, ataque de animais³⁰³, além da maior disponibilidade de produção de alimentos e bens de consumo capazes de trazer mais saúde, qualidade de vida e conforto. O período atual da humanidade se destaca pela impressionante rapidez nas inovações tecnológicas e científicas capazes de modificar a vida, os costumes, os valores e a cultura das pessoas.

O desenvolvimento tecnológico acarretou riscos diferentes dos vivenciados antes da revolução industrial. Se antes eles estavam ligados principalmente a desastres naturais, a ameaças de outras pessoas, de animais e doenças, a sociedade atual passou a enfrentar riscos provenientes da evolução tecnológica e modificação da natureza pela atividade humana, inclusive daquela destinada a proteção, segurança e qualidade de vida das pessoas. Ou seja, se a sociedade pré-industrial lidava com ameaças evidentes e limitadas a grupos de pessoas, o mundo atual sofre com riscos invisíveis e incertos, muitas vezes inevitáveis, capazes de atingir um número indeterminado de indivíduos.

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequências semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do

³⁰² GOMES; ALMEIDA. Populismo penal midiático... p. 46

³⁰³ Nós, homens e mulheres que vivemos na parte 'desenvolvida' do planeta (ou seja, na parte mais rica, mais modernizada e ainda mais avidamente modernizante), somos 'objetivamente' o povo mais seguro da história da humanidade. Como demonstram amplamente as estatísticas, os perigos que ameaçam encurtar nossas vidas são menos numerosos e mais espaçados do que eram no passado". (BAUMAN. Medo líquido. p. 168)

maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior.³⁰⁴

As vantagens trazidas pelos avanços tecnológicos são incontestáveis, assim como seus efeitos colaterais. Os riscos oriundos das novas tecnologias podem atingir e, em alguns casos, dizimar toda a população do planeta. Se por um lado a energia atômica produz eletricidade para muitas cidades com impacto ambiental relativamente baixo, por outro lado, a mesma tecnologia possibilita a criação de bombas capazes de destruir cidades inteiras em segundos. O mesmo raciocínio se aplica a investimentos financeiros, que permitem a geração de lucros consideráveis a pessoas e empresas e, com a mesma facilidade podem, quando não fiscalizados, acarretar crises econômicas com potencial para causar o caos social³⁰⁵.

Em crescente aceleração, a produção tecnológica nem sempre é acompanhada pela necessária investigação acerca de seus efeitos colaterais. No tocante ao uso de alimentos transgênicos, por exemplo, o problema é evidente. Enquanto a comunidade científica se divide a respeito da segurança da produção para o meio ambiente e da ingestão pelo ser humano, os alimentos continuam sendo largamente consumidos pela população.

Essas contradições são oriundas de diversos fatores, dentre os quais a rapidez na produção tecnológica, que impede a mensuração dos efeitos a longo prazo³⁰⁶. Porém, outro fator fundamental é a influência do poder econômico, que financia pesquisas e estabelece critérios, de modo a comprovar a viabilidade de tecnologias rentáveis à indústria, com a finalidade de aumentar lucros ou garantir o controle do mercado.

A falta de conhecimento claro sobre os riscos gerados pelas novas tecnologias, aliada à facilidade com que falsas notícias são disseminadas, acentua o problema diante da dificuldade para se encontrar informações transparentes e confiáveis.

³⁰⁴ BECK, Ulrich. Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo. Editora 34. 2011. p. 26

³⁰⁵ “Os riscos não são nesse caso apenas riscos, são também oportunidades de mercado. É precisamente com o avanço da sociedade de risco que se desenvolvem como decorrência as oposições entre aqueles que são afetados pelos riscos e aqueles que lucram com eles” (BECK,. Sociedade do risco... p. 56)

³⁰⁶ “Muitos dos novos riscos (contaminações nucleares ou químicas, substâncias tóxicas nos alimentos, enfermidades civilizacionais) escapam inteiramente à capacidade perceptiva humana imediata. Cada vez mais estão no centro das atenções ameaças que com frequência não são nem visíveis nem perceptíveis para os afetados, ameaças que, possivelmente, sequer produzirão efeitos durante a vida dos afetados, e sim na vida de seus descendentes, em todo caso ameaças que exigem os “órgãos sensoriais” da ciência – teorias, experimentos, instrumentos de medição – para que possam chegar a ser visíveis” e interpretáveis com ameaças”. (BECK. Sociedade do risco... p. 32

Ademais, a impermeabilidade do saber acadêmico, bem como a resistência de certos grupos sociais ao conhecimento científico, podem fazer com que perigos graves e iminentes sejam desprezados³⁰⁷, como também podem causar episódios de pânico desnecessário. Aliado a interesses políticos e econômicos, também pode gerar graves problemas que impactarão todos os setores, desde o meio ambiente até a Democracia.

Uma vez que o desconhecimento sobre riscos gera insegurança e, como não existe um consenso, nem sobre os perigos e nem sobre a sua extensão, há uma infinidade de meios e versões para esse medo ser explorado, seja pela mídia³⁰⁸, por empresas com seus interesses econômicos, ofertando todo tipo de produtos e serviços, por políticos, que podem estimular o temor ou até mesmo negar a sua existência a fim de agradar os eleitores ou satisfazer financiadores de campanha.

Num mundo em que as pessoas tendem a se informar e acreditar em veículos de comunicação que reforçam suas visões de mundo, a Sociedade do Risco é um fator de instabilidade, incerteza e insegurança. No momento em que não se pode precisar a existência e a extensão dos perigos, não é incomum que as pessoas adotem como inquestionáveis aqueles posicionamentos que confirmem seus ideais, gerando espaços para oportunismos, que são construídos baseados nas inseguranças sobre diversos assuntos que as cercam. Devido ao questionamento científico, em parte estimulado pelas incertezas da Sociedade de Risco, há quem defenda verdadeiros absurdos, como, por exemplo, a importância e eficácia da vacinação infantil³⁰⁹ ou sobre o formato do planeta Terra³¹⁰. Ou seja, estudos há muito

³⁰⁷ O caso do aquecimento global é um dos temas mais explorados no contexto da sociedade do risco como causador de discórdia entre a comunidade acadêmica e empresários, pois admitir tal problema pode gerar uma série de custos para implementar meios de produção e distribuição de produtos menos poluentes, redução da produção, campanhas pelo consumo consciente, o que pode afetar o lucro das grandes empresas. Com isso há diversas pessoas que negam a existência do aquecimento global, chegando a ponto do Presidente do EUA, Donald Trump, alegar que o aquecimento global é uma criação do Governo chinês para enfraquecer a economia norte-americana. <https://veja.abril.com.br/mundo/trump-diz-nao-ter-certeza-sobre-cao-de-mudanca-climatica/> - acesso em 03 de fevereiro de 2019. Sobre o tema: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=324> - acesso em 03 de fevereiro de 2019 e "O conceito de aquecimento global foi criado por e para os chineses, para que a indústria manufatureira americana não seja competitiva. Nova York está congelante, está nevando. Nós precisamos do aquecimento global!" in <https://oglobo.globo.com/mundo/dez-declaracoes-polemicas-de-donald-trump-18564023> acesso em 10.06.2018

³⁰⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo. Quartier Latin. 2006. p. 93

³⁰⁹ <https://www.metropoles.com/saude/vacina-sim-ou-nao-grupos-contrarios-a-imunizacao-preocupam-medicos> - acesso em 17 de fevereiro de 2019.

³¹⁰ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41261724> - acesso em 17 de fevereiro de 2019.

comprovados passam a ser questionados sem qualquer base científica³¹¹, devido à radicalização das incertezas.

Inevitavelmente, o Direito Penal também foi afetado por este processo, pois “a tipificação reflete as necessidades de regulamentação social, as quais vão surgindo e, na mesma medida, submetendo-se ao crivo legislativo da instância jurídico-penal”³¹². Ou seja, o rápido desenvolvimento tecnológico cria ou altera condutas sociais antes inimagináveis.

O desenvolvimento das forças produtivas enseja novas relações de produção, criando riscos até então inexistentes e, concomitantemente, germinando novas necessidades de tutela para o Direito Penal. Estas tutelas modificadas, por sua vez, tornam ultrapassados os modelos antigos de imputação, mostrando, ao mesmo tempo, um direito penal obsoleto.³¹³

Se no Direito Penal tradicional as incriminações se voltavam a direitos individuais, atualmente há diversas criminalizações com foco em bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, as relações de consumo e a livre concorrência. “as exigências da sociedade de risco obrigaram a lei penal a prestar atenção em novos objetos de tutela coletivos, o que sem dúvida estimula uma legislação muito mais imprecisa, com abundância de tipos de perigo e frequente uso da técnica da lei penal em branco”³¹⁴ Foram introduzidas diversas mudanças nesta área do Direito, como a proliferação de tipos penais abertos³¹⁵, a antecipação da punição com o aumento de crimes de perigo abstrato e o afastamento do Princípio da Lesividade.

Ainda que os riscos gerados pelas novas tecnologias guardem pouca semelhança com as condutas tradicionalmente proibidas pelo Direito Penal tradicional³¹⁶, eles se somam e causam maior insegurança e medo. Somados aos crimes comuns, como homicídios, estupros ou roubos, estão agora os desastres

³¹¹ O maior acesso da população a informações, aliado ao pouco conhecimento científico e às incertezas da sociedade contemporânea, fez com que a ciência fosse questionada a partir da tentativa de se cientificar visões religiosas ou mesmo posições anticientíficas. “Descobrir que a ciência tem diferentes posições, igualmente válidas, sobre um determinado problema, desfaz a aura de sua autoridade vertical e os fundamentos de seu poder. Isso leva à tentação de considerar que outras ideias, ligadas a crenças seculares, também poderiam ser elevadas à condição de participante legítima do jogo de conhecimento” (DUNKER. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. p. 125)

³¹² SALVADOR NETTO. Tipicidade penal e sociedade de risco. p. 16

³¹³ SALVADOR NETTO. Tipicidade penal e sociedade de risco. p. 27

³¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 73

³¹⁵ SALVADOR NETTO. Tipicidade penal e sociedade de risco. p. 18

³¹⁶ “A violência militar (belicismo) a agressão ao meio ambiente, as fraudes gigantescas no cerne das corporações globalizadas não podem ser controladas pela tipificação estabelecida para os crimes de baixa complexidade” (SALVADOR NETTO. Tipicidade penal e sociedade de risco. p. 86)

naturais causados pela exploração ambiental, as crises econômicas oriundas de ilegalidades financeiras, a lavagem de dinheiro, corrupção e o crime organizado.

Tanto a realização dos riscos gerados pelos avanços tecnológicos quanto os crimes comuns são capazes de aterrorizar e causar indignação, alguns devido ao mal que causam às vítimas, outros por prejudicarem um grande número de pessoas ou, ainda, por parecer que os responsáveis ficarão impunes. Inseguras, indignadas e influenciadas por um jornalismo sensacionalista, as pessoas demandam soluções urgentes para problemas que muitas vezes conhecem apenas através dos meios de comunicação. Movida pela falta de conhecimento sobre sistema criminal ou pela ansiedade, a população busca respostas rápidas e vê nas punições a única solução para regular incertezas e riscos trazidos pelas novas tecnologias. Isso decorre, dentre outros fatores, porque o Direito Penal é trazido tanto pela mídia quanto pelo legislador como o único meio de resolução do problema³¹⁷.

A população, acossada diante do medo e da insegurança, pugna por resultados rápidos e eficientes, e os partidos políticos, buscando resultados rápidos a estes anseios, responde, cada vez mais debilitando as garantias atinentes à segurança jurídica, por meio de medidas legislativas. Nesse contexto, o Direito Penal, no afã de dar respostas rápidas às demandas populares, assume cada vez mais um caráter simbólico, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (Silva Sánchez *apud* Meliá, 2005, p. 59). Busca-se por meio do recurso à legislação penal uma solução fácil para os problemas sociais, relegando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido em nível instrumental.³¹⁸

Logo, tanto o legislador como os demais atores do sistema criminal são chamados a dar respostas imediatas. O legislador, que depende dos votos para se reeleger, age rapidamente para incriminar novas condutas, aumentar penas e acelerar condenações, por meio da retirada de garantias processuais. Já promotores e juízes, influenciados pela exigência de celeridade e efetividade, afastam garantias, tais como a presunção de inocência, e privilegiam formas punitivas que aplaquem a suposta sensação de impunidade, como as prisões processuais e as condenações a penas elevadas³¹⁹.

³¹⁷ DUNKER. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. p. 129 e 130

³¹⁸ CALLEGARI; WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal... p. 56 e 57

³¹⁹ “Nega-se a ciência jurídico-penal, mas se aplicam suas assertivas quando interessantes para lastrear esta ou aquela tomada de opinião, sempre voltadas à aplicação de pena como fator de resolução conflituosa. Assim, o desespero de respostas para situações novas e inusitadas – típicas do paradigma da sociedade de risco – parece esquecer a diferenciação entre bases construtoras da ciência e da ‘opinião pública’, deixando que esta adentre como fator preponderante de valoração dos casos, mas sem qualquer análise crítica” (SALVADOR NETTO. Tipicidade penal e sociedade de risco. p. 84)

O Direito Penal é tratado como *prima ratio*, as punições administrativas e penais se somam, ignorando o princípio do *ne bis in idem*³²⁰ e seu caráter subsidiário³²¹. Em outras palavras, o conhecimento científico, a construção teórica, seja dogmática ou criminológica, e as normas penais, processuais e até mesmo constitucionais são afastadas em nome de um imediatismo punitivista.

Uma vez que o Direito Penal tradicional não foi forjado para tratar de problemas de tamanha complexidade como os que envolvem a tecnologia, há uma tentativa para adequá-lo a essa nova realidade, sem considerar que isso o desvirtuará e todo restante do sistema penal será afetado. Ao invés de buscar soluções e mecanismos mais eficientes que o Direito Penal para mitigação de riscos, a política manipula o sistema penal sem que ele possa dar uma resposta eficaz³²², e, muitas vezes, acaba agravando os problemas já existentes.

A combinação entre a insegurança gerada pela Sociedade de Risco, a forma de espetáculo utilizada pelos meios de comunicação para tratar a violência e a velocidade imposta pelas novas tecnologias faz com que a população exija uma resposta penal tão rápida quanto o desenvolvimento tecnológico atual. Deseja-se um processo *fast-food*, que caminhe na mesma velocidade das inovações tecnológicas.

Porém, o tempo exerce importante função no processo penal, o qual precisa contar com testemunhos, perícias, investigações, audiências etc. para ser exitoso. Infelizmente o tempo de amadurecimento do processo penal não é compreendido pelo público leigo, que tende a confundir liberdade provisória com impunidade, condenação com justiça e eficiência com efficientismo.

Políticos e atores processuais, contaminados pela opinião pública, propõem diversas medidas para tornar o processo mais célere e capaz de condenar mais rapidamente o acusado, como se a única solução exitosa fosse uma condenação, preferencialmente longa e com regime inicial fechado. A consequência é o

³²⁰ STJ. REsp 1142377/RJ

³²¹ “A função de garantia já não se coloca tão precisa quanto antes. As normas despem-se de clareza e da certeza, dando espaço aos tipos penais em branco. A subsidiariedade altera sua dinâmica construindo um direito penal de ‘*prima ratio*’, estendendo a máxima tutela do Estado a bens jurídicos sequer pensados como objetos de defesa através da criminalização, ou ampliando as punições às condutas prévias à presumida lesividade destes mesmos bens, conforme o agora denominado direito penal do inimigo.

A motivação não se faz mais com a precisão que inicialmente se contemplava, criando-se um verdadeiro direito penal simbólico que, mais do que isso, transforma-se num direito penal de esperança, consistente na torcida de que pelo menos por meio da tipificação se conseguirá concretamente um resultado” (SALVADOR NETTO. Tipicidade penal e sociedade de risco. p. 89)

³²² CALLEGARI; WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal. p. 52

afastamento dos princípios democráticos que devem reger o processo. Faz-se a opção por medidas que coloquem menos entraves à condenação, como a relativização de nulidades, a aceitação de provas ilícitas, afastamento do direito de recorrer, propõe-se uma justiça penal negocial com a imposição de pena sem o devido respeito ao processo e ao contraditório.

O pânico ou comoção produzida por muitos dos novos riscos faz com que as pessoas e a mídia exijam respostas rápidas para problemas complexos, impedindo discussões sérias para a tomada de decisões e implementação de projetos eficazes. Prescinde-se de uma discussão séria e qualificada a fim de realmente buscar meios de oferecer segurança real, coisa que um Direito Penal Democrático não é capaz de fornecer, pois atua apenas após a realização do risco.

A consequência para a política é a seguinte: notícias sobre resíduos tóxicos encontrados em latões de lixo, catapultadas às manchetes do dia para a noite, transformam a pauta política. A opinião pública vigente: a floresta está morrendo, isto exige novas prioridades. Se no nível europeu for corroborado cientificamente que formaldeído é de fato cancerígeno, a política atual para a indústria química ameaça ruir. É preciso reagir a tudo isto com encenações políticas – sejam argumentos, sejam projetos de lei ou planos de financiamento. Mas, nesse caso, o poder de definição de que dispõe a esfera pública dos meios de comunicação jamais poderá, evidentemente, se antecipar à decisão política: e ela continua, por sua vez, vinculada às premissas econômicas, jurídicas e políticas e às concentrações de capital na indústria jornalística.³²³

Isso torna o terreno fértil para medidas populistas e ineficientes. Renuncia-se a uma política criminal clara e bem orientada, fazendo a opção por uma política voltada para acalmar os ânimos do momento, dar uma resposta rápida, e em geral ineficaz, aos anseios populares. Cria-se um Direito Penal de emergência que ignora a política criminal, dando lugar a medidas emergenciais e que, muitas vezes, não se pautam na necessidade, mas em anseios populares patrocinados por empresas de comunicação e políticos populistas. Essas medidas flertam com o autoritarismo e, com o tempo, podem enfraquecer a Democracia.

Com a ampliação dos perigos surgem na sociedade de risco desafios inteiramente novos à democracia. A sociedade de risco abarca uma tendência a um totalitarismo “legítimo” da defesa diante do perigo, que, com a incumbência de evitar o pior, acaba provocando, como todos sabem ser praxe, algo ainda pior. Os “efeitos colaterais” políticos dos efeitos colaterais” civilizacionais ameaçam o sistema político-democrático em seu domínio. Ele vê-se confrontando com o desagradável dilema de ou bem fracassar diante de perigos produzidos sistematicamente ou então revogar, por meio de “esteios” autoritários derivados do poder de polícia do Estado, princípios básicos da democracia.³²⁴

³²³ BECK. Sociedade do risco... p. 293/294

³²⁴ BECK. Sociedade do risco... p. 97/98

Se os riscos oriundos das novas tecnologias desaparecem, isso não se deve à atuação do sistema penal, mas, em geral, à criação de novas tecnologias que tornam a produção, a distribuição de bens e a prestação de serviços mais eficazes. Mas certamente esses riscos serão substituídos por novos riscos, provenientes de outras tecnologias. Com isso há uma fonte inesgotável de medo e incertezas para políticos populistas atuarem.

3.1.3. A Criação dos Inimigos

Da mesma forma como grupos reacionários e políticos populistas voltam seus discursos contra aqueles que questionam a moral para tirar o foco das causas reais dos problemas econômicos, também elegem inimigos pontuais quando tratam da violência. “A elevação da dicotomia maniqueísta bem/mal, para justificar a defesa da sociedade, necessita de condicionantes de justificação do sistema com a criação da imagem de certas pessoas escolhidas para fazer o papel de vilões da sociedade”³²⁵. Não importa o local, o inimigo eleito pelos comunicadores são os marginalizados, na Europa e nos Estados Unidos são os imigrantes³²⁶ (atualmente os africanos e islâmicos), enquanto no Brasil é o traficante ou o favelado³²⁷.

O sistema penal é manipulado como forma de se obter o consenso em torno de um tema que interessa a alguma das elites. Para que este objetivo seja alcançado rapidamente, é comum a utilização de personificações dos medos. Aquele que é apresentado como inimigo perde a sua posição de cidadão e mesmo de pessoa, impedindo a criação de empatia entre o inimigo e o espectador. “Eles devem ser criminalizados ou eliminados, o bode expiatório deve infundir muito medo e ser crível que seja ele o causador único de todas as aflições”³²⁸. Seja o traficante, o estuprador,

³²⁵ BIZZOTTO. A inversão do discurso garantista... p. 31

³²⁶ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 22 e 23

³²⁷ Em geral o traficante é mostrado como o integrante de uma organização criminosa, muito bem armado e com grande poder dentro da comunidade que domina. Nesse sentido: “a relação entre o tráfico de drogas e a violência é um sentido construído pelos *media*, produzindo a ideia de que todas as pessoas envolvidas no comércio de drogas ilícitas são ‘bárbaros’ e insuscetíveis de recuperação, sendo o recrudescimento penal o único caminho possível para o Estado na questão das drogas”, quando na verdade “a imensa maioria das pessoas envolvidas no tráfico de drogas ilícitas ostenta uma realidade distinta de uma organização paramilitar voltada para a destruição do Estado e das instituições democráticas, conforme propõe as campanhas deflagradas pelos veículos de comunicação” (D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015. p. 121 e 122)

³²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. A questão criminal. Tradução Sérgio Lamarão; 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2013. 1ª reimpressão, março de 2015. p. 197

o agressor de mulheres, o ladrão ou o assassino; no momento em que é acusado de um crime, o ser humano deixa de ser visto com suas características complexas, com relações sociais e familiares, e passa a ser encarado como a personificação do mal, verdadeiro vilão, incapaz de qualquer sentimento ou atitude positiva.

Por audiência ou por votos, tanto a mídia como os políticos exploram essa imagem e utilizam a figura causada pelo crime e pelo criminoso para manipular os sentimentos e forjar valores. Apresenta-se uma versão parcial e emotiva dos fatos e do acusado capaz de criar consenso quanto a medidas que restringem direitos que são eficientes apenas para tirar o foco dos reais problemas que, em parte das vezes, foram criados pela ação ou omissão de uma ou de diversas elites que se revezam no poder. Apresentam-se medidas punitivas como se elas fossem capazes de restaurar a paz social ou de reparar o dano causado pelo delito, o que não é possível. Pelo contrário, o efeito é que medidas de acolhimento da vítima sejam relegadas a segundo plano ou até mesmo esquecidas³²⁹, e faz com que a defesa do protagonismo da vítima em geral não passe as barreiras processuais e da exploração de sua imagem, de forma sensacionalista, pelos veículos de comunicação.

Os problemas são apresentados de forma superficial e as soluções propostas não resolvem o problema da violência e do crime, visam apenas atingir o público alvo para angariar audiência e votos, mas não dar uma solução real. Como as causas não foram atacadas, o problema persistirá, pois o enfoque dado pela mídia sensacionalista e pelos políticos que se valem do populismo penal é atacar as consequências, não os motivos.

Os meios de comunicação também fomentam incertezas quanto aos riscos reais, que podem ameaçar à tranquilidade dos indivíduos. Notícias divulgadas com sensacionalismo exagerado e que superestimam os perigos, muitas vezes distorcem a realidade e contribuem para a insegurança coletiva.

A imprensa passou a ser um veículo propulsor da Política criminal do Estado, etiquetando delinquentes e fazendo crescer a insegurança cidadã. Como consequência, criou-se a sensação nos indivíduos de que o Sistema penal é o único instrumento capaz de lutar contra a criminalidade, deteriorando garantias ligadas aos Direitos humanos, e criando a noção, na sociedade, de uma luta entre o bem contra o mal.³³⁰

Nos últimos anos, mais um inimigo se juntou aos vilões eleitos pelos meios de comunicação para figurar como principal causador dos problemas sociais: o político e o empresário corrupto. Mas, diferente do que pode parecer num primeiro momento, com isso não se democratizou o sistema penal, apenas tenta-se legitimá-lo ao inserir

³²⁹ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 131

³³⁰ ABI-ACKEL TORRES. Política criminal contemporânea... p. 181/182

no discurso outro elemento, pois não seriam apenas os marginalizados (negros, pobres, favelados, prostitutas) os alvos da justiça criminal. Ao voltar as atenções do sistema penal para os crimes de colarinho branco estimula-se a falsa ideia da Democratização da justiça.

Os líderes populistas se valem da imagem que a mídia, através da espetacularização, forjou dos políticos, amplificando os aspectos negativos e mostrando-os como “pessoas amorais, ineficientes e propensas à corrupção”³³¹, a fim de que a opinião pública se posicione contra a classe política em geral. Como no regime democrático os políticos são os representantes do povo, a imagem que foi forjada se deve, em parte, ao “crescente déficit de legitimidade que se deriva da incapacidade dos regimes democráticos para melhorar as condições de existência das grandes majorias nacionais”³³². Mesmo após anos de democracia, não foi possível solucionar problemas como desemprego, grande concentração de renda, corrupção nos órgãos públicos, precária saúde pública, baixa qualidade de ensino, canalizou-se o ódio para os políticos, como se eles fossem os grandes responsáveis por todos os problemas que afligem a sociedade.

Porém, políticos profissionais são essenciais nas Democracias. São eles que representam seus eleitores, discutem projetos, apresentam reformas legislativas e implementam políticas públicas. Maculando-se a imagem do político abre-se caminho para se questionar a própria Democracia propondo, no início, pequenas medidas autoritárias, mas, com o tempo, sua própria ruptura, que pode se dar tanto por meio de um golpe, como por meio de eleições, em que figuras que se apresentam como *outsiders*, como é o caso de muitos políticos populistas, implementam medidas autoritárias e restringem a Democracia.

Ao criar inimigos e trazer o desprezo da população aos políticos, abre-se caminho para o totalitarismo nascer no seio da Democracia.

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não intragáveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido

³³¹ VARGA LLOSA, Mário. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução: Ivone Benedetti. 1ª ed. Rio de Janeiro. Objetiva. 2013. p. 121

³³² BORÓN. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. p. 110

técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive chamados democráticos.³³³

Com a criação de grande ojeriza por políticos, em especial aqueles que supostamente desviam verbas públicas, é mais fácil defender a retirada de seus direitos e garantias, aplicar leis e decisões inconstitucionais, especialmente quando se tenta punir os membros das elites vencidos ou excluídos³³⁴ dos círculos de poder. São promovidas cruzadas contra a corrupção – em geral com a atenção voltada para um grupo político específico ou apenas discursivamente – e com isso há um grande apoio popular para retirada de direitos, maior incidência do poder punitivo, vigilância³³⁵ e adoção de medidas inconstitucionais ou até mesmo a aprovação popular a verdadeiros crimes praticados sob o pretexto de combate ao crime e a corrupção. É dada maior ou menor aparência de legalidade para cada caso específico, sempre mediante a alegação da necessidade da adoção dessas medidas, como se fossem as únicas capazes de fazer frente e combater a criminalidade econômica.

Apesar de o discurso afirmar que os ricos e poderosos finalmente serão punidos, na prática, os clientes tradicionais do sistema de justiça criminal (jovens negros e pobres) são os maiores prejudicados, pois são eles os alvos prioritários da máquina punitiva. Muitas vezes, o discurso legitimador de ilegalidades cometidas contra ricos é o que proporcionará o consenso almejado pelas elites e garantirá que as ilegalidades e injustiças do sistema penal não sejam questionadas, nem mesmo pelos clientes preferenciais do sistema penal.

³³³ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo. Boitempo. 2004. p. 13

³³⁴ Nem sempre a exclusão de um membro das elites se dá por disputas pelo poder. Em determinados momentos pode ser necessário entregar algum dos membros para a fim de dar credibilidade às instituições, em especial ao Poder Judiciário. Não foi por outro motivo que Eduardo Cunha, após ter sido afastado de suas funções como Deputado Federal por decisão ilegal, pois contrária à Constituição, foi preso preventivamente pelo então juiz Sérgio Moro, que era acusado de orientar sua atuação e ser rigoroso apenas com membros do Partido dos Trabalhadores. Com isso deu-se a impressão de imparcialidade dos Poder Judiciário, na medida em que o discurso apresentado é que se pune todos com o mesmo rigor.

³³⁵ As pessoas em geral não notam como a extrema vigilância pode afetá-las ou mesmo afetar a Democracia, “o senso comum diz que quem não tem o que esconder não tem o que recear” (RUNCIMAN. Como a Democracia chega ao fim. p. 164), sem se dar conta que medidas de vigilância podem afetar diretamente a intimidade das pessoas, evitando que ajam naturalmente em espaços públicos. Ademais, se os governos totalitários do passado tivessem nas mãos os meios de vigilância tais como reconhecimento facial, possibilidade de colocar câmeras em quase todos os espaços públicos e privados com atendimento público a perseguição aos opositores e minorias seria muito maior e eficiente, reduzindo ainda mais as chances de oposição. Não há absolutamente nada que indique que governos totalitários não podem voltar ao poder e utilizar ferramentas de vigilantismo – que são exaltadas por parte da população como mecanismos de combate ao crime – para perseguições político-ideológicas.

Reorganizar o caos através de discursos punitivos tem sido uma constante nos veículos de comunicação, que encontram na sociedade da era pós-industrial um caminho natural para o encarceramento dos pobres. Tais discursos encontram eco em diferentes setores da sociedade, passando pelos partidos políticos, universidades, igrejas e conversas de bar.³³⁶

As medidas penais adotadas prejudicarão em especial os já marginalizados, apesar do discurso ser voltado contra os poderosos. Assim como ocorre no caso da propaganda para a retirada de direitos trabalhistas, sob a alegação de que com isso haverá mais empregos, no sistema penal também se utiliza um discurso sedutor, mas com medidas de eficiência duvidosa. Na maior parte das vezes, tanto os trabalhadores quanto os marginalizados adotam posturas que lhes trarão grandes chances de serem prejudicados, algo que foi tratado por Robert Michels, que era adepto da Teoria das Elites ao dizer que “os aristocratas se agarram à esperança de persuadir indiretamente as massas a renunciarem aos seus direitos com seus próprios votos”³³⁷. Isso acontece porque é feita uma propaganda emotiva, maniqueísta e com a apresentação de inimigos. Em geral é utilizada por líderes populistas, especialmente em momentos de crise, que se valem da divisão da sociedade, provocada pela insegurança e pelo medo, para desumanizar, não apenas os inimigos escolhidos pelas elites, mas também seus opositoristas³³⁸. Nesses casos, há um incremento de um falso discurso unificador, conclamando as massas a apoiar e trabalhar para um líder, mas “quando as maiorias atuam como massas, são fácil sustento do autoritarismo e de violação dos direitos fundamentais, pois está verificado que o indivíduo em dito contexto perde sua identidade”³³⁹.

