



UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SERGIPE

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE (UFS)
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA (POSGRAP)
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO (COPGD)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PRODIR)

CAMILLA PASSOS OLIVEIRA BARRETO

GARANTIA DA OPINIÃO PÚBLICA: UMA INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS PRISÕES
PREVENTIVAS

SÃO CRISTÓVÃO, SE

2019

CAMILLA PASSOS OLIVEIRA BARRETO

GARANTIA DA OPINIÃO PÚBLICA: UMA INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS PRISÕES
PREVENTIVAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Menezes

SÃO CRISTÓVÃO, SE

2019

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

B273g Barreto, Camilla Passos Oliveira
Garantia da opinião pública : uma influência da mídia nas prisões preventivas / Camilla Passos Oliveira Barreto ; orientador Carlos Alberto Menezes. – São Cristóvão, SE, 2019.
133 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2019.

1. Direito. 2. Ordem pública (Direito). 3. Garantia (Direito). 4. Prisão preventiva. 5. Opinião pública. 6. Mídia (Publicidade). I. Menezes, Carlos Alberto, orient. II. Título.

CDU 342.76:343.126

CAMILLA PASSOS OLIVEIRA BARRETO

GARANTIA DA OPINIÃO PÚBLICA: UMA INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS PRISÕES
PREVENTIVAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Menezes

Dissertação defendida em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Carlos Alberto Menezes

Orientador – Presidente – Universidade Federal de Sergipe

Professora Doutora Karyna Batista Sposato

1ª Examinadora – Membro interno – Universidade Federal de Sergipe

Professor Doutor Evânio José de Moura Santos

2º Examinador – Membro externo – Faculdade de Direito 8 de Julho

São Cristóvão, SE

2019

A Deus, epifania do meu ser.

A meus pais, forças motrizes da minha vida.

Aos irmãos e sobrinhos, pertinácias do meu eu.

Aos amigos, luzes afagadoras na minha solitude.

As grandes conquistas não são feitas por aqueles que se rendem às tendências, aos modismos passageiros e à opinião popular.

(Jack Kerouac)

A massa mantém a marca, a marca mantém a mídia e a mídia controla a massa.

(George Orwell)

A exageração sempre é inconveniente e má, ainda mesmo quando se emprega para um fim bom e moral.

(Joaquim Manuel de Macedo)

RESUMO

Este trabalho visa analisar de que maneira a ordem constitucional vigente é posta em xeque pelo requisito legal da garantia da ordem pública, tal como previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal, quando interpretações de magistrados aproximam-no da relação entre crime e a repercussão social que dele se projeta. Assim, busca-se demonstrar como ficam comprometidos o Judiciário, os direitos e as garantias constitucionais, a partir dessa aproximação entre a opinião pública e o requisito da ordem pública, quando dos decretos de prisões preventivas, principalmente, em casos midiáticos. O tema é relevante em razão do cenário de excessos por que passa o país. Sua formulação, em boa medida, fez uso do aporte teórico trazido pelo Garantismo proposto por Luigi Ferrajoli. O caminho utilizado para o desenvolvimento da pesquisa se deu a partir de um caso concreto, que demonstra a suscetibilidade da opinião pública e trabalha a ideia do ultraje coletivo causado pelo crime, a cultura punitivista e o poder de influência da mídia sobre a cabeça do indivíduo moderno. Soma-se a isso a inconsistência semântica do termo ordem pública, muitas vezes confundido com opinião pública, que acarreta prisões preventivas desnecessárias, desvirtuando a própria finalidade do Direito Penal na sociedade do risco, caminhando-se para um sistema de exceção. Com isso, atesta-se que o Poder Judiciário atrai as esperanças da sociedade para resolver o problema do crime e da impunidade, demonstrando a inidoneidade da prisão preventiva quando espetacularizada, já que culminaria numa subversão do ordenamento jurídico garantista, tornando inócuos os princípios processuais penais e constitucionais. Para tanto, o enfoque exploratório, o método qualitativo e hipotético-dedutivo foram escolhidos. Além disso, fez-se uso do procedimento bibliográfico e documental do início até a sua conclusão, para que, ao final, consiga-se alcançar avanço científico e aprofundamento acadêmico quanto à temática posta.

Palavras-chave: Garantia da ordem pública. Prisões preventivas. Opinião pública. Mídia. Garantismo.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing how the current constitutional order is challenged by the legal requirement of the guarantee of public order, as provided for in article 312 of the Code of Criminal Procedure, when interpretations of magistrates bring it closer to the relationship between crime and social repercussions projected from it. Therefore, it aims to demonstrate how compromised are the Judiciary, constitutional rights and guarantees, from this approximation between public opinion and the requirement of public order, when decrees of preventive detentions, mainly in mediated cases. The theme is relevant due to the scenario of excesses the country is going through. Its formulation, to a great extent, made use of the theoretical contribution brought by the “Guarantism” proposed by Luigi Ferrajoli. The path used to develop the research was based on a concrete case that demonstrates the susceptibility of public opinion and works on the idea of collective outrage caused by crime, punitive culture and the media’s power of influence on the modern individual’s mind. In addition, there is the semantic inconsistency of the term public order, often confused with public opinion, which leads to unnecessary detentions, distorting the very purpose of criminal law in the society of risk, and moving towards a system of exception. Consequently, it is confirmed that the Judiciary attracts the hopes of society to solve the problem of crime and impunity, demonstrating the inability of preventive detention when it is spectacular, since it would culminate in a subversion of the guarantist legal system, making innocuous criminal and constitutional procedural principles. Therefore, we chose the exploratory approach, and the qualitative and hypothetical-deductive methods. In addition, we used the bibliographic and documentary procedure from the beginning until its conclusion, so that, in the end, it is possible to achieve scientific advance and academic deepening about the topic proposed.

Keywords: The guarantee of public order. Preventive detentions. Public opinion. Media. Guarantee of Right to Trial.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A PRISÃO COMO DIVISORA DE OPINIÕES E O ULTRAJE COLETIVO	12
2.1	Repercussão Estadual: a prisão preventiva de “Valmir de Francisquinho” na “Operação Abate Final”.....	12
2.2	A formação da opinião do ecranista moderno.....	14
2.2.1	O ultraje coletivo causado pelo crime.....	18
2.3	Apelos pelo encarceramento cautelar, cultura do punitivismo e culpabilidade	20
2.3.1	Punitividade: conceituação necessária.....	25
2.4	Sociedade ecranista.....	27
2.4.1	Opinião pública: uma conceituação necessária.....	31
2.4.2	A influência da mídia na sociedade moderna.....	32
2.4.3	A (des)identidade entre os meios de comunicação e o povo.....	41
3	A INCONSISTÊNCIA SEMÂNTICA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANDO DA PRISÃO PREVENTIVA	45
3.1	A prisão preventiva: abstração do requisito da “garantia da ordem pública”	49
3.2	Prisão preventiva sem essência: a excepcionalidade excepcionada.....	57
3.3	O retorno ao Direito Penal do Inimigo através da sociedade do risco.....	63
3.4	O cenário sistêmico de exceção.....	71
3.4.1	Operações contra a corrupção no Brasil.....	75
4	O PODER “JUDICEROICO” E A INIDONEIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	82
4.1	Punição como denúncia e a mercantilização do crime.....	82
4.1.1	Espetacularização do direito penal e promoção da defesa social.....	85
4.1.2	A “pornografia do ultraje” e o dever do jornalismo.....	91
4.1.3	A mídia como instrumento de fiscalização social: o mal da corrupção.....	97
4.2	O Poder “Judiceroico”.....	99
4.3	A politização da opinião pública a partir do Judiciário.....	106
4.4	Garantismo às avessas: deturpações do sistema constitucional penal.....	108
4.4.1	Simulacros constitucionais.....	115

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
	REFERÊNCIAS.....	124

1 INTRODUÇÃO

A modernidade pode ser compreendida como um período da história no qual, mais do que em nenhum outro, o homem deu um salto para sua emancipação, superando estágios em que viveu a experiência da menoridade¹, da dependência, no interior de sociedades marcadas por práticas nada civilizadas aplicadas na solução de conflitos, que opunham interesses individuais e coletivos capazes de perturbar a paz social pelo cometimento do crime. Entretanto, alguns resquícios remotos de barbárie ainda apontam no cenário atual, quando se depara com apelos sociais que clamam por prisões, ainda que pendentes maiores investigações sobre a acusação. Esse contexto é agravado quando a mídia manipula os discursos, tornando a opinião suscetível aos seus mais diversos interesses.

Assim, e com o caótico sistema prisional do País, maior clamor por prisão preventiva acaba por preocupar a ótica conjuntural do seguinte problema: A ordem constitucional processual penal vigente é posta em xeque pelo requisito legal da garantia da ordem pública? Na busca por responder a esse problema, duas hipóteses devem ser confrontadas ao longo do trabalho: uma possível aproximação entre garantia da ordem pública e opinião pública comprometeria o Judiciário? Os ideais de Justiça e os princípios constitucionais postos seriam violados a ponto de a continuidade deste comportamento subverter a própria ordem constitucional processual penal vigente?

Sendo assim, a partir de variáveis concretas que representam o fenômeno que se quer descrever, escolheu-se um caso de repercussão estadual, que justifica a relevância do assunto. O estudo de caso trazido pela pesquisa como ponto de partida responderá às questões postas pelo presente trabalho, mostrando a suscetibilidade da opinião pública a partir da pessoa do acusado e do trabalho de influência da mídia. Nesse sentido, conseguir-se-á entender o porquê de certos fenômenos atuais sobre o crime e a espetacularização do direito penal, que são fomentadores de discursos de defesa social.

Partindo do cotidiano da justiça penal, percebe-se que o direito e o processo penal têm sido fontes de legitimação para discriminar, sendo utilizados para jogos políticos. E quando isso é trazido para o campo da prisão preventiva, o requisito legal da ordem pública, tendo por base a opinião pública, estaria sendo ferramenta para que sejam legitimadas decisões que passam por cima da própria legalidade e do sistema constitucional vigente. Observando-se as mudanças no campo de controle, traz-se a análise da teoria dos sistemas, de

¹ Para o melhor entendimento acerca do que seja menoridade e dependência, vide texto “Que é o Iluminismo”, escrito por I. Kant, em 1784. (KANT, 1784).

autopoiese e ingerências. A partir dessa influência entre mídia, massas, política e Judiciário, percebe-se uma nova cultura punitivista que suscitaria mudanças no código binário legal/ilegal, abordando-se, nesse ponto, as ideias de David Garland.

Sabendo da abstração semântica do termo “garantia da ordem pública”, em razão da ausência de delimitação, abrem-se espaços na lei para que haja a influência e a criação do Direito pela interpretação dos magistrados. Nesse trabalho, combatem-se os excessos da tendência aproximativa entre a ordem pública com a opinião pública e a repercussão social, o que colocaria em xeque garantias constitucionais penais, como a presunção da inocência, e até anteciparia a própria culpabilidade do acusado.

A partir dessa espetacularização ao redor das prisões preventivas, que alimenta uma (des)cultura punitivista e entrega direitos em troca de uma falsa ideia de segurança e de promoção da defesa social, conclusão outra não se chega que a da subversão do sistema de garantias penais, as quais funcionariam como simulacros, na concepção trazida por Jean Baudrillard. O sistema de garantias, sendo um conjunto de normas dentro da Constituição, não permite interpretações que se afastem do seu conteúdo nuclear, já que isso acabaria por renunciar o valor que cada signo linguístico carrega, tornando-se um sistema vazio, que caminha a passos largos para o Direito penal máximo numa sociedade do risco.

Por essa razão, tomando como premissa que o Direito é cultura, transforma-se, atende ou desatende a clamores sociais, às vezes retrocedendo, às vezes avançando, questiona-se quais seriam as garantias mínimas para que o indivíduo não fique vulnerável ao bel-prazer do detentor de jurisdição, principalmente, quando se tem um ordenamento jurídico e constitucional garantista. A Constituição, que deveria ser a barreira para discursos de “lei e ordem”, estaria sendo utilizada para o discurso do punitivismo e do controle de massas. Ainda mais, quando vem contando com o apoio do próprio Poder Judiciário, quando alguns intérpretes acabam por deturpar a teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli.

Em meio a isso, observa-se a falha do sistema jurídico normativo quando mantém o termo “garantia da ordem pública” sem delimitação semântica no artigo 312, do Código de Processo Penal. Esse cenário impossibilita os magistrados de seguirem a lei restritivamente, abrindo espaço para interpretações que, muitas vezes, fogem dos limites. Considerando a excepcionalidade da prisão preventiva, percebe-se uma utilização alargada desse requisito legal indeterminado para fundamentar mais prisões, sob a guarida da defesa social.

O cenário se agrava quando se tenta aproximar a garantia da ordem com a própria opinião pública. Numa tentativa de dar respostas à sociedade inflamada pelo sensacionalismo midiático em casos de repercussão, os magistrados acabam atraindo a admiração social digna

de holofotes. Ocorre que, a presunção da inocência e a legalidade, garantias fundamentais primárias do acusado, o qual ainda não tem pena definitiva, são deixadas completamente de lado ao se fazer da opinião pública a base fundamentadora de uma prisão cautelar.

Esses casos acabam por repetir erros que o passado já registrou, como se o direito penal não estivesse numa linha de evolução, quando a preocupação maior se dá em atender ao fetichismo do encarceramento, sob o ilusório discurso de combate à impunidade e a imaginária promessa de defesa social. Esse discurso rigoroso leva invariavelmente à deformação do ordenamento jurídico e a um Estado penal que descumpra a legalidade em sua função preventiva e punitiva, gerando insegurança jurídica e violando direitos básicos.

A Constituição elevou a patamar de importância, inclusive, pessoas esquecidas pela sociedade, como minorias, vulneráveis e os presos. Assim, observa-se no corpo formal do texto constitucional, com força normativa e dita aplicabilidade imediata, o tão conhecido artigo 5º, que positiva o direito à liberdade, não só aquela relacionada à locomoção, mas também as liberdades de expressão, de manifestação, de consciência, da atividade de comunicação, entre outras, traduzindo-se num sem-número de direitos que pertencem a esferas diferentes, as quais necessitam dividir um mesmo espaço de maneira harmônica.

A relevância desse trabalho se dá por se defender que a persecução penal só se faz eficiente quando são respeitadas as garantias básicas do indivíduo e a Constituição. Concorda-se que investigar e punir agentes públicos acusados de se utilizarem da máquina estatal com interesses ilícitos é de fundamental importância para a manutenção da estabilidade democrática. Porém, o que não se admite é que em processos de grande repercussão, essas garantias individuais sejam flexibilizadas através da interpretação de textos processuais penais dissociada do contexto constitucional em que estão inseridos. É inconcebível também que esse fenômeno tenha o apoio de meios de comunicação, que divulgam aquilo que lhes é lucrativo no momento, por quem lhes estiver alimentando de informações.

Dessa maneira, não se faz crível no atual estágio da sociedade brasileira, que a legislação infraconstitucional esteja sendo interpretada com o completo abandono das garantias e direitos insculpidos na Carta Magna. Tudo isso só reforça o juridicionalismo de exceção, que sufraga direitos, cerceia liberdades, sob os auspícios dos anseios morais populistas. Em que pese a relevância da Constituição no ordenamento jurídico como norma suprema da nação, garantidora dos direitos fundamentais do indivíduo, estaria sendo ela suficiente para salvaguardar o sistema de garantias do Estado Democrático de Direito no Brasil, tendo em vista o cenário nacional em que se instala o Estado Penal em detrimento do Estado Social? Para isso, faz-se necessária a análise do caminho percorrido por essa pesquisa.

2 A PRISÃO COMO DIVISORA DE OPINIÕES E O ULTRAJE COLETIVO

Num contexto como o vivido por esse país, em que há uma crise de representatividade parlamentar, a apresentação de um Judiciário forte em defesa do povo é, para alguns, a saída que legitima algumas decisões arbitrárias. A partir da análise do caso de repercussão local, que foi a prisão preventiva de Valmir dos Santos Costa, o conhecido Valmir de Francisquinho, até então prefeito do município de Itabaiana, SE, que teve como fundamento a garantia da ordem pública e, ainda, tomando como parâmetro o cenário nacional de operações de combate à corrupção, será analisada a suscetibilidade da opinião pública e sua relação com a mídia, para, ao final, demonstrar a abstração do requisito legal em estudo, quando toma por base a repercussão social, subvertendo toda uma ordem legal e constitucional vigentes.

2.1 Repercussão Estadual: a prisão preventiva de “Valmir de Francisquinho” na “Operação Abate Final”

A gestão do então prefeito da cidade de Itabaiana/SE, Valmir dos Santos Costa ou “Valmir de Francisquinho”, ficou conhecida publicamente pela realização de obras e por muitas modernizações no Município, com a criação de empregos, a pavimentação de ruas, o pagamento em dias aos servidores, tudo sempre contando com a divulgação através da mídia, a qual veiculava todos os feitos do prefeito, que além de afirmar a cada entrevista a competência de sua gestão, contava cada vez mais com o apoio e afeição do povo, sendo considerado o melhor prefeito da história recente do Estado de Sergipe (ITABAIANA, 2015).

Toda a propaganda e o que passava como transparência de sua gestão acabaram aproximando-o do povo de maneira positiva. Entretanto, notícias de corrupção no Matadouro Público Municipal acabaram por deflagrar, em julho de 2018, a “Operação Abate Final”, que investigava desvios de milhões de reais por ano. Num contexto nacional de combate à corrupção, o Estado de Sergipe não poderia ficar de fora ao denunciar um mal endêmico que corrói os cofres públicos e causa sérios danos à sociedade brasileira.

Assim, a “Operação Abate Final” foi comandada pelos setores especiais (de combate à corrupção) da Polícia Civil e Ministério Público do Estado de Sergipe. As investigações ocorridas apontavam o então prefeito como suspeito de comandar uma associação criminosa que, junto com os auxiliares, arrecadavam tributos ou taxas de maneira excessiva, ou seja, com a cobrança de valores acima do limite legal, os quais não eram repassados aos cofres

públicos. Sendo assim, sob a acusação do crime de excesso de exação, associação criminosa, lavagem de dinheiro, por dar destinação diversa a dinheiro público, houve a representação por parte da autoridade policial pela prisão preventiva do citado prefeito, que acabou ocorrendo no dia 07/11/2018.