³³⁶ D'ELIA FILHO. Os acionistas do nada... p. 124

³³⁷ HOLLANDA. Teoria das elites. p. 88

³³⁸ No Brasil atual Bolsonaro, que é indubitavelmente um líder populista, vale-se da insegurança e das incertezas trazidas pelas mudanças culturais para atacar diversos grupos, para eles os inimigos são “as esquerdas, os direitos humanos, o Estado protetor, a moral secular” (ALMEIDA, Ronaldo de. Deus acima de todos. In Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo. Companhia das Letras. 2019. p. 35-51. p. 48). Tal discurso se baseia na tentativa de angariar apoio com a criação de bodes expiatórios que seriam indicados como responsáveis pelos problemas atuais. Nada mais inverossímil. Na verdade muitos desses problemas sequer são problemas de verdade, são frutos do desenvolvimento cultural, tais como não aceitação do preconceito, incômodo com o sofrimento de outras pessoas, busca por uma sociedade menos hierarquizada e igualitária, modificação do conceito de família etc..

³³⁹ MARTÍNEZ, Mauricio. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande encarceramento, seminário. Rio de Janeiro. Revan. 2010. 313- 327. p. 319

3.2. Populismo: a erosão da democracia por meio da vontade do povo

A partir de uma propaganda com grandes contornos emocionais, na qual a vítima é muitas vezes colocada no centro da discussão político-criminal, o medo é explorado e se elegem os inimigos preferidos. Elabora-se um discurso atestando que o crime deve ser extirpado e combatido a qualquer custo e que as medidas adotadas devem ser duras. Propõem-se leis penais e processuais penais para agradar a o eleitor sob o pretexto de combater a criminalidade. O discurso forja o criminoso como a encarnação de todo o mal, que tenta a todo custo corromper a sociedade, que representa o bem. “São abertos, dessa forma, caminhos perigosos em direção à tirania, envolvidos na dicotomia povo x anti-povo. O povo seria ‘a gente decente’, enquanto sua antítese seria a causa de todas as mazelas”³⁴⁰. A criação de um inimigo para conseguir apoio popular a medidas populistas é essencial, pois é a partir do medo ou da repulsa ao inimigo que se consegue o consenso para adoção de medidas autoritárias³⁴¹ e leis severas.

O populismo se vale da encenação política, que pressupõe três fases de drama: (1) desordem social; (2) fonte da desordem; e (3) solução salvadora³⁴², para conquista do eleitorado. No populismo essas fases são radicalizadas³⁴³, algumas vezes se utilizam narrativas preconceituosas e de incitação ao ódio.

A descrição da desordem social busca produzir sentimentos de compaixão, indignação ou angústia, denunciando um “estado de infelicidade não merecida”³⁴⁴, sendo comum que se recorra a narrativas dramáticas capazes trazer à tona o medo, com a utilização de imagens que possam causar terror ou revolta³⁴⁵.

A fonte da desordem é trazida por meio das imagens dos alvos escolhidos, “estigmatizando o inimigo que se deve combater”³⁴⁶, podendo ser um inimigo interno ou externo. Na França, com Jean-Marie Le Pen e Marine Le Pen, e nos Estados Unidos, com Trump, o inimigo preferido são os imigrantes (tidos como terroristas). o

³⁴⁰ ABI-ACKEL TORRES. Política criminal contemporânea... p.138.

³⁴¹ “A significação pejorativa do populismo se constitui no uso de medidas de governo que sejam populares, com o intuito de ganhar a simpatia da população, particularmente a dos que possuem direito a voto. Não significa necessariamente tomar medidas contra a democracia, mas pode subverter o sistema democrático e alcançar traços autoritários, ainda que muitas vezes o populista se disfarce de democrata”. (ABI-ACKEL TORRES. Política criminal contemporânea... p. 144)

³⁴² CHARAUDEAU, Patrick. A opinião pública: como o discurso manipula as escolhas políticas. Tradução de Angela M. S. Corrêa. São Paulo. Contexto. 2016. p. 90

³⁴³ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 107

³⁴⁴ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 91

³⁴⁵ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 92

³⁴⁶ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 93

Brasil, com Bolsonaro, o inimigo é a esquerda ou os comunistas³⁴⁷ e, na Venezuela de Hugo Chaves e Maduro é “o império dos Estados Unidos”³⁴⁸. Não importa se a ameaça é real, mas apenas se “os bodes expiatórios a serem sacrificados pela angústia social”³⁴⁹ são capazes de unir e mobilizar uma parcela significativa da população.

Num terceiro momento o líder populista produz um discurso destinado a restaurar a ordem, reparando o mal causado pelos inimigos, convocando seu eleitorado para a rebelião. Nesse momento o líder populista se apresenta como “o herói reparador do mal”, “a quem o povo deve aderir às cegas”³⁵⁰. Enquanto políticos tradicionais aderem a esse discurso apenas em períodos eleitorais, as lideranças populistas utilizam essa narrativa para governar³⁵¹, pois se apropriam desse discurso como forma de se esquivar dos erros e para aprovar medidas autoritárias, sob a falsa justificativa de que seus inimigos buscam destruir o país e impedir o progresso ou a ordem.

Em geral as lideranças populistas ganham força em momentos de crises³⁵² políticas ou econômicas. Na sociedade atual ainda há um elemento capaz de criar e/ou aprofundar as crises políticas: a espetacularização da sociedade operada pelos meios de comunicação. “As notícias passam a ser importantes ou secundárias sobretudo, e às vezes exclusivamente, não tanto por sua significação econômica, política, cultural e social, quanto por seu caráter novidadeiro, surpreendente, insólito, escandaloso, espetacular”³⁵³. A curiosidade, o bizarro, o escandaloso abrem espaço para a relevância político-social do evento, de modo que quanto mais escandalosa ou infamante seja a informação, maior será sua relevância.

³⁴⁷ Em geral o populismo de direita centra seus ataques na “fantasmática coalizão socialista-comunista” (CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 117), o que pode ser visto nas falas de Bolsonaro e de seus apoiadores que culpam os petistas, esquerdistas ou comunistas quando são questionados ou quando há manifestações contra seu governo. <https://oglobo.globo.com/sociedade/apos-protestos-contracortes-na-educacao-bolsonaro-publica-video-de-pais-de-alunos-de-escola-particular-em-sua-defesa-23670711> - acesso em 24 de maio de 2019;

³⁴⁸ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 113

³⁴⁹ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 94

³⁵⁰ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 95

³⁵¹ RUNCIMAN. Como a Democracia chega ao fim. p. 170

³⁵² “o conjunto de uma população, ou uma parte desta, estará mais propensa a cair na armadilha das falsas aparências quando estiver vivendo descontente e sentindo-se impotente para resolver seus problemas. E é mais manipulável ao sentir necessidade de que lhe deem explicações simples e lhe façam relatos dramáticos” (CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 146); sobre o tema: GOMES; ALMEIDA. Populismo penal midiático... p. 180)

³⁵³ VARGA LLOSA, Mário. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução: Ivone Benedetti. 1ª ed. Rio de Janeiro. Objetiva. 2013. p. 47

Isso aprofunda ainda mais a visão negativa dos políticos e acaba enfraquecendo as instituições democráticas. Não apenas os políticos, mas grande parte do funcionalismo público são expostos pelos meios de comunicação como ineficientes, imorais, incompetentes e corruptos. Esses discursos costumam ter como consequência a aversão da população a qualquer melhoria nas condições de trabalho, aumento de salários, previdência etc., para políticos ou funcionários públicos. Com isso, cria-se um círculo vicioso no qual no qual profissionais bons e qualificados se afastam de funções públicas devido à imagem negativa, baixos salários ou falta de condições de trabalho deixando o caminho aberto para pessoas corruptas e com baixa qualificação³⁵⁴.

Nesse momento, o espetáculo, a propaganda e a política podem ser uma mistura perigosa, pois pregando o acesso à informação pode-se utilizar a política como espetáculo. Trazer à tona informações sobre políticos, suas negociações e acordos, pode ser interessante sob a perspectiva da transparência. Mas, se o objetivo não for informar³⁵⁵, mas sim entreter, transformar “informação em instrumento de diversão” dando legitimidade àquilo “que, antes, se confinava a um jornalismo marginal, quase clandestino: escândalo, deslealdade, bisbilhotice, violação da privacidade, quando não – em casos piores – difamações, calúnias e notícias falsas”³⁵⁶, poderá agravar ou até mesmo criar³⁵⁷ crises políticas. Tais práticas, aliadas a um verdadeiro bombardeio midiático sobre crimes violentos, em especial com grande crueldade, é a receita que gera instabilidade política permanente, favorecendo discursos messiânicos.

O populismo com significação pejorativa, normalmente se faz presente em contextos de crise de representação política, fazendo emergir uma liderança

³⁵⁴ “A restrição nos salários dos funcionários públicos é uma medida que costuma ter o apoio da opinião pública principalmente quando a imagem do servidor do Estado está desacreditada, mas seus efeitos acabam sendo perniciosos para o país. Esses baixos salários são um incentivo para a corrupção. E afastam dos organismos públicos os cidadãos de melhor formação e maior honestidade, o que significa que esses cargos frequentemente são preenchidos por incompetentes e por pessoas de escassa moral” (VARGA LLOSA. A civilização do espetáculo... p. 126)

³⁵⁵ “Será que os meios de comunicação estão, como regra, preocupados em fiscalizar o exercício do poder por ser este o seu encargo e a sua contribuição para a democracia? Ou será que essa se tornou apenas a justificativa para que outros fins sejam perseguidos? Vale indagar se os abjetivos liberais atribuídos à imprensa persistem ou se ela se converteu em um meio de *controle* que impede os cidadãos de serem protagonistas de suas próprias vidas”. (GOMES. Mídia e sistema penal... p. 67)

³⁵⁶ VARGA LLOSA. A civilização do espetáculo... p. 49

³⁵⁷ Um exemplo de crise política criada a partir da violação de privacidade é o caso extraconjugal do ex-presidente americano Bill Clinton com Mônica Lewinsk, em que chegou-se a cogitar a possibilidade de impeachment.

alternativa à classe política. Explora a crise de representação, articulando-se com os setores insatisfeitos, dominados por forte ressentimento político.³⁵⁸

Criam-se crises com a exposição de questões políticas de forma espetacularizada e irresponsável, não voltada para a transparência dos atos administrativos e políticos, mas visando fomentar conflitos e angariar audiência³⁵⁹ e direcionar a opinião pública para satisfazer os interesses da elite a qual se aliam os proprietários dos veículos de comunicação. Faz-se uma divulgação parcial e superficial, dando a entender que houve desvios de conduta dos atores políticos, mesmo antes de proporcionar oportunidade para apresentação de defesa. As possíveis investigações e processos são explorados de forma acrítica e abre-se caminho para a descrença na classe política, que não seria capaz de controlar a corrupção, pois dela se beneficia, e de reduzir a violência, pois os políticos são incompetentes³⁶⁰. Influenciadas por comunicadores sensacionalistas, com discursos emocionados e indignados, as pessoas acabam tendo cada vez mais descrença nos políticos e buscam uma liderança carismática, com pulso firme e capaz de colocar o país nos eixos.

Em momentos de grande descrédito na classe política, líderes populistas tendem a ganhar força, pois se apresentam como *outsiders* ou inimigos da política tradicional e, por trazerem uma narrativa de que não têm compromisso com aqueles que detêm o poder, seriam os únicos capazes de refundar as instituições³⁶¹ e conduzir a nação de forma adequada. Eles tentam se distanciar da classe política e se colocam como contrários ao *establishment*, na medida em que se apresentam como alternativa à política tradicional e “explora[m] a crise de representação, articulando-se com setores insatisfeitos, dominados por forte ressentimento político”³⁶². “O líder populista não aparece como um verdadeiro político, mas, sobretudo como um aproveitador da ignorância popular, e as massas, na sua irracionalidade, não constituem fundamento para qualquer tipo de política”³⁶³. Conforme foi visto no estudo da e Teorias das Elites, como as massas seriam incapazes de se organizar, o líder populista pode ser visto como alguém que, por meio da manipulação do discurso e da propaganda

³⁵⁸ ABI-ACKEL TORRES. Política criminal contemporânea... p. 144

³⁵⁹ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 57

³⁶⁰ CALLEGARI; WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal. p. 51

³⁶¹ LA TORRE, Carlos de. Os populismos refundadores: promessas democratizadoras, práticas autoritárias. Nueva sociedad, Buenos Aires, Especial, p. 72-82., jun. 2017. p. 76

³⁶² ABI-ACKEL TORRES. Política criminal contemporânea... p. 144

³⁶³ DEBERT, Guita Grin. Ideologia e populismo: Adhemar de Barros, Miguel Arraes, Carlos Lacerda, Leonel Brizola. Rio de Janeiro. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2008. p. 85

popularesca, se coloca como antissistema, conseguindo apoio para concentrar o poder, pois com sua ascensão as massas teriam voz e força³⁶⁴. Como o líder populista se coloca como representante exclusivo do povo, abre-se caminho para movimentos autoritários, pois qualquer questionamento das suas decisões e vontades pode ser visto como um atentado contra o povo.

O que define o populismo é essa reivindicação de representação exclusiva do povo – e é essa relutância em tolerar a oposição ou respeitar a necessidade de instituições independentes que com tamanha frequência põe os populistas em rota de colisão direta com a democracia liberal.³⁶⁵

A figura do líder populista pode, em alguns momentos, ser comparada a de um profeta, um salvador bíblico³⁶⁶ ou um semideus, com capacidade, conhecimento, boas intenções e força para consertar o que está errado – faz a promessa de uma vida melhor, de que não é necessário aguardar a morte para chegar a um mundo livre dos problemas atuais, diferente do que pregam a maior parte das religiões, pois faz “crer que “tudo é possível de imediato””³⁶⁷. “A promessa de uma vida melhor é sedutora e a massa popular, ainda que algumas vezes instruída culturalmente, acaba por ter dificuldade em distinguir entre as promessas carismáticas de forte conteúdo emocional e programas racionais de governo”³⁶⁸.

É comum o uso de termos vagos e apelativos nos discursos populistas, assim como a promessa de que governarão para aqueles que foram esquecidos pelos outros políticos. Nos dizeres de Luiz Flávio Gomes, “no plano político o populismo 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”³⁶⁹. Nesse sentido, o fato de o líder populista possuir grande apelo junto às massas e se apresentar como um *outsider*, muitas vezes pode ter força para concentrar o poder em suas mãos, fazendo com que ignore o ordenamento jurídico ou as decisões dos tribunais. Por meio da alegação de que o

³⁶⁴ É muito comum que em discursos populista se fale de dar oportunidades aos excluídos, de dar voz ao povo. Mas o que se tem é apenas a luta das elites pelo poder, então a elite àquele líder populista se utiliza de um discurso de inclusão para alcançar e manter o poder nas mãos de poucos. “O que se observa na sociedade não era apenas a luta pela ascensão, mas também a obstinada tentativa das elites no sentido de manterem suas posições. Nessa luta eram empregados meios ou recursos diversos, sendo um deles as teorias como a da igualdade entre os homens. O que estava em jogo, de fato, nos embates pela igualdade, não era a própria igualdade, mas a substituição de uma elite por outra.” (GRYNSZPAN. Ciência política... p. 183)

³⁶⁵ MOUNK. O povo contra a Democracia... 2019. p. 10

³⁶⁶ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 108

³⁶⁷ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 109

³⁶⁸ ABI-ACKEL TORRES. Política criminal contemporânea... p. 137

³⁶⁹ GOMES; ALMEIDA. Populismo penal midiático... p. 28

líder populista é honesto e que deseja resolver os problemas da sociedade e que “partilha da opinião pura das pessoas e esteja disposto a lutar em nome delas”, quando está no comando “precisa acabar com os obstáculos institucionais que o impeçam de cumprir a vontade do povo”³⁷⁰, há uma tentativa de concentração de poder e retirada dos mecanismos que garantem a Democracia. Para atingir tal objetivo é comum que se utilizem do medo do crime, pois elencando criminosos – sejam delinquentes comuns ou políticos e empresários acusados de corrupção – é mais fácil com que a população adira a discursos voltados à redução de direitos e garantias fundamentais ou volte sua indignação contra mecanismos democráticos que limitam, fiscalizam ou exponham as falhas do poder Executivo, tais como o Poder Legislativo e Judiciário, a imprensa, partidos políticos de oposição ou entidades ligadas ao terceiro setor, como associações e sindicatos.

Ele garante poder popular e, como em geral surge em momentos de crise, pode também concentrar grande poder institucional, em suas mãos, “quando [*autoctorias* e *potestas*] tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal”³⁷¹. O líder autoritário pode utilizar sua popularidade para submeter os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário às suas vontades, pois goza de prestígio popular e costumeiramente surge com o enfraquecimento das instituições democráticas.

Os populistas afirmam ser a verdadeira voz do povo. Acham que toda resistência a seu governo é ilegítima. E desse modo, com triste frequência, costumam ceder à tentação de silenciar a oposição e destruir os centros de poder rivais. É impossível compreender sua natureza sem admitir a energia democrática que os move – e, contudo, também é impossível estimar o estrago que são capazes de causar sem admitir com que rapidez essa energia pode se voltar contra o povo. A menos que os defensores da democracia liberal consigam se erguer contra os populistas, a democracia iliberal sempre corre o risco de degradingolar numa perfeita ditadura³⁷².

Líderes populistas fazem uma interpretação do conceito de Democracia, como se fosse a simples vontade do povo. Em primeiro lugar, não levam em consideração que a vontade de povo ou opinião pública, “longe de ser homogênea, ela é fragmentada pela diversidade dos grupos sociais que a compõe”³⁷³, ou seja, esses políticos levam em consideração apenas a suposta vontade daqueles que o elegeram.

³⁷⁰ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 23

³⁷¹ AGAMBEN. Estado de exceção. p. 131

³⁷² MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 73

³⁷³ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 37

Em segundo lugar, não parecem desconsiderar que numa democracia deve-se respeitar o voto da maioria no que concerne à escolha dos eleitos e dos projetos e políticas públicas por eles encampadas, mas também devem ser respeitadas as liberdades, direitos, garantias, dignidade e opiniões das minorias. Nesse sentido, as “instituições contramajoritárias, como tribunais constitucionais, têm um histórico venerável de proteção de proteção dos direitos individuais”³⁷⁴, pois é por meio deles que, muitas vezes, o respeito aos direitos das minorias é garantido. A aparência de Democracia que se dá a supressão dos direitos dessas minorias, por meio da utilização da suposta vontade popular, abre caminho para relativização de direitos e garantias de outros grupos, bem como outros ataques às instituições que fortalecem a Democracia. “um sistema em que a vontade do povo consegue se sobrepor a aos juízes e burocratas pode parecer mais democrática a curto prazo; no longo prazo, também torna mais fácil para um autocrata abolir a democracia”³⁷⁵.

Não se deve esquecer que os populistas, apesar do discurso de *outsiders*, são apenas os representantes de uma das elites. Então, apesar de pregarem a realização do bem comum, as práticas populistas são voltadas à manutenção do poder. Mas, assim como na encenação política, o populismo também tende a radicalizar a obsessão pelo poder, trazendo como efeito “desgastar o tecido social sobre o qual se fundamenta o estado de direito e a democracia e, por isso, em última análise, de reduzir os anticorpos principais ao desenvolvimento da própria criminalidade”³⁷⁶, já que o discurso populista enfraquece o tecido social devido ao fato de apelar à divisão social e ao maniqueísmo e criação de inimigos, especialmente colocando a política identitária como motivo dos problemas atuais³⁷⁷.

O apelo maniqueísta muitas vezes conduz a discursos e práticas que colocam a oposição como a encarnação do mal. Discorre-se que a oposição quer destruir o governo, uma vez que estaria contra os projetos do líder populista. Assim, qualquer tentativa de discussão sobre projetos ou fiscalização do governo pode ser transformada em sabotagens pelos inimigos da pátria. Com isso, é possível, muitas vezes, criminalizar a oposição e controlar os meios de comunicação, como ocorreu no governo do ex-presidente venezuelano Hugo Chaves, e ocorre hoje com o Presidente

³⁷⁴ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 122

³⁷⁵ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 122

³⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 123

³⁷⁷ RUNCIMAN. Como a Democracia chega ao fim. p. 84

Maduro³⁷⁸. Com medidas autoritárias sendo plenamente aceitas, poucos questionarão a legalidade das medidas contra os opositoristas, que podem ser tachados de terroristas, inimigos do povo ou da Democracia.

3.2.1. O punitivismo a serviço do populismo

Há muito tempo esse cenário de combate à corrupção tem ocupado papel central no discurso populista brasileiro. Antes da estabilização política e econômica ocorrida nos governos de Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso (FHC), Fernando Collor apresentou-se como *outsider* e venceu as eleições em 1989 como “o caçador de marajás”³⁷⁹. Já em 2002, o Partido dos Trabalhadores (PT), com o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, venceu as eleições com a promessa de acabar com a corrupção³⁸⁰ e ao longo dos seus governos (Lula e Dilma) teve no maniqueísmo e culto à personalidade – em especial do Lula – sua grande força. Em 2018 foi a vez de Jair Bolsonaro adotar um discurso moralizador contra a corrupção atribuída ao PT para se eleger, empunhando a bandeira da *nova política*, apesar de ser um político de carreira que, inclusive, como é comum na política tradicional, conduziu seus filhos à política.

Parece não ser coincidência que esses presidentes, todos eleitos com discursos contra a corrupção, foram acusados ou tiveram aliados próximos investigados por crimes e desvios éticos, tendo sido noticiados pelos meios de comunicação. Collor sofreu Impeachment e Lula teve seu mandato manchado pelo Mensalão, que envolveu seu Ministro da Casa Civil, José Dirceu. Jair Bolsonaro empregou diversos funcionários fantasmas³⁸¹ enquanto ainda era Deputado Federal, e seu filho, um dos homens de confiança, Flávio Bolsonaro, eleito Senador com o mesmo discurso, tinha como homem de confiança uma pessoa ligada à milícia do Rio de Janeiro³⁸², tendo a família de Jair Bolsonaro recebido diversos depósitos

³⁷⁸ LA TORRE, Carlos de. Os populismos refundadores: promessas democratizadoras, práticas autoritárias. Nueva sociedad, Buenos Aires, Especial, p. 72-82., jun. 2017. p. 77

³⁷⁹ <http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/primeiras-paginas/o-caccedilador-de-marajaacutes-8952245> - acesso em 01 de fevereiro de 2019

³⁸⁰ <https://www1.folha.uol.com.br/brasil/ult96u19699.shtml> acesso em 01 de fevereiro de 2019

³⁸¹ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1949719-bolsonaro-emprega-servidora-fantasma-que-vende-acai-em-angra.shtml> - acesso em 01 de fevereiro de 2019 e <https://exame.abril.com.br/brasil/gabinete-atesta-frequencia-de-filha-de-queiroz-que-e-personal-trainer/> - acesso em 01 de fevereiro de 2019

³⁸² <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/powerpoint-dos-bolsonaros-entenda-a-relacao-da-familia-com-queiroz-e-as-milicias.shtml> acesso em 01 de fevereiro de 2019

suspeitos³⁸³. Essa é uma das características mais marcantes do populismo, seus adeptos “embora na campanha não raro prometam erradicar a corrupção, os países que governam ficaram, em média, mais corruptos”³⁸⁴.

Todos se apresentaram como intransigentes com a criminalidade, em especial a econômica, aprovaram leis de endurecimento penal, mas são acusados de adotar práticas tão ou mais imorais e criminosas que as de seus adversários políticos. Nos três casos fica claro o culto à personalidade, todos foram ou são aclamados por seus seguidores e sua importância transcende a estrutura partidária.

É interessante notar que, apesar da defesa de inclusão social, e de Lula e o PT terem explorado um maniqueísmo entre ricos e pobres, sempre apresentando a imagem de um Lula paternalista, ao lado dos pobres e excluídos, foi durante os governos do PT (Lula e Dilma) que houve o maior crescimento da população carcerária brasileira³⁸⁵, sendo a maior parte dessa população composta por pessoas pobres, negras e com baixo nível de escolaridade³⁸⁶. Em suma, pessoas para quem o PT dizia governar. Também foi no governo PT que a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) foi modificada aumentando a pena para o tráfico, bem como a Lei de Organizações Criminosas (12.850/2013), Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) e tantas outras que de algum modo agravaram a situação dos acusados e, quando não, trouxeram questionamentos sobre suas constitucionalidades. Por outro lado, os bancos tiveram grandes lucros durante o governo Lula³⁸⁷, demonstrando que o discurso de política voltada para os pobres é, no mínimo, questionável.

Apesar de trazer traços populistas como o estímulo ao maniqueísmo, endurecimento das leis penais e culto à personalidade, o PT não trouxe os elementos mais perigosos do populismo, quais sejam, os elementos autoritários, como o

³⁸³https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/01/19/interna_politica,731565/coaf-identifica-depositos-suspeitos-na-conta-de-flavio-bolsonaro.shtml - acesso em 01 de fevereiro de 2019; <https://epoca.globo.com/mp-do-rio-de-janeiro-mira-cheques-de-queiroz-para-michelle-bolsonaro-23668794> - acesso em 19 de maio de 2019

³⁸⁴ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 11

³⁸⁵ SANTOS, Thandara. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – atualização – junho de 2016. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento penitenciário nacional. 2017. p. 9

³⁸⁶ SANTOS, Thandara. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – atualização – junho de 2016. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento penitenciário nacional. 2017. p. 32/35

³⁸⁷ <https://veja.abril.com.br/economia/bancos-lucraram-8-vezes-mais-no-governo-de-lula-do-que-no-de-fhc/> - acesso em 24 de fevereiro de 2019

cerceamento da liberdade de imprensa e expressão, repressão às organizações civis, cooptação das instituições estatais e aparelhamento do Poder Judiciário³⁸⁸. Talvez por esses motivos tenha deixado grande espaço aberto para que outro movimento populista, dessa vez de extrema direita, representado por Bolsonaro, chegasse ao poder.

Mesmo com tal endurecimento penal, o PT foi acusado de ser conivente com o crime, pois tal enrijecimento não foi capaz de reduzir a violência e, ao que parece, a corrupção continua nos mesmos níveis. O discurso punitivo e contra a impunidade, antes utilizado pelo PT, foi logo incorporado por outros partidos e políticos. Muitos desses adversários, adotando narrativas populistas, sobretudo na seara penal, trataram de fazer discursos repressivos, em geral com a criminalização de mais condutas, aumento de penas e redução de direitos aos processados e condenados. Não foi por outro motivo que Jair Bolsonaro, ao chegar ao poder, apresentou, por meio de seu Ministro da Justiça, Sérgio Moro, um pacote denominado *anticrime* como uma de suas prioridades. Esses discursos, assim como o populismo, flertam com o autoritarismo e utilizam apenas o sistema penal, especificamente a lei penal, para resolver os problemas sociais.

Medidas preventivas, como acompanhamento psicológico para jovens com problemas disciplinares na escola, acesso à educação, trabalho e lazer também não estão no radar desses políticos. Mesmo as medidas dentro do sistema criminal, que ultrapassam as barreiras da atividade legislativa incriminadora, como contratação e treinamento de profissionais da segurança pública, investimento em sistemas de inteligência policial, compra e manutenção de equipamentos para as polícias ou mesmo a simples melhoria na estrutura e valorização dos profissionais de segurança pública poucas vezes estão entre a atuação efetiva desses políticos. Os discursos e práticas estão, na maior parte das vezes, ligados exclusivamente a leis penais incriminadoras, aumento de penas, inclusão de qualificadoras ou causas de aumento de pena e redução de garantias processuais. Tais atuações estão ligadas ao senso comum, não estão fundamentadas em estudos ou pesquisas, ou seja, “as decisões

³⁸⁸ Apesar de não trazer elementos autoritários é possível dizer que Lula é um líder populista e que o PT governou o Brasil com o uso da retórica populista, pois “nada autoriza dizer que o populismo gera inevitavelmente o autoritarismo” (CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 115)

de política criminal se adotam com desconhecimento da evidência e baseia-se em assunções simplistas de uma opinião pública não informada”³⁸⁹.

Essas medidas, em geral, possuem forte apelo popular. A impressão passada pelos meios de comunicação é que a violência atingiu níveis alarmantes, que impera a impunidade, que as penas aplicadas são baixas³⁹⁰ e qualquer possibilidade de absolvição é vista como impunidade.

Muitas vezes acadêmicos se manifestam sobre os problemas que podem ser gerados por esse tipo de postura, em especial no que tange ao desrespeito aos Direitos Humanos e riscos à Democracia, mas, uma das características do populismo é a rejeição do saber acadêmico, de técnicos e especialistas³⁹¹. Líderes populistas tendem a se colocar como pessoas que podem resolver os problemas sociais por meio de seu carisma e desprezar a opinião e os caminhos propostos por especialistas.

Apesar de ser mais clara a atuação de atores populistas na política partidária, o populismo, em especial quando se fala em crime e política criminal, transcende a figura do líder e penetrando o Poder Judiciário, o Ministério Público e a academia. Será considerado herói aquele que colocar em prática o desejo da população em levar a cabo punições exemplares e rápidas, ainda que para isso o saber penal, as leis e a Constituição tenham que ser ignorados.

O discurso populista seduz também os membros do Poder Judiciário e dos órgãos acusatórios, que deveriam ser técnicos. Com isso, há decisões, denúncias e operações policiais que abandonam critérios técnicos e espetacularizam processos judiciais³⁹². A utilização de argumentos de celeridade (rapidez para julgar), combate impiedoso ao crime e moralização da política são amplamente utilizados tanto pelos órgãos acusadores quanto por juízes que, fascinados pelos microfones, pela fama e pela política, abandonam a imparcialidade necessária a um julgador para se

³⁸⁹ CALLEGARI; WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal... p. 54

³⁹⁰ GENELHÚ, Ricardo. Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal no capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015. p. 70

³⁹¹ RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 298

³⁹² Tal postura pôde ser vista na condução da Ação Penal 470, conhecida como Mensalão, e na Operação Lava-Jato, nas quais, em nome da moralidade, de atender os anseios da opinião pública, e para satisfazer os anseios punitivos de parte da sociedade brasileira, foram abandonados critérios técnicos e normas constitucionais, em especial a imparcialidade, como têm sido mostrado pelas diversas mensagens vazadas pelo site de notícias The Intercept (<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/> - acesso em 16 de junho de 2019). Nas eleições de 2018 também houve conduções, no mínimo, temerosas por parte de membros do Ministério Público ao oferecerem denúncias por improbidade administrativa contra o candidato da Presidente Fernando Haddad e contra o candidato ao Governo de São Paulo, João Dória, em meio à campanha eleitoral.

apresentarem como agentes de combate ao crime. Com o passar do tempo, o processo penal e o sistema penal democrático acabam ruindo, devido ao abandono das normas e princípios constitucionais em nome da eficiência, pois “a resposta deve ser imediata, pois a rapidez da punição é um fator tão importante para preencher expectativas sociais criadas pela mídia quanto sua natureza expiatória”³⁹³. O caráter técnico das instituições públicas é renunciado e, no caso dos juízes, o dever de ser contramajoritário, “neutralizando as tendências vingativas informais da vontade popular e desbordamento dos poderes de maiorias”³⁹⁴, para satisfazer a opinião pública. Serve-se do aparato estatal para a autopromoção utilizando operações policiais, entrevistas e participação em eventos.

Os líderes populistas se valem do desinteresse da população pela política³⁹⁵ e da crescente insatisfação e descrédito com a Democracia³⁹⁶ para, aos poucos, fazer com que o governo adote medidas autoritárias. No início as medidas buscam a neutralização dos inimigos consensuais – traficantes, terroristas, ladrões, sequestradores – e, com o passar do tempo, são incluídos outros inimigos nesse rol – políticos, adversários políticos e imprensa. O sistema penal é o meio utilizado para iniciar a corrosão da Democracia, pois não há quem aprove a delinquência. Para mostrar força e determinação, os líderes populistas aplicam medidas ilegais contra aqueles com os quais ninguém se importa, ou melhor, todos querem longe. Porém, o resultado é que as garantias individuais, incluídas aí as garantias penais e processuais penais, serão corrompidas. Por isso, é comum que governos populistas cheguem ao poder de forma democrática, com a promessa de melhorias, de resolver problemas complexos, e posteriormente se tornem autoritários, sem que os problemas apontados sejam resolvidos.

3.3. Espetáculo e Populismo Penal

Há um grande terreno explorado por políticos populistas, ainda mais diante do cenário de incerteza trazido pela sociedade do risco associado à superdramatização utilizada pelos meios de comunicação como forma de atrair e cativar o público³⁹⁷,

³⁹³ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 141

³⁹⁴ MARTÍNEZ. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. p. 318

³⁹⁵ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 126 et. seq.

³⁹⁶ MOUNK. O povo contra a Democracia... p. 132 et. seq.

³⁹⁷ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 121

tratando tudo quanto é possível como espetáculo. As elites rapidamente incorporam políticos populistas às suas fileiras³⁹⁸, pois com eles suas chances de garantir o poder aumentam.

Esses políticos encontram muita munição para seus discursos na forma usada pela mídia para tratar o crime e a violência. Uma sociedade aterrorizada, bombardeada por notícias sobre brutalidade e crueldade, sendo estas reais ou não³⁹⁹, acaba crendo em discursos autoritários que declaram defender a sociedade.

Uma vez que a insegurança subjetiva tende a receber mais atenção do que a objetiva, as massas tendem a apoiar propostas que prometam resolver o problema da violência e da corrupção.

Discursos contra a impunidade – tanto relativa à criminalidade comum quanto à econômica – tendem a fazer eco pois a mensagem transmitida é que a violência está descontrolada porque os criminosos não são punidos, estão livres, e as leis são demasiadamente brandas. Por outro lado, a punição nunca é suficiente⁴⁰⁰, aproveita-se o desconhecimento da população sobre o funcionamento do sistema criminal, dando-se a entender que liberdade condicional, progressão de regime, saídas temporárias e indultos são tratados como benefícios, não direitos. O processo é tratado como uma novela, onde figuram heróis e vilões. Quem tenta condenar para combater a impunidade é o herói e todo aquele que coloca empecilhos para a condenação é o vilão. Com isso, nulidades deixam de ser ilegalidades ou “fraude processual a serviço do punitivismo”⁴⁰¹ para serem apresentadas pelos atores populistas como um meio que a defesa tem para perpetuar a impunidade.

O maniqueísmo da política populista é trazido ao processo. Bons são aqueles que acusam fervorosamente e condenam a penas longas; já os maus deixam o acusado impune, defendem criminosos, deixam de denunciar ou absolvem. O fato de as pessoas, em geral, não possuírem conhecimento jurídico-penal ou não terem lido sequer uma folha do processo é desconsiderado.

³⁹⁸ DEBERT. Ideologia e populismo... p. 284

³⁹⁹ “A mídia modela a consciência das pessoas, faz com que acreditem que tudo é como ela apresenta. Condicionando o modo de pensar e de agir de praticamente todos os segmentos sociais, pois constitui a fonte mais presente de informação e de conhecimento ordinário das pessoas” (GOMES. Mídia e sistema penal... p. 67)

⁴⁰⁰ GENELHÚ. Do discurso da impunidade à impunização... p. 70

⁴⁰¹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 10ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 1137

De forma maniqueísta e manipulando o desconhecimento jurídico da população, utiliza-se o medo, a violência e o crime para gerar o consenso. Por meio de um discurso ilusório e demagógico, que promete erradicar o crime, consegue-se apoio popular para medidas repressivas enquanto esconde-se as verdadeiras causas da insegurança.

Por serem demasiado caras ou desinteressantes para as elites que disputam o poder, as medidas de inclusão social são esquecidas, apenas tem lugar medidas de recrudescimento penal. Diante de um sistema social precário, capaz de reduzir salários, direitos e benefícios de seus empregados, as empresas poderão aumentar a margem de lucro de seus produtos e serviços e serão capazes de aprovar medidas que reduzem os direitos do cidadão, retirar investimentos de áreas como saúde, educação, lazer previdência social, enquanto o mercado sofre com a desregulamentação. Para que a população não note todo isso, o crime é usado como cortina de fumaça capaz de gerar consenso nas massas, pois ninguém deseja ser vítima de um delito e todos se incomodam com a corrupção.

A guerra às drogas e contra o terrorismo são exemplos de como o sistema penal pode ser usado para conseguir apoio para medidas danosas à maior parte da população, enquanto grandes empresas lucrarão com o sistema prisional, venda de veículos e equipamentos de segurança e, em certos momentos, causar verdadeiras guerras sob o pretexto de se combater grupos terroristas ou narcotraficantes.

Afirma-se que o tráfico de drogas é responsável pela violência, a fim de esconder que o verdadeiro problema da violência urbana é a exclusão social, a miséria, a falta de serviços públicos⁴⁰². Com isso, cria-se uma forma de manter as massas apáticas, sem que seja necessária qualquer atuação estatal para combate aos problemas sociais, pois o uso o populismo punitivo⁴⁰³ seria suficiente para acalmar as massas e desviar a atenção dos verdadeiros problemas.

⁴⁰² “O aumento da violência e da criminalidade, a decomposição social e a anomia, a crise e a fragmentação dos partidos políticos, a prepotência burocrática do Executivo, a capitulação do Congresso, a passividade da Justiça, a corrupção do aparato estatal e da sociedade civil, ineficácia do Estado, o isolamento da classe política, a impunidade para os grandes criminosos e a ‘mão dura’ para os pequenos delinquentes e, *last but not least*, o ressentimento e a frustração das massas constituem a síndrome dessa perigosa decadência institucional de uma democracia reduzida a uma fria gramática do poder, expurgada de seus conteúdos éticos” (BORÓN. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. p.110)

⁴⁰³ MARTÍNEZ, Mauricio. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande encarceramento, seminário. Rio de Janeiro. Revan. 2010. 313- 327. p. 313

Uma vez criados os inimigos, passa-se a forjar um discurso capaz de convencer, criando argumentos pseudotécnicos e baseado em questões emocionais, em geral medo ou ódio.

Um exemplo é a delação premiada, na qual se utilizam prisões preventivas para obtenção da confissão e acusação de comparsas. Numa ânsia punitiva irrefletida, há promotores chegam a dizer que “o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais”⁴⁰⁴. Além da evidente distorção do artigo 312 do Código de Processo Penal, que pretende que provas não sejam destruídas e testemunhas ameaçadas, há uma patente perversão da prisão preventiva e a exclusão da máxima de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Nesse caso, por meio de um discurso um pouco mais rebuscado, utiliza-se a prisão preventiva como meio de tortura para obter confissão. Como em vários momentos de nossa história, a tortura cometida por agentes estatais, com aparência de legalidade, se baseia em argumentos efficientistas, conferindo uma roupagem de legalidade ao bárbaro. Assim como na Idade Média se buscava, por meio da tortura, a salvação da alma do condenado e em regimes totalitários os inimigos da nação eram combatidos, atualmente defende-se que o aparato estatal seja utilizado com o objetivo de combate às organizações criminosas, para que os valores desviados pela corrupção sejam recuperados e para punição daqueles que se utilizaram do Estado para enriquecer.

Apesar do argumento ou do meio utilizado, é certo que a tortura sempre será tortura, independentemente dos argumentos utilizados. Zamyatin, no início do Século XX, numa crítica ao autoritarismo da União Soviética, demonstra, sarcasticamente que, por mais que mudem os nomes da tortura e mudem os argumentos para a sua utilização, a tortura continuará sendo tortura⁴⁰⁵. O que se propõe “faz lembrar as

⁴⁰⁴ <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes> - acesso em 19 de janeiro de 2019

⁴⁰⁵ No livro *Nós*, Zamyatin trata da Sala de Operações, que é uma espécie de masmorra moderna, onde se torturam os subversivos ou oposicionistas do Estado Único: “Na Sala de Operações trabalham nossos melhores e mais experientes médicos sob orientação direta do próprio Benfeitor. Nela existem diferentes instrumentos, e o mais importante é a famosa Campânula. Na realidade, ela funciona como um antigo experimento escolar no qual um rato era colocado sob uma redoma de vidro; o ar dentro dela é bombeado para fora, diminuindo cada vez mais... e assim por diante. Mas, é claro, a Campânula é um aparato consideravelmente mais completo, com o emprego de diferentes gases, e, por isso mesmo, naturalmente, não é mais o caso de escarnecer animais pequenos e indefesos, mas tem um propósito elevado: a preocupação com a segurança do Estado Único; em outras palavras, a felicidade de milhões. Por volta de cinco séculos atrás, quando o trabalho na Sala de Operações apenas se iniciava,

bruxas e hereges, que, se não persuadidos, deviam se submeter à tortura, para, de uma forma ou de outra, revelar a verdade através da confissão”⁴⁰⁶. Ainda que se utilizem termos rebuscados para justificá-la ou seu nome seja substituído para, por exemplo, prisão preventiva com o objetivo de se obter delação, em verdade o que se faz é adotar medidas autoritárias e ilegais, o que corrompe a Democracia. Em nome do populismo penal ignora-se a história para defender ilegalidades sob o manto do Poder Judiciário.

O mesmo se pode dizer sobre a relativização de nulidades, legalização de provas ilícitas colhidas de boa-fé e execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todas essas medidas contrariam a Constituição e, longe de trazer mais credibilidade às instituições penais, acabam, a longo prazo, por minar a credibilidade no sistema penal e na Democracia. Nenhuma dessas medidas será capaz de reduzir a criminalidade, trazendo ainda o estigma de incompetência e ineficiência para as instituições de persecução penal e seus membros. Os desvios e delitos continuarão ocorrendo e, cada vez mais, a opinião pública, inflamada por discursos punitivistas, exigirá maiores ilegalidades para o combate ao crime.

As políticas populistas de sustentação do medo não são apenas inúteis, Elas não somente não têm nenhuma eficácia dissuasória. E não apenas a restrição das nossas liberdades que elas fazem com que paguemos. Essas políticas – e chego, assim, ao seu quarto e mais grave aspecto – enfraquecem também a luta contra a criminalidade, visto que seu efeito principal é o esgotamento do tecido civil que forma o primeiro pressuposto não apenas da democracia, mas também da segurança.⁴⁰⁷

Nesse ponto, não importa se a atuação do agente estatal, em especial dos juízes⁴⁰⁸, está ou não amparada pela opinião pública ou pela opinião publicada, a

apareceram alguns tolos que a compararam com a antiga Inquisição, mas na verdade isso é tão absurdo como colocar no mesmo patamar um cirurgião que realiza uma traqueostomia e um salteador: talvez ambos tenham a mesma faca nas mãos e façam a mesma coisa, cortar a garganta de uma pessoa viva. Entretanto, um é benfeitor, o outro, um criminoso; um é sinal de +, o outro, o de –” (ZAMIÁTIN, Ievguêni. Nós. Tradução Gabriela Soares. São Paulo. Aleph. 2017. p.115/116)

⁴⁰⁶ KARAM, Maria Lúcia. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 408-417-22. p. 415

⁴⁰⁷ FERRAJOLI. Democracia e medo. p. 125

⁴⁰⁸ “a função dos juízes não consiste em materializar nas sentenças a vontade popular e, melhor ainda, em uma espécie, como o chama Garzon Valdez, de inspetor ‘de qualidade’, que deve pôr limites não só às atuações inconstitucionais de quem representa as ‘maiorias’ mas diretamente a estas quando com sua onipotência desconhecem direitos fundamentais. (...)

(...)

Dessa maneira, o Judiciários se põe a salvo da manipulação social e política, de singular importância quando com suas sentenças se deve limitar os suprimir direitos fundamentais, como sucede com o controle punitivo. Efetivamente, para essa delicada atividade, o Judiciários deve excluir da *Vox Populi*, pois, como foi demonstrado, para fazer-lhe cumprir funções simbólicas ao sistema penal, mediante as

Democracia impõe respeito às leis e ao ser humano, não podendo o respeito à dignidade dar lugar ao anseio popular. A retórica de que a lei deve ceder à vontade popular é o que faz o populismo se aproximar do autoritarismo, sob a forma de uma ditadura da maioria, alcançada, na maior parte das vezes, por meio do voto.

Os membros do Poder Judiciário se deixam seduzir pela vontade das massas, acreditam atuar como agentes de segurança pública e deixam de lado sua imparcialidade e respeito à lei⁴⁰⁹, que é “fundamental para que os tribunais não resolvam arbitrariamente o que lhes for conveniente, e sim conforme uma ordem mais ou menos racional, ou seja, republicana e algo previsível”⁴¹⁰.

O populismo penal também se fortalece junto à opinião pública com seus agentes se manifestando em programas de televisão e rádio, em entrevistas ou artigos em jornais, revistas e na internet. Porém, nem sempre as autoridades ouvidas pelos meios de comunicação possuem conhecimento, estudam ou pesquisam sobre segurança pública. A opinião das vítimas e autoridades públicas prevalece sobre o apontado por especialistas. Apesar do conhecimento que juízes, promotores e advogados têm sobre o Direito, nem sempre compreendem questões ligadas à violência, criminologia ou política criminal. Muitas vezes as opiniões desses pseudoespecialistas estão mais próximas do senso comum dos que do conhecimento científico⁴¹¹ sobre segurança pública.

campanhas de segurança cidadã e a utilização dos sentimentos de insegurança e do medo ao delito nas campanhas eleitorais, tira-se proveito da tendência do ser humano a se retirar das sombras que o atormentam” (MARTÍNEZ, Mauricio. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande encarceramento, seminário. Rio de Janeiro. Revan. 2010. 313- 327. p. 318/139)

⁴⁰⁹ Talvez o caso mais emblemático seja o do juiz Sérgio Moro, que se tornou protagonista num suposto combate à corrupção durante a Operação Lava-Jato, mas que foi flagrado em conversas que demonstram ter ocorrido diversos desvios éticos na condução dos processos devido à falta de parcialidade e do posicionamento do juiz ao lado do órgão acusatório. Se não estava claro que sua atuação era tendenciosa e ilegal após a divulgação criminosa das conversas telefônicas do ex-presidente Lula, restou claro, com as reportagens do The Intercept que sob o pretexto de se combater o crime diversos desvios funcionais e, talvez, crimes tenham ocorrido.

⁴¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. A questão criminal. Tradução Sérgio Lamarão; 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2013. 1ª reimpressão, março de 2015. p. 14

⁴¹¹ “A ideia de que o penalista é o mais autorizado para proporcionar os conhecimentos científicos acerca da questão criminal é uma opinião popular, não científica. Nem de longe basta saber direito penal para poder opinar com fundamento científico acerca da questão criminal, ainda que, se o conhece bem, pode fazer muito para resolver numerosos aspectos fundamentais na prática, mas isso é outra coisa” (ZAFFARONI. A questão criminal. p. 13; também em GENELHÚ. Do discurso da impunidade à impunização... p. 312)

O populismo, quando contrariado pelos especialistas, nega o saber científico⁴¹², o que aumenta o distanciamento entre a academia e a opinião pública. A tendência é acreditar que delegados, policiais, promotores e juízes, por serem autoridades públicas, terem prestado um concurso público e atuarem no combate à delinquência, acredita-se que possuam mais conhecimento sobre violência e crime do que pesquisadores. Ocorre que aqueles profissionais, ainda que possuam conhecimento jurídico e exerçam posições de destaque, não necessariamente conhecem os fenômenos que geram a violência ou têm conhecimento de experiências relativas ao combate à delinquência ao redor do mundo. Além disso, como sua visão pode ser parcial e limitada devido ao trabalho que exercem, podem não avaliar as consequências sociais e/ou políticas de suas proposições.

Dentro de uma política criminal orientada pelo espetáculo, algumas dessas pessoas são alçadas ao patamar de heróis por, supostamente, serem duras com a criminalidade, mesmo que para isso tenham que adotar posicionamentos e atitudes incompatíveis com os seus cargos, fazendo com que o processo penal deixe de ser um instrumento de efetivação de garantias para ser um meio condenatório.

Já os políticos acabam sendo reféns do populismo penal, pois, se não aderem a um discurso de expansionismo penal desmedido, podem ter problemas para se eleger ou reeleger. Como não possuem conhecimento técnico sobre segurança pública e política criminal, encampam discursos, elaboram leis de recrudescimento penal e “enviam mensagens à sociedade, confundindo a lei penal com a internet”⁴¹³, com a promessa de redução da violência, o que não é possível apenas por meio da edição de leis. A consequência é o aumento descontrolado das incriminações e de leis que retiram garantias processuais.

Se bem que haja políticos que fazem isso por oportunismo ou por ideologia autoritária, por sorte estes não são a maioria. Sustentar o contrário é cair na *antipolítica* e isso é o mesmo que ansiar por uma ditadura. A verdade é que a maior parte dos políticos não tem ideia do problema e atuam conforme a

⁴¹² “na área política criminal, no entanto, fala-se do discurso populista em tom acusatório, desqualificativo, denunciante, para exprimir uma oposição clara entre o saber científico e o saber criminológico, que por meio de técnicas específicas manipula a questão criminal (e a vontade da população, chamada de ‘opinião pública’) para atender interesses que transcendem o campo do sistema penal ou da prevenção geral do delito, posto que atrelado a racionalidades do exercício discriminatório (e conservador) do poder (ou do biopoder, diria Foucault), que é realizado para manutenção de uma determinada (e injusta) ordem social (comandada, por seu turno, por uma específica ordem e ideologias econômicas (...)) contra determinadas classes sociais, como forma de legitimar a dominação” (GOMES; ALMEIDA. Populismo penal midiático... p. 29

⁴¹³ ZAFFARONI. A questão criminal. p. 203 e 204

criminologia midiática porque não conhecem outra e não sabem como defender-se de seus golpes⁴¹⁴

Longe de ser uma solução, utilizar o populismo penal é apenas um analgésico, acalmará as massas por algum tempo. Como não haverá redução da criminalidade, a população, cega aos resultados da política criminal populista, clamará cada vez mais por punições mais rígidas e menos garantias⁴¹⁵.

3.4. Populismo penal técnico e acadêmico – O Garantismo Penal integral

Em geral, os movimentos repressivos tendem a se fixar utilizando um discurso técnico científico. Desde as perseguições das bruxas na Idade Média até o Nazismo, sempre contaram com discursos legitimadores dentro da academia. Para a perseguição das bruxas e dos adoradores de Satã usou-se o *Maleus Maleficarum*⁴¹⁶, já para a perseguição das *raças inferiores* utilizou-se o darwinismo social, teorias da eugenia e positivismo jurídico. Zaffaroni ensina que “quando o conteúdo mágico é muito evidente, disfarça-se de científico”⁴¹⁷. Esse disfarce ocorre com todo tipo de atitudes autoritárias e, como não poderia deixar de ser, ocorre também com o populismo penal, que se firma por meio de teorias que disfarçam o autoritarismo desmedido e ineficaz no combate à delinquência em saber científico.

Como já citado, não são apenas os políticos que se utilizam do populismo penal, mas muitos juízes, promotores, delegados e demais agentes do sistema penal, consciente ou inconscientemente, fazem o uso da retórica populista para justificar suas atuações. Um exemplo é o documento apresentado por alguns membros do Ministério Público Federal, intitulado *Dez Medidas Contra a Corrupção*⁴¹⁸, na qual defendem uma série de mudanças legislativas claramente inconstitucionais, como a relativização das nulidades processuais, a prisão antes do trânsito em julgado, testes

⁴¹⁴ ZAFFARONI. A questão criminal. p. 214

⁴¹⁵ “Mesmo observando e concordando com a ineficácia da pena de prisão, a população ainda acredita em medidas repressivas e punitivas (mais austeras) para combater a criminalidade. Na raiz desse apoio popular para o rigor penal, fomentado pelo populismo penal midiático, reside a sensação de medo e de insegurança, que dissemina a necessidade de cada vez mais repressão, em detrimento de investimentos em medidas de prevenção e, sobretudo, de medidas sócio educativas” (GOMES; ALMEIDA. Populismo penal midiático... p. 83)

⁴¹⁶ Também conhecido como Martelo das Bruxas, é uma obra escrita Heinrich Krämer e Jakob Sprenger, na qual trata das origens e manifestações do mal e como investigar o mal. Foi um dos livros utilizados para as perseguições perpetradas pela Igreja Católica contra bruxas, feiticeiros, hereges. (ZAFFARONI. A questão criminal. p. 33 e ss)

⁴¹⁷ ZAFFARONI. A questão criminal. p. 242

⁴¹⁸ http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/produtos/pdf/10_MEDIDAS_ONLINE.pdf - acesso em 24 de fevereiro de 2019

de integridade, limitação da análise de recursos, redução da incidência do *habeas corpus*, utilização de provas ilícitas, utilização da prisão preventiva como barganha para localizar os valores supostamente desviados ou mesmo medidas claramente populistas e absolutamente ineficazes no combate ao crime, como tornar a corrupção crime hediondo, “somente para satisfazer a ânsia persecutória, imperando ainda a máxima ‘os fins justificam os meios’, como se a intervenção penal fosse a panaceia para os problemas relacionados à corrupção”⁴¹⁹, trazida como causadora da desordem social, dentro da perspectiva da dramatização política⁴²⁰.

Espetaculariza-se o crime para conseguir apoio e consenso da população sobre a necessidade de tais medidas, impondo o rótulo de corruptas às “pessoas que se opõem às atitudes das rupturas e relativismos praticados”⁴²¹ no âmbito de processos e investigações midiáticas, como o Mensalão e a Lava Jato. Tal fato também se deu na Itália com a Operação Mãos-Limpas, quando os opositores às medidas ilegais eram tachados como favoráveis à corrupção.

Após obter-se o apoio popular e estigmatizar aqueles que se opõem aos abusos e relativizações da persecução penal midiática, elabora-se um arcabouço teórico para dar aparência científica ao populismo penal, por isso que a apresentação das Dez Medidas Contra a Corrupção é acompanhada por artigos.

Na mesma linha há o chamado *pacote anticrime*⁴²², apresentado pelo ex-juiz e atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro, que propõe diversas medidas que visam endurecer o sistema penal. Muitas propostas do Ministério Público Federal também estão contempladas nesse pacote, sendo que os dois projetos apresentam mudanças legais incompatíveis com um sistema penal democrático, além de diversas propostas possuírem inconstitucionalidades flagrantes. Por não ser objeto do presente estudo, não analisaremos todas as propostas dos referidos projetos de lei, apenas faremos a crítica direcionada sobre como se tenta manipular o discurso autoritário por meio de

⁴¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Jairton, Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 134. Ano 25. p. 109-135. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Ago. 2017. p. 113

⁴²⁰ CHARAUDEAU. A opinião pública... p. 90

⁴²¹ PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização de garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 134. Ano 25. p. 87-107. São Paulo. Ed. RT. ago. 2017. p. 88

⁴²² <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/02/projeto-anticrime.pdf> - acesso em 24 de fevereiro de 2019

propostas legislativas que se amparam em saberes populares disfarçados de discursos científicos.

Assim como foi demonstrado que a prisão preventiva para obtenção de delação premiada é uma grave distorção do termo *conveniência da instrução criminal*, pois o Estado estaria utilizando a prisão preventiva como meio de tortura, algumas das medidas propostas violam direitos e garantias fundamentais sob o pretexto de combate ao crime. Nos parece que a base teórica das duas propostas é o *Garantismo Penal Integral*, que se apropriou, como forma de propaganda, do nome de uma teoria que pouco ou nada se assemelha ao que defende.

A escolha do *Garantismo Integral* para explicitar como o populismo ultrapassa a barreira da política legislativa para ingressar no mundo técnico e acadêmico se deu porque esta teoria faz uma inversão dos ensinamentos de Ferrajoli, na tentativa de incrementar um poder punitivo incontrolável, utilizando o termo *Garantismo* como propaganda. Almeja convencer que se pode buscar um incremento de proteção aos Direitos Humanos por meio de distorções dos Princípios Processuais e Penais, além de afastar os direitos individuais, como se fosse benéfico para a sociedade, o que é negado por Ferrajoli. Além disso, grande parte do que é defendido é pauta nos meios de comunicação e nos recentes projetos de leis populistas supracitados.

3.4.1. O Garantismo de Ferrajoli

Antes de ingressar no Garantismo Penal Integral é necessária uma breve descrição do que é a teoria Garantista elaborada por Ferrajoli.

O Garantismo Penal surge como uma teoria dedicada a conferir certeza à interpretação e aplicação do Direito Penal por meio de princípios que devem orientar tanto o legislador quanto o julgador, com o fim de apresentar critérios de validade para aplicação da norma penal, evitando-se que voltassem a ocorrer as atrocidades, muitas delas amparadas pelo Poder Judiciário, nos regimes nazista e fascista. Também promove mais segurança jurídica, estabelecendo critérios que prometem dar legitimidade material às incriminações, o que os próprios adeptos do Garantismo Integral admitem⁴²³, e legitima possíveis condenações criminais a partir de um

⁴²³ O conceito é apresentado de forma diversa por Douglas Fischer, segundo o qual “o Garantismo designa um filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos.” [FISCHER, Douglas. O que é Garantismo (Penal) Integral? In: CALABRICH, Bruno;

Processo Penal Democrático. Nesse sentido, o Processo Penal não é um instrumento voltado para a condenação do acusado, mas para que os direitos e garantias individuais dos réus sejam materializados⁴²⁴.

A análise do Direito Penal baseada no Garantismo revela critérios de validade da norma penal, não bastando apenas a interpretação literal dos dispositivos legais, mas uma análise dos dispositivos penais e processuais penais que respeitem a Constituição Federal e guardem coerência com o restante do ordenamento jurídico. Isso não significa que no Garantismo a letra de lei não tenha importância; pelo contrário, dá-se grande importância ao texto legal, sendo esse o primeiro critério para a aplicação do Direito. Com o Garantismo,

Busca-se estabelecer limites para a elaboração das Políticas penais. O Garantismo interpreta as teorias de justiça para lançar o olhar ao indivíduo destinatário das leis. Acaba, dessa forma, por expressar um paradigma onde não apenas defenda a ideia constitucionalista, mas também busque um modelo de Estado compatível com um Política criminal onde haja priorização dos direitos humanos, fazendo com que o Direito penal não defenda somente as liberdades individuais, mas possibilite a de garantias e direitos sociais.⁴²⁵

A partir daí, percebe-se que o Garantismo busca critérios orientadores para legitimação de um Direito Penal e de um Processo Penal Democrático, em que o acusado seja o protagonista do processo, uma vez que, por meio dele se materializará um processo penal no qual a defesa de garantias seja a principal finalidade. Parte-se da ideia de que o fim do processo e do Direito Penal é a proteção do mais fraco⁴²⁶, e se estabelece que “as garantias penal e processual, de fato, não são outra coisa senão a técnica voltada para minimizar o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo

FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2015. 30-77 .p. 36]. É possível perceber uma certa distorção quando o autor trata sobre Garantismo, na medida em que realiza uma leitura parcial da obra de Ferrajoli, incluindo, dolosa ou culposamente a expressão “(todos!)” quando se refere aos bens jurídicos, sem se atentar ao fato de que Ferrajoli defende a proteção subsidiária de bens jurídicos, e não uma proteção integral. Essa leitura equivocada pode fazer parecer que toda violação a bens jurídicos deve ser passível de incriminação, o que não pertence ao conceito original.

⁴²⁴ “Garantir significa afiançar, assegurar algo. E, quando falamos dessa doutrina, este algo que se tutela são direitos ou bens individuais, estabelecendo instrumentos para a defesa dos direitos individuais frente à agressão (por parte de outros indivíduos, ou do Estado). Em síntese, estabelecendo limites e vínculos ao poder, para minimizar as ameaças” (ABI-ACKEL TORRES, Henrique. Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva. Belo Horizonte. Editora D’Plácido. 2018. p. 168 e 169.)

⁴²⁵ ABI-ACKEL TORRES. Política criminal... p. 171

⁴²⁶ “O paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação do direito penal o seu papel de *lei do mais fraco* em contrapartida à *lei do mais forte*, que vigoraria na sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a *defesa do mais fraco*, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu”. (FERRAJOLI. A pena em uma sociedade democrática. p. 32)

possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena”⁴²⁷. Assim, podemos dizer que a teoria busca reduzir a incidência e irracionalidade do poder punitivo.