Apesar de ter condições pessoais favoráveis, a preventiva foi decretada com o argumento da garantia da ordem pública, sob a fundamentação de que a prisão se fazia necessária para impedir a reiteração dos delitos supostamente praticados pelo acusado, haja vista a sua forte influência no município. Nesse sentido, o Prefeito investigado permaneceu preso por quinze dias. Enquanto a população de Itabaiana mostrava-se contrária à prisão, houve movimentações para reabertura do Matadouro, que fechou as portas um dia após a prisão, e a mídia então não parava de veicular notícias a respeito do caso².

Com a revogação da prisão preventiva dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE), através do voto do desembargador Diógenes Barreto, parte da população o recebeu aos aplausos e carreatas. Assim, em um movimento contrário ao que vem acontecendo com a Operação Lava Jato, a nível nacional, por exemplo, em que a população clama por prisões, ainda que cautelares, no Estado de Sergipe, a população queria a soltura do gestor público acusado de corrupção³, havendo comemoração, carreata e até a recepção calorosa da população itabaianense.

A partir desse caso local e analisando o contexto nacional de combate à corrupção, percebe-se que a prisão consegue causar a polarização da sociedade, que ora clama por soltura, ora clama por encarceramentos. A divisão de opiniões a respeito do tema é de suma importância uma vez que demonstra a suscetibilidade das massas, ainda que esteja em discussão o mesmo assunto: prisão por corrupção.

Como se pode observar, a mídia exerce um importante papel na veiculação de informações na sociedade, sendo um meio acessível e democrático, ainda mais com o advento da *Internet* e a explosão de redes sociais informativas. Assim, as ferramentas utilizadas para divulgar informações acabam por formar opiniões. Numa sociedade que vive sob comandos de rapidez e eficiência, a informação também foi processada e acabou se tornando mercadoria de consumo para uma indústria de produção de notícias em larga escala.

A forma como a mídia expõe o seu produto acaba por direcionar os seus consumidores, tendo em vista que dá ou tira a atenção sobre determinado assunto ou pessoa,

² Numa consulta rápida na *Internet* é possível encontrar dezenas de veículos de informação diferentes fazendo a cobertura do caso. (PRISÃO DO PREFEITO DE ITABAIANA SERGIPE, 2018).

³ A afeição do povo ao prefeito estava demonstrada na opinião pública veiculada pela própria mídia, de que a decisão de prisão preventiva havia sido arbitrária, ocorrendo até corrente de orações para a soltura do acusado, como se pode observar no vídeo disponível em Valmir..., (2018).

de maneira a criar uma familiaridade ou antipatia completa entre público e o que é noticiado. A partir disso, no cenário do espetáculo que tudo dramatiza, o crime ganhou um espaço de destaque, em razão da audiência que causa, formando ainda mais opinadores “jurídicos”.

Não foi diferente com o tema da prisão preventiva, que é decretada ainda no curso das investigações, principalmente no contexto em que está inserida a sociedade brasileira, com a maior midiática de casos envolvendo corrupção, um mal que se quer expurgar de qualquer forma e a todo custo, dependendo apenas de quem seja o acusado, como foi visto no caso trazido nesse trabalho. É a respeito da suscetibilidade da opinião pública que se faz necessário analisar a construção do conhecimento e a formação da opinião do ser humano individualmente considerado, para que, só então, seja conceituado e demonstrado o caráter da opinião considerada coletivamente.

2.2 A formação da opinião do ecranista moderno

Com a evolução do ser humano através dos tempos, a robustez da sua racionalidade e as mudanças culturais das sociedades modernas, fica difícil compreender o porquê de assunto como a prisão causar a polarização social. Enquanto alguns torcem pela liberdade das pessoas, outros possuem ideais punitivistas. O discurso das massas advém da construção individual de cada ser, devendo ser analisado a partir dos avanços alcançados pela humanidade ao longo dos séculos.

Em que pese o caso de repercussão local trazido no presente estudo tenha demonstrado um apelo pela soltura de um indivíduo que supostamente cometeu crimes, essa não é a regra nos discursos envolvendo a prisão de acusados de corrupção no Brasil. Basta ter em mente os casos de prisões dos investigados da Operação Lava Jato, a nível nacional, que vem ocorrendo desde o ano de 2014. O brado por encarceramentos e punições que se projeta dali ainda é forte e ressoa tanto na fase de investigação, como na de juízo, pouco importando se a solução corresponda a práticas, seja de justiça, seja de justiça a qualquer custo. Isso talvez seja suficiente para indicar que o homem ainda mantém acesos alguns de seus instintos mais primitivos.

Foi exatamente nesse sentido que pensou Beccaria (2012, p. 91): “o barbarismo e a ferocidade de nossos ancestrais, os caçadores do norte, ainda subsistem entre o povo em nossos costumes e nossas leis, que sempre estão vários anos atrás do presente refinamento da nação.” Foi em busca desse refinamento da sociedade que muito se construiu sobre a esfera do

conhecimento. Tecnologias foram buscadas, informações foram propagadas, enfim, criou-se com a modernidade um campo fértil para a racionalidade humana.⁴

Analisar o *homo sapiens* e a construção de sua racionalidade faz-se necessário para a compreensão crítica do que se pretende trabalhar neste estudo. Assim, é de grande valia repensar conceitos filosóficos humanos sobre a construção do pensamento, a fim de que seja alcançado o fim ao qual se propõe. Dessa maneira, é a partir da construção individual do conhecimento, que cada ser em si considerado consolida a sua racionalidade para emitir opiniões sobre os fatos que acontecem ao seu redor.

Assim, Karl Popper estabeleceu a construção do conhecimento objetivo a partir do que chamou de primeiro, segundo e terceiro mundos que se inter-relacionam. Resumidamente, o primeiro mundo seria o que se consegue sentir, através dos órgãos sensitivos, ao que chamou de “sensível” e o terceiro mundo seria o que se apreende do que se consegue sentir, ou seja, a ideia criada a partir do objeto sensível, ao que chamou de “inteligível”. O segundo mundo ajudaria na compreensão dos objetos possíveis do terceiro mundo para que se relacionassem com o primeiro mundo, ou seja, uma compreensão sobre o inteligível traria melhor apreensão sobre os objetos materiais (POPPER, 1975, p. 151-153).

Em outras palavras, como o ser humano consegue ver um objeto material, no sentido literal, e apreender, no sentido imaginário, metafísico, diz-se que a mente humana consegue estabelecer relações entre o primeiro (estado material) e terceiro (estado ideal) mundo. O segundo mundo, pois, seria o que Popper chamou de elo indireto entre o visível e o inteligível. Assim, afirma que muito do que é visto talvez não seja depreendido ou compreendido; por isso a influência do terceiro mundo e das ideias subjetivas. Desta maneira se sustentariam o mundo subjetivo mental de experiências pessoais e a inter-relação entre primeiro e terceiro mundos. Assim os Estoicos também viam os três mundos: plano material (1º), plano subjetivo, interno (2º) e o plano de conflito de ideias, transmissão de informações, do conteúdo lógico objetivo (3º) (POPPER, 1975, p. 153).

Nesse contexto, o ato de comunicar-se ou expressar-se se adequaria mais ao segundo mundo, enquanto que ditar julgamentos ou asserções declarativas faria parte do linguajar do terceiro mundo. Popper traz aqui que o terceiro mundo tem algo de divino para as ideias platônicas de que a verdade eterna já existiria antes do homem, seria duradoura e, por isso, não inventada por ele. Já outros, entretanto, como Locke, que apenas acreditavam nos dois

⁴ Nas palavras de Beccaria (2012, p. 110): “Os séculos de ignorância, nos quais a moral pública prega que os homens obedeçam à moral privada, servem de aprendizado e experiência para os séculos esclarecidos”. Ao menos, deveriam servir, para que não se repetissem erros já cometidos no passado.

mundos, dispensando a existência do terceiro, afirmavam que a razão da linguagem vem do homem (POPPER, 1975, p. 154-157).

Inovando, Popper não se filiou nem a um, nem a outro grupo, mas afirmou que o terceiro mundo pode ser concebido autonomamente (problemas que surgem inesperadamente da explicação de teorias – seu estado ontológico) e, ao mesmo tempo, se originaria de atividades humanas. Afirma que a linguagem humana, grande componente do terceiro mundo, seria um “produto não planejado das ações humanas”. Produto este que se torna campo de obra original e criativa, pois sempre surgirão problemas novos e, por vezes, sem solução (POPPER, 1975, p. 160-161).

Pela ótica do pensamento popperiano, percebe-se que a compreensão dos objetos pertencentes ao terceiro mundo é que se constituiria o maior desafio da humanidade, não pertencendo os objetos compreensíveis ao segundo mundo e não devendo ser analisados sob o enfoque meramente psicológico, subjetivo. Finalmente conclui com três teses: o ato subjetivo da compreensão está inter-relacionado com o terceiro mundo, de forma inclusive operativa com objetos deste como se fossem materiais. Ou seja, o conhecimento vem de proposições/teorias (3º mundo) e sua relação com os argumentos (2º mundo) e os próprios objetos conhecidos (1º mundo).

Dessa maneira, um problema posto levaria a uma atividade empírica ou de primeira interpretação, a qual, após um severo exame crítico, traria uma análise de evidências, de outras teorias ou de eliminação do erro, levando a uma solução, a um segundo problema crítico ou a um subproblema. Essa relação entre um problema e a sua solução é uma relação lógica e, portanto, uma relação objetiva do terceiro mundo.

A atividade de compreender decorre da análise do inteligível, dos objetos possíveis do terceiro mundo. As ações e a história, por exemplo, podem ser assim explicadas como sendo soluções de problemas. Os erros são o combustível do crescimento do conhecimento, não devendo ser evitados, uma vez que se deve aprender com eles.

Tendo em vista a epistemologia e a análise do racional, percebe-se que o ser humano deve se utilizar sempre do raciocínio crítico diante de situações complexas, independente de sua responsabilidade a respeito dos casos. Ou seja, deve pensar. Cumprir com sua função essencial enquanto ser dotado de criticidade. Principalmente, quando esse pensar é reflexo de se enxergar no outro, igual por natureza.

Visto isso, é notório que a busca pelo conhecimento se faz peremptória por parte de todos. Fugir do senso comum requer sabedoria e criticidade, questionando-se as verdades supostas trazidas por meios alheios. A expressão humana, como prova máxima de seu lugar

no mundo, deve ser feita de maneira refletida e racional, demonstrando a evolução e o caminhar do ser humano moderno que erra, aprende com os erros e os supera.

Essa análise racional do ser aponta para uma crescente evolutiva, que apesar de considerar os subjetivismos, pondera-os. E essa ponderação de valores e considerações racionais a respeito dos acontecimentos deve prevalecer dentre todos os componentes da sociedade, sejam aqueles investidos de autoridade ou poder, sejam os cidadãos comuns do povo, uns para com os outros, enquanto ser humano individual ou coletivamente considerado.

É por acreditar numa sociedade crítica e racional, que se questiona o porquê de alguns assuntos despertarem instintos cruéis que ainda persistem no âmago das pessoas, sendo resquícios dos tempos em que os pensamentos humanos eram mais sombrios, tal como formulou Beccaria. A opinião formada individualmente por cada ser racional, quando coletivamente considerada, reveste-se de força, principalmente, quando se torna um discurso dominante e majoritário. E essa força, caso apoiada em pensamentos não tão críticos ou benevolentes, pode ser extremamente perigosa.

Pensando de uma forma bem simplista, a opinião coletivamente considerada poderia ser definida como um posicionamento conjunto, seja quantitativamente pela maioria, seja pela parte dos indivíduos de uma comunidade que se fizer mais participativa, ou que possua mais influência, a respeito de assuntos controvertidos (PEREIRA, 2012).

Com a chegada dos meios de comunicação de massa, alterou-se a vida e a opinião considerada coletivamente, percebeu-se que a sociedade tornou-se ciente de fatos que outrora sequer tinha acesso. As pessoas começaram a opinar sobre diferentes assuntos. Essa influência da mídia na vida social culminou em alterações culturais. Basicamente, o ser humano passou a enxergar os fatos divulgados através da imprensa escrita, rádios e, após, através de telas (ecrãs) da televisão, do computador ou mesmo dos aparelhos de *touch screen* (ecrã tátil, tela sensível ao toque – por exemplo, *smartphones* ou celulares inteligentes, *tablets* ou monitores portáteis, *laptops* ou computadores móveis etc.), acompanhando notícias em tempo real.

O indivíduo se tornou ecranista, a audiência aumentou quando se passou a dar maior destaque a um fato social que sempre causou um ultraje coletivo: o crime e, conseqüentemente, a sanção aplicada a este. E, em se tratando de crime, pergunta-se qual o seu conceito? Dificilmente esse conceito será unânime, dependendo de a quem atingir. Por isso, faz-se necessária uma sutil abordagem a respeito do assunto.

2.2.1 O ultraje coletivo causado pelo crime

Para o termo “crime”, a conceituação dada pela população em geral certamente destoa do conceito jurídico repleto de aspectos legais e doutrinários. Como bem afirma Carlos Alberto Menezes (2014, p.111): “a opinio communi percebe o significado de crime nos termos de uma leitura muito simples, vaga, superficial. Seu horizonte consiste em saber que se trata de um fenômeno do mundo real e que sua realização é proibida.”.

Para este autor, essa questão tratada de maneira tão simplista advém da seguinte ideia: “o homem comum quando se comunica emite opiniões, crenças, impressões, e, sob esse aspecto, é dotado de um nível de conhecimento que não tem a pretensão de reivindicar para si a posição de um saber que se distingue pelo rigor de suas observações.” (MENEZES, 2014, p.111).

De fato, o crime para o público em geral acarreta comoção e ultraje. É algo que não se pode permitir, devendo ser rechaçado a qualquer custo. A ideia da coletividade a respeito do criminoso perpassa o caminho dos sentimentos, ou seja, do sensível, muitas vezes perdendo o caminho da racionalidade, não alcança o elo do segundo e terceiro mundos, ou seja, não passam da emoção para a razão, compreensão e apreensão que requer o assunto.

O Direito Penal envolve uma atividade humana à qual se atribui a classificação de fato delituoso. E pensando esse ramo do direito, pensa-se no autor dessa infração e, conseqüentemente, na forma jurídica de resposta a essa conduta, ou seja, pensa-se em uma pena ou medida de segurança. (TOLEDO, 2000, p. 1). O sistema penal, pois, envolve uma realidade histórico-cultural de dada sociedade, refletindo suas virtudes e desacertos (TOLEDO, 2000, p. 248). Sendo assim, o pleito por punição é algo que remonta aos instintos mais intrínsecos do ser humano, seja por tentar infligir medo no outro faltoso ou por uma sensação de poder do infligidor.

Nesse sentido, percebe-se que o Direito Penal remonta originariamente a aspectos de intimidação, que revelam sentimentos de dor e sofrimento ao homem. É verificável naturalmente que o ser humano não recebe com afeição esses sentimentos. Desde seu ser mais primitivo, procurava-se “intimidar seus membros para que não realizassem fatos que pusessem em risco a paz e a ordem mediante a ameaça de infligência de uma dor, ou de um sofrimento, ao eventual agente desses mesmos fatos.” (TOLEDO, 2000, p. 217).

Antes mesmo do caráter retributivo do sistema penal, faz-se claro esse intuito preventivo. Ou seja, busca-se com a punição uma prevenção para novos crimes, através do medo, intimidação, quando estipula penas às condutas vedadas em lei, ou mesmo através da

sensação de ética das pessoas, trabalhando numa perspectiva de prevenção geral⁵, uma vez que àquelas condutas tipificadas como crimes atrela-se a ideia de comportamento proibido. (TOLEDO, 1994, p. 3).

Sendo assim, pensa o público, para aquele que viola as regras postas de uma dada sociedade deverá haver a devida reprimenda imposta pelo Estado. Há uma verdadeira espera pelo castigo daqueles que infringem a lei. A relação causa e consequência dos atos humanos é delimitada pelas regulamentações daquela comunidade. Dessa maneira, havendo um ordenamento que estipule regras de convivência, cabe ao indivíduo obedecê-las ou pagar o preço de sua violação. Para tanto, as sanções são também estipuladas constando como consequências necessárias a serem aplicadas aos transgressores da ordem social.

E, a respeito dos crimes, cada pessoa tem a sua opinião, bem como a respeito das penas que lhes são impostas. É comum ao comportamento humano julgar o outro. O que se visa com a evolução da sociedade é que esse julgamento seja racional, tomando por base o engrandecimento de cada ser, para que veja a si mesmo no outro e, a partir daí, não se faça um julgamento por valores que carrega internamente, mas que seja dada a resposta adequada ao indivíduo de acordo com os atos praticados na comunidade.

É nessa perspectiva de evolução do homem moderno que Beccaria (2012, p. 125) enaltece que “conforme as mentes dos homens tornam-se abrandadas pelas relações da sociedade, a severidade das penas deve ser diminuída se o desejo é de que as necessárias relações entre os objetos e as sensações sejam mantidas.” E continua: “Que a pena não seja um ato de violência de um ou de muitos contra um membro da sociedade. Ela deve ser pública, imediata e necessária, a menor possível para o caso, proporcional ao crime e determinada pelas leis.” (BECCARIA, 2012, p. 125).

Completando esse pensamento, as sanções passam a ser tirânicas quando não advêm de uma necessidade absoluta. Ademais, não só as sanções, mas “todos os atos de autoridade de um homem sobre outro, que não derivem de absoluta necessidade, são tirânicos.” (BECCARIA, 2012, p.13). Nesse contexto, confirma-se que o Direito Penal e suas sanções são necessários à manutenção da vida em sociedade, sendo mecanismo legítimo para salvaguardar a harmonia social. Entretanto, não se deve atribuir ao Direito Penal todas as

⁵ Para Francisco de Assis Toledo (2000, p. 218) essa ideia de intimidação e prevenção geral só seria concebível se acompanhada da noção de inevitabilidade, ou seja, o quão evitável é o fato que se pretende punir, pois só seria útil a ideia de prevenção de fatos cuja faculdade de cometimento pertence ao agente. Em suas próprias palavras: “só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça de pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar fatos indesejáveis, nocivos ao semelhante [...] quando tais fatos indesejáveis são evitáveis, ou [...] quando esteja na esfera do indivíduo fazer ou não fazer o que se quer evitar por meio da ameaça referida.”

expectativas para solução dos problemas comunitários. Dessa maneira, o caráter preventivo geral da reprimenda não deve ser supervalorizado ou mesmo utilizado de maneira arbitrária.

Isso porque “o crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais.” (TOLEDO, 1994, p. 5). Dessa forma, são muitos os que erram ao clamarem por prisões, como solução para a crescente criminalidade, transformando o direito penal em uma “panaceia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.” (TOLEDO, 1994, p. 5).

Tendo em vista a evolução do homem, de seus pensamentos, raciocínios e construção do conhecimento na formação da opinião individual, e a construção de ideias coletivamente sobre assuntos diversos que chegaram ao conhecimento da humanidade através da mídia, faz-se importante analisar isoladamente cada uma das seguintes variáveis: os clamores por prisões e a cultura punitivista; a punitividade e a própria sociedade ecranista.

2.3 Apelos pelo encarceramento cautelar, cultura do punitivismo e culpabilidade

Apesar da linha evolutiva do homem em sociedade, com todas as contribuições trazidas pelos pensadores da modernidade, coloca-se em pauta um sentimento ainda selvagem que convive no interior dos seres humanos: o desejo por punição. Ver o sofrimento alheio, ao que parece, suscita desde prazeres a horrores, dependendo de quem o sente. É, de fato, assunto que foge à racionalidade humana, uma vez que mexe com conexões neurais sensitivas. Sai de cena o *homo* racional, entra em cena o *homo* emocional.

E, para conter esse movimento de paixões e emoções, são estabelecidas regras mínimas para convivência harmônica em sociedade, garantindo-se medidas que visem à proteção de determinados bens. Para Ortega e Gasset (*apud* TOLEDO, 1994, p. 16):

Antes que vejamos o que nos rodeia somos um feixe original de apetites, de afãs e de ilusões. Viemos ao mundo dotados de um sistema de preferências e desdêns, mais ou menos coincidentes com o do próximo, que cada qual leva dentro de si armado e pronto a disparar contra ou a favor de cada coisa; uma bateria de simpatias e repulsões.

É nesse contexto de emoções do ser, que encontra lastro o discurso odioso e utilitarista em prol do sofrimento alheio. Isso, quando é fomentado na sociedade de um País, no tocante aos aspectos que envolvem a criminalidade, traz à baila o temido Direito Penal de Resultados. Neste, doutrina, jurisprudência e a própria lei são destroçadas em frações de segundos, bastando, para tanto uma manchete que desperte os fetiches e sadismo pelo

encarceramento, alimentando discursos massivos atroz, ainda que isso custe os estudos e teorias construídos por estudiosos ao longo de muitos anos.

Nesse sentido, do Direito Penal do Resultado⁶ advém a ideia de responsabilidade objetiva pelos fatos e a lesão que decorre daí, não havendo de nenhum modo o exame da esfera interna ou anímica do indivíduo. Ou seja, encontrava-se o responsável pelo fato e a ele, independente de sua culpabilidade, era atribuída a punição. Percebe-se que não se sustentou essa visão sobre o Direito Penal, por ir de encontro a todas as garantias conquistadas pela humanidade, que mais adiante será explicado.

Outra visão sobre o crime que é rejeitada pelo Direito Penal Moderno é aquela que coloca como centro de valoração do crime, não o fato, mas o autor. Isso abre espaço para a criação daquilo que passou a ser conhecido como Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht). A essa forma atribui-se maior importância ao agente do que ao fato delituoso, cujos tipos tinham caráter de fatores criminológicos do autor. Percebe-se a evolução do Direito Penal vigente, quando as conquistas⁷ nesse setor culminaram no Direito Penal garantista moderno, cujos tipos elencam condutas proibidas, importando assim o fato delituoso e não o agente. (TOLEDO, 2000, p. 235-236).

Em boa medida, para alguns pensadores da dogmática jurídico-penal, adaptar conceitos básicos do Direito Penal às necessidades político-criminais de uma dada sociedade é ressaltar o seu caráter funcionalista. Neste, o ramo penal é um subsistema de imputação contido no sistema social global de Direito, cujo equilíbrio só se dá com o restabelecimento da sanção penal do infrator do subsistema, para que seja robustecida a confiança dos demais cidadãos seguidores sistema global do direito. (MUÑOZ CONDE, 2012, p. 23).

Para melhor compreensão, diz-se a dogmática jurídico-penal como sendo um sistema normativo de imputação da responsabilidade penal e a política criminal como uma consequência, ou seja, os efeitos sociais causados pelo Direito Penal. (MUÑOZ CONDE, 2012, p. 24).

Em que pese a divergência sobre os que veem o Direito Penal como do Autor ou do Fato, percebe-se que tanto uma como outra corrente possuem razões de ser diferentemente fundamentadas. Não se deve, pois, generalizar ou atribuir o caráter de acerto ou erro em tais

⁶ Explicando essa doutrina, cujo maior difusor foi Jackobs, para quem o inimigo era uma “não-pessoa”: “A responsabilidade era considerada objetivamente. Só interessava o fato exterior danoso. Desconsiderava-se a existência de alguma ligação, além da simples causalidade física, entre o fato causado e o agente. O direito penal era, então, um puro direito penal do resultado. A responsabilidade era objetiva” (TOLEDO, 2000, p. 218).

⁷ Tais conquistas se deram a duras penas, quando da desvinculação do direito penal de qualquer outro propósito político ou religioso imediatista.

teorias, o que compete afirmar é qual destas se coaduna com o sistema penal vigente em cada civilização. Em se tratando de um Direito Penal Moderno, garantista e democrático como o brasileiro, opõe-se completamente a visão de Direito Penal do Inimigo.

Com relação a este, o Estado diante de alguns sujeitos que gravosa e reiteradamente violam as normas básicas de dada sociedade, deve tê-los como uma ameaça, agindo de forma muito mais contundente no restabelecimento da confiança no Direito e no próprio sistema de maneira efetiva para que se garanta uma “segurança cognitiva”. Dessa maneira, não é preocupação primeira garantir a segurança e confiança normativa. (MUÑOZ CONDE, 2012, p. 25).

É nesse sistema do Direito Penal do Inimigo, segundo Jackobs, que o Estado se utilizaria de penas desproporcionais e draconianas, tipificando e penalizando condutas inócuas em si mesmas ou que não representariam perigo para o bem jurídico, chegando até a eliminar ou reduzir certas garantias e direitos do imputado no processo penal para aquém do mínimo. (MUÑOZ CONDE, 2012, p. 25).

Apesar disso, não se pode generalizadamente atribuir à doutrina do direito penal do inimigo (Jackobs, Von Liszt, Lombroso etc.) ou a outras que deem maior relevo ao agente criminoso o caráter totalitário ou o viés ideológico. (TOLEDO, 2000, p. 236). Apenas é válido lembrar que tal ótica não encontra guarida no ordenamento que tipifica seus delitos através, em sua grande maioria, de condutas proibidas, ou seja, atos praticados contrários à ordem posta.

Assim, não se concebe a ideia de uma sociedade que visa punir pessoas em si consideradas ao invés dos atos por elas praticados. Aqueles que visam combater a criminalidade com apelos, ora por leis mais severas, ora por prisões mal justificadas, acabam por desconsiderar a complexidade do crime como um fenômeno multifacetado. A rigor, esse discurso tem baixa racionalidade, além de ser tedioso e contraproducente. É tedioso por conta de seu caráter repetitivo e é contraproducente, tendo em vista que, muitas vezes, as leis severas que postulam, bem como as prisões que de qualquer modo reivindicam, passam a funcionar como meio de opressão ou fator criminógeno, ou como verdadeiro direito penal do inimigo.

Apesar do exposto, percebe-se que “esse é um mal que vem de longe, tendo sido identificado por Radbruch e Gwinner na Idade Média”: criminosos passaram a ser o núcleo central da criminalidade.⁸ (TOLEDO, 2000, p. 5). Assim, há ainda na sociedade resquícios da

⁸ Livre tradução do seguinte trecho: “*Los proscritos llegaron a ser El núcleo central de la criminalidad profesional. Ya en los comienzos de la criminalidad profesional existía un Derecho Penal equivocado,*

análise do direito penal do autor, ainda que o sistema penal e o ordenamento jurídico vigentes tragam aspectos sobre a culpabilidade do indivíduo e sua responsabilidade subjetiva sobre o fato criminoso que comete, que remonta às raízes mais primitivas dos seres humanos. Clamar por leis duras ou prisões são formas de ativar esses instintos punitivos e inflamar a opinião pública com foco na análise do criminoso e não sobre o ato praticado.

Continuando, percebe-se que não se trata de querer desvirtuar a finalidade da pena, transformando-a em um mero castigo, que atormenta um ser humano, nem tampouco de desfazer um crime que já foi realizado. Ao revés. “É possível que os tormentos e as crueldades inúteis sejam apenas um instrumento do fanatismo pelo encarceramento.” (BECCARIA, 2012, p. 36-37).

Inúmeros teóricos da criminologia se debruçaram por anos para a elaboração de suas teses a respeito do que seria o crime. Se um fato social, como reflexo da conduta humana em sociedade ou se um fato biopsicológico, que condicionava pessoas rotuladas de criminosos desde o seu nascimento⁹. Vistas as discussões acima, tem se percebido outra forma de enxergar o delito na sociedade. Apesar do passar dos anos e das gerações, o crime deixou de ser exclusivamente considerado como uma violação à lei penal, mas passou a ser um fato espetacularizado, rentável e midiático, trazendo consequências ainda mais desastrosas.

Nesse fenômeno, o que formaria o criminoso não seria mais o fato praticado (conduta), a sua culpabilidade ou o seu caráter, mas sim o quanto os meios de comunicação o expõem ou não. Essa exposição de um criminoso é como se colocar em um palco para apreciação do público. Fatalmente ocorrerão duas reações: vaias ou aplausos. Ou seja, haverá o juízo de valor de uma coletividade contra uma pessoa sobre a qual pesa uma acusação.

Ainda que em andamento, o fato de ser acusado de um crime traz, para alguns, a ideia geral de culpabilidade. Mesmo não apurados os fatos em sua totalidade, muitos chegam a crer que por estar sendo acusado, o indivíduo deve merecer uma punição, sendo precocemente alvo do furor punitivo e tachado como culpado. Numa outra ótica, a depender de quem seja o acusado exposto, lembrando as ideias do Direito Penal do inimigo, ocorre o movimento contrário, embora mais difícil: pugna-se pela inocência, havendo mobilização e sensibilização pela *persecutio* que sofre aquele indivíduo, como restou demonstrado no estudo de caso trazido no presente trabalho.

productor de criminalidad... (Historia de la criminalidad, p. 104)”, citado por Francisco de Assis Toledo (1994, p. 5).

⁹ Embora Lombroso não tenha afastado os fatores exógenos da gênese criminal, entendia que eram apenas aspectos motivadores dos fatores endógenos. Assim, o clima, a vida social e outros aspectos apenas desencadeariam a propulsão interna para o delito, pois o criminoso nasce criminoso (determinismo biológico). (LOMBROSO, 2013).

Essa divisão de opiniões e movimentos numa sociedade cria uma cultura.

A exposição de pessoas investigadas ou acusadas do cometimento de delitos traz à tona muito mais o encorajamento de discursos punitivistas, que constitui óbice para o real controle do crime. O prejuízo de uma cultura que quer prisão a qualquer custo, estimulados seus instintos mais primitivos, é medido quando se percebe o crescente mito da punitividade e o atraso nas tentativas de solucionar ou, ao menos, controlar as taxas de criminalidade num local.

O que se deve ter em mente é que a cultura do punitivismo não deve ser atribuída como um sintoma apenas do corpo social ou como um reflexo das pressões exercidas por aqueles que têm o domínio do poder, inculcando o medo e a insegurança no povo.

Acerca dessas duas ponderações, a doutrina norte-americana se manifesta no sentido de que a punitividade não deve estar atrelada pura e simplesmente a um populismo. Existe um maior robustecimento desta, atrelada também a um novo eixo de poder punitivo, que surge juntamente com governos neoliberais. Nesse sentido, afirma-se que a população tem experimentado estados de indiferença quanto a algumas garantias coletivas, demonstrando certa intolerância e clamando por maiores repressões, o que demonstra uma sociedade que anseia por respostas de um Estado pouco atuante. (MATTHEWS, 2009).

Por outro, há aqueles que defendem uma visão mais deprimente do contexto que se tem vivenciado nas sociedades modernas, quando do retorno à barbárie, em razão de se tornarem constantes clamores por repressões mais severas e estigmatizantes. Para estes, as punições têm ido além da função retributiva ou preventiva, mas passaram a assumir caráter cruel, que têm como objetivo apenas a satisfação de prazer sobre a dor do outro. (MATTHEWS, 2009).

É exatamente nesse sentido que é trazido à baila a cultura do punitivismo, em que a sociedade, ao que parece, regride sobremaneira quando faz acender seus instintos violentos, torcendo pela punição a qualquer custo, ou pior, desejando a prisão ou condenação do outro, como se isso fosse resolver o problema da criminalidade. Retorna-se àquelas imagens repugnantes da Inquisição, em que pessoas assistiam atônitas ao incêndio vivo ou ao enforcamento de outras pessoas iguais a elas enquanto humanas.

Não cabe ao Direito Penal e às punições, pois, a função de endireitar infratores. Não deve a esse ramo ser atribuído o caráter de modelador de personalidade, sancionador da moral alheia ou o poder de salvação do espírito dos criminosos. Mesmo havendo a histórica dificuldade em separarem-se conceitos jurídicos de éticos, nem tudo aquilo que é permitido é honesto (TOLEDO, 1994, p. 13), valendo também o inverso: nem tudo que é imoral é ilícito.

Nessa linha de raciocínio, o que se pensa é que a punição tornou-se espetáculo, passando a ser assistida, sentida e desejada, quando se refere ao outro. Para alguns, a punição se tornou uma espécie de teatro, em que o algoz, na defesa da moral e da vergonha, expressa através da dor infligida no outro o seu ultraje. (MATTHEWS, 2009). Ultraje esse que acaba se tornando coletivo, uma vez que passa a ser sentido por todos.

É através da utilização da punição para angariar holofotes que alguns contemporâneos têm se utilizado desse esquema que rende aplausos (o crime e a punição), para incitar um maior apelo punitivista, perpetuando uma infundável cultura desumana.

Na visão de Jonathan Simon, é arriscado para as sociedades ter programas políticos que governem através do crime, ou desse espetáculo punitivista, uma vez que, a violação que agora atinge a um, poderá vir a atingir muitos, tornando-se uma espécie de novo direito a ser assegurado pelo Estado contra o inimigo comum, que seria o criminoso. (MATTHEWS, 2009). Entretanto, a respeito do assunto, faz-se necessário um detalhe que se segue.

2.3.1 Punitividade: conceituação necessária

Fala-se tanto em punitividade, mas o que dificulta o entendimento é a sua conceituação. Sobre isso, alguns teóricos do controle social já arriscaram definições. Para Stanley Cohen, por exemplo, a punitividade envolveria, basicamente, os conceitos de coerção, formalismo, moralismo, ou o ato de infligir dor no outro. Para ele, o controle social, contudo, deveria envolver estratégias de regulação contínuas e menos perceptíveis, do que o uso da força ou crueldade física ou mental. (MATTHEWS, 2009).

Enquanto isso, Roger Matthews assevera que o entendimento a respeito da punitividade está associado à ideia de retribuição e vingança. Muito mais pertencente ao caráter reativo de uma ação, do que ao de consequência. Dessa maneira, quando se preza pela proporcionalidade ou pela limitação da gravidade, ou mesmo duração, das punições impostas aos transgressores da lei, essa retribuição perderia o caráter de punitividade, pois não se alcançariam os objetivos desejados.

Isso porque, explica, as reprimendas aplicadas como forma de proteção ao público, através do ofuscamento de alguns possíveis infratores, resultariam de uma maior intervenção, não se preocupando com a punição do indivíduo em si mesmo, ainda que isso possa abarcar um maior número de pessoas, como já dito outrora. Nesse mesmo raciocínio, quanto ao estabelecimento de regras que visem não só à reprimenda, mas também à reabilitação, é de se pensar que essa estratégia estaria, no mínimo, prolongando e intensificando os mecanismos de

regulação, culminando no paradoxo de que, na tentativa de se fazer o bem, acabaria por se fazer o mal. (MATTHEWS, 2009).

É interessante ressaltar os aspectos da punitividade em si, inclusive suas conceituações e definições complexas, a fim de que se possa enxergar as diferentes interpretações que se dão na prática, quando do uso desse termo. Atrelado a isso, é importante ressaltar também as justificações para a aplicação da punição, levando-se em conta esse viés retributivo e reativo. Para tanto, é interessante se atentar para as diferenciações deste conceito, até porque, com um aumento da intensidade e amplitude dessas intervenções punitivas, independente do objetivo subjacente, razão ou justificação lógica, possa-se interpretá-la de maneira mais próxima do que seria a punitividade. (MATTHEWS, 2009).

Nesse contexto, para finalizar, é notório que a palavra punitividade traz à tona a ideia de “excesso”. E excesso vem de extrapolação, que quer dizer uma perseguição pela punição que iria além do que se considera necessário ou apropriado para o caso em concreto. Ou seja, a noção de punitividade está atrelada à desarrazoabilidade e, portanto, desproporcionalidade. (MATTHEWS, 2009). Ademais disso, fere diretamente o princípio da culpabilidade.

A respeito desse princípio importa dizer que não se tolera, num sistema de segurança jurídica, a ideia de que sejam retirados bens jurídicos de si, preventivamente, em razão apenas de sua personalidade ou tendência ao crime, não se considerando o prejuízo efetivamente causado ou a suscetibilidade de sua ação. Ou seja, imaginar o Direito Penal enquanto sendo do autor, é como se houvesse o desvio do próprio Direito Penal, por não sancionar condutas, mas sintomas da personalidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p.110-111).

Como será visto, o ordenamento atual não dá margem para que seja punida a personalidade ou modo de ser do indivíduo pura e simplesmente, mas de acordo com o cometimento de fatos considerados ilícitos. Advindo daí a culpabilidade, consistindo esta numa intrínseca relação entre o agente e o fato cometido, ficando a sua personalidade ou conduta social para ser avaliada em fase final, de dosimetria da pena.

Sendo assim, não é crível um Estado Democrático de Direito cujo sistema penal não garanta o cumprimento do princípio da culpabilidade, uma vez que se trata de limite ao poder punitivo estatal, em razão do respeito à dignidade humana. Qualquer atentado à culpabilidade viola frontalmente a Constituição, uma vez que inadmissível o tratamento coisificado de pessoas.