Caso adotemos a teoria garantista como orientadora do processo penal, nos serviremos de critérios de lesividade para criação e interpretação dos tipos penais incriminadores (*nulla lex sine necessitate* e *nulla necessitas sine iniura*); que indiquem a necessidade de tipificação prévia para que uma pessoa seja punida (*nulla poena sine crimine* e *nulum crimen sine lege*); prescrevam que a pessoa só pode ser punida por uma ação ou omissão (*nulla injuria sine actione*); que veda a responsabilidade penal objetiva (*nulla actio sine culpa*); exige um processo (*nulla culpa sine iudicio*); clara diferenciação entre acusador e julgador e uma acusação clara e objetiva (*nullum iudicium sine accusatione*), na qual o acusador deve provar o alegado (*nulla accusatione sine probatione*); e com possibilidade de defesa técnica qualificada (*nulla probatio sine defensione*). Seguindo essas linhas reitoras, também chamados de dez axiomas do Garantismo Penal⁴²⁸, cria-se um sistema penal voltado para efetivar garantias para o cidadão e impedir que o poder punitivo se expanda de modo incontrolável.

Ao tornar o sistema penal mais racional e previsível, também se estabelecem limites ao Estado, mais especificamente no momento em que este subtrai para si o poder de punir. É de amplo conhecimento que, ao longo da história, o Estado foi o principal violador de direitos e garantias do cidadão⁴²⁹. Graças a um poder punitivo carente de qualquer controle foram possíveis diversos genocídios perpetrados pelo Estado, bem como subjugar lideranças populares e reformadoras para que novas ideias não fossem sequer discutidas⁴³⁰. Por meio do poder punitivo foi possível estabelecer a dominação católica durante séculos, manter a nobreza no centro do poder europeu, impedir a difusão de ideias democráticas e de esquerda nos países latino americanos durante as décadas de 1950 a 1980, bem como perseguir, prender

⁴²⁷ FERRAJOLI. A pena em uma sociedade democrática. p. 32

⁴²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do Garantismo penal. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 91

⁴²⁹ “Ferrajoli busca demonstrar a necessidade de um Direito penal mínimo, como mecanismo de defesa dos próprios indivíduos implicados no sistema penal.” (ABI-ACKEL TORRES. Política criminal... p. 172)

⁴³⁰ Ao longo da história podemos verificar diversas pessoas que hoje são erigidas ao patamar de heróis, mas que passaram pelo sistema criminal devido à um sistema penal voltado a interesses da elite governante, entre as mais recentes podemos citar Gandhi, Nelson Mandela, Angela Davis, Pepe Mujica e até mesmo artistas como Geraldo Vandré, Caetano Veloso, Chico Buarque e Gilberto Gil.

e matar etnias e opositores dos regimes Fascista, Nazista e Stalinista. Durante todos esses períodos históricos, os governantes e representantes estatais agiram conforme a lei, pelo menos formalmente, fazendo com que seus atos, por mais bestiais e atroz, fossem legitimados pelo Direito. O argumento utilizado para justificar barbaridades cometidas pelos governantes era que a repressão tinha por finalidade salvar a nação ou promover o bem comum e, para isso, precisava aniquilar os inimigos. No Nazismo foram colocados homens comuns para executar tarefas e tomar decisões que, vistas de fora, eram claramente atroz, mas que, para quem executava parecia algo normal e até desejável, sempre, no mínimo, com aparência de legalidade.

Para a máquina impiedosa do domínio e do extermínio, as massas coordenadas da burguesia constituíam material capaz de crimes ainda piores que os cometidos pelos chamados criminosos profissionais, contanto que esses crimes fossem bem organizados e assumissem a aparência de tarefas rotineiras.⁴³¹

Isso demonstra que Saramago estava certo quando disse que “é necessário sair da ilha para ver a ilha”, pois as pessoas muitas vezes não conseguem entender a importância de suas ações e erro de seus posicionamentos se não estiverem afastados, emocional e, certas vezes, temporalmente, daquele momento. Da mesma forma que homens comuns, muitas vezes como Eichmann, “um homem de idéias muitos positivas”⁴³², que não via nas suas ações durante o Nazismo como algo reprovável, provavelmente os juízes e promotores responsáveis pela perseguição e assassinatos em nome do Estado nazista também acreditassem que estavam agindo corretamente.

Pelo Garantismo se admite que o poder de punir do Estado deve ser controlado para evitar que juízes repitam as decisões judiciais de regimes autoritários.

Quando se fala em sistema penal, o Garantismo admite que o Estado deve ser visto como um obstáculo para a efetivação de direitos e garantias. No momento em que o Estado é responsável pela redução de liberdades, incriminação de condutas e aplicação de sanções, não basta que confiemos na boa vontade ou boa-fé de parlamentares, acusadores e julgadores. É preciso definir critérios capazes de restringir a incidência do poder punitivo estatal para que o cidadão não seja

⁴³¹ ARENDT. Origens do totalitarismo. P. 472

⁴³² ARENDT, Hanna. Eichmann em Jerusalém. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo. Companhia das Letras. 1999. p. 37

massacrado, bem como para evitar vinganças privadas⁴³³, para que as vítimas não tomem para si o direito de punir o autor do delito.

A perspectiva Garantista penal exige que se controle o poder estatal, o qual tende à irracionalidade e aos abusos, impedindo ainda que a face violenta do Estado negue o direito à cidadania às pessoas. Não se deve perder de vista que o Estado Penal é o próprio Leviatã e, se não controlado, será manipulado pelos ocupantes do poder para perseguir grupos políticos, religiosos, sociais ou raciais, bem como impedir que direitos e garantias individuais, como a liberdade de expressão e de associação sejam efetivadas.

3.4.2. O Garantismo Penal Integral – Explicação e crítica

Apesar do vasto material histórico de como o sistema penal é utilizado como obstáculo à efetivação dos Direitos Humanos, há uma corrente que almeja, por meio da subversão de conceitos Garantistas, criar uma nova teoria que, apesar de se apropriar da nomenclatura *Garantismo Penal Integral*, se afasta dos ideais Garantistas. Visando implantar um conceito de justiça social por meio do Sistema Penal, a teoria advoga que as garantias deveriam servir para toda a sociedade, não apenas para os acusados em um processo penal, propondo a redução de direitos e a relativização de nulidades. Ou seja, os autores entendem que ilegalidades cometidas por agentes estatais seriam aceitáveis em nome de uma suposta proteção da sociedade. Fica clara a existência de uma seletividade para impedir que agentes estatais, tais como policiais, juízes e promotores, por mais que cometam ilegalidades, fiquem isentos de punição, pois suas condutas estariam justificadas na defesa social.

Os adeptos do garantismo integral não apreciam tão diligentes em denunciar as violências intramuros, muitas vezes levadas a cabo por agentes do Estado, ou mesmo a atuação dos “esquadrões da morte”, que sabidamente contam com conivência (ou colaboração aberta) de segmentos do poder público.⁴³⁴

Os defensores do Garantismo Penal Integral partem do pressuposto que houve uma evolução na proteção dos Direitos Humanos, de modo que “a teoria garantista não existe apenas para a proteção de interesses e direitos fundamentais individuais”⁴³⁵. Antes restritos a meras obrigações de não-fazer, para que o Estado

⁴³³ FERRAJOLI. Democracia e medo. p. 124

⁴³⁴ DEVOS, Bryan Alvez; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 153. Ano 27. p. 65-106. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. março 2019. p. 97

⁴³⁵ FISCHER. O que é Garantismo? p. 39

deixasse de promover a violência contra o cidadão, os Direitos Humanos passaram a englobar também a busca pela concretização dos direitos sociais e supraindividuais⁴³⁶ como trabalho, saúde, segurança e meio ambiente, conhecidos como segunda e terceira gerações⁴³⁷. Para efetivação desses direitos é possível até mesmo a utilização do Direito, por meio da prestação jurisdicional.

O problema surge porque os adeptos do Garantismo Penal Integral defendem que a jurisdição penal seja utilizada contrariamente aos interesses do acusado, como se a relativização dos direitos do acusado possa ser eficaz para se alcançar a efetivação de Direitos Humanos⁴³⁸, para resguardar os direitos das vítimas. Esquecem-se, porém, de levar em conta que a vítima, via de regra, não é parte no processo penal, em especial nos crimes econômicos, demonstrando que confundem Direito Civil, Administrativo e Trabalhista com Direito e Processo Penal.

De fato, a relação entre o Estado e os Direitos Humanos mudou com o surgimento dessas novas dimensões de proteção. É evidente que, se antes o Estado tinha apenas obrigações negativas, a evolução histórica e o surgimento do Estado de bem-estar social lhe impuseram novas obrigações positivas. Para tanto, o Estado dispõe de meios jurídicos e extrajurídicos que objetivam aplicar políticas públicas e permitir que o cidadão tenha acesso a determinados direitos que a Administração Pública pode negar no primeiro momento, inclusive por meio de tutela judicial nas esferas cível, administrativa e fazendária.

⁴³⁶ “Com a hierarquização, o apelo à tutela aos direitos sociais e transindividuais, que têm maior alcance público, implica o esvaziamento da força dos direitos individuais que, neste embate, são caracterizados como de natureza egoística. A dicotomia público/privado tende a pender para o discurso do ‘bem comum’ e a respectiva demonização dos direitos individuais” (BIZZOTTO, Alexandre. A inversão do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro. 2009. p. 120)

⁴³⁷ Destaca-se que Ferrajolli fala de prestações sociais, que não devem se dar por meio do processo penal, mas que seria complementar ao garantismo integral, na medida que materializa a democracia, respeitando os direitos de todos: “Revela-se, assim, no próprio terreno da segurança e do direito penal, a complementariedade e a convergência entre garantismo liberal e garantismo social; entre garantias penais e processuais e garantias e direitos sociais; entre segurança penal e segurança social. (FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 124). Isso demonstra que quando ele se refere à segurança, não está falando apenas de segurança pública, mas de segurança como um todo, seja social, econômica, familiar, ambiental etc. (FABRETTI, Humberto Barrinuevo. Segurança pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9)

⁴³⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo integral. In CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2015. 193-218 .p. 197

A questão é que o Garantismo Penal Integral defende que a busca pela efetivação e proteção de direitos se dê por meio do sistema penal⁴³⁹. Entendem que

O Direito Penal e seu instrumento de aplicação, o Processo Penal, devem ser vistos em um marco protetor desses mesmos direitos fundamentais. Em outras palavras, o Direito Penal não pode mais ser visto como inimigo do cidadão, mas, ao contrário, como um dos instrumentos mais fortes de proteção de seus direitos fundamentais.⁴⁴⁰

Defende que o Direito Penal seria capaz de atribuir a “máxima eficácia dos direitos fundamentais”⁴⁴¹, por meio da utilização do sistema penal, “confiando na bondade e eficácia do poder punitivo”⁴⁴². Esquecem, porém, que o Direito Penal não repara o dano, mas apenas pune o autor do delito. Tal entendimento somente pode se apoiar na crença da função intimidatória da pena, ou seja, na função preventiva geral negativa⁴⁴³. Ignoram as pesquisas realizadas pela criminologia, em especial a criminologia crítica, que demonstra a ineficácia da pena para cumprimento de suas funções manifestas⁴⁴⁴. Quem defende que é possível proteger interesses do cidadão por meio do Direito Penal acredita que as pessoas deixam de cometer delitos em razão da possível aplicação de uma pena, o que, como já foi visto no primeiro capítulo, parece improvável.

O que os dispositivos garantidores da proteção de direitos fundamentais, assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições Democráticas, ordenam ao Estado são intervenções positivas que criem condições materiais – econômicas, sociais e políticas – para a efetiva realização daqueles direitos, o que, mesmo para quem ilusoriamente acredita na reação punitiva, não implica intervenção do sistema penal.⁴⁴⁵

É importante lembrar que, no primeiro capítulo, foi falado sobre a eficácia preventiva do Direito Penal. Ficou claro que somente é concebível falar em proteção da sociedade por meio da criminalização de condutas caso haja claras evidências da eficácia da prevenção geral negativa, o que não parece ser o caso.

Quando se fala em proibição de proteção deficiente, tenta-se trazer elementos que estão fora do Direito Penal. Pela ideia de proibição de proteção deficiente,

⁴³⁹ Douglas Fischer defende que há uma “obrigação de o Estado agir para punir, eficazmente, os autores dos crimes dessa natureza [que atentem contra direitos supraindividuais], não podendo ser invocadas regras de prescrição como forma a pretender afastar eventuais ações penais” (FISCHER. O que é Garantismo (Penal) Integral? p. 34)

⁴⁴⁰ MENDONÇA. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo integral. p. 196

⁴⁴¹ FISCHER. O que é Garantismo? p. 44

⁴⁴² DEVOS; KHALED JR.. O garantismo e a academia... p. 89

⁴⁴³ “el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros” (FISCHER. O que é Garantismo? p. 47 apud BERNAL PLIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 126)

⁴⁴⁴ DEVOS; KHALED JR.. O garantismo e a academia... p. 89

⁴⁴⁵ KARAM. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p. 411

entende-se que o Estado deve promover a proteção dos Direitos Humanos, utilizando os meios que estão a seu dispor, inclusive o sistema penal, quando for o caso.

É inequívoco que os Direitos Humanos devem ser protegidos. Ocorre que eles devem ser implementados por políticas públicas capazes de afetar de forma positiva a vida do cidadão, garantindo-lhe a cidadania, tais como a construção de hospitais, escolas, museus, criação de parques e praças, manutenção das estradas e vias urbanas, iluminação pública etc., com o objetivo de garantir acesso à toda população à cidadania, ou seja, as obrigações positivas seriam realizadas por outros meios que não os penais, ficando no campo penal as obrigações negativas (não fazer ou não intromissão estatal)⁴⁴⁶. A apropriação do termo *Garantismo* demonstra que os ensinamentos de Ferrajoli foram deturpados, pois ele defende que

A resposta penal é necessária, ao menos para evitar vinganças privadas. Porém, é ilusório confiar na prevenção dos delitos que ameaçam a segurança individual a ela, ao invés de fazê-lo às políticas públicas sociais destinadas a reduzir as causas do desvio – o pleno emprego, a superação da precariedade e da estabilidade do trabalho, a instrução, a assistência sanitária e a garantia da subsistência mínima e dos mínimos vitais.⁴⁴⁷

Trazer o conceito de proibição de proteção deficiente para o Direito Penal como mandados de criminalização não apenas foge do objetivo que se deseja dar ao termo proibição de proteção deficiente, como ainda causa o efeito contrário, já que, por meio da expansão do sistema penal, são retiradas garantias sem que haja comprovação da eficácia dessas medidas.

Até mesmo a vítima fica mais desprotegida com a utilização do sistema penal para resolução de conflitos, uma vez que o sistema penal busca a punição e execução do transgressor da lei, não a pacificação social. Desse modo, a eventual indenização ou reparação do dano causado pelo delito acabam se tornando irrealizáveis devido à situação em que o acusado é colocado. Os altos custos sociais e financeiros do processo e execução penal inviabilizam, em grande parte dos casos, até mesmo que o acusado pague a multa a ele aplicada, lembrando que, se for preso é ainda mais difícil que pague qualquer indenização, pois não poderá trabalhar para reparar o dano.

Com relação à proteção de bens supraindividuais tais como o meio ambiente, Ferrajoli defende ser um dever público e privado a sua manutenção, mas por meio de

⁴⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: La ley del más débil*. 4ª ed. Madri. Editorial Trotta. 2004. p. 29

⁴⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e medo*. Trad. Sérgio Lamarão. *Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade*. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 124

prestações positivas⁴⁴⁸, não de proibições penais. Aliás, mostra-se mais eficaz a solução administrativa entre o órgão de proteção ambiental e a pessoa que cometeu o dano, pois as partes poderiam chegar a um acordo capaz de reparar ou reduzir o dano causado sem o dispêndio de somas elevadas com o processo penal e/ou sua eventual prisão.

Merece destaque a forma como os defensores do Garantismo Penal Integral utilizam como exemplo a pessoa acusada pela prática de delitos econômicos, que pode ser vista como inimiga da sociedade, ou seja, aquela para quem são canalizados os problemas da sociedade atual, alguém que deve ser retirado do convívio social sem que haja pena ou compaixão, pois não possui humanidade e não vacilaria em desviar verbas de um hospital ou de uma escola para sua conta pessoal. Forja-se uma teoria que busca impor um processo penal e um Direito Penal autoritário.

Fala-se sobre o desejo de combater o crime dos poderosos, pois causam males muito maiores do que aqueles ocasionados pela criminalidade comum. Ou seja, enquanto um homicida mata um número determinado de pessoas, alguém que desvia valores dos cofres públicos pode matar um número incalculável, já que esses valores poderiam ser utilizados para investimentos em saúde e segurança, salvando milhares de vidas. Para que essas pessoas sejam punidas, os autores defendem a relativização de garantias e a flexibilização das nulidades.

Os defensores do Garantismo Penal Integral ainda propõem a interpretação das normas penais contra o acusado, com o objetivo de proteger a sociedade por meio do encarceramento ou de procedimentos investigatórios sem previsão legal e por órgãos sem competência, deixando de explicar como seria realizada a fiscalização da legalidade das investigações.

Sob pretexto de garantir a efetivação da proteção dos Direitos Humanos defendem até mesmo o desrespeito ao Princípio da Taxatividade e Anterioridade da lei penal⁴⁴⁹, propondo uma leitura dos princípios penais e processuais penais que aumente a incidência da norma penal com a análise de critérios de validade material⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ FERRAJOLI. Derechos y garatias: La ley del más débil. p. 107

⁴⁴⁹ FISCHER. O que é Garantismo? p.55

⁴⁵⁰ FISCHER. O que é Garantismo? p. 55/64

Advogam para contrariar dispositivo expresso e claro da Constituição a fim de viabilizar a execução penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴⁵¹ e relativização de nulidades⁴⁵².

Por mais estranho que possa parecer, sob o pretexto de dar integral eficácia à proteção dos Direitos Humanos, propõe uma série de medidas e de interpretações que relativizariam as garantias penais e processuais do acusado, que, também, são Direitos Humanos. Dentro de uma ótica efficientista, entendem que as garantias penais processuais são entraves para efetivação de uma punição rápida, com uma retórica de que os interesses coletivos, da sociedade, devem se sobrepor aos interesses individuais, o que demonstra uma vocação totalitária⁴⁵³.

Apesar de parecer, não se trata de um paradoxo, pois o Direito Penal e o processo penal não são eficazes para a proteção dos Direitos Humanos quando se trata da vítima. No momento de sua atuação já houve a lesão, muitas vezes irreparável ao direito da vítima. O que há é uma má interpretação da proibição da proteção deficiente, feita a partir de uma perspectiva punitivista e com a utilização do senso comum ao invés do saber acadêmico, na tentativa de utilizar o sistema penal para garantir direitos que devem ser fomentados de outras maneiras, inclusive extrajurídicas.

Utilizando argumentos efficientistas e de combate à impunidade, com um discurso próximo ao senso comum, o Garantismo Penal Integral serve como alibi científico ao populismo penal. Alega-se que a população não confia no Poder Judiciário, “por ser demasiado lento e com resultados totalmente insatisfatórios, especialmente no âmbito pena, onde reina a sensação social de impunidade”⁴⁵⁴.

A argumentação forjada pelos adeptos do Garantismo Penal Integral colide com os princípios Garantistas forjados por Ferrajoli, que tentava reduzir a arbitrariedade

⁴⁵¹ Nesse ponto vale enfatizar a contradição em que incorre um dos defensores do Garantismo integral, pois ele alega que “em situações excepcionais em que se demonstre a grande violação pea decisão colegiada de direitos fundamentais individuais que não possam ser reparados prontamente em sede de recursos extraordinários, há sempre a possibilidade de concessão de efeito suspensivo às irresignações desde que comprovados” (in FISCHER. O que é Garantismo? p. 66), tentando utilizar esse argumento para justificar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação. O que causa mais estranheza é o fato de que o autor parece ignorar que a privação da liberdade de uma pessoa causa impossível reparação. Diferente do que ocorre com reparação de dano cível, em que é possível devolver os valores pagos, nas penas privativas de liberdade isso não ocorre, de modo que o tempo da pessoa presa nunca será devolvido, mesmo que haja posterior decisão que absolva o acusado.

⁴⁵² FISCHER. O que é Garantismo? p. 70/73

⁴⁵³ KARAM. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p.414

⁴⁵⁴ MENDONÇA. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo integral. p. 194

estatal. Chega a ser curioso utilizar o termo Garantismo para defender que nulidades sejam relativizadas, até porque a nulidade processual é uma ilegalidade cometida por um agente estatal no decorrer da persecução penal, que pode invalidar os demais atos e provas, uma vez que representa exatamente a falta de controle ao arbítrio estatal.

A inversão ideológica do discurso garantista é retratada como sendo uma prática judiciária sub-reptícia de utilização do amparo de normas constitucionais de teor garantista para fundamentar atos de teor limitativo aos direitos humanos e ampliativos do sistema penal, subvertendo as finalidades históricas e teleológicas das garantias constitucionais.⁴⁵⁵

Fica evidente que, assim como os adeptos do Garantismo Penal Integral utilizam indevidamente um nome atraente para um Direito Penal autoritário, também usam como isca delitos que atualmente causam grande indignação. Estamos tratando do canto da sereia, que parece ser muito bonito na superfície, mas no momento em que o marinheiro se atira nos braços dessas lindas criaturas, elas logo se transformam em monstros que o levarão às profundezas do oceano, fazendo do mar seu túmulo. Parecem esquecer que a maior parte dos marinheiros que será arrastada para as profundezas do sistema penal, para as celas dos presídios superlotados, serão os mesmos clientes antigos do sistema penal⁴⁵⁶, os marginalizados, favelados, pobres e negros. Na verdade, é um discurso enganador “que esconde a inviabilidade do objetivo declarado de punir os opressores para assim supostamente emancipar os oprimidos”⁴⁵⁷. Apesar do discurso sedutor sobre moralização política, poucos empresários e políticos serão punidos e essas exceções servirão para legitimar um sistema ainda mais injusto e excludente⁴⁵⁸, o que já ocorreu na Itália, conforme trazido por Ferrajoli.

O clima de emergência em que vivemos nos últimos 20 anos, juntamente com o consenso adquirido pela magistratura nos inquéritos contra a grande criminalidade, legitimaram nestes anos o fim de todas as garantias, especialmente as da defesa, e avalizaram, sobretudo no confronto com a microcriminalidade marginal, práticas sumárias e apressadas.⁴⁵⁹

Com o discurso dos adeptos do Garantismo Penal Integral, tenta-se legitimar o desrespeito às regras democráticas basilares, como a Constituição Federal, o devido processo legal e a taxatividade da lei penal incriminadora. Inverte-se o ônus da prova, afasta-se o *in dubio pro reo* e coloca-se novamente o réu na posição de objeto do

⁴⁵⁵ BIZZOTTO. A inversão do discurso garantista... p. 129

⁴⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR. Análise criminológica da corrupção. p. 126

⁴⁵⁷ KARAM. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p. 410

⁴⁵⁸ KARAM. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p. 411

⁴⁵⁹ FERRAJOLI. A pena em uma sociedade democrática. p. 34

processo, sendo este mero expediente para legitimar uma predisposição de punição do acusado. Na verdade, o que se tem é a utilização oportunista do termo *Garantismo* para justificar uma política criminal baseada na teoria da defesa social e do neopunitivismo, afastando-se dos verdadeiros postulados do Garantismo Penal proposto por Ferrajoli⁴⁶⁰.

Ainda deve-se atentar para o fato de que, ao longo da história, o Direito Penal não se mostrou um mecanismo eficiente para reduzir os níveis de corrupção. Pelo contrário, “os países que adotaram uma forte repressão penal contra a corrupção tiveram um aumento de casos de corrupção”⁴⁶¹. Isso ocorreu na Itália, onde um dos resultados políticos da *Operação Mãos Limpas* foi a chegada de Silvio Berlusconi ao poder, com a promessa de “limpar o sistema”⁴⁶². Na China, onde as penas para quem pratica corrupção são rigorosas, mas “talvez seja um dos países mais corruptos do mundo”⁴⁶³. Tudo indica que o Brasil siga os mesmos passos, pois como resultado político da *Operação Lava Jato* Jair Bolsonaro foi eleito Presidente e, apesar do discurso de combate ao crime e à corrupção, parece ter empregado diversos funcionários fantasmas em seu gabinete quando ainda era Deputado Federal, possui ligação com milicianos⁴⁶⁴ e sua família, inclusive sua esposa, receberam depósitos suspeitos.

O Garantismo Penal Integral se vale da ânsia punitiva e da indignação causada pela corrupção, que é apontada como grande causa dos males sociais, abarcando um “discurso demagógico da punição a qualquer custo e na máxima desesperada de que ‘os fins justificam os meios’”⁴⁶⁵. Não se atenta para o fato de que muitos dos meios adotados “implicam em altíssimos custos ao Estado (...), podendo até mesmo superar os gerados pela corrupção”⁴⁶⁶, o que mostra mais um paradoxo: com a utilização do sistema penal, o qual envolve altos custos, busca-se devolver aos cofres públicos os valores desviados gastando-se, por vezes, mais do que o valor desviado. Não seria melhor investir em prevenção?

⁴⁶⁰ DEVOS; KHALED JR.. O garantismo e a academia... p. 93 e 97

⁴⁶¹ FERRAZ JÚNIOR. Análise criminológica da corrupção. p. 124

⁴⁶² MOUNK. O povo contra a Democracia. p. 51

⁴⁶³ FERRAZ JÚNIOR. Análise criminológica da corrupção. p. 125

⁴⁶⁴ <https://oglobo.globo.com/brasil/jair-bolsonaro-defendeu-chefe-de-milicia-em-discurso-na-camara-23401641> - acesso em 24 de maio de 2019; https://www.terra.com.br/noticias/brasil/a-sombra-das-milicias-sobre-o-governo-bolsonaro_0e52c979cf8a5118bff3f84bc2a7cb13j7kywzy0.html acesso em 24 de maio de 2019

⁴⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR. Análise criminológica da corrupção. p. 126

⁴⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR. Análise criminológica da corrupção. p. 125

Ao contrário do defendido pelos adeptos do Garantismo Penal Integral, este não trata do complemento de uma obra supostamente inacabada de Ferrajoli, mas sim da apropriação indevida e oportunista do nome de sua teoria com o fim de legitimar um sistema penal autoritário e sem controle dos órgãos acusatórios, que, em essência, contradiz as práticas e nega os princípios do verdadeiro Garantismo.

A grande influência que o positivismo tem na formação dos juristas fomentou e ainda alimenta as gerações de aplicadores do direito que se apegam à cega aplicação da lei como a única via possível.

A lógica mecanicista dá ensejo a que os direitos fundamentais sejam esquecidos em favor da mera observação declarativa do texto legal. Com o apoio dos postulados positivistas, o interprete pode dar vazão à inversão ideológica das garantias constitucionais, utilizando-se das garantias para subverter as suas finalidades de limitação penal com o respectivo aumento da atuação do sistema penal.⁴⁶⁷

Assim como o discurso populista midiático e político, o discurso do populismo acadêmico não se volta contra as causas da criminalidade e, mesmo quando fala sobre impunidade, a atenção se volta para a jurisprudência ou alterações legislativas de endurecimento penal. Pouco ou nada se fala em melhoria das condições de trabalho da Polícia Civil, com a contratação de pessoal, treinamento e aquisição de equipamentos. É mais comum que a revolta se dê contra a prescrição ou nulidades do que com os baixos índices de resolução dos homicídios, que giram em torno de 5% a 8%⁴⁶⁸. As garantias processuais são colocadas como causadoras da impunidade e, conseqüentemente, da violência e do crime, sem levar em conta que a maior parte dos crimes sequer é investigada por falta de material humano, comunicação entre órgãos de persecução penal, estrutura, equipamentos e capacitação⁴⁶⁹.

Mesmo quando se fala sobre investigação⁴⁷⁰, é esquecido que, por mais leis que tenhamos proibindo condutas, por mais liberdade que os órgãos acusatórios possuam e por menores que sejam os direitos dos acusados, ainda assim haverá grande impunidade se não houver investimento. Ao invés de se defender medidas estruturais, muito mais eficientes do que as medidas penais⁴⁷¹, tanto de assistência social, controle da administração pública, incremento dos investimentos em órgãos de

⁴⁶⁷ BIZZOTTO. A inversão do discurso garantista... p. 135/136

⁴⁶⁸ Estratégia nacional de Justiça e Segurança Pública. Relatório Nacional de Execução da Meta2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. 2012. p. 43

⁴⁶⁹ Estratégia nacional de Justiça e Segurança Pública. Relatório Nacional de Execução da Meta2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. 2012. p. 47/69

⁴⁷⁰ MENDONÇA. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo integral. p. 201

⁴⁷¹ DEVOS; KHALED JR.. O garantismo e a academia... p. 88/89

persecução ou medidas coordenadas de diferentes esferas de atuação “por meio da eliminação de oportunidades”⁴⁷² que dificultariam o cometimento de crimes ligados a corrupção, preferem se pautar em uma política criminal populista e ineficaz. Ferrajolli defende exatamente o contrário:

Contestar esses processos [autoritários decorrentes do populismo penal e político], desenvolver formas de solidariedade, acolhida e integração e, por outro lado, defender contra a demagogia populista as garantias penais e processuais penais e em geral as garantias dos direitos fundamentais de todos, a começar pelos direitos sociais, não só quer dizer defender e reforçar a democracia, como também equivale à melhor política de prevenção e redução do crime e de fortalecimento da segurança pública.⁴⁷³

Nesse caso o sistema penal será apenas um instrumento a favor do autoritarismo⁴⁷⁴ e/ou da seletividade, pois apenas o enrijecimento penal e a suspensão de direitos e garantias serão ineficazes no combate ao crime. Apesar dos adeptos do Garantismo Penal Integral alegarem não defender “a criação de um Estado policialesco ou totalitário, ou o estabelecimento de um direito penal do inimigo”⁴⁷⁵, com suas propostas não trazem muito mais que isso, até porque, com o tempo, as medidas que defendem serão insuficientes para acalmar a opinião pública e as instituições democráticas ficarão cada vez mais desacreditadas por não conseguirem reduzir a violência e a criminalidade.

⁴⁷² FERRAZ JÚNIOR. Análise criminológica da corrupção. p. 131

⁴⁷³ FERRAJOLI. Democracia e medo. p. 125

⁴⁷⁴ É interessante a afirmação de Rodrigo de Grandis no sentido de que o Garantismo de Ferrajoli não teve grande repercussão na Europa, mas “encontrou maior acolhida no Brasil e na Argentina, por obra de Alberto Silva Franco e Eugênio Raúl Zafaroni, respectivamente, talvez porque esses dois países vivenciaram, há não muito tempo, longos e violentos períodos de supressão dos direitos fundamentais dos seus cidadãos” (GRANDIS, Rodrigo de. Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo integral. in CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2015. 428-449 .p. 436/437). Talvez as lembranças dos períodos totalitários na América Latina sirvam como prova do erro em se insistir num poder punitivo descontrolado, como propõe os adeptos do Garantismo Integral.