Ademais disso, qualquer atitude judiciária que se aproxime de um Direito Penal do inimigo encontra óbice também na essência constitucional de cunho garantista, já que nela são estabelecidos limites e o próprio objeto de sua atuação, devendo racional e civilizadamente

assegurar a efetivação de direitos e garantias fundamentais, como meio de conter abusos e excessos, ainda que esses sejam “justificados” como forma de controle social ou de combate à criminalidade.

Não se pode, sob esses argumentos, permitir a violação de direitos fundamentais. É nesse sentido que se fez importante a análise da cultura punitivista, principalmente para que se pensem questões relativas sobre a sensibilidade das massas, levando-se em conta as mudanças ocorridas no seio social moderno. Essa sensação de involução que se nota quando dos debates acadêmicos a respeito do tema sobre apelos sociais por prisões e o reaparecimento da ideia de punitividade, fundamenta-se em razão dos discursos de pessoas tomadas por emoções, e não somente da racionalidade.

Tendo em vista que essa é uma característica histórica e primitiva, e que os debates sobre a punição sempre possuíram uma carga que mexe com o emotivo e envolve excessos por parte do repressor, pergunta-se: o que mudou?

2.4 Sociedade ecranista

Após uma passagem por definições e termos envolvendo a pena, o castigo, a retribuição e a vingança, como objetivos subjacentes à aplicação de punição aos infratores da lei, percebe-se que a sociedade, desde os primórdios, sempre caminhou para a repressão dos perturbadores da ordem. Isso porque, em uma sociedade regida por regras, aos que a elas desobedecem cabem repressões imediatas ou mediatas devidas.

Isso é um modelo social com o qual se convive por milênios. Entretanto, o crime ainda é tema que impacta as pessoas na vida em comunidade, como foi visto. Uns ligam isso à crença numa maldição perpétua que jamais será sanada do seio da sociedade, enquanto que outros, esperançosos, acreditam no futuro utópico em que o crime será rechaçado de toda a Terra. Com esse eterno cenário maniqueísta que atravessa gerações, faz-se válida a análise da sociedade em seu desenho tardo-moderno, onde globalização e virtualização são traços bem marcantes.

A sociedade atual se tornou ecranista. Como se pode ver, o ecranismo¹⁰ seria um fenômeno complexo que vem ocorrendo. Muitas pessoas passam mais tempo na frente das telas do que apreciando a natureza, por exemplo. O natural já não é tão apreciável quanto o

¹⁰Composição da palavra “ecrã” (superfície onde se projetam, reproduzem ou formam imagens; tela; painel) mais o sufixo “ismo” (de origem grega que exprime a ideia de fenômeno linguístico, sistema político, religião...); **Explicando:** traz-se o termo como uma espécie de fenômeno social moderno, no qual a sociedade atual encontrar-se-ia dependente das telas, das redes sociais, e até dos meios de comunicação de massa. Essas telas não seriam apenas das televisões, mas também dos celulares *smartphones*, *ipads*, *tablets* etc.

virtual. Essa dependência do ser humano por telas eletrônicas parece ser um caminho sem volta. Existem, nesse fenômeno, aspectos positivos e negativos que merecem ser ressaltados.

Como se pode perceber, o recebimento de informações e notícias passou a ser imediato. Ou melhor, *on-line*. Esse ambiente de rapidez tem deixado o ser humano ansioso e ávido pela celeridade. O que é rápido é bom. O que demora muito já não deve ser digno de atenção. Assim, uma sociedade vem sendo construída através da assimilação de notícias e informações, sem, muitas vezes, contrapô-las. Questionar para quê?

Atitudes acríticas podem implicar na formação de uma sociedade de opiniões vazias e líquidas, desvinculadas da crítica, o que não as tornaria legítima como representante dos próprios interesses. Indagações críticas das informações postas já são raras. Muitas das vezes, defende-se categoricamente como verdade absoluta uma informação lançada na *Internet*, sem sequer saber a procedência, quando se tem. Sociedade ecranista porque é o meio pelo qual boa parte da população tem pensado (ou não), tornando-se, muitas vezes, o cérebro de uma era *touch screen*, marcada por pessoas opinativas e julgadoras de todos os atos e fatos sociais.

De acordo com a os ensinamentos de Karl Popper (2004, p. 51), como visto, o progresso da busca pelo conhecimento e pela verdade adviria da instrução e seleção, das tentativas e das refutações. Deve-se ser crítico das próprias teorias para progredir. Errar inúmeras vezes para que, com a experiência, chegue-se a um resultado ideal. Se assim não o fizer, haverá informações/críticas externas que nunca serão imparciais, mas sim dotadas de valores e, portanto, ineficazes para o progresso. Não há observação alheia pura ou desinteressada. Devem-se analisar teorias ou experimentações desprovidas de preconcebidas ideias. A objetividade, pois, repousaria no criticismo e essa seria a chave do progresso.

A princípio, analisando esse pensamento e tomando por base as mudanças na sociedade atual, percebe-se que há um crescente número de pessoas que se alimentam dessas notícias imediatas buscando apenas informar-se de maneira rasa, seja por desinteresse, seja por preguiça intelectual ou mesmo porque adentra no fluxo da massa de manobra dos meios de comunicação. Dessa maneira, com o bombardeio de notícias dos mais variados gêneros, muitas pessoas acabam por assumir uma postura passiva quando da assimilação destas.

Assim, negligenciando o ato de questionarem-se, assumem como verdadeiros os fatos que lhes são postos pela mídia, pelas redes sociais e inúmeras telas que dominam a sociedade atual, repassando notícias prontas, muitas vezes falaciosas, deixando de investigar a veracidade da informação, a credibilidade da fonte etc. Pesquisar e ser crítico são atos trabalhosos e requerem esforço e dedicação ímpares, qualidades que não têm sido reforçadas nos últimos tempos.

O cidadão acaba por se tornar um replicador de teorias prontas. Assim, é interessante demonstrar que alguns avanços tecnológicos trouxeram também aspectos não tão positivos. Foi o que aconteceu com aqueles que se deixam influenciar por tudo o que é passado pelas mídias, sem filtrar o seu conteúdo, não necessariamente por vontade própria, mas devido a influências de fatores externos.

Essa ideia de o indivíduo ter se tornado um ventríloquo¹¹ de opiniões alheias, vem atrelada à falta de autoria e propriedade dos próprios pensamentos, uma vez que formados por uma justaposição de entendimentos de outras pessoas a respeito de dados assuntos. E quanto mais polêmico ou complexo o debate, que demandaria maior estudo e debruçamento, maiores são as opiniões lançadas à sorte de serem condenadas ou ovacionadas.

Contrariando essa ideia de opiniões inautências, é interessante ressaltar a importância da pureza da construção individual, desprovida de influências externas, a respeito do conhecimento. (DESCARTES, 2001, p. 15-19). Qualquer pensamento, indivíduo, obra, ciência que seja fruto da fragmentariedade de raciocínios diversos não poderia ser tão eficaz quanto aquele concebido sozinho.

Observe-se que, ao trazer esse pensamento de valorização do raciocínio individual, não se quer aqui autorizar que o discurso heroico de alguns seja julgado como proferido por donos da verdade ou por aqueles intelectualmente mais abastados. Não se quer também aduzir que aquele que busca a criticidade de seus atos deva se isolar do mundo, acreditando em íntimas convicções, e passe a ditar a sua vida e a de outros de maneira arbitrária. Ao revés, é isso que se pretende desconstruir com o presente trabalho.

Continuando o raciocínio anterior, após as reflexões sobre a derrubada de uma ordem institucional para que nova ordem renasça, Descartes conclui: em alguns casos, mais cômodo e uniforme seria seguir os caminhos já traçados do que construir novos caminhos, que embora sejam mais eficazes, demandariam maior trabalho e desgaste. Assim, a filosofia cartesiana pretendia livrar-se de preconceitos, de verdades absolutas tidas anteriormente como indubitáveis. Visava combater também aqueles que, por modéstia, talvez, achavam-se menos capazes que os seus preceptores, e, nesse caso, recebiam todo o conhecimento como se

¹¹Nesse sentido, Rafael de Souza Lira (2013, p. 113): “A longo prazo, nesse cenário, o ser humano crítico e pensante – cada vez mais preguiçoso – vai se transformando em um boneco de ventríloquo, utilizado para reproduzir as informações que seu instrumentalizador profere por meio das técnicas de ventríloquia, que, em suma, é a arte de projetar a voz sem que se abra a boca ou se mova os lábios, de maneira que o som pareça vir de uma fonte diferente do que a boca do instrumentalizador. E o exemplo não é exagerado. Na verdade, a perpetuação da civilização do espetáculo, em especial do jornalismo sensacionalista, é capaz de transformar os cidadãos em meros reprodutores de informações alheias, como se fossem meros bonecos de ventríloquos e não mais agentes da cidadania.”

verdade fosse, replicando-a, não procurando buscar por meios próprios novos caminhos. (DESCARTES, 2001, p. 20).

Só de imaginar esse processo tão metódico e reflexivo, é crível que algumas pessoas se sintam desestimuladas, principalmente num cenário ansioso em que se vive, no qual a vida é regida pelas informações em larga escala à distância de um *touch screen*. Dessa forma, ao se deparar com uma informação, o indivíduo filtra apenas como sendo de seu interesse ou não. Em sendo, passa a replicar ideias formuladas por outros, sem qualquer esforço para apurar a verdade ou acrescentar conhecimento ao mundo, muitas vezes, apenas para que se alcance o *status* de pessoa informada e nada mais a contribuir. Os objetivos e o perfil dos cidadãos nos últimos anos mudaram com o avanço das tecnologias. E como toda mudança, carrega bons e maus resultados.

Apesar da evolução tecnológica, que acompanha a modernidade, percebe-se que o ser humano, tem perdido o interesse pela inquietude na busca do saber. A cultura crítica perdeu um pouco de espaço para a cultura informativa, quando da evolução tecnológica dos meios de comunicação de massa. Nessa era pretere-se a qualidade, muitas vezes, em nome da quantidade.

Ainda numa análise do ser em si, Bertrand Russell traz o duplo comportamento que o indivíduo pode ter diante do desconhecido: o que aceita as verdades dos outros, que a dizem baseados em livros, mistérios ou outras fontes de inspiração; e o comportamento que insiste em sair em busca por si mesmo. A esse último denomina de “o caminho da ciência e da filosofia.” (RUSSELL, 2003).

Num aspecto geral, percebe-se que a busca pelo conhecimento deve ser o objetivo principal da genuína evolução humana. E esse aspecto racional do homem moderno não deve dar espaço para que setores detentores de mecanismos de poder consigam manobrar massas. Assim, não é crível que a mídia pretenda superlotar a sociedade de informações/fatos inverídicos total ou parcialmente, tendo em vista toda a evolução da criticidade humana alcançada.

Ao revés, a essência dos meios de comunicação deve ser a informativa, a de um instrumento para incutir nos cidadãos a curiosidade, instigando-os ao exame crítico e à compreensão de critérios gerais a respeito dos acontecimentos sociais, sem formar opiniões parciais ou tendenciosas. Esse é a real finalidade dos meios de comunicação. Apesar disso, o que se tem visto não é o fiel cumprimento aos seus preceitos, mas um verdadeiro desvio. No campo dos encarceramentos, por exemplo, percebe-se que existe uma influência da imprensa

por trás de casos que causam certa comoção social. Essa interferência midiática acaba por culminar em julgamentos sumários, que se dissociam do devido processo legal.

É exatamente para averiguar o seu papel, que se faz necessária a pesquisa sobre quanto suscetível é a opinião pública, se há influência ou não por parte da mídia, ocorrendo uma incompatibilidade de interesses entre o povo e o que os meios divulgam, ou o que existe é uma suscetibilidade de acordo com o que é divulgado, para que se possa avaliar a idoneidade de uma decisão jurídica que leve em conta o clamor social. Para tanto, trazendo o viés da teoria do controle de David Garland, faz-se interessante analisar, primeiramente, o poder de influência da mídia na opinião pública. Antes disso, o que seria opinião pública?

2.4.1 Opinião pública: uma conceituação necessária

Em se tratando de opinião pública, tem-se que levar em consideração inicialmente dois possíveis imbrólios: generalizações e discursos heroicos. Isso se deve à construção cultural de uma sociedade que clama por respostas sem muito contribuir para a descoberta da causa dos problemas. A banalização desse comportamento levou ao imediatismo da sociedade atual, que mais atrapalha do que contribui para a solução das mazelas que assolam a realidade.

Para Ferrajoli (2014b, p. 72-73), a opinião pública seria aquela que se forma sobre as questões públicas, que versam sobre assuntos de interesse público, ou seja, de todos. Nesse sentido, a opinião pública se opõe à opinião que cada um tem acerca dos próprios interesses privados. E se encerra quando se dissolve em uma soma de pontos de vista que versam sobre múltiplos e diversos interesses pessoais. Sobre a dissolução da opinião pública, ainda completa que existiriam dois modos de fazê-la. Veja-se:

Existem duas maneiras de destruir a opinião pública, ambas promovidas pelos regimes autoritários, mas atualmente em uso em sistemas democráticos, graças ao controle que os meios de comunicação têm. O primeiro método é o da desinformação, mentiras e propaganda, especialmente na televisão: a divulgação de notícias falsas, omissão ou minimização da notícia real, a exaltação de líderes, difamação dos adversários, a sobrecarga das consciências e inteligência com entretenimento estúpido e vulgar. A segunda forma de dissolução da opinião pública é a seguinte: de politização, ou seja, da perda de consciência cívica e de virtudes políticas. De fato, sentido cívico e as virtudes políticas baseiam-se, essencialmente, na identificação das razões de política e compromisso e cuidado com o que é considerado interesse público ou geral. (FERRAJOLI, 2014b, p. 73).

Nesse sentido, percebe-se que uma opinião será considerada pública ou política, quando estiverem informadas ou interessadas naquilo que importa ao todo coletivo. Enquanto essa preocupação não estiver presente nos discursos das massas, não se constituirá opinião pública, mas um conjunto de opiniões individuais carregadas de valores particulares. Foi

assim que Ferrajoli pensou a conceituação de opinião pública, o que, de fato, mostra uma importante essência do viés público através dos componentes da sociedade.

Não sendo assim, o caráter público da opinião é destruído. Quanto ao segundo método dessa destruição, Ferrajoli afirma que este pode se dar pela promoção da indiferença pelos interesses públicos nos setores mais amplos possíveis de uma civilização, removendo do ideário político do cidadão a ideia de bem comum, enviesando seus pensamentos para que clamem por interesses pessoais e privados, que passam a ser largamente propostos como critérios únicos e exclusivos de valorização política. Para ele, é através da destruição dos laços sociais que se extinguiria a opinião pública. (FERRAJOLI, 2014b, p. 74-75).

De fato:

A exaltação de interesses individuais se conjugaria com a lógica do inimigo e do medo, manifestando-se em uma mobilização agressiva e rancorosa de todos os egoísmos sociais por uma parte, com a quebra da essência pública e com a crescente ignorância provocada pelos cortes orçamentários na educação básica e na universidade, por outra. Soma-se a isso a obra de difusão do medo, da instigação ao ódio e ao racismo, a desvalorização da esfera pública e dos valores civis de igualdade e de solidariedade postas em prática cotidianamente pela maioria das televisões com sua pedagogia da incivilidade e campanhas sobre segurança pública. (FERRAJOLI, 2014b, p. 75).

Analisando pelo espectro semântico das palavras em composição, opinião pública se aproxima bem dos pensamentos trazidos por Ferrajoli. Em que pese não esgotar as possibilidades semânticas e dando a esse termo uma acepção mais sociológica, percebe-se que o que mais interessaria à opinião dita pública é a finalidade a ela subjacente, qual seja a de atender aos interesses de uma coletividade em assuntos que a envolvam.

No cenário atual, percebe-se que, com as novas tecnologias de poder, comunicação é muito mais que só TV ou rede social. A opinião pública já não é a mesma de outrora. Hoje, a manifestação da opinião se dá por inúmeros meios. A comunicação social é outra, a opinião pública também é outra, sofrendo, pois, influência direta de fatores externos.

2.4.2 A influência da mídia na sociedade moderna

Historicamente, é possível observar que os acontecimentos ocorridos na aurora da modernidade, como Renascimento, Iluminismo, Revolução Francesa, trouxeram importantes mudanças e conquistas para os indivíduos. A invenção da imprensa foi uma dessas conquistas. Seu papel como causa de significativas mudanças tem sido amplamente reconhecido, sobretudo com o crescimento vertiginoso dos meios de comunicação de massa. A informação

se despediu da tipografia de Gutenberg¹², quando era impressa no papel jornal e, hoje, é veiculada por uma complexa mídia eletrônica, contemplando rádio, Tv, telefonia celular etc.

Pois bem, as mudanças sociais provocadas pelos meios eletrônicos de comunicação foram crescente e profundamente notadas a partir do final da Primeira Guerra Mundial, tomando mais força após a década de 1950. Assim, o impacto social causado por essa difusão, mais precisamente quando do surgimento da televisão, forçou uma competição entre periódicos e rádios, fazendo com que surgisse o jornalismo sensacionalista e a fusão insidiosa das notícias com o entretenimento¹³, a fim de prender a atenção do gosto popular. (GARLAND, 2005, p. 152).

Somou-se a esse impacto social causado pelos meios de comunicação a mudança nas sensibilidades culturais do povo. O surgimento de uma rede nacional de informação teria trazido a ideia de maior acessibilidade aos conteúdos de importância global, dando contornos democráticos às redes televisivas, uma vez que o público começou a se identificar e a se sentir representado apesar das diversidades existentes em todo o país. Grupos, que antes se sentiam isolados, começaram a se reconhecer e tomar consciência de sua posição desfavorável, o que os fizeram exigir igualdade de direitos e deveres. (GARLAND, 2005, p. 152).

Nesse contexto, a influência dos meios de comunicação na vida cotidiana fez com que os desfavorecidos ficassem cientes de sua posição um tanto quanto excludente, criando uma resistência, uma não conformação com determinada situação. Isso demonstra que, de um lado, os meios de comunicação deram voz a quem se sentia preterido num contexto nacional. Por outro lado, mostrou para muitos a realidade vivida por poucos, tornando a diferença de classes não mais um mito, mas uma realidade visível através de uma tela de televisão.

Assim também ocorreu com o crime. Antes a realidade criminal estava distante de algumas pessoas e, a partir de então, começou a ser presente nos telejornais diários no seio de todas as famílias. Dessa maneira, coube à mídia decidir o que e como transmitir para a população espectadora. De maneira imediata e íntima, os noticiários puseram “frente a frente”

¹²A esse respeito, Johannes Gutenberg (1400-1468) desenvolveu um sistema mecânico de tipos móveis (tipografia) que deu início à Revolução da Imprensa, e que é amplamente considerado o invento mais importante do segundo milênio, lançando as bases materiais para a moderna economia baseada no conhecimento e na disseminação em massa da aprendizagem. (JOHANNES GUTENBERG, 2016).

¹³Nesse mesmo sentido, Douglas Kellner (2006, p. 119-147) afirma que a lógica do espaço midiático mudou quando a indústria cultural e o entretenimento alcançaram o setor jornalístico, espetacularizando-o. A partir dessa crise, a imprensa passaria a ser uma espécie de Poder, não mais em seu sentido tradicional de informar, mas essa mistura espetacular de comunicação e entretenimento, ao que o autor chama de era do “infoentretenimento tabloidizado”. Dessa maneira, percebe-se que as notícias, no mundo moderno e corrido das pessoas, as informações são passadas em doses homeopáticas e lúdicas para alcançarem o maior número de pessoas possível.

o público, o entrevistador e o entrevistado, expondo-se sobremaneira ao gosto ou desgosto popular. (GARLAND, 2005, p. 153).

Dessa maneira também se sucedeu o papel dos meios de comunicação de massa quando estava no alvo autoridades e pessoas públicas, transmitindo em tempo real as reações não ensaiadas dessas pessoas, para mostrar à população os bastidores das declarações preparadas, em nome do realismo¹⁴ e da informação imediata, olvidando-se da intimidade, respeito e noção apropriada da privacidade. Todos esses excessos tinham a desprezível característica oportunista, porém ganhava contornos democráticos, justificando-se pelo interesse público (GARLAND, 2005, p. 154), ainda que francamente não o fosse.

Nesse contexto, percebe-se que todas essas transformações ocasionadas pelo surgimento e difusão dos meios de comunicação eletrônicos no seio social, hoje, potencializam-se com a crescente e desmedida acessibilidade à *Internet*, palpável à distância mínima de um toque, dada a era dos *smartphones*. Muito do que é televisionado também é transmitido para as redes sociais, em tempo recorde e em qualquer lugar do planeta, através, não mais somente da televisão, mas também dos aparelhos celulares e outros eletrônicos.

Essas mudanças socioculturais, por um lado, ajudaram a criar certa transparência e senso de responsabilidade por parte das instituições sociais e governamentais, haja vista que decisões inadequadas e práticas não oportunas são agora alvo das redes de comunicação, deixando os governantes que assim agem cada vez mais visíveis e suscetíveis de serem questionados não só pela imprensa, como pelo próprio público. (GARLAND, 2005, p. 154).

Foi exatamente com esse cenário de ascensão da consciência dos menos favorecidos, que houve uma maior disseminação do discurso político sobre igualdade de direitos, democracia e inclusão social, gerando expectativas no povo. Quanto mais informação as pessoas tinham, maiores eram seus clamores por igualdades de direitos, tornando os discursos mais identificados com valores próprios, em detrimento de uma cultura global, fortalecidos interesses situacionistas, ainda que numa sociedade plural.

Dessa maneira, a tomada de decisões governamentais, além de difícil, tornou-se desprovida de forças e credibilidade, uma vez que as autoridades superiores não conseguiam atender a contento aos anseios da população. Esse descrédito nas instituições governamentais,

¹⁴ Quanto a isso, Luciano Correia (SANTOS, L. C. 2007, p. 85-86) explica que: “A consolidação de uma forte imprensa de massas e, em particular nos Estados Unidos, do chamado *new journalism* concorreram para o aprimoramento de uma linguagem objetiva que, embora utópica, pugnava sempre pela busca da imparcialidade. Assim, o jornalismo procurou legitimar-se como responsável por retratar a realidade e assim esta crença prosseguiu por vários anos, até que todos os modelos entrassem em crise, desde a construção dos relatos até a própria natureza do real.”

acompanhado de um crescente pluralismo cultural, passou a colocar em questão qualquer exigência moral ou consensos absolutos.

Ao analisar esse contexto, percebe-se que o século XXI inaugurou um ápice cultural das massas, coletivamente consideradas, através das mídias, o que se contrapõe à liquidez individual do homem. Entretanto, essa conclusão que alguns tiveram pode mudar quando se passa a questionar se o crescente individualismo e egoísmo em conjunto, formariam os discursos de grandes massas, que manifestam interesse apenas naquilo que lhes convém.

Aprofundou-se, então, o individualismo moral, no qual as próprias pessoas exigiam e perseguiram objetivos próprios, a fim de alcançar essa “sociedade de consumo” (BAUDRILLARD, 2010, p. 28) também televisionada, a qual foi acentuada após as Guerras Mundiais, com o enaltecimento da cultura de direitos e liberdades individuais.

Esse individualismo moral deveria atender a preceitos de tolerância e respeito para com o outro. Ocorre que, os indivíduos eram considerados sob algumas condições de pertencimento a grupos e, por consequência, merecedores ou não desse universo moral. Aos grupos não incluídos, restava um espaço. Foi a crueldade humana para com os outros indivíduos ou a restrição da liberdade de alguns que ocupou esse lugar. É nesse sentido que se viu uma nova ordem social acontecer, com o advento da *Internet*, permitindo a inclusão, como também a exclusão de grupos, os quais se identificaram de maneira diversa com relação a essas redes. (GARLAND, 2005, p. 157-158).

Em que pese esse contexto de mudanças a partir da difusão dos meios de comunicação de massa afetar as estruturas sociais de um lugar, não se está aqui atribuindo a esse fenômeno o papel exclusivo de suscetibilidade da opinião pública, mas como um coadjuvante da forma como se lidou e se está lidando com esse fato presente em todas as sociedades. Faz-se necessário partir do pressuposto que as mudanças estruturais e sociais que se sucederam na modernidade afetaram diretamente não só o conteúdo dos meios de comunicação, como também a própria manifestação das massas e o que pensam sobre determinados assuntos.

Explicando isso, Luciano Correia conclui que:

Ao desmontagem das operações midiáticas, mesmo que em alguns momentos revelem verdadeiras farsas jornalísticas, não implica em condenação do campo midiático a priori, sem levar em conta a própria heterogeneidade de interesses que permeiam o universo da comunicação eletrônica... Poucas revoluções tiveram o alcance desta que, em suma, promove a democratização do saber e da informação. (SANTOS, L. C., 2007, p. 52).

Dessa maneira, o que se deve ter em mente é a grande aceitação das redes midiáticas nos campos sociais, com uma maior penetração no seio social, disponível o acesso a qualquer classe. Essa ascensão dos meios de comunicação de massa e os apelos democráticos tornaram a sociedade política, reivindicando direitos e respostas das autoridades, da polícia e da própria justiça penal, principalmente quando a população em geral, ciente de seus direitos e liberdades individuais, depara-se com o Direito Penal e com as garantias do criminoso. É nesse contexto que as instituições públicas viraram alvo principal da exposição midiática e do controle legal. (GARLAND, 2005, p. 162).

É a partir daí que se faz necessária a abordagem marxista trazida por Guy Debord ao tratar aquilo que é produzido pela mídia, em forma de espetáculo¹⁵, como um produto, uma mercadoria ou mesmo um fetiche de alienação. (DEBORD, 2003). Isso porque ao espectador que assiste passivamente tudo que ali é passado, não lhe resta alternativa que não seja a distração e completa sujeição ao que é dito. Isso acontece porque a atividade crítica no imediato sucumbe perante as ilusões compensatórias daquilo que falta à vida real, fazendo com que o indivíduo se distancie, ainda que momentaneamente, de sua realidade cotidiana.

É exatamente através dessas ilusões compensatórias que se abrem as lacunas para o espetáculo atingir todos os estratos capilares sociais, tornando o indivíduo refém do conteúdo midiático, dependente das novidades que dão emoção à sua vida, já que a rotina lhe enfada, permitindo, assim, uma maior vinculação das grandes massas a esses meios televisionados ou processados em mídias sociais, ainda que nada de efetivamente novo seja transmitido.

No quadro atual, percebe-se um maior corporativismo e a concentração de grupos econômicos no poder dos meios de comunicação e do jornalismo, o que não favorece a competição ou a diversidade do conteúdo praticado por eles. Dessa maneira, em que pese haver uma falsa ideia de múltiplos canais, a tendência é a de que sejam praticadas as mesmas técnicas e as mesmas notícias, culminando num método enfadonho de jornalismo televisivo. (SANTOS, L. C., 2007, p. 89).

E, pela lógica, a técnica utilizada por tais meios é a que alavanca os níveis de audiência. É através dessa mídia espetacularizada que seus protagonistas assumem papéis cada vez mais importantes no cenário atual. Assim, qualquer pessoa que seja dado o devido enfoque vira celebridade, seja por seus sucessos ou fracassos. Essas pessoas de destaque

¹⁵ Para uma análise complementar e não marxista, Mário Vargas Llosa: “a banalização das artes e da literatura, o triunfo do jornalismo sensacionalista e a frivolidade da política são sintomas de um mal maior que afeta a sociedade contemporânea: a ideia temerária de converter em bem supremo nossa natural propensão a nos divertirmos.” (LLOSA, 2013, p. 18-20).

mediático preocupam-se com sua imagem, afinal de contas, precisam manter o brilho, já que estrelas, garantindo a afeição do seu público. (KELLNER, 2006, p. 126).

É assim que a mídia, através do espetáculo, arma o palco para captar o maior número possível de consumidores. E fala-se, principalmente hoje, em mídias *lato sensu*, seja a televisão, sejam as redes sociais através dos *smartphones*, até porque é através dessas últimas tecnologias que se consegue, de maneira ainda mais rápida, ascender ou não ao estrelismo da popularidade.

Dessa maneira também tem se comportado o jornalismo televisivo, que já não informa pura e simplesmente. Ao oferecer destaque a determinada pessoa, sabe-se que isso se dará a certo custo seja ele um escândalo, seja um drama pessoal exposto, transformando as telas em verdadeiras histórias de filmes. Esses temas são escolhidos com base naquilo que fornecer maiores níveis de audiência, independente de esta ser formada por uma maioria apática e ávida por tragédias, que dispensa qualquer pensamento crítico a respeito do que é transmitido. (SANTOS, L. C., 2007, 90).

É assim que se percebe um jornalismo televisivo hegemônico e destituído, muitas das vezes, da ética e da objetividade mínima necessária. E, hoje, não só a mídia televisiva, como também o jornalismo informativo através das redes sociais. Cada vez mais é perceptível um desserviço público, ao invés de garantir-se a imparcialidade das transmissões. Menos Estado e mais garantias é a fórmula democrática que se imaginou mais eficiente, entretanto, quando se põe em alvo a busca por interesses individuais, em detrimento da coletividade, acontece o que tem se visto com o jornalismo privatizado da atualidade.

A política e as pessoas públicas passaram a protagonizar o espetáculo e sensacionalismo que garante altos níveis de audiência. De maneira arquitetada, os canais manipulam o conteúdo a ser transmitido, dotados de interesses que nem sempre passam pela idoneidade do noticiado ou factibilidade das supostas encenações. O interesse velado desses meios de comunicação nem sempre acompanham o interesse da população, mas muitas das vezes tornam-se o próprio interesse do povo, de maneira que não só influenciam opiniões, como muitas das vezes a sugerem.

Em que pese isso, não se reduz aqui a população a um amálgama social inerte e não pensante. Essas ferramentas críticas ainda existem dentro do ser em si. É notório que a força da alienação impressa pelos meios de comunicação de massa é deveras cruel, por um lado, dados todos os artifícios tecnológicos e psicológicos utilizados. Entretanto, muito após o espetáculo que impressiona a um primeiro contato, existe o senso crítico individual do ser humano, dotado de racionalidade, que questiona ou deveria questionar.

E dentro desse contexto, de influência da mídia na opinião pública, o assunto que causa certa audiência, sem dúvidas, é o crime e suas punições, que pode dar espaço para a cultura punitivista inflamada se proliferar. Nesse sentido:

[...] o reconhecimento do papel político do jornalismo, porém, obviamente não lhe confere o direito de substituir outras instituições. Apesar disso, é notório que a imprensa vem procurando exercer funções que ultrapassam de longe seu dever fundamental, assumindo frequentemente tarefas que cabem à polícia ou à justiça. E essa invasão de espaços pode ser considerada justamente a partir de uma definição cara à imprensa: a qualidade de “quarto poder”, que data do início do Século XIX e lhe oferece o *status* de guardião da sociedade (contra os abusos do Estado), representante do público, voz do que não tem voz. (MORETZSOHN, 2003, p. 08).

Dessa forma, não se pode atribuir à Imprensa o papel de regulador da sociedade ou denunciador dos males, única e exclusivamente. Em que pese ter contribuído para uma maior democratização da informação e ser acessível às pessoas em geral, percebe-se que os interesses econômicos velados acabam por desvirtuar a essência da rede comunicativa, sugestionando opiniões. A solução que vise uma menor influência e suscetibilidade da opinião pública pode advir da conscientização do público sobre as diferenças entre o subjetivismo, descoberta da subjetividade e o conhecimento objetivo, sabedoria essa que vem desde os clássicos da antiguidade e ganha contornos modernos com Karl Popper¹⁶.

Apesar do cenário sombrio que se está acompanhando no tocante à suscetibilidade da opinião pública pela mídia, essa sugestão de solução a partir da conscientização do próprio indivíduo ainda se mantém acesa nos discursos do Poder Judiciário. No Seminário “30 anos sem censura”¹⁷, um discurso da ministra Cármen Lúcia fez referência a esse assunto, enaltecendo a importância de a Imprensa ser livre. Observe-se:

Eu continuo acreditando no Brasil. E acredito em um Brasil em que cada cidadão possa exercer a sua liberdade de maneira crítica e bem informada e, para isso, nós precisamos das mídias, da imprensa livre e todas as formas de comunicação cidadã. Sem a imprensa livre a justiça não funciona bem, o Estado não funciona bem. (CARTA, 2018).

¹⁶ Sobre isso, a obra *Conhecimento Objetivo*, de Karl Popper, capítulo sobre a teoria da mente objetiva, páginas 151 a 179, estabelece a relação entre subjetivismos e conhecimento objetivo. (POPPER, 1975).

¹⁷ Vale a pena conferir o vídeo em que Mino Carta critica os pronunciamentos da Ministra. (CARTA, 2018). Mais precisamente, quando se manifesta sobre o que a Ministra disse e foi acima transcrito: “A ministra Cármen Lúcia, que preside também o CNJ, promotor do seminário, deita falação sobre uma Constituição enxovilhada faz mais de dois anos, brutalmente rasgada, a turvar o sono eterno de Ulysses Guimarães. Há momentos em que a argumentação dos meus botões me soa de total coerência. **A presidente do STF acredita realmente que o Brasil vive hoje uma “democracia plena”, onde cada cidadão exerce “sua liberdade de forma crítica e bem informada?”** Trata-se de um bestialógico arrepiante, de sorte a justificar sérias dúvidas em relação à saúde mental de quem o desenrola de cara lavada.”

Em contrapartida, ante tudo o que foi visto, atualmente, enxerga-se um caminhar para o retrocesso nesse sentido, pois nem há um subjetivismo puro. Hoje, domina um subjetivismo alheio, de terceiro, produto construído pela mídia, influenciado por poderes externos, ou seja, um “sub-subjetivismo”, e especialmente, quando o assunto envolve o direito punitivo do Estado. Enfim, há uma subjetividade líquida e preconcebida, recheada de ideologias, vendida e inculcada nas mentes da multidão, que caminha na contramão da evolução esperada da sociedade moderna.

Na atual conjuntura, o cidadão “bem informado” e a “imprensa livre” são termos um tanto quanto perigosos. Isso porque, como se viu, as ingerências econômicas no setor comunicativo acabam por dominá-lo, transmitindo-se matérias escolhidas e manipulando-se as mentes mais vulneráveis. Liberdade de imprensa e de pensamento, hoje, quando considerado coletivamente, não existe a título de legitimar o que se chama de “opinião pública” no Brasil.

Sobre essa relação entre mídia e opinião das massas, podem-se enxergar, ainda, duas situações: a opinião do público de uma localidade surge, de maneira espontânea, e a mídia tradicional apenas dá voz ao povo, captando o seu teor e vocalizando-o de maneira tradicional e desinteressadamente; ou, em outros casos, atuando de maneira completamente contrária à primeira situação, a suscetibilidade da opinião pública acaba virando uma sugestionabilidade a partir da visão dos agentes controladores, manipulando e até sugerindo o que se quer chamar de opinião pública (PEREIRA, 2012).

Dessa forma, o espírito da liberdade da imprensa cai por terra, tendo em vista os interesses escusos por trás dos controladores das grandes mídias. Assim, fica quase impossível diferenciar quando cada situação dessa acontece, restando a dúvida sempre sobre a real origem da ideia tida por dominante e conseguir distinguir a opinião pública daquela opinião publicada.

Somente, de fato, com uma atuação desinteressada por parte da mídia e uma evolução crítica a respeito do que é posto através dos meios de comunicação, perceber-se-ia a pureza da transmissão dos anseios sociais de maneira legítima, representativa da maioria e porque não dizer da própria democracia.

Só assim, a opinião pública poderia ser objeto fiscalizador e de controle das decisões judiciais, às quais seria dada a devida publicidade através de meios de comunicação imparciais, visto que o apelo às parcialidades não geraria mais efeitos em razão da inteligibilidade dos telespectadores.