⁴⁷⁵ MENDONÇA. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo integral. p. 202

4. DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O Direito Penal apresenta, necessariamente, características simbólicas. Quando se criminaliza uma conduta está se mostrando para a sociedade que aquele comportamento é lesivo e não deve ser tolerado. No momento da aplicação da pena, mostra-se ao condenado e à sociedade que a norma penal está em vigor, e, portanto, se outras pessoas cometerem o mesmo ato estarão sujeitas a punição. Como vimos no primeiro capítulo, entre as teorias da pena, a prevenção geral positiva apresenta grande carga simbólica, pois a pena seria um símbolo de vigência da norma e comunicaria sua vigência, ou seja, a imposição da pena é um símbolo de que o comportamento do autor é contrário ao Direito.

Retirar toda a carga simbólica do Direito Penal não seria desejável, porém, tal carga não deve ser disfuncional, no sentido de obstaculizar ou sobrepujar a verdadeira função do Direito Penal, independentemente da teoria adotada.

A utilização do termo Direito Penal simbólico será adotado no sentido pejorativo, disfuncional, ou seja, quando carece de legitimidade, pois as “funções latentes da norma suplantam as funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma”⁴⁷⁶.

É comum o Direito Penal ser utilizado para fins políticos e não para defesa da sociedade, proteção de bens jurídicos ou para reafirmação da vigência da norma. Já foi estudado que movimentos populistas se valem tanto das normas penais quanto do processo penal para diversos fins, que podem ser eleitoreiros, de pacificação dos medos ou cortina de fumaça, para esconder as verdadeiras causas do sentimento de insegurança. Ao nos referirmos a Direito Penal simbólico, o que se busca são fins alheios aos almejados, como explica Hassemer:

deve se entender por “funções manifestas” exclusivamente aquelas concretizações da norma que sua própria formulação enuncia, a saber, a disciplina de todos os casos concretos futuros por ela definidos, ou noutros termos, a proteção de bens jurídicos tutelados pela norma. Já as “funções latentes” são variadas e multiformes, se sobrepõe parcialmente, e vêm recebendo numerosas designações por parte da doutrina: desde a satisfação da “necessidade de ação” presente, a um apaziguamento da população, até a demonstração de um Estado forte. A previsibilidade da eficácia de uma norma se mede pela qualidade e quantidade das condições objetivas postas a sua disposição para sua concretização instrumental. A prevalência de funções latentes estabelece o que aqui vem sendo chamado de “ilusão” ou

⁴⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política*. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução Adriana Beckman Mairalles ... [et al]. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008. p. 221

“dissimulação”: os objetivos de regulamentação proclamados pela norma são, comparativamente, diversos dos que efetivamente esperados; não é possível confiar naquilo que a norma publicamente proclama.”⁴⁷⁷

Trabalharemos a questão simbólica do Direito Penal para satisfação dos interesses de grupos sociais ou políticos, no momento em que se opta pela utilização dos meios penais sem que as raízes dos problemas sejam, efetivamente atacadas, sem verificar se haverá meios para aplicação da nova norma ou novo entendimento jurisprudencial ou se é compatível com o restante do ordenamento jurídico, em especial, a Constituição.

Conforme já abordado, é frequente a manipulação do sistema penal para demonstrar a força de um grupo político sobre os demais, para demonstrar que o parlamentar está atento aos problemas atuais, apaziguando o eleitor. Conforme assevera Hassemer, “criminalidade e combate ao crime são temas políticos conservadores e privilegiadamente se prestam a estratégias populistas”⁴⁷⁸, sem que atinjam o objetivo prometido pelo político que encampa as propostas.

A utilização do Direito Penal de modo simbólico se dá, em especial, mas não somente, na esfera legislativa, na criação de leis penais para atender demandas dos eleitores ou atender ao clamor social. Tal utilização, além de ilegítima, uma vez que “não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, pelo contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorável do Estado”⁴⁷⁹, pode enfraquecer o Estado e as instituições, pois mesmo que acalme o eleitor à curto prazo – já que demonstra que o legislador está preocupado com os problemas da sociedade – a médio e longo prazo revela a incapacidade do Estado e do sistema penal em lidar com problemas sociais, “com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do Estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal”⁴⁸⁰. É possível que também surjam dúvidas em relação às instituições democráticas, fortalecendo discursos autoritários e/ou populistas, que manipularão o medo e a insegurança para chegar e permanecer no poder.

Ilude-se o eleitor sugerindo que o Direito Penal é a solução do problema, mas, com o passar do tempo, ele se mostrará não só é ineficaz como, por vezes, sua

⁴⁷⁷ HASSEMER. Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política. p. 221

⁴⁷⁸ HASSEMER. Direito Penal. p. 265

⁴⁷⁹ ROXIN. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giancomolli. 2ª ed. 2ª tiragem. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 24

⁴⁸⁰ HASSEMER. Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política. p. 230

utilização o agrava ainda mais. É como se o médico utilizasse analgésicos para tentar curar o câncer. No primeiro momento a dor será contida pelos efeitos da droga, mas, com o decorrer do tempo, o tumor crescerá de modo irremediável e causará males maiores para o paciente, inclusive sua morte.

O mesmo ocorre quando se emprega o sistema penal para acalmar os ânimos da população amedrontada e insatisfeita com políticas públicas e com políticos tidos como incompetentes ou corruptos. Os supostos desvios políticos são apresentados de forma sensacionalista, com outros objetivos que não a transparência, mas de angariar audiência ou atacar políticos vinculados a outras elites. Políticos populistas utilizam essa espetacularização para justificar o endurecimento da legislação penal e a retirada de garantias processuais.

Essas mudanças não surtem o efeito esperado e a população tende a se tornar ainda mais incrédula em relação aos políticos. Soma-se a isso o fato dos meios de comunicação e atores populistas defenderem que os mecanismos de persecução penal e as leis são ineficientes ou existem apenas para beneficiar os políticos que as aprovaram, causando descrédito também nos partidos, que são essenciais para o bom funcionamento das democracias.

Tanto a aprovação de leis como a utilização dos meios de persecução penal de forma simbólica se dão com a utilização de slogans que reforçam a ideia de impunidade tais como *o Brasil é o país da impunidade, a polícia prende e o juiz solta, as penas são muito brandas, por isso as pessoas cometem tantos crimes*. Cria-se no imaginário popular, por meio das notícias e comentários dos comunicadores, a ideia de impunidade, que muitas vezes é falsa⁴⁸¹, justificando a aprovação de leis ou de medidas que incrementam o poder punitivo.

4.1. A opinião pública e o Direito Penal simbólico

O Direito Penal simbólico, muitas vezes, é elaborado como uma norma emergencial, logo após ter ocorrido algum fato capaz de inflamar os ânimos da opinião pública e da imprensa, tanto pelo modo como é retratado na mídia, como pelo contexto violento ou bárbaro em que aconteceu. Como exemplos da atividade legislativa

⁴⁸¹ Veja-se que o Brasil passou a ser o terceiro país que mais prende, o que contraria as ideias de impunidade trazidas pelos slogans. Sobre: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/12/brasil-e-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-infopen> - acesso em 16 de março de 2019

emergencial pode-se citar a inclusão do homicídio qualificado na Lei de Crimes Hediondos, aprovado após a morte de uma famosa atriz, a tentativa de inclusão do crime de corrupção no rol dos crimes hediondos, depois que os meios de comunicação exploraram diuturnamente os casos Mensalão e Lava Jato e as diversas tentativas de redução da maioria penal cada vez que um menor de idade mata uma pessoa e o assunto é discutido em cadeia nacional.

Também são comuns mudanças no sistema penal com a alteração de entendimento dos Tribunais ou atuações dos órgãos de persecução penal. “se o crime é selecionado pela agenda midiática, fatalmente estará na pública e muito provavelmente na agenda política”⁴⁸². Depois do público ser alvejado com uma série de notícias sobre crime e corrupção, não é de se estranhar que posicionamentos mais restritivos sejam adotados, entre eles utilização de indícios como prova, início da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, prisão para que sejam obtidas delações premiadas, além de se utilizar de tais operações como ferramenta de marketing para aprovação de medidas claramente inconstitucionais, como a aceitação de provas ilícitas no processo.

O uso desvirtuado do Direito penal vem se acentuando. A mídia retrata a violência como um “produto espetacular” e mercadeja sua representação. A criminalidade (e a persecução penal), assim, não somente possui valor para uso político (e, especialmente, para uso “do” político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural, gerando, para se falar de efeitos já aparentes, a sua banalização e a da violência.⁴⁸³

O objetivo de quem encampa o discurso para que se adotem tais medidas penais, que são comuns em regimes autoritários, embora inaceitáveis em democracias, é que sejam aprovadas sem discussões técnicas pelo fato da sociedade estar chocada com a brutalidade de algum crime ou indignada com alguma conduta noticiada pelos meios de comunicação formais e informais como um grande espetáculo, uma verdadeira novela.

Para que sejam aprovadas mudanças de endurecimento penal é comum que se explore algum problema capaz de gerar comoção⁴⁸⁴ mobilizando setores populares e parlamentares que vejam como única solução uma resposta penal. “O processo

⁴⁸² GOMES. Mídia e sistema penal... p. 81

⁴⁸³ BIANCHINI, Alice. ANDRADE, Léo Rosa. Inoperatividade do Direito Penal e Flexibilização das Garantias In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 28

⁴⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 30

sociológico desencadeado por uma decisão legislativa penal tem início com o êxito de um agente social em tornar crível a existência de uma disfunção social, e que necessita, portanto, de algum tipo de intervenção penal”⁴⁸⁵, e eventos que chocam ou causam indignação nas pessoas são um ótimo meio para mostrar à opinião pública uma disfunção social. Utiliza-se medo, raiva, indignação, ou seja, emoção, para que determinadas leis sejam aprovadas, beneficiando eleitoralmente aqueles que apoiam tal proposta ou pressionando os Tribunais para adotar posicionamentos que tendem a ser mais punitivos e, em alguns casos, inconstitucionais. Com isso propagandeia-se que tais ou quais setores estão preocupados com a criminalidade, com os problemas sociais, com a violência e com a corrupção.

As reformas penais não são decididas de acordo com a base empírica da realidade delinquencial, mas em certos tipos de notícias que, num dado momento, têm impacto tanto na sociedade como, e, acima de tudo, nos operadores políticos, que dão mais atenção as manchetes dos jornais que para as estatísticas.⁴⁸⁶

A opinião pública acaba sendo influenciada pela mídia, que pode ter diversos objetivos ao noticiar e tratar o crime como espetáculo. Os elevados índices de audiência, a preferência ou alinhamento, ainda que não declarado por determinados políticos e questões mercadológicas, como o perfil de anunciantes, fazem com que os crimes, especialmente os mais violentos, causadores de grande comoção, sejam amplamente noticiados. O efeito disso é que se cria forte pressão sobre os governantes, parlamentares e, mais recentemente, os Tribunais, para que provejam soluções rápidas para problemas complexos, a maioria dos quais não serão resolvidos pelo sistema penal.

Instigada pelos comunicadores, que se aproveitam dos elevados índices de audiência gerados pelo noticiário que explora a criminalidade e a violência, a opinião pública pede punições severas, criminalização de mais condutas e retirada de garantias processuais. Nesse momento, em que o saber científico deveria dar lugar ao senso comum na busca por soluções reais e eficazes, o que ocorre é exatamente o contrário. Antes de verificar se o aumento da pena é proporcional ao crime praticado, se a modificação legislativa ou o novo entendimento dos Tribunais se adéqua ao

⁴⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS. A racionalidade das leis penais... p. 28

⁴⁸⁶ “Las reformas penales no se deciden atendiendo a la base empírica de la realidad delinquencial, sino sobre determinado tipo de noticias que en un momento concreto tienen impacto, tanto en la sociedad, sobre todo, em los operadores políticos, que atienden más a los titulares de los periódicos que a las estadísticas”. (tradução livre) POZUELO PÉREZ, Laura. La política criminal mediática: Génesis desarrollo y costes. Madri. Marcial Pons. 2013. p. 16

ordenamento jurídico, se há meios não jurídicos ou, ao menos, não penais para resolução do problema ou se a disfunção social que se deseja atacar é real ou aparente⁴⁸⁷, acolhe-se o clamor público para enrijecer o sistema penal⁴⁸⁸.

Um exemplo é a tentativa de criminalização do bullying⁴⁸⁹. É inegável que diversas crianças e adolescentes são vítimas de brincadeiras inconvenientes e violentas por parte de colegas, geralmente em ambiente escolar. Isso pode suscitar problemas que vão desde a dificuldade de socialização até ataques violentos como os ocorridos e noticiados em diversas escolas americanas e, atualmente, nas brasileiras, onde adolescentes, munidos de armas, atiraram contra professores e alunos. É evidente que o bullying deve ser coibido e professores e demais educadores devem desestimular tais condutas. Porém, criminalizar o bullying chega a parecer uma piada de mau gosto, visto que tal conduta é praticada, via de regra, por crianças e adolescentes. Tipificá-la serviria apenas para inflar nossa legislação, porquanto a maior parte das pessoas que praticam o bullying sequer tem a idade mínima para ser responsabilizada penalmente. Quando o bullying é praticado por pessoas penalmente responsáveis, já há previsão legal para a punição dos atos que o caracterizam, como os crimes de lesão corporal, difamação, injúria e ameaça.

Esse é somente um exemplo dentre as diversas propostas de leis penais simbólicas, que em nada contribuirão para a redução dos índices de criminalidade ou para resolução dos problemas que, em tese, deveriam ser combatidos. O desfecho será o descrédito do sistema penal como um todo, pois não será possível solucionar

⁴⁸⁷ “A disfunção social pode ser, em seus pressupostos fáticos, real ou aparente, qualidade da qual os agentes sociais ativadores do processo podem não ser conscientes, ou sê-lo, ou ainda podem justamente ser movidos pela intenção de passar por real uma disfunção aparente. A frequência com que no âmbito político-criminal se trabalha com disfunções sociais aparentes, isto é, com representações da realidade social desacreditadas pelos dados empírico-sociais, não deveria ser ignorada. (DÍEZ RIPOLLÉS. A racionalidade das leis penais... p. 28 e 29)

⁴⁸⁸ “A falta de uma política criminal dialética, orientada por critérios racionais de controle social que definam alternativas de respostas ao crime mais equilibradas do que o mero castigo, gera duas consequências corrosivas ao Estado democrático de direito: 1) o espaço deixado pela ausência de uma política criminal crítica fundada na razão é rapidamente ocupado pelo discurso repressivo – como todo discurso, repleto de retórica e eloquência, mas nada além disso – insuflado pelos maniqueísmos do sistema punitivo que logo são patrocinados por agências criminalizadas, sendo a mídia uma das mais atuantes e eficazes; 2) o surgimento de um ciclo punitivo interminável, que se expande a cada dia, pois sem políticas públicas que promovam a prevenção efetiva de delitos, a única resposta aparentemente conhecida – a repressiva – tende a ser empregada com mais frequência e intensidade. O que se vê, aliada a esses efeitos, é a permanente relativização de garantias do criminoso/acusado, como uma estratégia empregada para desobstruir o caminho que leva à condenação e ao encarceramento”. (GOMES. Mídia e sistema penal... p. 129)

⁴⁸⁹ <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3134789/aprovada-criminalizacao-do-bullying-e-perseguido> - acesso em 17 de março de 2019

determinados problemas por meio do Direito Penal. Com isso, irá prevalecer a sensação de impunidade e de que as instituições democráticas são ineficazes, o que dará azo para propostas populistas e/ou totalitárias.

4.2. A utilização do Direito Penal na disputa das elites e a desconsideração dos Princípios penais e processuais penais

O uso do Direito Penal simbólico é amplamente utilizado pelas elites na tentativa de chegar ou se manter no poder. Elas utilizam sua organização para aprovar leis, influenciar os atores do sistema penal para demonstrar força, angariar apoio, votos e impor seus valores aos demais segmentos da população⁴⁹⁰. Dispor do sistema penal como forma de se obter força política parece afastar o Direito Penal e o Processo Penal dos princípios que os regem. Não é possível, por exemplo, se falar em princípio da intervenção mínima se há uma disputa entre grupos políticos para criminalizar condutas que inflarão a legislação penal, sendo que essas condutas, dificilmente serão alvo de punições⁴⁹¹, pois o que se deseja, na realidade, é apenas demonstrar a força de tal ou qual grupo.

No Brasil há uma clara disputa entre grupos políticos, principalmente no que se refere a questões ligadas à moralidade e a discriminação. A bancada cristã, ligada à

⁴⁹⁰ “Na defesa da moralidade pública para regulamentação de corpos, comportamentos e vínculos familiares (casamento entre pessoas do mesmo sexo e adoção de crianças por casais gays, por exemplo). As proposições da ordem dos costumes não advêm somente de um tradicionalismo resistente à mudanças, como as fazem setores da Igreja católica. Os evangélicos pentecostais têm um conservadorismo ativo, e não apenas reativo. A eles interessa a disputa pela moralidade pública, conforme definiu José Casanova. Isto é, não somente a proteção da moralidade dos evangélicos, mas a luta para que seja inscrita na ordem legal do país”. (ALMEIDA. Deus acima de todos. p. 46)

⁴⁹¹ Podemos citar aqui o artigo 4º da Lei 7.716/1986, que prevê pena de dois a cinco anos de reclusão àquele que negar ou obstar emprego em razão de raça, cor, religião, procedência nacional ou etnia. Fazer prova que a vaga foi negada por esses motivos é quase impossível, pois basta ao empregador alegar que o candidato escolhido obteve melhor desempenho na entrevista. Há forte pressão popular de grupos LGBTs para que a se incluía na lei de racismo a homofobia, mas isso seria apenas simbólico, pois não traria maior proteção ao grupo, devido ao fato da ineficácia do direito penal em evitar as condutas e do sistema penal em punir aqueles que as praticam. A criminalização dessas condutas acaba por ser meramente simbólica, nesse sentido: “Parece claro que en cierta medida puede estimarse que los preceptos del art. 511 y 512 CPesp son Derecho penal (meramente) simbólico. En efecto, las dificultades de aplicación que ambas figuras presentan – por un lado, en el caso del art. 512 CPesp, la determinación del servicio al que el sujeto discriminado “tiene derecho”, por otro, en ambas figuras, la configuración subjetiva de la finalidad discriminatoria-las hacen en gran medida – probablemente, excluyendo el supuesto de las prestaciones publicas – inaplicables. (...) se trata de preceptos sólo destinados a cumplir una función de tranquilización por su mera existencia en el Código penal”. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal : Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000. Lima: Grijley / Universidad de Piura, 2000. 245 p. 25)

elite conservadora, defende a criminalização de casas de prostituição, das drogas, do aborto e da eutanásia, porém é incomum serem utilizados argumentos jurídicos. Em geral, o discurso conservador tende ao moralismo, apela-se para justificativas que a regulamentação das casas de prostituição seria imoral, que as drogas destroem a família e que, se Deus deu a vida a uma pessoa (ou ao feto), o homem não possui o Direito de dela dispor. Foge-se do científico⁴⁹² para defender valores morais. Ao se analisar os tipos penais relativos a essas proibições, verifica-se que o seu objeto é a moralidade⁴⁹³, posto que tais proibições nada tenham a ver com o perigo que a conduta gera a terceiros.

Boa parte dos que falam em nome dos evangélicos apoia uma maior ação repressiva dos aparelhos de segurança do Estado. Eles têm participado de um movimento mais amplo, que trabalha a favor de restrições comportamentais e mesmo da criminalização (mulheres que fizeram aborto, menores infratores ou usuários da maconha, por exemplo).⁴⁹⁴

Já a elite progressista, ligada a movimentos sociais, questões LGBT e liberdade sexual pretendem a descriminalização das drogas e do aborto, embora, em contrapartida, busquem a criminalização da homofobia para demonstrar a inclusão e a força desse setor. Ainda que, em geral, o discurso seja no sentido de respeito às liberdades individuais, há casos nos quais o que se tenciona é mostrar força política tendo o Direito Penal como meio para se atingir tal fim.

Usaremos a questão das drogas, dos crimes de exploração sexual e da homofobia como exemplos do direito penal simbólico, pois há anos a discussão sobre esses temas está em voga, além de ficar explícito como a disputa política pode fazer com que questões técnicas ou científicas sejam relegadas a segundo plano. Deixaremos de tratar, neste momento, da questão da corrupção, que tem sido largamente utilizada pelo populismo penal, pois o tema já foi abordado anteriormente, no terceiro capítulo.

⁴⁹² É patente no o distanciamento da academia e da prática jurídica. Muitas vezes o julgador, contaminado por um discurso de medo e ódio, afasta-se do saber científico e aplica a lei sem embasamento teórico ou mesmo distorcendo-a. “De um lado, a dogmática como categoria científica de juízos certos, precisos e orgânicos parece cada vez mais distanciada da realidade social enquanto aparato teórico apto à efetivação do controle e previsibilidade de comportamentos, na medida em que se restringe ao universo do positivismo e idealismo. De outro lado, as decisões, no anseio desesperado deste mesmo controle, assumem um julgamento tanto mais arbitrário quanto lastreado em um tida e suposta ‘ordem pública’, que, de forme ambivalente, ao mesmo tempo em que critica a ciência penal, por entende-la distante e diletante, a utiliza como mero argumento de convencimento para decisões pré-determinadas, dissimulando-a e descontextualizando-a” (SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade do risco. São Paulo. Quartier Latin. 2006. p. 83)

⁴⁹³ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 47 e 48

⁴⁹⁴ ALMEIDA. Deus acima de todos. p. 44

4.2.1. Crimes de preconceito – a criminalização da homofobia

Os grupos contrários à criminalização da homofobia defendem que com sua criminalização os religiosos não poderiam ser contrários a práticas homossexuais, não poderiam fazer sermões com liberdade ou se referir a trechos bíblicos nos quais a homossexualidade é condenada. Alegam que, ao censurar práticas homossexuais, padres e pastores estariam cometendo um delito e limitando a liberdade de expressão⁴⁹⁵.

Tais argumentos demonstram como alguns grupos procuram ludibriar a população ou desconhecem as leis e os princípios do Direito Penal. Com relação à criminalização da homofobia, o que se tenta fazer é incluir no rol dos crimes de preconceito, o preconceito contra homossexuais. Ou seja, a mesma proteção de que gozam as pessoas de diferentes etnias, origens geográficas e religiosas seria concedida aos homossexuais.

Equiparar a homofobia aos demais crimes de preconceito não pode ser visto como limite à liberdade de expressão, uma vez que somente se puniria alguém que induza ou instigue a discriminação ou o preconceito⁴⁹⁶, ou seja, propague o discurso do ódio. Não é crível que um religioso de boa-fé pregue a discriminação, o preconceito ou o ódio. Por fim, dizer que tal criminalização joga por terra a liberdade de expressão é dizer que punir as formas de preconceito já definidas também jogaria por terra a liberdade de expressão, o que não parece ser verdade, pois hoje não se considera que externar qualquer preconceito em relação à cor da pele das pessoas, por exemplo, seja uma afronta à liberdade de expressão.

Porém, em referência aos grupos que defendem a criminalização de condutas preconceituosas, deve ser levantada a questão se é função do Direito Penal educar a população⁴⁹⁷. É importante ter em mente que a educação cívica deve ser ensinada no

⁴⁹⁵ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924> - acesso em 17 de março de 2019

⁴⁹⁶ Lei 7.716/1989 – Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

⁴⁹⁷ “O legislador pretende responder, de alguma forma, aos eventos de violência urbana de cunho racista ou de extrema direita que ocorreram em toda a Europa nos últimos anos. A questão é se o Direito Penal é que deve agir como um educador social, reprimindo a expressão de determinadas “ideias” - certamente lamentáveis -. Nesse sentido, com efeito, parece que o preceito visa antes criar ou proteger um certo “clima” ideológico do que antecipar a barreira punitiva em relação a eventos futuros, especialmente na modalidade de provocação do “ódio”; e é evidente que não é por meio da criminalização que esse objetivo será alcançado”. “El legislador pretende responder de algún modo a los sucesos de violencia urbana de signo racista o de ultraderecha que se han producido en los últimos años en toda Europa. La cuestión es si el Derecho penal es que debe hacer aquí las veces de educador

ambiente familiar e nas escolas. Não se nega o fato de que da mesma forma que os religiosos devem ser respeitados⁴⁹⁸, os homossexuais também gozam desse direito. A questão se refere à legitimidade do Direito Penal no que diz respeito à criminalizar as condutas definidas na Lei 7.716/1989, sendo certo que, caso seja legítimo tutelar tais condutas, será necessária a inclusão, pela via legislativa, do termo *orientação sexual* em tal lei para que se preserve a igualdade e a proporcionalidade. Afinal, porque um evangélico, um nordestino ou um negro dispõem de maior proteção do que os homossexuais e transexuais?

Então há duas discussões, uma relativa à proporcionalidade e outra relativa à legitimidade da utilização do Direito Penal para educar a população e sobre a eficácia da utilização do Direito Penal para se coibir atos preconceituosos. Será o Direito Penal o caminho mais acertado para coibir atos discriminatórios?

Uma questão importante é a da aplicação da lei de racismo, já que tais condutas dificilmente podem ser provadas. É muito difícil, por exemplo, provar que o emprego foi negado para determinada pessoa em razão de sua etnia. Câncio Meliá, ao tratar dos crimes de intolerância presentes no Código Penal espanhol, faz as seguintes observações:

Parece claro que, até certo ponto, pode-se estimar que os preceitos do art. 511 e 512 CPesp são Direito Penal meramente simbólico. De fato, as dificuldades de aplicação que ambas as figuras apresentam - por um lado, no caso do art. 512 CPesp, a determinação do serviço a que o sujeito discriminado "tem direito", e, por outro lado, em ambas as figuras, a configuração subjetiva do propósito discriminatório - o fazem em grande medida - provavelmente, excluindo a suposição de benefícios públicos - inaplicáveis. (...) estes são preceitos destinados apenas a cumprir uma função de tranquilização, devido a sua mera existência no Código Penal.⁴⁹⁹

social reprimiendo la expresión de determinadas <<ideas>> - ciertamente lamentables -. En este sentido, en efecto, parece que el precepto pretende más bien crear o proteger cierto <<clima>> ideológico, que anticipar la barrera de punición respecto de hechos futuros, especialmente en la modalidad de la provocación de <<odio>>; y es evidente que no es mediante la tipificación penal como se consigue este objetivo". (tradução livre) (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal : Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000. Lima: Grijley / Universidad de Piura, 2000. 245 p. 26)

⁴⁹⁸ Os evangélicos parecem não admitir que a proteção e o respeito à liberdade individual que se deu a eles no passado seja outorgada a outros grupos. Ao adentrar no terreno da moralidade passam a condenar atos e impedir que outros grupos possam ter direitos que são concedidos às demais pessoas, como, por exemplo, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Parecem desconhecer que a consolidação das igrejas neopentecostais e crescimento dos evangélicos no Brasil se deu com sua proteção da condição de minoria religiosa. Sobre o tema: ALMEIDA. Deus acima de todos. p. 46 at. seq.

⁴⁹⁹ "Parece claro que en cierta medida puede estimarse que los preceptos del art. 511 y 512 CPesp⁴⁹⁹ son Derecho penal (meramente) simbólico. En efecto, las dificultades de aplicación que ambas figuras presentan – por un lado, en el caso del art. 512 CPesp, la determinación del servicio al que el sujeto discriminado "tiene derecho", por otro, en ambas figuras, la configuración subjetiva de la finalidad

Assim como na Espanha, a lei que instituiu o crime de racismo procurou mais educar e dar uma resposta à sociedade do que efetivamente punir atos racistas. Por um lado, vê-se a Lei 7.716/1989 como um marco no combate ao racismo, uma vez que grupos defensores das minorias agraciadas com a proteção penal tiveram seu objetivo alcançado. Por outro lado, para se configurar tais condutas e demonstrar que o objetivo do agente era praticar a conduta motivado por preconceito ou com fins discriminatórios é, em alguns casos, quase impossível. Se o desejo é a utilização do Direito Penal como forma de punição da exteriorização do preconceito, talvez seja mais adequada a inclusão de uma causa genérica de aumento de pena ou agravante no caso de crimes praticados devido a preconceito, bem como estabelecer regras administrativas para empresas e estabelecimentos comerciais que façam qualquer tipo de discriminação.

É certo que para o político os resultados são quase instantâneos. Com a mera propositura do projeto de lei que incrimina condutas já demonstra preocupação com aquele segmento, utilizando a arma mais letal de que dispõe o Estado. Porém o resultado não vai muito além, pois, mesmo com a incriminação, só haverá punição depois que o crime for cometido, ou seja, a mera edição de uma lei não evita, por si só, que uma conduta seja praticada. Campanhas educativas, de acolhimento ao diferente, políticas afirmativas e inclusivas (como a política de cotas para ingresso de minorias em cursos de ensino superior e cargos públicos) podem ser mais eficazes que o Direito Penal, ainda que exijam investimento público, planejamento político e demore algum tempo para surtirem efeito.

Ainda sobre o tema, não parece ser acertado o caminho que o Supremo Tribunal Federal traçou no julgamento da ADO 26/DF, que visa incorporar os crimes de preconceito por orientação sexual e identidade de gênero na Lei de Racismo (7.716/1989). “O princípio constitucional da divisão de poderes reclama que somente o legislador, como representante direto da vontade popular, decida sobre a

discriminatoria - las hacen en gran medida – probablemente, excluyendo el supuesto de las prestaciones publicas – inaplicables. (...) se trata de preceptos sólo destinados a cumplir una función de tranquilización por su mera existencia en el Código penal”. (tradução livre) (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal : Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000. Lima: Grijley / Universidad de Piura, 2000. 245 p. 25)

punibilidade de uma conduta”⁵⁰⁰. Ao se criminalizar a homofobia pela via judicial há clara ofensa ao princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria legislando, o que é vedado em um regime democrático que pressupõe a separação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁵⁰¹. A incriminação de condutas por outras vias que não a legislativa é intromissão indevida que deve ser afastada para que não se comprometa a segurança jurídica.