É nesse sentido que, em estudo comparado quanto ao telejornalismo internacional, Sylvia Caiuby Novaes traz importante apontamento que, talvez, resolveria o problema da

ingerência econômica no setor de comunicações. Sem esta, acredita-se, a opinião pública poderia ser mais crítica. Veja-se:

O estilo de telejornalismo inglês, por exemplo, é muito diferente do modelo norte-americano. Há uma preocupação analítica mais explícita, a contextualização dos fatos é em geral buscada, há um número maior de programas que, na linha dos documentários, em que os ingleses são os grandes mestres, se dispõem a discutir um tema específico. Vale a pena lembrar que dos quatro canais de TV britânicos, a BBC1 e a BBC2, os dois primeiros canais de exibição (ligados ao governo) têm possibilidade de autonomia já que lá cada proprietário de aparelho televisor é obrigado a pagar uma taxa de 80 libras por ano (algo em torno de US\$120), o que significa uma fabulosa arrecadação para a produção de programas de **televisão que não ficam na dependência de uma legitimação através dos famosos índices de audiência.** Na Grã Bretanha uma série de direitos da audiência devem ser resguardados e cabe a TV cumprir os papéis sociais de um meio de comunicação deste porte. **Talvez estas sejam condições importantes para a garantia da possibilidade de programas informativos que não se prendam à lógica do patrocinador ou morram à míngua por absoluta falta de verba.** (NOVAES, 1998, grifo nosso).

Sendo assim, os meios de comunicação de massa poderiam ser reflexos do que pensa o povo, desde que livre das amarras político-econômicas. É nesse sentido que se fala desde os Clássicos em controle das leis por parte do povo. Já que as leis seriam escritas como se a vida fosse estática, caberia a cada um a consciência crítica, principalmente aos que decidem sobre a liberdade alheia, de fiscalizar a dinamicidade da sua interpretação, dando os contornos mais pertinentes à realidade social.

Voltando aos Clássicos, indagou-se Beccaria (2012, p. 21): “Como poderão, então, as leis resistirem à inevitável força do tempo e dos interesses sem um estável monumento do pacto social?” Responde ele mesmo:

Assim, vemos como é útil o uso da imprensa, que faz com que o público, e não apenas poucos indivíduos, seja o guardião e defensor das leis. É essa arte que, pela difusão da literatura, tem gradualmente dissipado o sombrio espírito de tramas e intrigas e é a ela que devemos o fato de que os crimes atrozes de nossos ancestrais, às vezes tiranos e às vezes escravos, estão se tornando menos frequentes. Quem conhece a história de dois ou três séculos atrás e a nossa poderá ver como, do seio do luxo e do prazer, nasceram as mais doces virtudes: a humanidade, a bondade e a tolerância aos erros humanos. Poderá contemplar quais foram os efeitos do que é tão impropriamente chamado de antiga simplicidade e boa-fé: a humanidade, que sofre sob a implacável superstição, a avareza, a ambição de poucos manchando de sangue os baús de ouro e os tronos dos reis, as traições ocultas, os massacres em massa, todos os nobres tiranos da plebe os ministros da verdade evangélica, encharcam de sangue as mãos em nome do deus de mansidão, não são obra deste século iluminado, que alguns chamam de corrupto. (BECCARIA, 2012, p. 21).

O senso comum extraído de opiniões da massa que é vingativo e quer punição a qualquer custo esquece-se que é formado por cada ser em si considerado. E que cada indivíduo é tão falível quanto aqueles a quem atiram a primeira pedra. Foi sobre esse

movimento empático que Beccaria falou quando se lembrou das barbáries que não mais existiam naquele século, acreditando-se que não mais haveria. Entretanto, outros tipos de tiranias ocuparam seu lugar.

A partir daí, pode-se conferir, por um lado, o papel banal à política e agentes públicos, pelo que é midiático, culminando numa democracia midiática¹⁸, como também se pode, por outro lado, fortalecer o sentimento valorativo universal de uma democracia clássica e plena, em que os direitos e garantias fundamentais sejam devidamente respeitados em quaisquer campos de atuação político-social, seja pela mídia ou pelas próprias massas sociais. O movimento seria o de abandono de uma cultura punitivista para o fomento de uma cultura constitucionalista.

Dessa forma, com a conscientização universal acerca do respeito mútuo, o exercício da criticidade de cada indivíduo pode ser posto em análise, sem que se considere egoísmo desvairado. Tornam-se, a partir da razão consciente, críticas construtivas, que deverão ser consideradas independente de apoiarem ou serem contrárias às manifestações televisionadas. Assim, com a recepção das críticas, sejam elas duras ou não, podem-se pensar formas de correção de excessos do poder público e até mesmo da própria mídia, a fim de que continue prestando seus serviços da maneira para a qual foi idealizada, desde que esta não necessite de galopes na audiência e manipulações econômicas.

Entretanto, em que pese as considerações acima a respeito dessa linha evolutiva de influência da mídia nos setores sociais e sua revolução na história através das mudanças culturais do povo, existem alguns pensadores críticos, que, contrariamente, denunciam uma não influência da mídia, principalmente a televisiva, sobre as opiniões da maioria. Vale a pena o espaço ao ponto de vista diferente para uma compreensão conjunta do todo deste estudo.

2.4.3 A (des)identidade entre os meios de comunicação e o povo

Em uma sociedade ecranista, cada cidadão encerra em si seu papel de ser informado. Com a disseminação da *Internet* e o maior acesso às redes sociais, por exemplo, fazendo o papel do telejornalismo, o indivíduo conseguiu a autonomia de procurar meios próprios para

¹⁸Nesse sentido, comentando o pensamento de Maria Rita Kehl, Luciano Correia afirma que esta teria duas visões a respeito do pensar da sociedade contemporânea, uma otimista, porque cria esperança na racionalidade do homem, apesar da animalesca abordagem da mídia espetacularizada; outra pessimista, quando traduz a ideia de substituição da velha política por algo pior, levando à derrocada da sociedade. Concluindo seus comentários a esse respeito, traz uma ressalva importante: “Salvo, claro, se as mesmas forças que em alguns momentos irrompem com força para surpreender a história resolvam manter as ilusões vivas, mesmo dentro do espetáculo, ou, sobretudo, por causa dele.” (SANTOS, L. C., 2007, p. 99-100).

se manter devidamente atualizado. Nesse sentido, ferramentas tecnológicas virtuais foram criadas possibilitando ao cidadão opinar sobre diversos assuntos, seja através do *Twitter*, *Facebook*, *Instagram* etc, fazendo seus discursos e formas de pensar serem amplamente conhecidos.

Dessa forma, novos meios de comunicação devem ser considerados na sociedade do ecrã, porque o acesso foi potencialmente ampliado. Cada cidadão passou a poder expor sua opinião sem filtros, sem amarras e sem influências de telejornalismos dominados pelo setor econômico. Quanto a esse fenômeno da sociedade atual, há que ser reconhecida a característica da liberdade de pensamento, desde que não sejam afetados direitos de terceiros. De fato, o acesso à *Internet* é considerado hoje um meio de inclusão social, tendo em vista a crescente adesão às redes sociais.

Apesar de polêmico, o jornalista JR Guzzo¹⁹, após recentes acontecimentos na política partidária brasileira, manifestou-se a respeito da mídia diante do público. Apesar de seus argumentos estarem inseridos num contexto político-eleitoral, o que nem de longe faz parte dos objetivos desse trabalho, faz-se interessante a abordagem do raciocínio enfrentado, uma vez que consiste em um movimento contracíclico à ideia de influência da mídia nos setores da sociedade.

Para ele, os consumidores de notícias, sejam leitores, ouvintes ou telespectadores, estariam mudando de opinião quanto ao que é passado pela mídia. Apesar de não manifestarem expressamente seu sentimento de discordância com aquilo que é midiaticizado, percebe-se que a mídia vem enfrentando uma crise de credibilidade perante seu público. Em suas palavras:

Ninguém reclama em praça pública — mas o consumidor de informação nunca reclama em praça pública. Um dia ele simplesmente vai embora, sem dizer até logo, e não volta mais. Quando os proprietários de órgãos de comunicação, e os jornalistas que trabalham neles, percebem o que aconteceu, já é tarde. A menos que tenham o suporte de uma fortaleza financeira em seu conjunto de negócios, podem encomendar o caixão — e os cemitérios brasileiros de jornais, revistas, rádios, televisões e, ultimamente, páginas eletrônicas que se imaginavam a última palavra em matéria de jornalismo moderno estão cada vez mais lotados. A diminuição do público interessado em acompanhar o que a mídia lhe diz não começou agora, é claro. **Há dez ou quinze anos a migração passou a ganhar volume — e não parou mais**, por motivos que já foram explicados em milhões de palavras, a maioria delas, aliás, lida por bem pouca gente. (GUZZO, 2018, grifo nosso).

Para ele, vem acontecendo um fenômeno de desinteresse pelo que é divulgado pelas mídias, de maneira tal que tem havido uma dissonância entre aquilo que se põe no ar como opinião pública (seria a publicada), com aquilo que realmente reflete os anseios populacionais.

¹⁹ José Roberto Guzzo, jornalista brasileiro e um dos principais colunistas das Revistas Exame e Veja.

Em outras palavras, é como se houvesse uma abissal distância entre uma e outra. Indo na contramão de muitos teóricos, afirma: “A mídia diz uma coisa. O público acha o contrário. A mídia anuncia que vão acontecer os fatos A, B e C. Não acontece nenhum dos três. A mídia quer que as pessoas façam isso ou aquilo. As pessoas fazem exatamente o oposto.” (GUZZO, 2018).

A esse fenômeno, pelo menos no que toca ao Brasil, de fato, há um descrédito cada vez mais notório sobre o conteúdo midiático, porque os próprios meios de comunicação olvidaram-se de sua função primordial de cobertura jornalística e passaram a assumir papéis em uma luta maniqueísta, ou seja, que “em vez de reportar, passou a torcer” (GUZZO, 2018).

Apesar de o contexto trazido pelo autor ser o político, tais deturpações também ocorrem quanto a outros assuntos midiáticos. A continuidade na atuação de órgãos comunicacionais que se desviem de suas finalidades primordiais, pelo que se vê, não rende bons resultados, seja porque causa desinteresse no público, seja porque acaba lhe rendendo a própria falta de credibilidade.

Ainda, é importante ressaltar a ideia de que, para o autor, muito daquilo que é transmitido não possui identidade com os interesses dos destinatários, acabando por se tornar uma relação contraproducente entre mídia e população. Haveria uma desconexão de interesses tamanha que, ao contrário de sua finalidade, romper-se-iam os laços de comunicação. Em outras palavras, portadores de interesses distintos, jornalistas/meios de comunicação e população teriam a comunicação quebrada. (GUZZO, 2018).

Assim, em meio a esse desenlace, a mídia vem enfrentando uma crise: “a dificuldade cada vez maior, por parte da mídia, de fazer avanços na única questão que realmente interessa: a batalha pelo público.” (GUZZO, 2018). E, ainda constata que não há relatos sobre meios de comunicação que elevaram consideravelmente o número de leitores/espectadores ultimamente, o que demonstraria uma falha em sua atuação principal.

Com os avanços tecnológicos, redes sociais e outras ferramentas de manifestação pública, percebe-se que as mídias impressas e televisivas, por si só, ficaram um pouco para trás. Apesar disso, ainda alcançam multidões e fazem parte da vida de muitos. A *internet*, entretanto, assumiu um papel primordial na divulgação de informações, penetrando em setores sociais diversos, o que significa que o universo das comunicações mudou. Tudo isso vem transformando o cenário da sociedade, causando impressões diversas sobre o poder da imprensa no público.

Se a mídia deixou de influenciar a opinião das pessoas a respeito de assuntos que versem sobre o interesse público, é algo que somente o tempo poderá dizer, não cabendo a

este trabalho o papel futurologista. Apesar de toda influência já exercida ao longo dos tempos, é notório que vem havendo um descrédito à imprensa, no cenário brasileiro, o que pode significar, por um lado, que os cidadãos tenham tomado consciência de seu ser crítico, não mais assumindo um papel eminentemente passivo de ecranista. Ou que, independente das mídias, a sociedade tenha aderido a um discurso dominante, individualista, ainda que sobre assuntos de interesse coletivo.

O que importa concluir é que a opinião se torna suscetível quando midiaticizada.

3 A INCONSISTÊNCIA SEMÂNTICA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANDO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, revestida de seu caráter processual, constitui tema de importância ímpar nas discussões acadêmicas que lidam com o fenômeno criminal, considerando-se seus aspectos legais, bem como as partes envolvidas, integra parte do discurso que clama por soluções para a criminalidade. Num aspecto de prevenção desse mal, nasce a ideia do recolhimento cautelar ao cárcere daquele indivíduo acusado de crime.

Sob a luz do contexto garantista constitucional que se vive, essa modalidade de prisão deve manter sua essência. A excepcionalidade em sua decretação deve obedecer sempre ao princípio insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que enuncia a presunção da inocência, ou seja, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988, art. 5).

É sobre esse aspecto de presunção de inocência, que a prisão preventiva carrega seu caráter de excepcionalidade, até porque se trata de uma prisão sem sentença, ou seja, uma segregação cautelar e processual, que visa garantir o bom andamento do processo ou da investigação. Nesta, o acusado não passa de indiciado, em que pese muitas das vezes ser tratado pela sociedade como se condenado fosse.

Pensando a cautelaridade a partir do Processo Civil, a prisão processual carregaria, em sua essência, dois postulados: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que robustecem o caráter excepcional e singular de uma medida preventiva, a qual só deverá ser decretada quando houver o perigo da demora e a fumaça do bom direito ou, em outras palavras, quando estritamente necessária e adequada ao caso em concreto.

Sendo assim, o legislador infraconstitucional, no artigo 312, do Código de Processo Penal de 1941, calçou a possibilidade de prisão de um acusado antes mesmo de uma sentença condenatória. Sob os argumentos de garantir a ordem pública, a ordem econômica, assegurar a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, havendo provas de que o crime existiu e indícios de sua autoria, poderia o magistrado cercear o direito fundamental básico de liberdade, retirando o acusado do convívio social, sem um prazo máximo ou mínimo para isso. (BRASIL, 1941, art. 312).

Dessa maneira, presentes os requisitos idôneos e fundamentando-os, seria justificável a prisão cautelar de um acusado. (FERRAJOLI, 2002, p. 477). Para tanto, faz-se válido estabelecer requisitos processuais que sejam próprios do direito processual penal, dada a peculiaridade da sanção imposta pelo poder público estatal. Considerando isso, para aqueles

que discordam da aplicação dos requisitos trazidos do processo civil, a prisão preventiva reveste-se de características da cautelaridade com uma roupagem própria, qual seja, a presença do *fumus comissi delicti* (prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria) (RIO GRANDE DO SUL, 2011)²⁰ e o *periculum libertatis* (fundamento da cautelar, o risco causado pela liberdade do acusado).

Sobre isso, Aury Lopes Júnior ainda faz lembrar o seguinte:

Importante salientar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa. Em tese, se alguém foi preso, por exemplo, para tutela da prova, uma vez que essa foi colhida, deverá o juiz conceder a liberdade plena, pois desapareceu o fundamento da prisão preventiva. (LOPES JR, 2016, p. 674).

Isso quer dizer que, em se constatando que a liberdade do acusado não coloque em risco a eficácia ou eficiência do direito penal, o próprio processo ou inquérito criminais, nem atente à segurança da sociedade, não seria possível, ante o que vige no Código de Processo Penal, nem a decretação da prisão preventiva, nem mesmo qualquer imposição de medidas acautelatórias diversas da prisão.

Assim, deve ser avaliada a real necessidade da prisão excepcional, analisando-se o grau de perigo para o processo ou investigação causado pela manutenção da liberdade do acusado. Somente assim, de acordo com a verificação concreta caso a caso, seria possível acauteladamente prender o sujeito acusado de um crime, não sendo permitidas análises subjetivas ou abstratas desse perigo.

E é a análise dos fatos, caso a caso, que irá dizer sobre a necessidade da prisão cautelar. Lembrando-se sempre da máxima constitucional de que todos são iguais enquanto pessoas perante a lei, deve-se ressaltar a importância da igualdade como uma das diretrizes para a análise dos casos que são postos em decisão, principalmente no âmbito das violações de leis penais. E para cada peculiaridade, sempre irão surgir desigualdades, descompassos, falta de exatidão, porque as pessoas são dinâmicas, com características únicas e não estáticas, que tornam cada ser em si imensurável e insubstituível. (TUCCI, 2011, p. 125).

²⁰ Nesse sentido Rio Grande do Sul (2011). HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESNECESSIDADE DA PRISÃO. 1. A decretação da prisão preventiva deve estar atrelada ao *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria (requisitos), bem como ao *periculum libertatis*, entendido como o fundamento da cautelar, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

É por causa disso que não se podem colocar todos os casos em um mesmo patamar de decisão, atribuindo a todos os infratores uma punição anterior, sem que seja analisada, através de um devido e justo processo legal (artigo 5º, LIV, CF), a culpabilidade do acusado.

Não se pode, igualmente, pensar que a prisão cautelar deve ser adotada como um mecanismo de saída e resposta à sociedade sobre a punição ou não daquele acusado. Até porque as posições adotadas pelas partes num dado processo não querem dizer que o titular da ação seja sempre e certamente a vítima do direito violado e que o réu seja de fato o criminoso digno dos piores sentimentos. Isso porque, enquanto há o desenrolar do processo, podem ocorrer inversões nos polos da demanda, trazendo ao acusado a inocência, por exemplo.

Tudo isso é averiguado ao longo do processo para ser atribuída uma reprimenda cabível ao condenado culpado, devendo-se evitar a punição, ainda que preventiva, de um inocente. Não se pode transformar em regra a exceção, sendo incabível pensar a prisão preventiva como antecipação de uma condenação.

Sendo assim, tendo em vista a noção de direitos fundamentais básicos, percebe-se que estes coadunam com a proporcionalidade e até a racionalidade humana. O direito fundamental em questão é a liberdade do indivíduo e o Estado deve assumir uma prestação negativa de não lesão a essa garantia mínima, por isso constitui um limite ao poder Estatal punitivo. E, em contrapartida, subjetivamente, os direitos fundamentais servem como um direito próprio do indivíduo de cobrar que o Estado não os viole.

Através do viés da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se trabalhar a ponderação entre a intervenção estatal nas garantias fundamentais e o seu alcance, ou seja, os meios utilizados para conseguir os fins não devem se sobrepor ao limite do tolerável. Por isso, a medida cautelar deve, sempre e invariavelmente, ser proporcional à pena cominada em abstrato e à gravidade concreta (e não abstrata) do delito.

É por isso que, iniciadas as investigações, ainda na fase policial, o cidadão é apenas indiciado por um fato dito criminoso, porque a análise de mérito sobre o cometimento do crime e a sua culpabilidade só serão averiguadas ao longo do processo penal, devendo o magistrado ter como norte a busca pela verdade e não o encontro de um culpado. Presume-se a inocência²¹ do acusado e não a sua culpa. Após todo o trâmite processual, agora chamado de acusado/réu, é que ao final será dito inocente ou culpado, e nesse último caso, a prisão deixa de ser processual/preventiva, tornando-se definitiva, caso não tenha sido revogada antes.

²¹ Art. 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O conflito no processo penal gira entre o *ius puniendi* do Estado e o *ius libertatis* do acusado. Há diferenças entre um e outro, visto que, até que seja definitivamente condenado, há uma presunção de inocência do indiciado, ou pelo menos deveria haver. Esse dado princípio nada mais é que a proteção às garantias fundamentais do indivíduo, não se permitindo a intervenção punitiva estatal desnecessária ou atentatória à incolumidade física ou psíquica dos cidadãos. (TUCCI, 2011, p. 135-137).

Assim, em conformidade com este referencial, o juiz deve, tendo em mãos o pedido preliminar através do qual se requer a decretação da medida extrema, qual seja a privativa de liberdade, lançar os olhos para o futuro, fazendo projeção no sentido de qual será a punição do acusado em caso de superveniência de condenação. Nesse sentido, fazendo tal projeção, é que o juiz poderá indeferir o pleito de prisão preventiva do indiciado ou acusado, fazendo possível a aplicação de medidas cautelares diversas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal²², por exemplo, de maneira imediata, promovendo, então, a garantia do princípio da proporcionalidade, analisado caso a caso. (BRASIL, 1941, art. 319).

Como evolução do Direito Penal resta apenas a obediência à humanização das sanções criminais, percebendo-se a existência de medidas outras que não a prisão, deixando esta como última medida a ser utilizada, o que constitui verdadeiro limite à atividade punitiva do Estado. Nestes termos, mesmo ante esse contexto principiológico, o processo penal se faz necessário para que se busque a culpa real, sendo, para isto, imprescindível a presença de um julgamento o máximo imparcial e que atue na busca pelo julgamento justo.

Com isso, pretende-se evitar que a prisão preventiva, excepcional por natureza, torne-se ferramenta para garantir um Estado de exceção, em que prisões processuais ganham caráter de antecipação de pena e tornam-se regra violadora de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 55). Até porque não se pode permitir que o Direito Penal seja usado para legitimar o cometimento de abusos por parte do Estado, uma vez que é ferramenta limitadora deste.

Portanto, não se pode sob o pretexto da onda de criminalidade que assola o país

²² *Ipsis litteris*: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.” (BRASIL, 1941).

segregar uma pessoa, restringir-lhe seus direitos ou privar-lhe a liberdade, sem que haja a certeza quanto a sua culpabilidade, sob pena de essa privação recair sobre um inocente. Deve-se ter em mente que o indiciado é aquele apontado como suspeito ainda na fase policial investigativa, o acusado ainda está sendo processado e a estes não deve ser dispensado tratamento desumano de presunção de culpabilidade.

Se o condenado deve ser tratado com dignidade e respeito, que dirá aquele que ainda está sofrendo o processo penal, lutando contra as acusações que sobre ele pesam, e que muitas vezes é tachado pela sociedade como culpado, ouvindo pré-julgamentos, relatos odiosos, ofensas não só contra si, mas contra sua família, sofrendo estigma social²³. Sendo o caso de grande repercussão, o acusado é alvo de holofotes, podendo ser automaticamente condenado pela mídia ou ter sua morte social perante o público, sem que o processo sequer tenha se desenrolado.

As consequências do mau uso da prisão preventiva são gritantes e isso se deve, entre outros motivos, a algumas falhas que dão azo a interpretações que não se comunicam com os ditames constitucionais vigentes, a exemplo do requisito da garantia da ordem pública quando é aproximado do atendimento à opinião pública, que é o objeto desse estudo. Nesses casos midiáticos, algumas decisões nem sempre são acertadas, e há mais preocupação com a repercussão pública do que com o cumprimento das garantias processuais penais.

3.1 A prisão preventiva: abstração do requisito da “garantia da ordem pública”

Há mais de 70 anos busca-se um significado para o termo garantia da “ordem pública” no processo penal brasileiro. Entre conceituações vagas, os teóricos do Direito não conseguem definir semanticamente o que seria essa ordem. Por ser um conceito vago, aberto e indeterminado, continua sendo a saída para qualquer caso que não encontre uma razão de ser certa.

Num contexto constitucional de processo penal, repleto de garantias e direitos subjetivos, os mandamentos legais que visem restringir a liberdade do indivíduo devem sempre ser vistos com cautela. Em que pese a análise do presente estudo se voltar para requisito legal que será mais adiante destrinchado, querer garantir a ordem pública, num

²³ Explica-se: a partir do momento que o sistema processual penal no Brasil é caracterizado pela morosidade nos julgamentos, há verdadeira demora na resolução das prisões provisórias e do processo como um todo. Passa-se mais tempo preso preventivamente. Para o senso comum, ou seja, para o público, o cidadão que foi preso, por passar tanto tempo assim, é porque certamente tinha alguma culpa. Eis o estigma, pois ainda que ao final seja absolvido, continuará a mácula da prisão em sua vida para sempre.

cenário de desordem nessa sociedade desigual, é um tanto quanto contraditório. Que ordem seria essa?

Como se pôde observar, em uma nação cuja sanção maior é o cerceamento da liberdade, por ser vedada em nossa Constituição²⁴ qualquer outra forma mais grave de pena, percebe-se que o bem supremo a ser garantido ao cidadão é a liberdade. É sob esse olhar que se analisa nesse momento a prisão, mais especificamente, a prisão preventiva, de caráter antecipatório e processual.

Dessa maneira, o poder maior do Estado contra o cidadão é o ato de restringir a sua liberdade de locomoção. Por essa razão, apenas quando devidamente processado e por ordem fundamentada de uma autoridade competente²⁵ é que poderá ocorrer a prisão de uma pessoa acusada do cometimento de uma infração penal.

Em se tratando de prisão preventiva, o Código de Processo Penal, datado de 3 de outubro de 1941, traz em seu artigo 312²⁶, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, cinco cenários para que ocorra o cerceamento da liberdade do acusado durante o curso do processo ou investigação penal e não por consequência do cumprimento de uma condenação (BRASIL, 2011, art. 312).

Ademais disso, quanto à liberdade, verifica-se que a Constituição de 1988, por ser posterior, afeta diretamente os postulados do Código de Processo Penal de 1941, principalmente, no que toca às garantias individuais do acusado. Isso é notório ao ser assegurado ao indiciado a presunção de sua inocência²⁷ até o trânsito em julgado do curso processual penal.

Desse modo, ante tantos corolários do processo penal constitucional, sem dúvidas, o princípio da presunção da inocência ganha extrema importância no trato da questão da prisão processual cautelar. Isso porque, a prisão em si já é uma exceção constitucional. (NUCCI, 2014a). Mais ainda quando se fala em clausura sem que tenha ocorrido trânsito em julgado do processo, sem qualquer condenação. Assim, uma prisão processual somente poderá ser

²⁴Como se pode ver, *ipsis litteris*: “Artigo 5º, inciso XLVII, da CF: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.” (BRASIL, 1988, art. 5).

²⁵Como se pode ver, *ipsis litteris*: “Artigo 5º, inciso LXI, da CF: ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” (BRASIL, 1988, art. 5).

²⁶Como se pode ver, *ipsis litteris*: “Artigo 312, do CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública**, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.” (BRASIL, 1941, grifo nosso).

²⁷Como se pode ver, *ipsis litteris*: “Artigo 5º, inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

decretada quando atendidos os requisitos legais previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio da necessidade e da presunção da inocência.

Explica-se: o que mais importa é saber que o caráter preventivo de uma prisão está atrelado à cautelaridade (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*), ou seja, à necessidade de assegurar aqueles requisitos expressamente previstos, quais sejam a preservação da regular instrução e investigação penal, a ordem pública, econômica e a aplicação da lei penal, bem como em caso de descumprimento de medida alternativa. Assim, a prisão preventiva carrega em seu âmago a efetiva necessidade, só podendo ser decretada no caso de real proporcionalidade, devendo ser provisória e instrumental.

Sob o aspecto semântico do termo legal “ordem pública”, a doutrina varia e permanece aberto o sentido e alcance desse fundamento da prisão preventiva. Por exemplo, para Basileu Garcia, o requisito significa que será decretada a prisão cautelar para evitar a reiteração das condutas criminosas pelas quais o indivíduo é acusado. Significaria também, tanto a propensão ao crime, quanto o fato de que, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Nesse sentido, o autor atribui a garantia da ordem pública uma função de contenção aos criminosos contumazes, para que sejam evitadas novas infrações penais. (GARCIA, 1945, p. 169).

Pensando a preventiva com menos garantias, haja vista a função de proteger a sociedade, a reiteração de delitos que possam causar perturbação ao povo:

[...] é motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública, justificador da decretação da prisão preventiva. [...] Não se trata de colocar em risco o princípio da presunção de inocência, mas de conferir segurança à sociedade. **O prisma da prisão cautelar é diverso do universo da fixação da pena.** Neste último caso, não deve o julgador levar em conta processos em andamento, por exemplo, para agravar a pena do réu; porém para analisar a necessidade de prisão provisória, por certo, tais fatores auxiliam a formação do convencimento do magistrado. (NUCCI, 2014b, p. 840, grifo nosso).

No mesmo sentido, Antônio Scarence Fernandes, abordando a finalidade de proteção da sociedade, aduz que a intenção de garantir a ordem pública adviria da tentativa de impedir o acusado de reiterar suas condutas delitivas. (FERNANDES, 2012, p. 302).

Para outra parte da doutrina, o fundamento legal da garantia da ordem pública versaria sobre a comoção social causada pelo crime, o impacto da conduta supostamente cometida pelo acusado na sociedade ou até mesmo a função de dar credibilidade às Instituições do Poder Judiciário.

Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 67) afirma exatamente o caráter de requisito que guarda a possibilidade para as finalidades residuais da prisão sem pena. Ou seja,

em não havendo as circunstâncias da cautelaridade no caso concreto, caberia ao requisito da ordem pública a garantia do restante para a promoção da defesa social. Sendo assim, para uma maior sensação de justiça perante a sociedade, no sentido de dar respostas, demonstrar exemplos e assim, evitar a reiteração delituosa (prevenção especial).

Dessa maneira, pode-se observar que não há consenso doutrinário a respeito de se delimitar a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública. Uns atribuem ao termo a função de prevenção geral, outros de prevenção especial e alguns atribuem a finalidade de uma prevenção concreta, ou seja, de proteção da sociedade, para que esta não pereça concretamente e tenha danos em seus bens jurídicos mais relevantes, atraindo-se portanto um escopo social para sua definição.

Observando-se tal conceituação, percebe-se um detalhe: todas as conceituações partem do pressuposto de que o acusado irá reiterar a conduta supostamente criminosa ou que sua liberdade põe em risco a sociedade. Isso acaba por conferir culpa àquele que é apenas indiciado. Ou seja, analisar sua periculosidade, criando-se um juízo sobre isso para decretar uma prisão preventiva é o mesmo que flexibilizar o seu estado de inocência, para salvaguardar o direito da sociedade à segurança. Percebe-se? Pois bem.

Em se tratando de alguns argumentos utilizados para fundamentar a prisão preventiva com base no requisito legal de garantia da ordem pública, elenca-se o binômio: periculosidade e repercussão social da conduta delitiva supostamente praticada pelo acusado. Em que pese a prisão preventiva ser uma medida cautelar, ou seja, uma prisão processual, sem que tenha havido a condenação do acusado, tem havido um desarrazoado aumento no número de decretos dessa natureza.

Apesar de, muitas vezes, não terem sido estabelecidos os pilares da configuração do crime (fato típico, ilícito e culpável) naquele momento, e nem mesmo a instrução processual, o acusado após ser apontado como suspeito de uma conduta dita criminosa já carrega as vestes de um condenado, de maneira pré-julgada pela grande parte da população. Não só o estigma social, mas o jurídico, uma vez que os motivos que tentam definir a garantia da ordem pública afrontam diretamente a presunção da inocência, como visto anteriormente.

É nessa esteira que boa parte da doutrina critica o requisito da garantia da ordem pública, enaltecendo a inconsistência semântica desse conceito, bem como os vieses sob os quais é analisada a presença desse requisito, ou seja, a periculosidade duvidosa e a repercussão social supostamente alarmada.

Isso porque, por exemplo, em se tratando de periculosidade, o suposto acusado não deixará de sê-lo se encarcerado cautelarmente, não sendo a prisão meio hábil para acalmar os

ânimos de um ser perigoso. Dessa maneira, apenas por preencher o requisito legal da garantia da ordem pública, de conceituação inconsistente e vaga, têm-se a prisão preventiva decretada e devidamente fundamentada, porém não justificada. (SOUZA, 2018).

Ademais disso, quanto ao aspecto da repercussão social da suposta conduta cometida, de que maneira é que a prisão preventiva desse indivíduo, com base unicamente na garantia da ordem pública, irá tornar o suposto crime mais ou menos repercutido entre as pessoas da sociedade? Após quanto tempo preso preventivamente, a ordem pública voltará ao *status quo ante*? Será que tais fundamentos seriam hábeis a fundamentar mesmo uma prisão processual excepcional?

Nas palavras de André Peixoto de Souza (2018), por exemplo, “a prisão preventiva no requisito único da preservação da ordem pública é inconsistente, senão um ultraje ao rigor das garantias fundamentais. Um escárnio. Um paradoxo. Uma aberração jurídica.” Dessa maneira, percebe-se que dar créditos a tal fundamento é contraproducente e acaba culminando numa violação de garantias sem precedentes.

Isso porque a liberdade é a regra e a prisão, exceção. Deve-se buscar manter a liberdade do indivíduo, sempre que possível, para garantir a plenitude do princípio constitucional da presunção de inocência. Havendo um conflito com a garantia à segurança, também prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988), deve-se tentar harmonizar a situação, ponderando-se o caso concreto entre direito fundamental do indivíduo e da sociedade.

Sendo assim, presentes os requisitos legais e realmente sendo uma medida extrema e necessária ao caso que está em análise, não há como se cogitar a liberdade do acusado, mas será viável a sua prisão cautelar, verificada a sua indispensabilidade, tomadas todas as cautelas, e sendo o caso de garantir-se mesmo a ordem pública.

Sendo assim, o presente trabalho não fecha os olhos para um direito também constitucional garantido à sociedade como o é o direito à segurança. Absolutamente, mas que haja uma ponderação sempre, no caso concreto, para que a decretação da custódia cautelar de um acusado, não seja uma antecipação de sua culpabilidade. É notório que esse trabalho não olvida nem confunde a origem ou a fundamentação dada às formas de segregação. Prisão processual e prisão-pena têm bases diversas, não se colocando em análise a questão da culpabilidade ou inocência nesse sentido.

O trabalho chama a atenção para a necessidade, adequabilidade e excepcionalidade a que uma medida cautelar de prisão preventiva deve se vincular. Havendo o risco concreto, pelas circunstâncias do caso, de colocação de toda uma coletividade em perigo, deve-se sim

garantir a segurança da população, sob pena de colocá-la em risco (BRASIL, 2004d)²⁸. Tendo em vista tal requisito tão polêmico e que causa dissenso, percebe-se que garantir uma suposta “ordem” através de uma “desordem constitucional”, não seria nem coeso. Diante disso, garantir a ordem pública passa a ser um problema de coesão e semântica, necessitando-se estabelecer limites modestos na análise do caso concreto.

Em que pese toda a abstração semântica do termo, a jurisprudência teima em sugerir conceituações que possam ser utilizadas como sinônimos para garantir a tal “ordem pública”. Como se viu, ideias que vão desde a análise da periculosidade do réu, passando pela comoção social, perversão do crime, perigo de risco à integridade do acusado, até o clamor público e a repercussão social, são utilizadas, para que se possam validar decretos segregatórios cautelares sob esse fundamento.

Não só a doutrina, mas também a jurisprudência pátria pecam quando da tentativa de definição do termo da garantia da ordem pública. Em informativo nº 373 do STF (BRASIL, 2004c), acerca da Prisão Preventiva e Garantia da Ordem Pública, HC 84498/BA, o relator, Min. Joaquim Barbosa, 14.12.2004 (BRASIL, 2004a), analisa o termo garantia da “ordem pública” da seguinte maneira:

Entendeu-se, todavia, que subsistiria o fundamento da garantia da ordem pública, uma vez que o crime fora de enorme repercussão em comunidade interiorana, além de restarem demonstradas a periculosidade da paciente e a possibilidade de continuar a praticar atividades criminosas, fatores suficientes para a manutenção da custódia cautelar.

Analisando alguns desses sinônimos dados pela jurisprudência ao termo “garantia da ordem pública”, constata-se que boa parte deles não é hábil a defini-lo, como foi visto também com a doutrina. Quando se fala em gravidade do crime, por exemplo, ou periculosidade no *modus operandi*, afronta-se diretamente a presunção da inocência constitucionalmente garantida, o que só expõe ainda mais a abstração semântica. Em outras palavras, “no momento

²⁸Prisão Preventiva e Garantia da Ordem Pública. (BRASIL, 2004d). Ressaltando a excepcionalidade do caso concreto, a Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus impetrado em favor de denunciado, juntamente com terceiros, pela suposta prática do crime de homicídio qualificado de líder ruralista de região conhecida por graves conflitos fundiários. Pretendia-se, na espécie, a revogação da prisão preventiva decretada na fase inquisitiva e mantida após a instauração da ação penal, sob a alegação de ausência de fundamentação idônea. Entendeu-se que a prisão do paciente deveria subsistir com fundamento exclusivo na garantia da ordem pública, tendo em conta a notícia de ameaça a testemunhas, não obstante a falta de vinculação a réu específico, bem como o temor dessas e a insegurança na localidade em que o crime fora cometido. Ressaltou-se, ainda, que a necessidade da prisão ficaria mais evidente em razão de o decreto mencionar outros elementos agravadores da situação, consistentes na dificuldade de acesso à região e na falta de apoio do Estado, somando-se a isso o reduzido contingente policial na comunidade. Vencido o Min. Marco Aurélio que deferia o writ por não vislumbrar que a citada ameaça pudesse ser concretamente atribuída ao paciente. HC 84680/PA, Rel. Min. Carlos Britto, 14.12.2004. (BRASIL, 2004b).

em que o julgador fundamenta uma prisão preventiva com base na gravidade do crime, está atestando em definitivo a autoria do delito.” (MINAGÉ, 2015, p. 109).