Não é aceitável passar por cima do princípio constitucional da taxatividade⁵⁰². Os argumentos de proporcionalidade, proteção de minorias ou demora legislativa não justificam a incriminação para se dar a mera proteção simbólica a uma minoria, visto que o Direito Penal não protege a vítima, pois atua apenas após a prática do delito, com a posterior punição do delinquente. Já foi exposto no primeiro capítulo que a ameaça de reprimenda penal não parece surtir efeito para a redução da prática de delitos, de modo que o argumento de proteção de minorias não apenas é insuficiente para justificar uma incriminação, como também está em desacordo com a realidade, pois considera que o Direito Penal seria capaz de evitar condutas e reduzir a violência.

O ato de criminalizar uma conduta pela via judiciária mostra como o populismo penal e o Direito Penal simbólico se enraizaram na cultura jurídica brasileira e confirma o risco apontado no item 1.3.3. sobre a utilização do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos, sem que haja uma norma para estabelecer o que é ou não legítimo criminalizar. “No Direito Penal se proíbe a analogia, ou seja, a aplicação da lei em casos similares aos que ela contempla, mas não idênticos, e em prejuízo ao autor do fato”⁵⁰³. Cabe ao judiciário apenas fazer apenas uma interpretação restritiva das condutas criminalizadas, de modo a reduzir a incidência da norma penal para respeitar princípios como a lesividade e subsidiariedade⁵⁰⁴. No caso da ADO 26/DP, parece que se deseja desconsiderar a taxatividade, bastando estar presente a antijuridicidade para se punir penalmente o cidadão.

⁵⁰⁰ “el principio constitucional de la división de poderes reclama que sólo el legislador, como representante directo de la voluntad popular, decida acerca de la punibilidad de una conducta”. (tradução livre) (ROXIN. Fundamentos político-criminales del Derecho penal. p. 424)

⁵⁰¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade no Estado Democrático e Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001. p. 149

⁵⁰² Art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal: não há crime sem anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁵⁰³ “em el Derecho penal se prohíbe la analogia, es decir, la aplicación de la ley a casos similares a los em ella contemplados, pero no idênticos, y em perjuicio del autor del hecho” (tradução livre) (ROXIN. Fundamentos político-criminales del Derecho penal. p. 422)

⁵⁰⁴ ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. 2ª ed. Buenos Aires, Hammurabi. 2006. p. 73

Sob o pretexto de defender uma minoria – e em última instância, a sociedade – se cria, pela via legislativa, uma nova proibição penal, o que pode ser visto com bons olhos por setores ligados à defesa dos Direitos Humanos. Ocorre que, com mesmos argumentos utilizados para se criminalizar a homofobia pela via legislativa é possível criminalizar outras condutas, não necessariamente ligadas à pauta das minorias. Esquece-se, porém, que o poder punitivo se volta para os mais fracos, e não seria estranho que, sob mesmo argumento de defesa da sociedade, se criminalize condutas para perseguição de pessoas ligadas à defesa dos Direitos Humanos e minorias.

Levando-se em conta que o Direito Penal atua somente após a ocorrência da ação, se a intenção for evitar atos preconceituosos, que variam desde a injúria até o homicídio, a opção pela utilização do sistema penal pode não ser a mais adequada.

4.2.2. Os crimes de exploração sexual

Não se nega que qualquer exploração sexual de vulneráveis, como pessoas com menos de 18 (dezoito) anos ou com deficiência mental deve ser coibida, assim como a exploração sexual mediante fraude ou violência. O que se discute é a legitimidade da proibição da exploração sexual de pessoas imputáveis e com o seu consentimento.

Entre os políticos há uma grande disputa a respeito deste assunto. De um lado há políticos conservadores, muitos deles ligados à bancada cristã, que defende a manutenção dos crimes ligados à prostituição e de mais criminalizações⁵⁰⁵ ligadas a questões morais. Do outro lado estão os defensores das minorias, juntamente com alguns parlamentares que lutam pela regularização da profissão de prostituta⁵⁰⁶ e que enxergam nos crimes ligados à prostituição uma distorção do Direito, que ocorre para beneficiar agentes públicos corruptos⁵⁰⁷. Devido a essas disputas ideológicas, se mantém em vigor uma proibição cuja conduta possui lesividade duvidosa, pois a vítima seria o próprio profissional do sexo, que se beneficia e poderia se beneficiar ainda mais com a regulamentação da profissão.

O legislador brasileiro, embora não criminalize a prostituição, pretende punir quem, de alguma forma, a favorece. Não consegue vislumbrar que a

⁵⁰⁵ <https://noticias.gospelmais.com.br/bancada-evangelica-acelera-projeto-contratacao-prostitutas-60009.html> - acesso em 04 de abril de 2019

⁵⁰⁶ <http://noticias.gospelmais.com.br/jean-wyllys-universal-assembleia-empecilhos-prostituicao-62760.html> - acesso em 27 de março de 2019

⁵⁰⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/36236-comissao-do-senado-propoe-legalizar-casa-de-prostituicao.shtml> - acesso em 05 de março 2019

marginalização da pessoa prostituída traz maiores dramas. Sem o abrigo legal, a pessoa prostituída cai na clandestinidade e é justamente nesse momento que surgem os aproveitadores. É evidente haver casas de prostituição de todos os moldes possíveis, com fachadas inocentes, mas onde a autêntica exploração sexual pode acontecer. Afinal, a pessoa prostituída vive na obscuridade, pois o Estado não pode puni-la, mas quer acertar contas com outras pessoas, as fornecedoras de qualquer auxílio à prostituição. É evidente ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave ameaça. No entanto, se alguém mantém lugar para o exercício da prostituição, protegendo e abrigando a pessoa prostituída, menor mais causa à sociedade.⁵⁰⁸

Grupos feministas iniciaram uma discussão que versa sobre a situação de vulnerabilidade em que se encontra tal profissional, que é mais legítimo do que apelar para a moralidade. A opção radical em proibir as condutas ligadas à exploração sexual não leva em conta a realidade, pois, com a proibição, esses profissionais, em geral mulheres, serão colocados na clandestinidade, o que, antes de ajudá-los prejudica-os, pois com isso ficarão ainda mais vulneráveis.

Antes de proibir o funcionamento de casas de prostituição seria importante pensar no dono do estabelecimento, não como um explorador inescrupuloso, mas como um empregador, com responsabilidades e obrigações para impedir que seus funcionários, os profissionais do sexo, fiquem desamparados, como ocorre hoje. Dependendo do tipo de regulamentação, teria uma série de compromissos legais como INSS, FGTS, seguro de vida, saúde etc. “Retirar-se-ia da via pública a prostituição, passando-a a abrigos controlados e fiscalizados pelo Estado”⁵⁰⁹. Antes de tomar medidas penais, seria interessante atuar por meio de outras instâncias, fazendo valer o princípio da subsidiariedade, para, ao menos, reduzir a vulnerabilidade desses profissionais.

Os profissionais do sexo estariam mais protegidos com a regulamentação da sua profissão e com a descriminalização de algumas condutas ligadas à prostituição. É evidente que na rua estão mais desprotegidos do que se estivessem em um local fechado, com seguranças que garantissem sua integridade física e o efetivo pagamento pelos serviços prestados. Com a regulamentação da prostituição seria possível fazer um cadastro dos trabalhadores e exigir a apresentação de exames periódicos, à custa do empregador, para que evitar a disseminação de doenças, conforme sugerido por Paulo José da Costa:

⁵⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte especial: arts. 2013 a 361 do Código Penal. Vol. 3. Rio de Janeiro. Forense. 2017. p. 106

⁵⁰⁹ NUCCI. Curso de Direito Penal: parte especial... Vol. 3. p. 106

Quando o exercício do meretrício era regulamentado, concentrava-se na zona, as mulheres eram visitadas e examinadas pelos órgãos de higiene da Prefeitura, preservando-se com esta política preventiva a saúde pública. O governo do Prof. Lucas Nogueira Garcez preferiu, todavia, uma septicemia generalizada a um abscesso de fixação, como dizia Flaminio Fávero. Não seria o caso de voltarmos a regulamentar os prostíbulos?⁵¹⁰

Ainda, quando se fala em prostituição, o bem jurídico tutelado segundo a doutrina é a moralidade⁵¹¹. É contraditório que se proíba a exploração sexual em ambientes fechados, longe dos olhos dos cidadãos, enquanto é comum se deparar com profissionais do sexo em trajes mínimos e até com os órgãos sexuais à mostra em determinadas ruas e avenidas. Isso não seria uma imoralidade maior que a exploração sexual em ambientes fechados? Ao que parece, se adotarmos a teoria de proteção ao bem jurídico como finalidade do Direito Penal, proibimos uma conduta que expõe menos o bem jurídico tutelado do que se a regulamentássemos.

O princípio da intervenção mínima, que a cada dia fica mais evidente que só existe nos livros de Direito Penal, também é atacado. Mesmo que se diga que “o direito penal agigantado, buscando intervir na vida de todos e em inúmeros conflitos sociais, é totalitário e incompatível com a dignidade da pessoa humana”⁵¹², tais argumentos não adentram a esfera do Poder Judiciário. Por mais que reste claro que o Direito Penal não é o meio adequado para lidar com as questões ligadas à prostituição consensual, que não haja legitimidade para proibições dessa natureza, que não haja qualquer bem jurídico digno de tutela penal e que visa uma proibição impossível⁵¹³, enquanto não houver uma norma, preferencialmente constitucional para interferência estatal indevida, não há muito que se fazer, pois a decisão política de se proibir prevalecerá sobre os argumentos jurídicos.

Ainda sobre o tema, foi proposto o PL 377/2011, da autoria do Deputado João Campos, que procura criminalizar o cliente do prestador de serviços sexuais⁵¹⁴. Fica

⁵¹⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. 7ª ed. Saraiva. São Paulo. 2002. p. 751

⁵¹¹ NUCCI. Curso de Direito Penal: parte especial... Vol. 3. p. 115; PIERANGELI, José Henrique. Código Penal comentado. 1ª ed. São Paulo. Editora Verbatim. 2013. p. 229; ESTEFAM, André. Crimes sexuais: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo. Saraiva. 2009. p.102

⁵¹² NUCCI. Curso de Direito Penal: parte especial... Vol. 3. p. 108

⁵¹³ NUCCI. Curso de Direito Penal: parte especial... Vol. 3. p. 108

⁵¹⁴ Art. 1º O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal –, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 231-A:

“Contratação de serviço sexual”

“Art. 231-A. Pagar ou oferecer pagamento a alguém pela prestação de serviço de natureza sexual.”

“Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.”

“Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem aceita a oferta de prestação de serviço de natureza sexual, sabendo que o serviço está sujeito a remuneração.”

claro que, na prática, o que se faz é criminalizar a prostituição. Afinal, se o cliente for criminalizado pela contratação de serviços sexuais, se colocará ainda mais na clandestinidade os prestadores desses serviços. Se a prostituição não é crime, mas profissão, seu exercício não pode ser obstado pelo Estado. Por isso, podemos dizer que tal projeto de lei possui constitucionalidade duvidosa.

Encontramos ainda outros problemas, os quais não foram levados em consideração na propositura desse projeto de lei: a vítima poder ser vista como partícipe do crime, no momento que oferece seus serviços; a vítima é a principal prejudicada, pois não poderá trabalhar, uma vez que, ainda que não cometa qualquer crime, seu cliente cometerá.

Em sua justificativa, o Deputado João Campos alega que a “venda do corpo é algo não tolerado pela sociedade”. É curiosa tal afirmação, até porque, apesar da criminalização, diversas cidades brasileiras contam com casas de prostituição e não seria de se estranhar que todas as possuam. Como é possível que uma atividade que está presente em todos os municípios brasileiros não seja tolerada pela sociedade? Isso é uma clara distorção da realidade. Não se fala, no projeto, da situação de vulnerabilidade da mulher que seria vítima de exploração sexual, a justificativa é apenas a moralidade.

Também chama atenção o Deputado alegar que a prostituição está ligada a diversos crimes, como tráfico de drogas, exploração sexual de crianças, crime organizado etc.⁵¹⁵, o que não pode ser negado. Porém, conforme é alertado por autores jurídicos e parlamentares, isso é consequência da criminalização das condutas ligadas a exploração sexual, sendo a proibição em si um fator criminógeno⁵¹⁶. Ou seja, o que gera os crimes elencados pelo Deputado é a proibição de condutas ligadas à prostituição e não a prostituição propriamente dita.

Para uma parcela da sociedade, o projeto parece ser algo bom, pois pretende elevar os valores morais. Se for aprovado, o Deputado João Campos e a elite a ele

⁵¹⁵ O quadro negativo da prostituição não envolve apenas o sacrifício da integridade pessoal. A atividade é tradicionalmente acompanhada de outras práticas prejudiciais à sociedade, como o crime organizado, lesões corporais, a exploração sexual de crianças e adolescentes além do tráfico de drogas.

⁵¹⁶ “A ideia dos especialistas em direito que compõem a comissão é acabar com o que chamam de “cinismo” moral da atual legislação. Na prática, dizem eles, a proibição dos prostíbulos só serve para que policiais corruptos possam extorquir os donos dessas casas”. (<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/36236-comissao-do-senado-propoe-legalizar-casa-de-prostituicao.shtml> - acesso em 03 de abril de 2019)

associada serão beneficiados com o bônus político perante esse setor. Porém, os efeitos colaterais serão muito danosos, pois com isso funcionários públicos corruptos, que já se valem dos outros crimes ligados à prostituição, poderão extorquir profissionais do sexo e seus clientes para que estes não sejam novos clientes do sistema penal. Ademais, não cumprirá qualquer função que se queira dar ao Direito Penal, sendo um ótimo exemplo de legislação penal simbólica.

4.2.3. O Direito penal das drogas

Ao se falar sobre Direito Penal das drogas, é patente que princípios penais e processuais penais são afastados, conceitos jurídicos são esquecidos e justifica-se a criminalização de algo que não possui qualquer potencial lesivo para terceiros para garantir a incriminação e a punição de pessoas que participam do consumo ou do comércio de drogas ilícitas. Talvez seja o campo em que doutrina e jurisprudência mais se esforçam para esclarecer uma incriminação sem que haja fundamento para tanto. Subvertem-se princípios e conceitos, são retiradas garantias processuais e utilizados argumentos utilitaristas, emotivos e moralizantes⁵¹⁷ para justificar penas desproporcionais e prisões preventivas sem os requisitos necessários.

Também é possível verificar uma retórica fortemente populista por parte dos setores que desejam manter a proibição⁵¹⁸. Ao invés de empregar argumentos jurídicos ou científicos, prefere-se buscar a emoção ao afirmar que as drogas destroem as famílias, que são responsáveis por outros crimes e que são o principal problema contemporâneo. Conforme ensina Salo de Carvalho, “o chamamento das forças da Nação para esta verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos. O dever mais que jurídico é moral”⁵¹⁹.

⁵¹⁷ KARAM, Maria Lucia. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. In .ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba LedZe Editora. 2012. p. 679

⁵¹⁸ Foi realizado, no Estado da Califórnia, EUA, um plebiscito, no ano de 2012, sobre a legalização da maconha. Os principais financiadores da campanha contra a legalização foram “os sindicatos de policiais e guardas prisionais, corporações que se dedicam a construir e gerir presídios privados, empresas produtoras de bebidas alcoólicas, especialmente cerveja e corporações farmacêuticas” (MARONA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas, uma nova perspectiva. São Paulo, IBCCRIM. 2014. 43-64. p. 61). Isso demonstra, pelo menos, que há um interesse econômico por traz da proibição.

⁵¹⁹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 76

Isso ocorre devido à propaganda e cobertura da mídia sobre o tema a partir da segunda metade do século XX, quando, para uma parte das elites, era interessante criar um novo inimigo que, ao lado do comunismo, poderia encampar os medos da população, fazendo-a aderir a uma política criminal repressiva no momento em que o estado de bem estar social era desmantelado e em que o individualismo e rompimento dos laços familiares se agravou⁵²⁰. As drogas serviram como cortina de fumaça para esconder problemas econômicos causados por uma política neoliberal que colocava muitas pessoas na miséria, e, por isso utilizavam drogas. Tratou-se a consequência, ou seja, as drogas como causa.

Na política populista feita sob o pretexto de acabar com o problema das drogas, utiliza-se o repúdio de parte da população para com as drogas no intuito de aprovar leis cada vez mais duras, retirar garantias processuais e demonstrar uma falsa preocupação com a saúde das pessoas.

Os membros do Poder Judiciário, quando colocam freios às inconstitucionalidades trazidas em muitas das leis penais relativas às drogas, o fazem muito tempo após suas aprovações, quando inúmeras pessoas já foram penalizadas, por uma norma contrária aos ditames constitucionais. Isso se deu, por exemplo, com a declaração de inconstitucionalidade da proibição da liberdade provisória ou de imposição de regime prisional menos gravoso do que o fechado.

São inúmeros os princípios atingidos pelo Direito Penal das drogas, sendo o mais patente a lesividade, uma vez que o argumento referente à saúde pública demonstra ser falacioso. Em primeiro lugar, deve-se dizer que bens jurídicos coletivos não são a soma dos bens jurídicos individuais, pois a saúde das pessoas que consomem drogas de maneira voluntária não podem ser somadas a ponto de se dizer que a saúde pública seja afetada. Não é possível falar em saúde pública quando alguém vende a droga para que outra pessoa consuma. Estamos falando da saúde do consumidor que, livre e consciente, opta por utilizar uma substância que pode lhe causar dependência e/ou prejudicar sua saúde, ou seja, fará mal ao consumidor, com a sua anuência, e não à coletividade.

Outro ponto é o fato de outras drogas tão ou mais danosas serem regulamentadas. Se houvesse uma real preocupação com a saúde do consumidor é

⁵²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. Direito Penal e Processo Penal: leis especiais II. Organizador Gustavo Henrique Badaró. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015 (Coleção doutrinas essenciais). p. 73-91. p. 75

certo que não só maconha, cocaína, crack seriam proibidos, mas também o cigarro e as bebidas alcoólicas. Isso mostra certa incoerência do sistema penal ao proibir algumas drogas e permitir outras⁵²¹, sem se respeitar nenhum critério objetivo, o que também afeta o princípio da proporcionalidade, na medida que deveria haver justificativas técnicas para se proibir algumas drogas e se liberar outras.

A criminalização causa maiores males à saúde dos usuários do que a regulamentação do mercado, porque “a ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado”⁵²², ou seja, os comerciantes de drogas ilícitas fornecem substâncias de baixa qualidade, que causam mais mal do que se houvesse controle.

Ainda, com relação à saúde pública, devido à proibição, o consumo da droga deve ser quase imediato, obrigando o usuário, em certos casos, a não utilizar os meios mais higiênicos para o consumo de determinadas substâncias, o que acaba proliferando doenças como AIDS e hepatite⁵²³. Isso demonstra que, ainda que fosse verdadeiro o argumento que se deseja proteger a saúde pública, não seria hábil para justificar a proibição do comércio e da posse de drogas, tendo em vista que a proibição gera mais males do que a regulamentação do mercado⁵²⁴.

A proibição ainda gera danos e prejudica o Estado, impedindo que sejam cobrados impostos sobre a comercialização das drogas e fazendo com que se gastes grandes somas com a repressão.

Os mesmos argumentos que se voltam contra os delitos de exploração sexual também são utilizados quando se fala dos males trazidos pelo tráfico de drogas, no sentido de que fomentam outros crimes. Parte da população não percebe que a proibição ao comércio de drogas é a causa desses crimes, que “são mais graves do que o uso problemático de certas substâncias psicoativas, entre as quais se destacam a violência, a corrupção e o encarceramento em massa”⁵²⁵.

Corrupção de agentes públicos, roubos e furtos para compra de drogas, desmantelamento familiar e exclusão social muitas vezes tem mais relação com a criminalização do comércio do que com o consumo em si e há casos em que se confundem os efeitos da proibição com os efeitos do vício. Assim como uma pessoa

⁵²¹ KARAM. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. p. 681

⁵²² KARAM. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. p. 694

⁵²³ KARAM. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. p. 694

⁵²⁴ GIACOMOLLI. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. p. 79

⁵²⁵ MARONA. Os novos rumos da política de drogas... p. 45

provavelmente não terá sucesso se tentar trocar um celular ou computador por uma caixa de cervejas ou por alguns maços de cigarro em algum botequim, se o comércio fosse regulamentado, o mesmo ocorreria nos pontos de venda de drogas ilícitas, ou seja, o dependente teria dificuldades em trocar objetos pessoais e produtos oriundos de crimes por drogas.

Fica claro que o que causa muitos crimes relacionados à questão das drogas como a corrupção e o aliciamento de agentes públicos⁵²⁶ é a sua proibição e não as drogas em si. Ou seja, ao invés de reduzir a corrupção e a criminalidade, a criminalização a incentiva. Se entendermos que a missão do Direito Penal é o combate à delinquência, o que ocorre, neste caso, é a sua utilização para impedir que seu próprio fim seja alcançado.

A cruzada contra as drogas é, em grande parte, estimulada por políticos populistas, os quais utilizam o medo que as pessoas têm de que seus entes queridos se envolvam com drogas para aplicar uma política punitivista e de exclusão, que subverte tanto o Direito Penal como o processo penal. Muitas vezes, sob o pretexto de combate ao tráfico de drogas, “exercita um poder de vigilância disciplinar, de uso cotidiano, nas áreas carentes, seja restringindo a liberdade de ir e vir naquelas comunidades, através de prisões para averiguação, ou restringindo reuniões e o próprio lazer das pessoas”⁵²⁷. A mídia, muitas vezes aliada a esses políticos, dissemina o terror, como se a violência fosse proveniente das drogas, e não da sua proibição.

A mídia e os políticos das mais variadas matizes têm estimulado o pânico do crack, em cópia perfeita da histeria sobre a mesma substância que dominou a cena nos Estados Unidos da América de 1986 a 1992. Ali, a consequência foi a introdução na legislação norte-americana de penas mais rigorosas para crimes relacionados ao crack, que se constituiu em fator significativo para o aumento da disparidade racial no encarceramento massivo registrado.⁵²⁸

⁵²⁶ “O mercado das drogas ilícitas é hoje a maior fonte de ganhos ilícitos e, conseqüentemente, a corrupção de agentes estatais” (KARAM. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. p. 692); Os efeitos da proibição do comércio de drogas já havia sido notado desde a Lei Seca, nos EUA, mas não foi suficiente para impedir que outras drogas fossem criminalizadas, sobre o tema: “Nos EUA, durante a Lei Seca (Volstead Act), o comércio clandestino de bebidas alcoólicas proporcionou vultosos ganhos financeiros para figuras como Al Capone, Meyer Lansky e Lucky Luciano, entre outros *capi* mafiosos. Nesse caso, a proibição também não foi capaz de impedir que pessoas ingerissem bebidas alcoólicas, mas causou muitos danos sociais, como o aumento da corrupção e de problemas de saúde relacionados ao consumo de bebidas alcoólicas produzidas clandestinamente em precárias condições sanitárias. (MARONA. Os novos rumos da política de drogas... p. 47)

⁵²⁷ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015. p. 30

⁵²⁸ KARAM KARAM. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. p. 690

Outro ponto negativo da proibição das drogas é que, no momento em que o pequeno traficante foi eleito como o inimigo do Estado, utilizam-se todos os meios à disposição para anulá-lo. Com isso aumenta-se o número de prisões, causando a superlotação dos estabelecimentos prisionais⁵²⁹ com indivíduos que cometeram crimes que não causam qualquer perigo de lesão a um bem jurídico.

O processo penal também sofre grande impacto. Há grande desrespeito pelas regras processuais, especialmente pelas instâncias policiais, o que é ratificado pela atuação de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, uma vez que pelo “princípio do ‘vale tudo’”: todos os meios de combate são legítimos e devem ser mobilizados”⁵³⁰ para o combate ao tráfico e uso de drogas.

É comum, por exemplo, o acusado de tráfico de drogas alegar que a droga apresentada não era dela. Porém, apesar das notícias envolvendo desvios ou atuação ilegal por parte dos policiais, como a existência de *kits flagrantes*⁵³¹, ameaças, tentativas de extorsão e até mesmo torturas, esses fatos não são levados em consideração pelos órgãos de persecução penal⁵³², que fazem vistas grossas às ilegalidades cometidas, legitimando irregularidades praticadas por agentes de órgãos oficiais, como se tais práticas fossem aceitáveis.

Pesa ainda o fato que muitas das condenações serem fruto de provas frágeis. É comum que as condenações por tráfico de drogas se baseiem exclusivamente na palavra dos policiais que atuaram no caso⁵³³, fato muito preocupante, pois é evidente que os policiais que realizaram a abordagem não confessarão qualquer ilegalidade, tendo em vista que confessariam um crime se assim o fizessem. Diante disso, caberia aos demais órgãos de persecução penal atuar com mais cautela quando as palavras dos policiais fossem as únicas provas para condenação e não alegar que, devido à função que exercem, possuem fé pública.

⁵²⁹ CARVALHO. A política criminal de drogas no Brasil... p. 248 a 256

⁵³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas, uma nova perspectiva. São Paulo, IBCCRIM. 2014. 235-250. p. 238; Ainda sobre o tema: “no que tange ao Brasil a política criminal, em termos de política de drogas é uma política de terror penal, ou de um direito penal autoritário”. (GIACOMOLLI. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. p. 80)

⁵³¹ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/04/16/pms-pegos-com-kit-flagrante-e-condenados-por-ligacao-com-pcc-sao-expulsos-outros-4-sao-retirados-da-corporacao.htm> - acesso em 26 de março de 2019

⁵³² <http://www.justificando.com/2017/02/03/kit-flagrante-de-pms-sao-legitimados-pelo-nosso-sistema-de-justica/> - acesso em 26 de março de 2019

⁵³³ <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-trafico- apenas-policiais-testemunhas> - acesso em 26 de março de 2019

Diante de tamanha corrosão de garantias, é preciso justificar a proibição, e para isso a imagem de inimigo é imposta ao traficante.

Mediante a alegação das mazelas sociais que a droga traz, é possível incutir medo nas pessoas que desconhecem questões técnicas ou cotidianas sobre drogas, fazendo-as imaginar que todo usuário de drogas ilícitas seja um viciado inválido, como os moradores da Cracolândia⁵³⁴. Não é incomum que drogas sejam consumidas em ambientes empresariais, acadêmicos e de lazer, por pessoas das mais variadas profissões e estratos sociais. Mas, devido à forma como as drogas ilícitas são tratadas e vistas por grande parte da sociedade, é comum aos consumidores não dependentes químicos manterem o anonimato, inclusive perante muitos de seus amigos e familiares.

Assim como o usuário, o traficante também é apresentado de forma distorcida. Quando se fala em traficante de drogas, a figura que salta aos olhos da maior parte das pessoas é de um indivíduo atuante em grandes organizações criminosas, fortemente armado com fuzis, cruel, protegido por capangas e vivendo com muito dinheiro, ainda que dentro da comunidade ou da favela que controla. Entretanto essa visão não se assemelha à realidade. Em geral, as pessoas que são presas como traficantes são jovens da periferia, quase sempre desarmados⁵³⁵. A imagem deturpada é resultante das mensagens repetidas insistentemente pelos meios de comunicação e por políticos que usam a repressão às drogas como palanque eleitoral.

Ocorre que os estereótipos são amplamente explorados, mostrando barbaridades cometidas por grandes traficantes como se fosse a regra, exibindo grandes apreensões de armas e drogas, além de reportagens mostrando cenas de viciados consumindo drogas nos grandes centros urbanos. Com isso, o traficante acaba sendo a representação da violência, do crime e da corrupção dos jovens pelas drogas, despertando medo e ódio de setores populares.

⁵³⁴ A Cracolândia é um local na região central de da cidade de São Paulo, onde usuários e traficantes de drogas frequentam. Em geral as pessoas que ficam na Cracolândia são moradores de rua habituais ou ocasionais que ficam no local pela facilidade em conseguir drogas para o consumo bem como em conseguir meios para sua subsistência e manutenção do vício, sendo por meio de esmolas, pequenos furtos ou prostituição, por exemplo.

⁵³⁵ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015. p. 22

Esse quadro é importante quando se ambiciona o recrudescimento penal, com a sua utilização, grande parte da população acaba apoiando medidas de enrijecimento para se coibir o uso das drogas.

Mesmo com o aumento das penas, redução de garantias e com o aumento do número de prisões, até o momento não foi possível verificar a redução no consumo de drogas ilícitas, ao contrário, seu consumo, no Brasil, só aumenta. Um dos motivos do fracasso da guerra às drogas é que se prescinde de conhecimento técnico-científico para adotar uma política criminal simbólica, que, antes de amenizar os problemas que o consumo de drogas pode causar, cria outros mais graves.

4.3. A impossibilidade de se alcançar os fins do Direito Penal por meio do populismo penal e do Direito Penal simbólico

Os três temas abordados mostram como o sistema penal, em especial o Direito Penal, é utilizado de forma simbólica, seja para demonstrar força de uma elite sobre as demais, seja para angariar votos. Isso não se dá apenas com os crimes sexuais, com a criminalização da homofobia e com o Direito Penal das drogas, mas com quase todos os assuntos atualmente ligados ao Direito Penal.

O populismo penal acaba por instrumentalizar não somente o medo do crime, como também o próprio direito penal, politizando o direito penal através da ideia de restauração da segurança. Sob essa ótica, o discurso político-criminal é reduzido às demandas populares, em detrimento dos conhecimentos técnicos e opiniões de especialistas, e descarta a ponderação e tecnicidade para uma solução estrutural dos problemas da criminalidade.⁵³⁶

Mais que isso, com a utilização do Direito Penal simbólico de forma populista, destroem-se suas bases e as do processo penal. Enfim, as bases do sistema penal como um todo são demolidas para aplacar os nervos da opinião pública. São afastados diversos princípios penais como a subsidiariedade, lesividade, princípios processuais penais, como o devido processo legal, a presunção de inocência, não utilização de provas ilícitas e a imparcialidade do julgador.

A desmedida expansão do poder punitivo facilitada pelos discursos enganosos que, à direita e à esquerda, reforçam e legitimam o sistema penal, enfraquece o desejo da liberdade e favorece a afirmação da autoridade e da ordem, gerando leis penais que sistematicamente afastam princípios garantidores, que sistematicamente desprezam o imperativo primado das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas, que sistematicamente negam direitos fundamentais do indivíduo, ameaça a própria sobrevivência do modelo do Estado de direito democrático⁵³⁷.

⁵³⁶ RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 298

⁵³⁷ KARAM. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p. 416

Ao colocar a sistema penal a serviço da disputa das elites, o populismo penal faz com que ele seja visto como o único meio de resolver conflitos, sendo que, por sua estrutura, é inconcebível que desempenhe tal função. O principal mecanismo do Direito Penal, ou seja, a prisão, apenas retira do convívio social e estigmatiza quem cometeu o delito e, na maior parte dos casos, impede a reparação do dano ou a pacificação social. Por mais longa que seja a pena, será impossível apaziguar as almas da vítima e de seus familiares feridas pelo crime, em especial os violentos.

A competição é mais acentuada e aberta em algumas delas [estruturas de concorrência], como as de comunicação social (através do mercado da audiência, do poder político dos formadores de opinião, dos lucros da publicidade etc.) e as políticas (a disputa entre poderes, ministros, partidos, blocos parlamentares, candidatos, aspirantes a cargos partidários, lideranças etc.). Tamanho grau de competição abre as portas à apelação de discursos clientelistas, embora se saibam falsos: o mais comum é o reclamo da repressão para resolver problemas sociais (...) a mensagem jornalística se assemelha à publicitária quanto à sua concisão, simplicidade, emotividade, impacto sobre atenção etc. Reduz-se o espaço de reflexão e, por conseguinte, os discursos que a exigem tornam-se desacreditados.

Deste modo, a reiteração reforça a imagem do sistema penal e do poder punitivo como meio eficaz para resolver os mais complexos problemas sociais, que a premência das respostas de efeito impede analisar com seriedade. Tal competitividade discursiva simplista se estende às agências judiciais, cujos operadores também devem enfrentar disputas internas e sofre pressões verticais (...). O produto final desta competitividade costuma ser leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos, sentenças exemplarizantes e uma opinião pública confundida e desinformada.⁵³⁸

O uso do populismo penal faz com que sua utilização seja praticamente infinita, já que é incapaz de resolver os problemas para os quais é empregado, desempenhando uma “função de engano”⁵³⁹. Na verdade, o que ocorre, agrava-se a situação, pois haverá descrédito do sistema penal e, quando utilizado como mágica para resolver os problemas políticos, pode corromper a Democracia. A população, ao ver que o problema ainda persiste, que o recrudescimento penal não foi eficaz, ao invés de buscar outras soluções, estimulada por discursos punitivistas de políticos e pelo sensacionalismo dos meios de comunicação, procura maior recrudescimento penal. Com isso, temos a edição de mais leis penais, supressão de garantias, maior controle e esvaziamento dos espaços públicos, sem que haja redução da violência, e nada disso surte os efeitos ingenuamente desejados pela população.

⁵³⁸ ZAFFARONI. Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2011. p. 61

⁵³⁹ RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 203

Mais do que isso, independentemente da teoria que se adote, será impossível que o Direito Penal cumpra seu objetivo, pois assumirá apenas uma função simbólica “para tranquilizar os medos populares e a opinião pública frente às obsessões por segurança”⁵⁴⁰.

Com a criminalização de mais condutas não se reduz a violência, cria-se mais crimes e aumenta-se a incidência do poder punitivo e do sistema penal. “O Direito não está cumprindo a sua finalidade de pacificação social, nem está garantindo a segurança nas relações”⁵⁴¹. Sendo simplista, se a proibição fosse capaz de modificar a atuação humana, certamente não teríamos homicídios, roubos, furtos, destruição de florestas e de rios, pessoas escravizadas em pleno Século XXI, desvios de dinheiro público em licitações de obras e serviços etc.

Se houver poucas condutas penalmente proibidas os órgãos de persecução penal poderão dirigir esforços e orçamento para coibi-las, direcionando recursos econômicos e humanos para investigar poucos crimes e punir aquelas condutas de extrema lesividade. Talvez assim, com poucas condutas tipificadas, seja possível se falar em prevenção por meio do caráter intimidatório da pena.

Já, se tivermos muitas condutas proibidas, os órgãos de persecução penal deverão diluir sua atuação em diversas condutas, algumas das quais de pouca ou nenhuma lesividade. Isso fará com que os recursos sejam divididos para coibir todas as condutas tipificadas, o que acarretará numa piora do funcionamento do sistema criminal, que necessitará de mais recursos, ou seja, com mais condutas proibidas há um custo financeiro e humano maiores, sendo impossível às instituições penais apurar uma quantidade relevante de crimes praticados, o que impede a realização dos objetivos do Direito Penal.

Voltando ao primeiro capítulo, se o fim do Direito Penal for a redução da violência, continuar pelo caminho do populismo penal faz com que a violência aumente na medida em que se aumentam as proibições, pois os órgãos policiais têm muito mais condutas para perseguir, sem dispor de efetivo policial e equipamentos necessários. Desse modo, se o desejo é evitar condutas por meio do policiamento ostensivo, além de investigar, processar e prender uma parte relevante dos infratores,

⁵⁴⁰ RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 303

⁵⁴¹ ABISSANRA FILHO, José Carlos. Sistema Jurídico Criminal: das ilegalidades produzidas e utilizadas pelo direito. Curitiba. Juruá. 2018. p. 84

inflar o Direito Penal com mais tipificações parece ser contraprodutivo⁵⁴². Acreditando que a missão do Direito Penal seja coibir a violência, será necessário implementar uma política criminal voltada ao Direito Penal mínimo.

É claro que nossa máquina judiciária poderá enfrentar com tanto mais eficiência e tanto mais respeito às garantias as ofensas mais graves que provêm da grande criminalidade quanto mais reduzido for o seu trabalho, ocupando-se exclusivamente dos delitos mais graves.⁵⁴³

O aumento das condutas proibidas também deixa um terreno fértil para a corrupção dos agentes públicos, que estarão mais atentos aos proveitos de possíveis concussões do que efetivamente em apresentar ao sistema penal aqueles que foram flagrados ou estão sendo investigados por terem cometido um crime. Como já mencionado, os *kits flagrante* e os crimes de exploração sexual são exemplos de desvios cometidos por agentes públicos devido à intromissão indevida do Direito Penal em questões que poderiam ser reguladas por outras instâncias. Nesse sentido, o Direito Penal simbólico e o populismo penal, antes de contribuírem para a redução da criminalidade causam o efeito contrário.

Com relação à proteção de bens jurídicos, ela deverá se dar pelo cumprimento da função preventiva da pena, pelo seu caráter intimidatório. Ao se inflar a legislação penal com um sem número de incriminações, a certeza da punição a que se referia Beccaria passa a ser uma utopia. O que sobrevirá é exatamente o contrário, a certeza da impunidade, pois o sistema penal estará saturado e não conseguirá investigar e processar muitas das pessoas que praticaram as condutas descritas como crime. Antes de trazer proteção, ao utilizar o sistema penal de forma populista e simbólica faz com que ele sofra “uma mutação de finalidade e passa a satisfazer as exigências sociais de segurança ao invés de promover a proteção de bens jurídicos”⁵⁴⁴, abdicando da subsidiariedade do Direito Penal e tornando-o ineficaz.

⁵⁴² “Quanto mais se sobrecarrega o Direito penal mais se obtém um efeito contrário ao pretendido, porque é precisamente quando menos funciona. E uma vez comprometida a sua legítima finalidade, passa a assumir outras (dis)funções (puramente promocional ou primordialmente simbólica), criando-se uma espiral com destino certo de gerar frustração.

(...) Com o tempo, entretanto, em virtude da manifesta falta de operatividade, acarreta-se ao Direito penal um grave prejuízo, isto é, dissemina-se o descrédito na sua eficácia. Paradoxalmente, entretanto, a postulação é por mais Direito penal (criminalização de condutas, agravamento de sanções), sem que se perceba que o problema não está na ‘dose do remédio’, mas, sim, nele mesmo, na sua própria inadequada administração”. (BIANCHINI; ANDRADE. Inoperatividade do Direito Penal e Flexibilização das Garantias. p. 33 e 34)

⁵⁴³ FERRAJOLI. A pena em uma sociedade democrática. p. 34

⁵⁴⁴ RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 303

É comum que inúmeras condutas penalmente proibidas e que pouco contribuem para que a sensação de insegurança diminua, sejam objeto de persecução penal. Diversos atos violentos, que realmente causam medo e mal-estar social sequer serão objeto de investigação, uma vez que as forças policiais estarão dispersas, chegando ao ponto do sistema de justiça criminal ter que se preocupar com produtos com validade vencida dentro de restaurantes e supermercados, cuja pena e atenção dos órgãos policiais pode ser maior do que a destinada aos crimes que causam preocupação, como estelionato e furto. Com isso, a sensação de insegurança aumentará e, por outro lado, haverá a crença de que a impunidade reina, podendo ser um incentivo para o crime.

Se entendermos que a função do Direito é assegurar as expectativas normativas (comunicar a validade da norma), devemos partir do pressuposto que o Direito Penal somente alcançará seu objetivo se for comunicado que, ao cometer crimes, as pessoas estão sujeitas à punição. Ao se utilizar o Direito Penal simbólico e o populismo penal, comunica-se é que a prática de um crime não traz consequências, uma vez que será pequeno o percentual de delitos efetivamente punidos. Além disso, quando os agentes estatais se valem do populismo penal para relativizar garantias penais e processuais penais comunicam que a lei não precisa ser seguida nem mesmo pelo Estado, o que dirá pelos cidadãos.

Um Direito Penal com muitas criminalizações tende a dividir esforços fazendo com que condutas de baixa gravidade como a venda de drogas para adultos, armazenamento de produtos com validade vencida e a não entrega de nota fiscal para o consumidor recebam mais atenção do sistema criminal do que aquelas que causam graves danos, como homicídios, roubos e corrupção de agentes públicos. Ainda, compromete o bom funcionamento dos órgãos de persecução penal que, aliados a uma mídia sensacionalista, pode trazer consequências ainda mais preocupantes, pois o que será comunicado é a impunidade⁵⁴⁵ e a barbaridade dos crimes, fazendo com que a população acredite que o Estado, por meio de seus instrumentos normais e legais, é incapaz de controlar a criminalidade. O efeito disso pode ser observado com a concordância da população a ilegalidades como a tortura⁵⁴⁶ ou a medidas

⁵⁴⁵ “comunicativamente, portanto, tem o ‘discurso da impunidade criminógena’ um mecanismo de persuasão (clareza e repetição), que está dotado de maior capacidade de permanecer na psique da plateia” (GENELHÚ. Do discurso da impunidade à impunização... p. 88)

⁵⁴⁶ <https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/metade-brasileiros-concorda-tortura-criminosos-pesquisa> - acesso em 30 de março de 2019

claramente inconstitucionais como a prisão antes do trânsito em julgado⁵⁴⁷. Mesmo sendo o terceiro país que mais encarcera no mundo, alega-se que no Brasil a impunidade seja grande, o que demonstra que tratar o crime de modo sensacionalista, aliado a uma política criminal populista, com foco na expansão do Direito Penal, acaba dando mais força ao imaginário de impunidade e incrementando o sentimento de insegurança.

4.4. A corrosão das garantias e da democracia por meio do Populismo penal

Os adeptos do populismo penal utilizam, seletivamente, quando não manipulam, os dados e estatísticas criminais. Aproveitam-se do medo e da indignação popular com a percepção que a violência e a corrupção aumentam extinguindo garantias penais e processuais, que são colocadas como entraves para uma punição eficaz e exemplar.

O medo do crime dificulta a compreensão e aceitação de uma gama de princípio, direitos e garantias da justiça penal, principalmente aqueles que impedem um uso abusivo do poder punitivo estatal, os quais passam a ser vistos como uma espécie de favorecimento ao agente do crime. Tais preceitos são encarados como se os direitos e garantias processuais do indivíduo que está sendo investigado ou acusado fossem obstáculos à tão almejada segurança. Preceitos basilares do direito penal e do processo penal – como o princípio da presunção de inocência, a rejeição de provas obtidas por meios ilícitos, recursos e incidentes processuais suscitados pela defesa, requerimentos de perícia, direito ao silêncio, nulidades processuais e atenuantes da pena – são considerados, por aqueles que temem o crime e por aqueles que querem disseminar o sentimento de medo, como entraves à segurança da sociedade.⁵⁴⁸

O populismo penal serve-se da comunicação para aumentar sua incidência e retirar garantias, pois o que se comunica é que, mesmo com menos direitos e com mais proibições, não é possível conter a violência. O fruto disso é que medidas autoritárias e o vigilantismo tendem a ser aceitos em nome da segurança. Ao que parece “o maior perigo da criminalidade nas sociedades contemporâneas não é o crime em si mesmo. O maior perigo da criminalidade, nos tempos atuais, é sim o de que o pretexto da repressão ao crime acabe por conduzir todas essas sociedades ao totalitarismo”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/maioria-apoia-prisao-de-condenados-em-segunda-instancia-diz-datafolha.shtml> - acesso em 30 de março de 2019

⁵⁴⁸ RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 302

⁵⁴⁹ KARAM. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p. 416

Leis e entendimentos violadores de direitos e garantias são aprovados por políticos e operadores do Direito que se renderam ao populismo penal. Com isso, reduz-se o espaço para o exercício do contraditório, limita-se a liberdade mesmo sem a sentença condenatória, alega-se que o problema da morosidade são as nulidades, que as penas são demasiado brandas e que os direitos do executado como a progressão de regime e as saídas temporárias são benefícios, enquanto se esconde que os causadores das nulidades são os agentes públicos, que não respeitam as regras processuais. “A política passa a ser um espetáculo e o próprio Estado se converte num espetáculo. Os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o melhor para preocupar-se apenas com o que pode ser transmitido de melhor e aumentar sua clientela eleitoral”⁵⁵⁰.

É interessante que, baseadas em populismo penal, “grande parte das intervenções penais punitivas da contemporaneidade, antes de buscar responder ao problema da criminalidade em si, presta-se precipuamente a diminuir as inquietações populares diante da insegurança”.⁵⁵¹ Com isso, o Direito Penal, longe de resolver problemas, agrava-os, pois não se presta mais a punir condutas perigosas ou lesivas e acaba servindo como um analgésico para a sociedade, que cada vez mais clama por punição ao perceber que, mesmo com a redução das liberdades individuais, criação de novos tipos penais e agravamento das sanções, não observa a redução da violência. Em suma “a constância das desilusões ao invés de impulsionar uma releitura do sistema resulta em seu maior (e ineficaz) recrudescimento”⁵⁵². A questão é que como não se atacam as causas, os problemas tendem a crescer.

As simples ampliações dos limites penais máximos e mínimos são uma medida de política penal simbólica que não contribui muito para seu objetivo e, isso é sabido por aqueles que lançam mão de tais meios, para mostrar junto à opinião pública vigor e ideias.

Esse tipo de política pode ter em outros casos seu valor, mas no campo do direito penal ela é desprezível. Deve-se colocar seres humanos sob ameaça de pena apenas quando se é da opinião fundamentada de que isso seria útil à proteção de bens jurídicos.⁵⁵³

Os efeitos do Direito Penal simbólico podem ser devastadores, uma vez que utiliza meios inadequados para a solução de conflitos. Como é incapaz de dar as

⁵⁵⁰ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo do Direito Penal. (trad.). Sérgio Lamarão. 3ª ed. Edita Revan. Rio de Janeiro. 2011. p. 77

⁵⁵¹ CALLEGARI, WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal... p. 75

⁵⁵² SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade do risco. São Paulo. Quartier Latin. 2006. p. 83

⁵⁵³ HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2007. p. 149

respostas adequadas à sociedade, gera desconfiança e descrédito para o Estado, em especial para a Democracia. “O Direito Penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do Estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal”⁵⁵⁴. Alice Bianchini e Leo Rosa Andrade enfatizam que o Direito Penal simbólico:

manipula o medo do delito e a insegurança, reage com rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e determinados infratores. Introduce um exagerado número de disposições excepcionais, sabendo-se do seu inútil ou impossível cumprimento e, em médio prazo, traz descrédito ao próprio ordenamento, minando o poder intimidativo de suas proibições⁵⁵⁵.

Com o populismo penal a Democracia é corrompida, pois a população passará a não mais acreditar nas instituições estatais e os laços sociais serão rompidos devido ao medo, insegurança e desconfiança de todos contra todos. Adicione-se a isso o fato de o Direito Penal ser visto cada vez mais como *prima* ou *única ratio*, fazendo com que políticas voltadas para a manutenção e fortalecimento de políticas sociais para resolução dos problemas de delinquência sejam relegadas quando muito, a segundo plano, se não simplesmente desconsideradas, em detrimento de edições de leis penais.

A ideia de segurança acaba por se limitar na manutenção da ordem pública e na contenção da criminalidade, mediante o emprego da força policial e do recrudescimento e antecipação do uso dos instrumentos punitivos estatais. A segurança passa a ser identificada com direito penal como se sinônimos fosse. O medo do crime transplanta o que resta de raciocínio crítico da sociedade sobre as causas da criminalidade e a outro setor: o controle da delinquência, não mais à sua solução. O medo reclama uma resposta imediata, que acaba se traduzindo na busca pela celeridade da prevenção e da contenção, e não na morosidade da solução. Vias mais céleres como soluções legislativas penais são escolhidas em desfavor de políticas sociais mais custosas e morosas⁵⁵⁶.

O uso indiscriminado do Direito Penal acaba por torná-lo cada vez menos efetivo, pois as agências penais possuem suas limitações. Ao se criminalizar qualquer bagatela, o que se obtém é saturação dos meios de persecução penal, já que suas agências não serão capazes de investigar e julgar grande parte dos crimes que ocorrem, gerando um sentimento de impunidade.

Ou seja, o aumento indiscriminado do número de condutas criminalizadas suscita mais crimes e não menos violência. Com isso, a sensação de insegurança

⁵⁵⁴ HASSEMER. Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política. p. 230

⁵⁵⁵ BIANCHINI; ANDRADE. Inoperatividade do Direito Penal e Flexibilização das Garantias. p. 32

⁵⁵⁶ RIBOLI; LOPES. Legislação penal do medo... p. 295 e 296

será fortalecida, os órgãos criminais desviarão sua atenção para condutas não lesivas, deixando que condutas lesivas fiquem impunes.

Em muitos casos, o Direito Penal simbólico limita os direitos do cidadão, quando o proíbe de praticar condutas que nada lesam. Também corrói as bases do Estado Democrático, no momento em que reduz ou relativiza garantias processuais e individuais. Por exemplo, no caso dos crimes hediondos, aumenta o tempo de cumprimento de pena para recebimento dos benefícios, e, no caso da lei de drogas, obriga o indivíduo que é processado por crime de tráfico de drogas a responder o processo preso.

Os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente, constranger os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*, sem contar os muitos *folclorismos* penais, como pretender condenar, por favorecimento, parentes das vítimas de sequestro que não denunciem ou que paguem o resgate exigido.⁵⁵⁷

Quando se permite o aumento indiscriminado das sanções penais, por meio de leis ou por entendimento jurisprudencial, retiram-se garantias processuais, afastam-se princípios penais, processuais e constitucionais e permite-se o aumento do poder punitivo, sem a devida cautela com os efeitos que isso pode causar no ordenamento jurídico como um todo. Ignora-se que a história nos ensinou ser o Estado, por meio do seu sistema punitivo, o maior violador de direitos. Não é necessária uma digressão histórica muito grande, mas apenas verificar as atrocidades cometidas no século XX durante os regimes nazista, fascista, comunista e com as ditaduras latino americanas. Todos esses regimes se valeram do sistema punitivo para colocar em prática assassinatos, sequestros, torturas, perseguições políticas etc. O recrudescimento penal, antes de trazer segurança, permite ao Estado controlar e perseguir cidadãos sob aparência de legalidade.

A ausência de receio em face do poder sancionatório prestigia modos de operação do sistema punitivo altamente violadores dos direitos e liberdades individuais, como por exemplo: a) a conivência diante da rudeza policial desde que haja uma ação instantânea, o que redundará em atuações apressadas que incidem sobre objetos equivocados; b) transformação pelo legislador de qualquer problema social em delito; c) a flexibilização, pelo Judiciário, de garantias penais e processuais penais em atendimento às demandas populares por maior eficiência; d) preocupação dos agentes da

⁵⁵⁷ ZAFFARONI. O inimigo do Direito Penal. p. 79

execução penal no sentido de que o delinquente não seja tratado de maneira muito generosa no cumprimento da pena⁵⁵⁸

O discurso do medo e do ódio que permite a subtração de garantias individuais enseja, inclusive, o aumento da letalidade e da violência policial. Em uma sociedade que difunde o medo por meio da política e da mídia, qualquer atuação policial que vise eliminar ou abater o inimigo, no caso o suspeito, é justificada. O que antes era normalizado pelo Poder Judiciário, ao se fazer vistas grossas para execuções cometidas por agentes públicos⁵⁵⁹, poderá ser legalizado, permitindo ao policial matar sob pretextos como medo, surpresa e violenta emoção⁵⁶⁰. Com esse tipo de conduta, em geral defendida pelo populismo penal, apesar de prometerem reduzir o crime, possuem efeito de aumentar a criminalidade, pois,

seu efeito principal é o esgotamento do tecido civil, que forma o primeiro pressuposto não apenas da democracia, mas também da segurança. O medo, de fato, rompe os laços sociais, alimenta tensões e lacerações, fomenta fanatismos, xenofobias e secessionismos, gera desconfianças, suspeitas, ódios e rancores. Em suma, envenena a sociedade, fazendo-a regredir ao estado selvagem e incivil. E esta regressão, como é óbvio, representa o principal terreno de cultura da criminalidade e da violência, além de a mais insidiosa ameaça à democracia. É assim que o populismo penal se conjuga ao populismo político. Prosseguindo e alimentando o medo e a suspeita e a percepção do diferente – do imigrante, do negro, do mulçumano – como inimigo, ele deforma o substrato simbólico da democracia, que é o sentimento comum da igualdade e da solidariedade, e o substitui pelo substrato simbólico dos regimes populistas e autoritários, fundado no contrário, no culto do chefe, na relação assimétrica e hierárquica entre governantes e governados, sobre a despolitização da sociedade civil e sobre o fechamento de cada um em seus egoísmos e interesses privados.⁵⁶¹

O uso do populismo penal para retirada de direitos e garantias e seu discurso para legitimar a utilização da força e de ilegalidades cometidas pelo poder estatal é uma alternativa ao uso da violência estatal que ocorreu ao longo da história. Uma vez que nas Democracias a violência estatal é condenada, tenta-se, por meio da conquista da opinião pública, legitimar e direcionar violências e ilegalidades contra os inimigos

⁵⁵⁸ CALLEGARI, WERMUTH. Sistema Penal e Política Criminal. p. 82

⁵⁵⁹ <https://anistia.org.br/imprensa/na-midia/letalidade-da-pm-e-escandalosa-diz-diretor-da-anistia-internacional-br/> - acesso em 04 de abril de 2019

⁵⁶⁰ MENDES, Alana Guimarães. A legítima defesa no pacote anticrime: uma análise a partir do princípio da taxatividade e o loop infinito do sistema penal brasileiro. IBCCRIM. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial - IBCCRIM: valorização acadêmica e compromisso com a pluralidade. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano. 27, n. 317, p. 28-30., abr. 2019. É interessante notar que no momento que policial alega algumas dessas escusas admitirá que não possui o preparo técnico, psicológico e emocional para figurar nas fileiras policiais, tendo em vista que o treinamento e capacitação policiais devem permitir ao policial que mantenha a calma e haja conforme os protocolos. Agir em excesso de legítima defesa por medo, surpresa e violenta emoção é algo que se pode esperar de um cidadão comum sem qualquer treinamento, mas não de um profissional. Fazendo um paralelo, é como se um médico cirurgião alegasse não poder operar por ter náuseas ao ver sangue.

⁵⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127. p. 125

da elite governante. Pareto, efetivamente, não acreditava ser possível governar sem a utilização da força.

O grande erro da época atual é o de acreditar que se pode governar os homens puramente por meio de argumentos, sem fazer o uso da força, que é, ao contrário, o fundamento de toda organização social. É mesmo curioso observar que a antipatia da burguesia contemporânea contra a força a conduz a deixar o campo livre à violência. Os malfeitores e os arruaceiros, estando certos da sua impunidade, farão tudo o que quiserem. As pessoas mais pacíficas são impelidas a se sindicalizar e a recorrer à ameaça e à violência pelos governos que não deixam aberta outra via para a defesa dos seus interesses.⁵⁶²

É interessante notar como o populismo e o populismo penal estão em sintonia com as ideias dos elitistas, que, inclusive, formaram a base teórica do Fascismo⁵⁶³. As elites, por meio de seus comunicadores incitam o medo, a vingança e o ódio nas massas, de modo que se fazem escolher pelos seus eleitores⁵⁶⁴. Como as massas buscam soluções rápidas para os problemas apresentados, uma das consequências “era de que os candidatos a deputado acabavam por abraçar propostas irrealizáveis ou mesmo demagógicas”⁵⁶⁵, o que é uma característica do populismo penal, tanto na edição de leis penais simbólicas, quanto nas propostas ou pressões que tendam a aumentar a incidência do poder punitivo por meio da retirada de garantias.

Tanto no discurso quanto na prática populista é possível verificar as contradições, conforme já abordado. Para chegarem ao poder, muitas vezes se valem de propostas que condenam a impunidade dos poderosos, criticando práticas como a não aceitação de provas ilícitas nos processos, a existência de nulidades, foro por prerrogativa de função ou a impossibilidade de se prender preventivamente pessoas acusadas de cometerem crimes. Porém, quando chegam ao poder, abandonam esses compromissos, em especial quando voltados contra si ou contra a elite a eles filiada, e valem-se das mesmas práticas por eles condenadas⁵⁶⁶. Não é de se espantar que, quando membros das elites que foram alijadas do poder ou mesmo indivíduos que

⁵⁶² PARETO, Vilfredo. *Manuel d'économie politique*. Genève. Droz. 1966. p. 134. Apud. GRZYNSZPAN. *Ciência política...* p. 184

⁵⁶³ GRZYNSZPAN. *Ciência política e trajetórias sociais...* p. 135

⁵⁶⁴ “Ao contrário do que proclamava a teoria democrática, o sufrágio universal não impedia que uma minoria controlasse o poder, não garantia a ampla representação de todas as forças sociais. Retomando um dos argumentos da *Teórica*, Mosca observa que, em qualquer situação, um deputado nunca era escolhido pelos seus eleitores, mas sim, inversamente, fazia-se escolher por eles, uma vez que dispunha de meios morais, intelectuais e materiais para impor-se aos outros.” (GRZYNSZPAN. *Ciência política e trajetórias sociais...* p. 101)

⁵⁶⁵ GRZYNSZPAN. *Ciência política e trajetórias sociais...* p. 102

⁵⁶⁶ Pareto e Mosca já havia notado a contradição que a elite burguesa, à época, incorria: “o liberalismo, a democracia, a igualdade haviam sido, simplesmente, armas da burguesia da sua luta pelo poder, armas que havia abandonado, ato contínuo, em proveito de práticas características do Antigo Regime, as mesmas que antes condenava” (GRZYNSZPAN. *Ciência política e trajetórias sociais...* p. 164)

foram entregues pelas suas respectivas elites como bodes expiatórios, reclamem de medidas penais que anteriormente apoiavam.

Casos notórios são a Operação Lava-Jato, a Lei de Organização Criminosas, que instituiu a delação premiada e a Lei da Ficha Limpa, que impede quem foi condenado criminalmente, desde que por órgãos colegiados, de se candidatar a cargos eletivos. Muitos apoiadores de decisões judiciais absolutamente ilegais foram presos ou sofreram as mesmas ilegalidades que aplaudiam quando seus adversários eram os destinatários das arbitrariedades judiciais.

Uma das situações mais interessante talvez seja a da aprovação das duas leis, a de Organizações Criminosas e a de Ficha Limpa, que contou com grande esforço do Partido dos Trabalhadores (PT), que ignorou questões técnicas e inconstitucionalidades, sob o pretexto da necessidade de moralização da política. No caso das delações foi ignorado, entre outras questões, que podem ser obtidas mediante tortura, mas com aparência de legalidade, ao se prender um acusado e forçá-lo a fazer uma delação nos moldes que o órgão acusador e, em casos em que se abandone a imparcialidade, o julgador desejam. Diversos políticos do PT e inclusive o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Lula) foram alvo de delações premiadas nas quais há o questionamento da veracidade das informações fornecidas pelos delatores.

Já na Lei da Ficha Limpa chega a ser irônico que a mais célebre vítima da sua inconstitucionalidade seja o ex presidente Lula, que a promulgou, tendo sido eleito pelo PT, grande entusiasta da medida. Apesar da clara inconstitucionalidade por ignorar o princípio da presunção da inocência, a Lei da Ficha Limpa foi divulgada pelos partidos políticos e meios de comunicação como um avanço no combate à corrupção, pois impedia políticos de se candidatar caso tivessem uma condenação criminal, mesmo antes do trânsito em julgado, ou seja, havendo recursos. É de pleno conhecimento que Lula foi condenado em primeira e segunda instância com decisões controversas do ponto de vista jurídico. Há quem diga ter se tratado de decisões de cunho político, uma vez que tal processo teve tramitação muito mais célere do que processos normais, ou mesmo se comparado aos demais processos da Operação Lava-Jato⁵⁶⁷, podendo indicar perseguição política. Há, dentro da comunidade

⁵⁶⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/ordem-de-prisao-de-lula-e-a-mais-rapida-entre-reus-soltos-da-lava-jato>. - acesso em 04 de março de 2019.

jurídica, quem defende as decisões e a forma como foi conduzido o processo, mas também há diversos juristas que entendem que, do ponto de vista técnico, as decisões são falhas. Não se deseja entrar no mérito da questão da legalidade ou ilegalidade das decisões, mas apenas mostrar como a expansão do poder punitivo pode chegar até mesmo àqueles que se empenharam com o recrudescimento do sistema penal.

Pouco tempo depois, o juiz que condenou Lula utilizando-se do populismo penal e do sensacionalismo midiático para garantir apoio popular com vazamentos seletivos de informações para a imprensa, divulgação de conversas telefônicas e que defendia relativização de garantias para persecução penal, tendo sido colocado no patamar de herói de combate à corrupção, foi alvo de vazamentos de conversas em aplicativos de celular, ao que parece, obtidas por meios ilegais e divulgadas aos poucos, de forma sensacionalista, para que o site de notícias The Intercept⁵⁶⁸ possa garantir mais acessos e controlar a narrativa dos acontecimentos, causando grande abalo na imagem do ex-magistrado, pois mostrava condutas incompatíveis com a função de juiz. O site, assim como Sérgio Moro fez quando divulgou as escutas telefônicas de Lula, utiliza argumentos relativos ao interesse público e proteção da Democracia para justificar a invasão da privacidade dos interlocutores.

A grande ironia está no fato de que, além de ter sido vítima das mesmas práticas por ele utilizadas, foi um dos defensores das *10 Medidas Contra a Corrupção*, que, entre outros pontos, permitiria a utilização de provas ilícitas caso o destinatário as recebesse de boa-fé. Isso significa que, se os desvios de conduta se conformem, ele poderia, mesmo tendo sido vítima de um crime, ser responsabilizado pelos supostos crimes descobertos de forma ilegal e criminoso, o que não acontecerá, pois o projeto de lei não foi aprovado. Ou seja, seria vítima da lei populista por ele defendida.

Fica claro como o poder punitivo é incontrolável, podendo a criatura engolir o criador. Quando se aceita e se encampa uma política populista na esfera penal não é possível saber quem será a vítima do poder punitivo.

Desta forma, tanto o populismo penal como as leis penais simbólicas, vendidas como as únicas alternativas viáveis no combate ao crime, devem ser evitadas pois: (1) servem apenas para acalmar a população, mas não são eficazes na redução da

⁵⁶⁸ <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/> - acesso em 16 de junho de 2019

violência e da criminalidade; (2) corroem a confiança da população no sistema penal, já que medidas populistas e leis penais simbólicas não serão capazes de cumprir aquilo que a população deseja; (3) corrompem a Democracia, pois com o tempo a população deixará de acreditar não apenas no sistema penal, como também nas instituições democráticas, como o Poder Judiciário, os partidos políticos e o parlamento; (4) destroem os direitos e garantias do cidadão, ao retirar liberdades e, sempre que uma medida populista penal não é eficaz, a desculpa não é a sua ineficácia do uso do Direito Penal para resolução dos problemas, alegando-se que a existência de direitos e garantias do acusado são os problemas, pois por meio deles permite-se que o delinquente se furte à aplicação da lei penal; (5) faz com que seja impossível ao Direito Penal atingir seus fins (independentemente da teoria adotada), já que, ao inflar a legislação penal, dispersa-se material humano, recursos públicos e esforços para condutas que não deveriam ser objeto da tutela penal; e (6) por ser incontrolável, o poder punitivo pode atingir a todos, basta dar-lhe a oportunidade, isto é, qualquer pessoa pode ser vítima de um processo penal inquisitorial, de tortura, com acusações falsas, com decisões sem fundamentação ou com fundamentações falsas caso não sejam impostos limites às medidas arbitrárias de natureza penal.

Lutar contra o populismo penal não é apenas lutar pela Democracia, mas também um meio de autoproteção contra o poder estatal que, conforme já repetido insistentemente, foi quem mais cometeu abusos contra pessoas ao longo da história.

CONCLUSÃO

Momentos de crise geram incertezas e busca por soluções rápidas. Enquanto o populismo político ganha força em tempo de crise econômica⁵⁶⁹, o populismo penal ganha força quando há crise de segurança. Em certos momentos é comum que populismo político e penal andem juntos, pois em geral fatores econômicos estejam ligados aos índices de criminalidade, em especial a delinquência patrimonial.

Porém a utilização do populismo penal não está adstrita apenas a políticos populistas, sendo utilizados por políticos com as mais diversas características e até mesmo por atores processuais, especialmente agentes estatais. Diferente do populismo político, que tende a ganhar força com crises, o populismo penal pode ser utilizado independentemente do momento econômico ou político, pois, por meio da agenda noticiosa, é possível gerar sensação de insegurança mesmo com os índices de delinquência estáveis ou em queda. Ou seja, mesmo que a insegurança objetiva seja baixa, o populismo penal pode ser utilizado caso a insegurança subjetiva seja alta, pois a mídia é capaz de manter uma crise de insegurança permanente.

A percepção social da realidade resulta, em grande proporção, da mediação midiática. O público tem acesso a uma realidade de segunda-mão, filtrada e construída pelos jornalistas, que dirigem a atenção das pessoas para assuntos específicos, e por razões que vão desde conveniências de mercado até conflitos de interesse entre grupos de comunicação e o poder político ou econômico.⁵⁷⁰

Isso significa que se for interessante focar a atenção dos espectadores em temas relativos à criminalidade e ressaltar seus medos, os agentes de comunicação assim o farão. Para a mídia é interessante dar atenção aos crimes pois, no mínimo, isso aumenta sua audiência e, conseqüentemente, sua renda com publicidade, podendo ter outros efeitos, como moldar os valores ou esconder pautas políticas impopulares que podem ser de interesse dos donos dos veículos de comunicação.

Evidentemente não são apenas os meios de comunicação que se beneficiam dos dividendos que notícias sobre violência e crimes podem gerar. As próprias elites acabam por se beneficiar das notícias sobre criminalidade pois com isso deixa-se de discutir inúmeros outros temas capazes de influenciar o dia-a-dia da população, mas que podem ser prejudiciais aos interesses das elites⁵⁷¹. Além disso, parte dessa elite ainda pode obter vultosos lucros com o mercado de seguros e segurança privada.

⁵⁶⁹ RUNCIMAN. Como a Democracia chega ao fim. p. 205

⁵⁷⁰ GOMES. Mídia e sistema penal... p. 63

⁵⁷¹ "Os meios de comunicação de massa se encarrega(ra)m de introjetar na consciência da população que a criminalidade é o problema mais significativo da sociedade contemporânea, ofuscando, assim, o

A utilização do medo também é interessante na disputa das elites pelo poder. A segurança pública é uma boa plataforma eleitoral, os grupos políticos voltam suas propostas para o combate à criminalidade, criando-se “a ilusão de que a repressão penal, com severo aumento das penas e cerceamento de garantias fundamentais na persecução penal conterà o avanço da criminalidade”⁵⁷². Não se atenta que medidas penais são, na maior parte das vezes, ineficazes para redução da delinquência, algo que políticos ou desconhecem ou escondem, pois dar soluções reais são mais custosas e exigem tempo para que as mudanças surtam efeitos, enquanto os dividendos eleitorais da edição de leis penais simbólicas é praticamente imediato.

Quando as elites, ao disputar o poder, fazem a opção por discursos de combate ao crime exclusivamente com a utilização de medidas penais a credibilidade das instituições é minada. A edição de leis penais e processuais penais não são capazes de reduzir a violência e a criminalidade, em especial se não forem acompanhadas de outras medidas preventivas.

Nesse momento há um círculo vicioso, pois como o crime vende, continuará a ser noticiado, aumentando ou mantendo elevado sentimento de insegurança, e ficará claro que as modificações legislativas não foram aptas a conter a violência. Ao invés de buscar outras alternativas para o problema da insegurança, insiste-se no mesmo remédio, radicalizando seu uso. Assim, adota-se um discurso de que as leis não são seguidas pelo fato de as penas serem muito brandas, a impunidade reina devido a advogados manipularem o processo cavando nulidades ou retardando o andamento processual. Comunica-se para a população que a solução é a relativização das garantias do acusado, que seriam entraves para a realização da justiça.

Vão sendo produzidas leis penais e processuais penais que sistematicamente afastam princípios garantidores, criando vácuos, que progressivamente se ampliam, nos quais é indevidamente desprezado o imperativo primado das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas. Embora mantidas as estruturas formais do Estado de direito, vai se reforçando o Estado policial sobrevivente em seu interior, vão sendo instituídos espaços de suspensão de direitos fundamentais e de suas garantias, acabando por fazer com que, no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracia e Estados totalitários vá se tornando sempre mais tênue.⁵⁷³

paradoxo da política neoliberal que pretende remediar com um mais Estado policial e penitenciário o menos econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva dos países reféns dessa política (SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem: rumo ao Estado de polícia. In Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 11. n. 15/16. 2007. p. 345-357. p. 350)

⁵⁷² SILVEIRA FILHO. Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem... p. 350

⁵⁷³ KARAM. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p. 413

A disputa política, o valer-se do crime e da sensação de insegurança dos eleitores, acaba minando a Democracia, uma vez que os limites de atuação estatal são atacados em nome de uma segurança impossível de ser proporcionada pela utilização do sistema penal. São retiradas liberdades, relativizadas garantias, invade-se a privacidade das pessoas, defende-se o vigilantismo, gasta-se grandes somas de dinheiro público para processar e encarcerar pessoas acusadas de delinquir (muitas vezes sem que a conduta imputada seja capaz de causar qualquer tipo de lesão). Porém, a criminalidade e o sentimento de insegurança permanecem estagnados ou, ainda, aumentam, pois as medidas penais atacam as consequências não as causas desses problemas.

A situação fica mais grave quando o populismo penal ultrapassa as barreiras do discurso político e do Poder Legislativo e passa a cooptar membros do Poder Judiciário, que, devido ao seu caráter contramajoritário, deveriam colocar freios às demandas punitivistas. Juízes, seduzidos pelo populismo penal valem-se do discurso de defesa social na sua atuação, deixando de ser imparciais para atuarem como agentes de segurança pública, acreditando serem imprescindíveis no combate à criminalidade. Para levar a cabo o combate à delinquência por meio da atuação jurisdicional valem-se da teoria da prevenção geral negativa e da prevenção especial, como se fosse possível prevenir crimes com penas duras, longas e exemplares. Não se analisa criticamente a eficácia da pena para prevenção.

Talvez o maior problema seja que, assim como os adeptos do Garantismo Penal Integral, esses juízes não estão preocupados com os desvios cometidos por agentes públicos, em especial policiais. Mesmo sendo público e notório que a polícia brasileira é corrupta e violenta, a palavra dos policiais tem valor probatório simplesmente por eles exercerem função pública⁵⁷⁴. Quando são noticiadas torturas ou extorsões por agentes policiais⁵⁷⁵ o costume é que se faça vista grossa, como se essas alegações fossem fantasiosas, uma vez que o populismo penal não se deseja coibir abusos de agentes públicos, mas apenas punir aqueles que tem o estigma de inimigos – traficantes, roubadores, corruptos. Por outro lado, são aceitas versões inverossímeis, por exemplo, de que pessoas presas por tráfico de drogas levaram voluntariamente os policiais às suas residências para mostrar onde as drogas que

⁵⁷⁴ TJSP Apelação Criminal 0002705-59.2018.8.26.0189

⁵⁷⁵ STJ REsp 1439866/MG; STJ HC 46.674/SP; TJSP Apelação Criminal 1500782-51.2018.8.26.0567

pretendiam traficar estavam escondidas⁵⁷⁶, pois, conforme já dito, policiais possuem fé-pública, uma vez que são agentes estatais. Ao atuarem dessa maneira, fingindo que julgam de forma imparcial, na verdade demonstram como a banalidade do mal, trazida por Hanna Arendt⁵⁷⁷, é presente no poder judiciário, ao impor longas penas mesmo sem a presença de provas sólidas.

A pretexto de combater o crime atuam para que o Estado relativize Direitos Humanos, fazendo vistas grossas a crimes praticados em nome do Estado, fortalecendo o autoritarismo e consolidando ilegalidades cometidas por agentes públicos.

É difícil acreditar que juízes se rendam ao populismo penal de forma consciente ou que acobertem crimes cometidos por agentes públicos conscientemente. É mais provável que façam isso pelo fato de que também são expectadores das notícias sensacionalistas, acreditando realmente que a criminalidade atingiu níveis insustentáveis. Com isso, entendem que a resposta estatal deve ser implacável, sendo que pequenas ilegalidades podem ser toleradas para se combater os inimigos.

Atuando dessa forma fazem com que o processo penal e o Direito Penal sejam incapazes de atingir seus fins. Se a proteção do bem jurídico ou a garantia da segurança pública forem os objetivos almejados pelo Direito Penal demonstram que cometidas por agentes públicos não trarão qualquer consequência. Caso se adote a teoria de que por meio da pena se reafirma a vigência da norma, comunica-se que a norma só é válida contra os marginalizados, contra os acusados (mesmo que inocentes), mas que o Estado e agentes públicos estão autorizados a descumpri-la e ficarão impunes caso cometam abusos.

O populismo penal na política legislativa também impede que os fins do Direito sejam alcançados, pois com muitas condutas criminalizadas é impossível às agências penais atuarem para evitar ou julgar quantidade relevante de crimes, fazendo com que a prevenção pela aplicação da pena – seja pela inocuização, seja pela intimidação – seja apenas uma utopia, uma vez que o que a certeza de punição estará mais distante na mesma medida em que aumentam as incriminações. Já com relação a estabilização das expectativas normativas, elas serão inalcançáveis uma vez que também será comunicado que a norma é aplicada a poucos, que a impunidade impera.

⁵⁷⁶ TJSP Apelação Criminal 0000147-16.2018.8.26.0545

⁵⁷⁷ ARENDT. Eichmann em Jerusalém. 1999.

Já com relação ao bem jurídico, com o populismo penal perde-se a noção de que ele deve ser selecionado entre os valores mais caros à sociedade, passando a ser a *ratio legis*, pois perde seu conteúdo crítico na medida que o legislador não encontra limites ao que incriminar.

Utilizar o sistema penal como ferramenta política, com a expansão do Direito Penal e a redução de garantias do acusado faz com que seja impossível ao Direito Penal atingir seus fins declarados, torna-o ineficaz. Com isso abate-se um descrédito nas instituições estatais, que parecem não conseguir dar a segurança que o cidadão almeja.

O grande problema é que, mesmo após a solução penal se mostrar ineficiente, insiste-se nela para aplacar a sensação de insegurança. Com isso entra-se num círculo vicioso que pode ser fatal para a Democracia: mais insegurança requer mais medidas penais e restrição das liberdades individuais; a delinquência continua como pauta prioritária da mídia, de modo a aumentar a insegurança subjetiva da população, que requer mais medidas penais.

BIBLIOGRAFIA

ABI-ACKEL TORRES, Henrique. Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva – Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2018.

ABISSANRA FILHO, José Carlos. Sistema Jurídico Criminal: das ilegalidades produzidas e utilizadas pelo direito. Curitiba. Juruá. 2018.

ALMEIDA, Ronaldo de. Deus acima de todos. In Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo. Companhia das Letras. 2019. p. 35-51.

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In SADER, Emir; Gentili, Pablo. Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1995. 9-23.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poletti. 2ª ed. São Paulo. Boitempo. 2004.

ARENDT, Hanna. Eichmann em Jerusalém. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo. Companhia das Letras. 1999.

_____. Origens do totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo. Companhia das Letras. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Zahar. 2008.

_____. A riqueza de poucos beneficia todos nós? Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro. Zahar. 2015.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BECK, Ulrich. Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo. Editora 34. 2011.

BETTIOL, Guiseppe. Direito Penal. Campinas. RED Livros. 2000.

BIANCHINI, Alice. ANDRADE, Léo Rosa. Inoperatividade do Direito Penal e Flexibilização das Garantias In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 16ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2011.

BIZZOTTO, Alexandre. A inversão do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro. 2009.

BOBBIO, Norberto. Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo. Editora UNESP. 2001.

BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In SADER, Emir; Gentili, Pablo. Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1995. 63-118.

BRITO, Alexis Couto de. As Finalidades da pena em Günter Jakobson. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 22 vol. 110. set-out. 2014. 15-49.

BRUNO, Anibal. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CACICEDO, Patrick. Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2017.

CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Sistema Penal e Política Criminal. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2010

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

CHARAUDEAU, Patrick. A opinião pública: como o discurso manipula as escolhas políticas. Tradução de Angela M. S. Corrêa. São Paulo. Contexto. 2016.

CHOMSKY, Noam, Mídia: propaganda política e manipulação. Tradução Fernando Santos. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2013.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. 7ª ed. Saraiva. São Paulo. 2002.

COSTA, Rodrigo De Souza. Direito penal e segurança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

DEVOS, Bryan Alvez; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 153. Ano 27. p. 65-106. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. março 2019.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999. Cap. I.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 5ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo. Companhia das Letras. 2019. p. 116-135.

ESTEFAM, André. Crimes sexuais: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo. Saraiva. 2009.

FABRETTI, Humberto Barrinuevo. Segurança pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do Garantismo penal. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

_____. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 21-22. p. 117-127.

_____. A pena em uma sociedade democrática. Tradução Carlos Arthur Hawker Costa. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 7. n. 12. p. 31-39.

_____. Derechos y garantías: La ley del más débil. 4ª ed. Madri. Editorial Trotta. 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Jairton, Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 134. Ano 25. p. 109-135. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Ago. 2017.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo (Penal) Integral? In CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2015. 30-77.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal. 16ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2004.

FUERBABACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania. 14 ed. Buenos Aires: Hamurabi S.R.L., 1989.

GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal: Vol. i tomo i. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GENELHÚ, Ricardo. Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro. Revan. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. Direito Penal e Processo Penal: leis especiais II. Organizador Gustavo Henrique Badaró. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015 (Coleção doutrinas essenciais). p. 73-91.

GOMES, Luiz Flávio. ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo. Saraiva. 2013. (Coleção saberes monográficos).

GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro. Revan. 2015.

GRECO, Luis. Um panorama da Teoria da Imputação objetiva. 2ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 12, N. 49. Jul-ago. 2004.

GRYNSZPAN, Mário. Ciência política e trajetórias sociais: uma sociologia histórica da teoria das elites. Rio de Janeiro. Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1999.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Revista Direito GV, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 187-203., jul./dez. 2006.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução Adriana Beckman Mairrelles ... [et al]. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008.

_____. Prevención general y aplicación de la pena. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006. (Maestros del derecho penal, 14). p. 45-82.

_____. Direito Penal Libertário. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2007.

HOLLANDA, Cristina Buarque de. Teoria das elites. Rio de Janeiro. Zahar. 2011. p. 51

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. 3ª ed. Editora D'Plácido.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal : Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000. Lima: Grijley / Universidad de Piura, 2000.

_____. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte. Del Rey. 2008.

_____. Fundamentos do direito penal. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

_____. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). O bem jurídico penal como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito Penal. 9ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009 (Elementos do Direito, v. 7).

_____. Jurisdicionalização da execução penal. In BRITO, Alexis couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia coord.). Direito penal – aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo. Quartier Latin. 2006. 368-384.

KAKUTANI, Michiko. A morte da verdade. Tradução André Cazarnobai, Marcela Darte. Rio de Janeiro. Intrínseca. 2018.

KARAM, Maria Lúcia. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 408-417-22.

_____. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. In .ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba LedZe Editora. 2012.

LA TORRE, Carlos de. Os populismos refundadores: promessas democratizadoras, práticas autoritárias. Nueva sociedad, Buenos Aires, Especial, p. 72-82., jun. 2017.

LEMOS, Ronaldo. Diante da realidade, seis ficções epistemológicas. In *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo. Companhia das Letras. 2019. p. 195-210.

LIPPMAN, Walter. *Opinião pública*. Tradução Jacques A. Wainberg. 2ª ed. Petrópolis, RJ. Editora Vozes. 2010.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo. Martins Fontes – selo Martins. 2016.

_____. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ. Editora Vozes. 2016.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o Direito penal? Bens jurídicos ou a vigência da norma? In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. V. 20. N. 97. Jul-ago 2012. 143-181

MARONA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In *SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas, uma nova perspectiva*. São Paulo, IBCCRIM. 2014. 43-64.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3ª ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2016.

MARTÍNEZ, Mauricio. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. In *ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande encarceramento, seminário*. Rio de Janeiro. Revan. 2010. 313- 327.

McCOMBS, Maxwell, *A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ. Editora Vozes. 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo integral. In *CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2015. 193-218.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de Filosofia do Direito. O Homem e o Direito*. Quartier Latin. São Paulo. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Vol. 1 Parte Geral - arts. 1º a 120 do CP*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOUNK, Yascha. O povo contra a Democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg. 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2019.

NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. in NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Julio César Faura, 2006. (Maestros del derecho penal, 14). p. 14-44.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. Vol. 1: Introdução e parte geral. 30ª ed. São Paulo. Saraiva. 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. Direito penal: Parte Geral - arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Curso de direito penal: parte especial: arts. 2013 a 361 do Código Penal. Vol. 3. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

PIERANGELI, José Henrique. Código Penal comentado. 1ª ed. São Paulo. Editora Verbatim. 2013.

POZUELO PÉREZ, Laura. La política criminal mediática: Géneses desarrollo y costes. Madri. Marcial Pons. 2013.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico Penal e Constituição. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização de garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 134. Ano 25. p. 87-107. São Paulo. Ed. RT. ago. 2017.

QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Silvia. Violência, crime e mídia. In LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (org.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo. Contexto. 2014. 175-186.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni; LOPES, Andressa Batista. Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade

legislativa penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 147. Ano 26. p. 273-310. São Paulo: ed. RT. Setembro 2018.

RODRIGUES, Savio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais. Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. V. 20. N. 97. Jul-ago 2012.

ROSSETI, Disney. A formulação de políticas de segurança pública no paradigma do estado democrático de direito: uma breve visão das instituições policiais pós-1988. Segurança pública & cidadania: revista brasileira de segurança pública e cidadania, Brasília, v. 5, n. 1, p. 177-212., jan./jun. 2012.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giancomolli. 2ª ed. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2013.

_____. Fundamentos político-criminales del Derecho penal. (coord. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Hamurabi. Buenos Aires. 2008.

_____. Política criminal y sistema del derecho penal. 2ª ed. Buenos Aires, Hammurabi. 2006.

_____. Problemas básicos del Derecho Penal. Tradução Diego Manuel Luzón Peña. Editora Reus S.A. Madri. 1976.

RUNCIMAN, David. Como a Democracia chega ao fim. Tradução Sergio Flaksman. São Paulo. Todavia. 2018.

SÁ, Alvin August de. Criminologia clínica e psicologia criminal. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013.

SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade do risco. São Paulo. Quartier Latin. 2006.

SANTIAGO, Mir Puig. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Tradução Cláudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Sobre a Expansão Penal no Brasil. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, v. 6, n. 1, 2012. p. 77-114.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – parte geral. 5ª ed. Florianópolis. Conceito Editorial. 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade no Estado Democrático e Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, socialismo e democracia. tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo. Editora UNESP.

SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coord. Luís Greco. Marcial Pons. São Paulo. 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

_____. Reflexões sobre as políticas de drogas. In In SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas, uma nova perspectiva. São Paulo, IBCCRIM. 2014. 235-250.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. A face oculta da segurança pública. A força policial: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar, São Paulo, v. 55, n. 55, p. 19-46., jul./set. 2007.

SILVA SANCHES, Jesús-Maria. Aproximação ao direito penal contemporâneo. Trad. Roberto Barbosa Alves. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

SINHORETTO, Jacqueline. Os justiçadores e a justiça: linchamentos, costume e conflito. São Paulo. IBCCRIM. 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrinuevo. Direito penal: parte geral. 1ª ed. São Paulo. Atlas. 2019.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Direito penal de emergência. 2ª ed. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2017.

VARGA LLOSA, Mário. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução: Ivone Benedetti. 1ª ed. Rio de Janeiro. Objetiva. 2013.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. Science, [S.L.], v. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151. DOI: 10.1126/science.aap9559, 9 mar. 2018.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos [a onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015.

WILSON, James Q.. Thinking about crime. New York: Basic Books, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. A questão criminal. Tradução Sérgio Lamarão; 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2013. 1ª reimpressão, maço de 2015.

_____. Eugênio Raul. O inimigo do Direito Penal. (trad.). Sérgio Lamarão. 3ª ed. Edita Revan. Rio de Janeiro. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2011

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Segundo volume. Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2010.

ZAMIÁTIN, Ievguêni. Nós. Tradução Gabriela Soares. São Paulo. Aleph. 2017.

Estratégia nacional de Justiça e Segurança Pública. Relatório Nacional de Execução da Meta2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. 2012.

Rede Mundial de Computadores

<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/06/1895452-violencia-e-medo-insuflam-defesa-de-autoritarismo-no-brasil.shtml>, acesso em 22 de julho de 2018

<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/noticias-falsas-sobre-eleicoes-nos-eua-superam-noticias-reais.html> - acesso em 08 de janeiro de 2019

<https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/das-123-fake-news-encontradas-por-agencias-de-checagem-104-beneficiaram-bolsonaro/> - acesso em 08 de janeiro de 2019

<https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/pesquisa-mostra-que-84-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditam-no-kit-gay/> acesso em 05 de janeiro de 2019

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/90-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditaram-em-fake-news-diz-estudo.shtml> - acesso em 08 de janeiro de 2019

<https://exame.abril.com.br/brasil/senador-chileno-propoe-lei-bolsonaro-contrapoliticos-que-usam-fake-news/> - acesso em 08 de janeiro de 2019

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-07/fake-news-paises-europeus-combatem-o-problema-de-formas-distintas> - acesso em 08 de janeiro de 2019

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contr-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> - acesso em 10 de janeiro de 2019

<https://forbes.uol.com.br/negocios/2016/11/como-boatos-ajudaram-a-eleger-donald-trump-nos-eua/> - acesso em 08 de janeiro de 2019

<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43705839> - acesso em 05 de janeiro de 2018

<https://epoca.globo.com/quase-metade-da-populacao-acredita-em-noticias-falsas-23331540> - acesso em 05 de janeiro de 2018

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/3/16/brasil/29.html> - acesso em 04 de janeiro de 2019

<https://www.splcenter.org/news/2017/02/15/hate-groups-increase-second-consecutive-year-trump-electrifies-radical-right> - acesso em 12 de abril de 2019

<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes> - acesso em 19 de janeiro de 2019

<https://oglobo.globo.com/mundo/dez-declaracoes-polemicas-de-donald-trump-18564023> acesso em 10.06.2018

<https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u19699.shtml> acesso em 01 de fevereiro de 2019

<http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/primeiras-paginas/o-caccedilador-de-marajaacutes-8952245> - acesso em 01 de fevereiro de 2019

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1949719-bolsonaro-emprega-servidora-fantasma-que-vende-acai-em-angra.shtml> - acesso em 01 de fevereiro de 2019

<https://exame.abril.com.br/brasil/gabinete-atesta-frequencia-de-filha-de-queiroz-que-e-personal-trainer/> - acesso em 01 de fevereiro de 2019

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/powerpoint-dos-bolsonaros-entenda-a-relacao-da-familia-com-queiroz-e-as-milicias.shtml> acesso em 01 de fevereiro de 2019

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/01/19/interna_politica,731565/coaf-identifica-depositos-suspeitos-na-conta-de-flavio-bolsonaro.shtml - acesso em 01 de fevereiro de 2019

<https://veja.abril.com.br/mundo/trump-diz-nao-ter-certeza-sobre-caoa-de-mudanca-climatica/> - acesso em 03 de fevereiro de 2019.

<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=324> - acesso em 03 de fevereiro de 2019

<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/08/animais-diz-trump-sobre-imigrantes-acusados-de-crime-nos-eua.html> - acesso em 03 de fevereiro de 2019

<https://www.metropoles.com/saude/vacina-sim-ou-nao-grupos-contrarios-a-imunizacao-preocupam-medicos> - acesso em 17 de fevereiro de 2019.

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41261724> - acesso em 17 de fevereiro de 2019.

<https://veja.abril.com.br/economia/bancos-lucraram-8-vezes-mais-no-governo-de-lula-do-que-no-de-fhc/> - acesso em 24 de fevereiro de 2019

<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/12/brasil-e-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-infopen> - acesso em 16 de março de 2019

<https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3134789/aprovada-criminalizacao-do-bullying-e-perseguiacao> - acesso em 17 de março de 2019

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/04/16/pms-pegos-com-kit-flagrante-e-condenados-por-ligacao-com-pcc-sao-expulsos-outros-4-sao-retirados-da-corporacao.htm> - acesso em 26 de março de 2019

<http://www.justificando.com/2017/02/03/kit-flagrante-de-pms-sao-legitimados-pelo-nosso-sistema-de-justica/> - acesso em 26 de março de 2019

<https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoas-traffic-apenas-policiais-testemunhas> - acesso em 26 de março de 2019

<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/metade-brasileiros-concorda-tortura-criminosos-pesquisa> - acesso em 30 de março de 2019.

<https://anistia.org.br/imprensa/na-midia/letalidade-da-pm-e-escandalosa-diz-diretor-da-anistia-internacional-br/> - acesso em 04 de abril de 2019.

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/ordem-de-prisao-de-lula-e-a-mais-rapida-entre-reus-soltos-da-lava-jato.> - acesso em 04 de março de 2019.

<https://noticias.gospelmais.com.br/bancada-evangelica-acelera-projeto-contratacao-prostitutas-60009.html> - acesso em 04 de abril de 2019.

<https://epoca.globo.com/mp-do-rio-de-janeiro-mira-cheques-de-queiroz-para-michelle-bolsonaro-23668794> - acesso em 19 de maio de 2019

<https://oglobo.globo.com/brasil/jair-bolsonaro-defendeu-chefe-de-milicia-em-discurso-na-camara-23401641> - acesso em 24 de maio de 2019

<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/a-sombra-das-milicias-sobre-o-governo-bolsonaro,0e52c979cf8a5118bff3f84bc2a7cb13j7kywzy0.html> acesso em 24 de maio de 2019

<https://oglobo.globo.com/sociedade/apos-protestos-contras-cortes-na-educacao-bolsonaro-publica-video-de-pais-de-alunos-de-escola-particular-em-sua-defesa-23670711> - acesso em 24 de maio de 2019

<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,manifestantes-fazem-atos-contras-e-em-defesa-da-ditadura-militar-pelo-brasil,70002774764> – acesso em 26 de maio de 2019

<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/estudo-responsabiliza-site-de-opinioao-politica-e-mbl-por-espalhar-fake-news-sobre-marielle/> - acesso em 26 de maio de 2019

https://www.youtube.com/watch?v=YQB60Qnr_VE – acesso em 26 de maio de 2019

https://www.youtube.com/watch?v=oODfzPLE_m4 – acesso em 26 de maio de 2019

<https://www.youtube.com/watch?v=SR5giS2MSIc> – acesso em 26 de maio de 2019

<https://www.youtube.com/watch?v=DU8cbcgrzgU> – acesso e 26 de maio de 2019

<http://www.pf.gov.br/imprensa/grandes-operacoes> - acesso em 12 de junho de 2019

<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes> - acesso em 12 de junho de 2019

<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/> - acesso em 16 de junho de 2019