Isso porque na medida em que se prende um sujeito em razão da gravidade do suposto crime ou da periculosidade no cometimento, atesta-se ao acusado a autoria do fato. Acaba-se por atribuir a certeza da autoria do crime ao indiciado preso, tudo isso preventivamente, em razão de ainda não terem sido analisadas provas, nem ter sido instruído o processo penal. O “indício suficiente de autoria”, previsto na lei processual penal, transforma-se em certeza. E aí o mérito do processo só iria resolver a dosimetria de uma condenação certa ao final. (MINAGÉ, 2015, p. 109).

Deve-se ter em mente algumas características da prisão preventiva, a exemplo da excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, que não comportam aberturas para que se fundamente uma prisão com base em conceitos abstratos e vagos, que não possuem qualquer delimitação semântica. E essa delimitação não é aquela dada pela jurisprudência que muda a cada soprar do vento. Uma definição concreta e real, com conceitos bem delimitados, pontuais, que não deem margens a interpretações ideológicas ou oportunistas, nem deturpem a finalidade garantista da Constituição é algo a se perseguir.

A título de exemplo, poderia se pensar no termo “ordem pública” de maneira destrinchada legalmente no próprio artigo da prisão sob esse fundamento. Essa delimitação reduziria a possibilidade do arbítrio e de invenção da ordem pública, já que a linguagem e o entendimento sobre os direitos formal ou materialmente contidos na Constituição parecem não ser mais suficientes para tanto.

Obedecendo-se esses critérios, não se deixariam brechas para interpretações que antecipem sua culpabilidade, por apontar a autoria a um acusado, que sem sentença, tenha sua liberdade cerceada preventivamente, apenas com base na “gravidade do crime” ou na “periculosidade no *modus operandi*” (LOPES JR. 2012, p. 792), como fundamento da garantia da ordem pública.

Por outro lado, quando se tenta aproximar a ordem pública com o clamor social ou com a manutenção e credibilidade das instituições, a conclusão que se tem é a mesma. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, há muito decidiu:

STF: “(...) O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, **não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.** O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se

qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. [...] “[...] A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública”. (BRASIL, 2001b, grifo nosso).

Para Aury Lopes Júnior (2017, p. 635) o termo em análise faz as vezes de qualquer papel, desde que se pretenda a prisão do acusado. Isso porque a sua indeterminação conceitual, extremamente maleável e vaga, acaba por ser o requisito mais invocado quando das decisões de prisão preventiva, exatamente porque não se pode contrapor o que não se tem conceito²⁹. Ainda mais quando se tenta aproximar a ordem pública de clamor público ou da repercussão social, o que acabaria por ser o maior fator de risco para a própria ordem pública que se tenta garantir.

Por isso, é relevante observar a verdadeira subversão que um pequeno termo que tenta garantir a ordem pública consegue causar em toda uma ordem constitucional de direitos e garantias fundamentais. As consequências de tamanho imbróglio são catastróficas e traumáticas, não só para o aprisionado, como para a ordem de um Estado Democrático que se diz de Direito, principalmente quando se deixa de observar a real necessidade processual da prisão preventiva, e começa-se a decidir de maneira descomprometida e desconexa, ou utilizando-se argumentos que beiram o subjetivismo, seja ele político, moral, religioso ou econômico.

Desde há muito tempo, Beccaria trouxera a ideia da prisão cautelar do acusado de uma infração só deveria ocorrer por necessidade, apenas quando houvesse tentativa de fuga ou destruição/ocultação de provas do crime. E, de fato, são os casos de extrema *ratio* que já são contemplados na legislação processual penal (conveniência da instrução criminal e asseguuração da aplicação da lei penal). A manutenção de requisito tão abstrato, como o da garantia da ordem pública, torna todo o ordenamento inócuo, uma vez que deixa a porta aberta para as divagações e interpretações desconexas, violadoras de direitos fundamentais, sendo um ponto autofágico da própria ordem.

²⁹ Em suas palavras: Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou a “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. (LOPES JR., 2017, p. 635).

Dessa maneira, percebe-se que ainda se mantém o requisito da ordem pública no ordenamento jurídico, mesmo que sem qualquer definição semântica, causando inúmeras violações a bens constitucionalmente protegidos. Por sua natureza vaga e genérica, torna-se argumento impróprio para a decretação de uma prisão de natureza processual, que cerceará a liberdade de um indivíduo, despindo-o de suas garantias e direitos fundamentais mais básicos, mais especialmente, quando se tenta aproximar a ordem pública da repercussão ou comoção social.

3.2 Prisão preventiva sem essência: a excepcionalidade excepcionada

Nesse contexto da atualidade, percebe-se que uma legislação necessária só é considerada válida quando, não só sua formação legislativa formal, mas também o seu conteúdo substancial estejam em conformidade e consonância com o que dita a Constituição, que é quem dá consistência à produção dessas leis (FERRAJOLI, 2002)³⁰. Isso torna o Direito Penal aquele último recurso que deveria ser utilizado pelo Estado, “deveria ser” porque o que tem se visto ultimamente é a superação da excepcionalidade das prisões cautelares, um Direito Penal de *extrema ratio* em detrimento da sua *ultima ratio*.

Através de uma interação de diversas fontes, desde os primórdios de várias civilizações até o pensamento jusfilosófico, baseados nas ideias do direito positivo e o direito natural, obteve-se a concretização do Garantismo penal. Com vistas a assegurar a garantia dos direitos fundamentais, em forma de princípios básicos constitucionais, é que se pretende analisar o formato que vem sendo tomado nos decretos de prisões preventivas para garantia da ordem pública, principalmente quando contam com o apoio alargado da opinião pública influenciável, haja vista sua abstração semântica.

O atual Estado de Direito Democrático requisita cada vez mais a atuação permanente do Poder Judiciário para a concretização de suas regras, em razão da interpretação sistemática, axiológica e evoluída das normas jurídicas. Nesse sentido, o próprio contexto social, a imprensa e a violência propugnam uma atuação do Estado diretamente no sentido de punição, o que difunde o apoio incondicionado aos decretos de prisões preventivas, que alguns acreditam ter a finalidade de dar respostas à sociedade.

É nessa esteira que se verifica a possibilidade de falhas no ordenamento jurídico positivo, levando a uma maior ingerência de outros setores na atuação potestativa do magistrado, investido no Juízo competente para decretar as tais cautelares segregatórias

³⁰ Abalizada obra fala profundamente a respeito de tal assunto. (FERRAJOLI, 2002).

(BECHMANN; STEHR, 2001, p. 198-200). Estariam sendo observados os pressupostos processuais legais somente ou as pressões e apelos sociais estariam sendo considerados?

Critica-se uma postura que vem sendo notada nos casos criminais de grande repercussão, pois que em ocasiões nas quais a segregação cautelar não é necessária, ela tem se feito presente, obedecendo a critérios que, muitas vezes, não são eminentemente legais. Num sistema jurídico-penal como o brasileiro, o que se tem visto é a mídia bombardeando diariamente a informação de novas prisões preventivas, principalmente no cenário das forças-tarefas contra a corrupção, como o estudo de caso trazido no primeiro capítulo, bem como o que se tem visto no cenário nacional com a Operação Lava Jato.

Muitas das vezes o cidadão não se dá conta ao menos do que seja uma prisão preventiva e quais seriam os requisitos legais para que esta seja decretada, quais são os parâmetros constitucionais envolvidos, espantando-se com a rápida resposta dada pelo Judiciário ao determinar a prisão dos envolvidos nesses casos. Acreditando ser a retirada do “criminoso” do seio da sociedade, acabam por aplaudir as rápidas providências tomadas pelo Poder Judiciário ou Polícias e midiáticas pela Imprensa. As investigações que seguem, via de regra, em segredo de Justiça, de repente, irrompem e chuvas de prisões preventivas são decretadas.

Essa profusão da prisão cautelar é como um *show* midiático que, a todo momento, expõe indiciados antes mesmo de qualquer julgamento. Apesar de o sistema de justiça criminal ter bases garantistas, ele vem se constituindo em um dos principais focos de atuação do Estado. Porém, na prática, conforme enuncia cartilha do Conselho Nacional de Justiça³¹, “verifica-se que a política criminal em vigor atende mais a clamores populares, orientados pela exploração midiática de casos pontuais, do que a uma análise criteriosa das evidências empíricas.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Nesse sentido, em se tratando da atual “sociedade de informação, a noção clássica de liberdade como espaço de ação não restrito pela liberdade dos outros, que se manifesta sobre bens cujo uso exclui o uso dos outros, tende a sofrer uma revisão.” (FERRAZ JR., 2015, p. 196). Ou seja, a profusão de opiniões sobre a liberdade alheia e discursos punitivistas violam cada vez mais direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que são postos de lado em atenção a suposto apelo público midiático, que só tendem a fortalecer a falácia de a punitividade ser o caminho para a segurança da população.

Essas decisões tomadas a fim de acalmar os ânimos da população, esquecendo-se de problemas subjacentes que delas decorrem, acabam por se tornar um verdadeiro espetáculo de

³¹Dados retirados do Conselho Nacional de Justiça, (2016).

força punitiva contra certos indivíduos. Utilizam-se disso para disfarçar uma incapacidade estatal maior em controlar o crime a níveis aceitáveis pela sociedade. Acaba por se tornar uma predisposição a impor penas nem sempre necessárias a alguns ditos criminosos, apenas para compensar o fiasco quanto ao fornecimento de segurança pública. (GARLAND, 2005, p. 226).

Em que pese a análise da política criminal de Garland versar, por vezes, sobre a criação de leis mais severas e a cultura do encarceramento, suas abordagens, nesse caso, fazem-se pertinentes porque o que se percebe é que apelos populistas por encarceramento, seja cautelar, seja definitivo, não seriam bons parâmetros para decisões, sejam elas políticas, sejam jurídicas, pois voltam-se mais aos holofotes que à própria justiça penal.

Dessa maneira, para atender ao que o autor chama de “inconsciente coletivo”, utilizam-se de uma criminologia midiática, obedecendo à lógica do sensacionalismo em casos de grande repercussão pública. Essa criminologia utiliza-se de imagens, simulacros e ansiedades ao invés de se fundar na análise crítica do caso e no conhecimento da investigação científica. Ao se tentar fazer popular, atendendo às preocupações públicas e aos meios de comunicação de massa, essa criminologia acaba por se tornar um discurso político do inconsciente coletivo, ainda mais quando se fundamenta em argumentos de que seriam mais realistas e de senso comum, do que fruto de teorias acadêmicas. (GARLAND, 2005, p. 228).

A profusão de prisões preventivas e o sensacionalismo em volta desse fenômeno violam a sua finalidade eminentemente acautelatória. Tendo em vista seu caráter limitador de abusos do poder punitivo estatal, faz-se necessário entender a sua excepcionalidade. Juntamente com a proporcionalidade de sua aplicação, viu-se um contexto principiológico que deverá ser atendido sempre que houver a iminência de cercear uma liberdade preventivamente. A conclusão a que se chega é evidente: vige no Brasil um sistema penal processual constitucional democrático, no qual devem ser garantidos os direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Em se tratando das funções das penas, ao longo do século XX, aquelas com caráter retributivo ou endurecidas foram bastante criticadas e até consideradas como anacronismo num sistema penal moderno. (GARLAND, 2005, p. 43). Assim, discursos que prezam pelo encarceramento em massa, ainda que preventivo, foge da razão jurídico-legal que se está inserida a sociedade brasileira.

Nesse sentido, os apelos que bradam cada vez mais fortes no seio da população e nos discursos políticos por recrudescimento penal enxergam nas garantias e direitos fundamentais uma barreira que deve ser superada para que se combata a criminalidade e a impunidade.

Acaba-se transformando um Direito Penal numa ferramenta populista, alimentando-se o prazer dos sedentos por punição.

Esse pensamento ainda fica pior quando se clama por prisão de caráter preventivo. Com função eminentemente cautelar e excepcional, a prisão processual deve ser decretada apenas quando presentes seus requisitos expressamente legais. Para isso, o Código Processual Penal vigente, passou por algumas tantas reformas no que toca ao assunto da prisão cautelar, da tentativa de aprimorar o instituto e corrigir falhas ou excessos em seu uso, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse mesmo sentido.³²

Em sua origem, por exemplo, o Código Processual Penal, trouxe em sua redação original³³ que a prisão preventiva era decretada nos casos de cometimento de crimes, baseado na pena máxima cominada em abstrato. Essa redação original não deixava margens para interpretações variadas. Era taxativamente decretada com base na gravidade abstrata do delito, independente da forma, circunstâncias ou situações em que fosse cometido.

Com essa redação, certamente, não se conseguiu atender ao primado da excepcionalidade, ante a gravidade das penas abstratamente cominadas que, muitas vezes, não correspondiam à gravidade do delito cometido. A prisão processual tem por escopo proteger o andamento das investigações/processo, devendo ser decretada quando houver um risco demonstrado e real, de perturbação desse procedimento. Por essa razão, foram introduzidas outras alterações³⁴ na legislação até se chegar à redação atual.

Dessa maneira, por se entender que as outras redações não cumpriam com zelo o caráter excepcional da prisão preventiva, deu-se novo ar aos requisitos, na tentativa de que essa segregação fosse eminentemente o último recurso a ser utilizado no Direito Processual Penal, exatamente, em razão de sua excepcionalidade. Sendo assim, a Lei nº 12.403/2011, estabeleceu que “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da

³²“EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. A prisão cautelar - que tem função exclusivamente instrumental - não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade - que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade - somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 2001a).

³³Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. (BRASIL, 1941).

³⁴“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria”, com redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967; e “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, **da ordem econômica**, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, com redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994, a qual incluiu a expressão ora grifada. (BRASIL, 1941).

lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.” (BRASIL, 2011).

Ademais disso, estabeleceu no parágrafo único do artigo 312, do Código Processual Penal, que essa prisão excepcional também poderia ser decretada no caso “de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”, as quais estão previstas no artigo 282, §4º, do mesmo diploma legal. Com tais alterações, o legislador tentou adequar esse mecanismo à ordem constitucional, garantista e humanista vigente desde 1988, criando, inclusive, as medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319, que ratificam o caráter subsidiário da prisão preventiva, quando no artigo 282, §6º, afirma que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.” (BRASIL, 1941).

Dessa maneira, percebe-se que há um verdadeiro desprezo pela essência do direito e processo penal, a decretação de prisões preventivas que fujam ao seu *mister*. Assim, uma prisão processual que se transforme em prisão-pena, ultraja sobremaneira todos os direitos e garantias do indivíduo, distanciando-se de uma aplicação de maneira correlata e justa. A reprimenda penal deve ser resultado do fato ilícito cometido e quando de sua condenação, por regra.

Entretanto, tem se percebido um fenômeno de busca por um resultado social, ao tentar-se demonstrar à população uma luta contra a impunidade através de uma segregação cautelar que muitas das vezes é desnecessária e inadequada ao caso concreto, mas como meio de dar respostas a um público ávido por punitividade, que deseja a punição do outro obedecendo aos comandos de seus instintos mais ferozes.

A exceção que torna regra o que é excepcional não deve ser alimentada pelos operadores do Direito. Assim, não se pode permitir a expansão de decisões que violem frontalmente o caráter excepcional da prisão preventiva e, redundantemente, a sua excepcionalidade não pode ser excepcionada. Tal pensamento vem desde os clássicos. Quando Beccaria (2012, p. 27) pergunta-se a razão de, já naquela época, ser “tão diversa a sorte de um inocente preso?”, faz-se tão atual ao respondê-la:

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado. (BECCARIA, 2012, p. 27).

Percebe-se que atribuir a um suspeito o mesmo castigo dado ao condenado comprovado não deveria ser rotineiro no contexto do Judiciário. Ocorre que, os números

mostram que a exceção vem virando regra há um tempo e, hoje, perfaz mais de 40% dos presos no país, ou seja, grande parte da população carcerária é composta por presos sem sentença criminal transitada em julgado, presos provisórios. Essa porcentagem a nível estadual espanta, no caso de Sergipe, que contabiliza por volta de 70% da população carcerária de presos provisórios, ou seja, aqueles sem condenação, encarcerados em Delegacias ou em Estabelecimentos penitenciários. (BRASIL 2016, p. 13-15).

A probabilidade de fracasso e erro nesses casos é alta, em razão das limitações, já que não cabe somente à Justiça penal cumprir a promessa de garantia da lei e da ordem e de segurança para todos. Ao judiciário cabe ver regularmente processados, de maneira devida, os crimes que lhe forem denunciados de maneira justa, eficaz e dentro dos ditames legais, com garantias e direitos assegurados.

Para essa missão existe a Constituição, que permanece com a incumbência de garantir tais direitos fundamentais, não se podendo falar de institutos jurídico-legais que desvirtuem a ordem constitucional. Dessa maneira, o legislador infraconstitucional deve obediência à norma suprema de uma nação, não se sustentando qualquer contradição ou permissão legal que viole os preceitos maiores, uma vez que culminariam em uma verdadeira afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, não se pode pensar o processo penal sem seu viés constitucional. Qualquer dispositivo legal deverá ser interpretado de maneira a garantir o núcleo essencial dos fundamentos básicos insculpidos na Carta Magna, sob pena de se recair numa jurisdição de exceção, ou seja, apenas com um aspecto de formalidade, um verniz de legalidade. Isso pode ser visto em algumas decisões que, embora concedam prazo, não dão condições de serem produzidas as provas, por exemplo; ou outras que são decretadas como meio de autopromoção daquele que as prolata, seja porque vira alvo de entrevistas ou torna-se celebridade perante o povo, conseguindo o destaque necessário para alcançar espaço no poder Executivo.

A quem enxerga de outro modo, ou seja, para aqueles que o caráter da preventiva continua sendo de prisão processual, basta enaltecer um simples argumento: o fato de os presos provisórios, em que pese ficarem em celas separadas de acordo com as acusações que respondem³⁵, possuem a mesma punição de cerceamento de liberdade dos presos definitivos, porque ficam restritos nos mesmos estabelecimentos prisionais que abrigam condenados, ou pior, em delegacias que não são nem de longe adequadas para tal fim.

³⁵ Lei nº 7.210/84. Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. (BRASIL, 1984).

E é sobre adequação e necessidade que gira a excepcionalidade da prisão preventiva, a um porque se deve observar se a finalidade da prisão no caso concreto corresponde ao meio utilizado, daí advindo sua adequação. A dois porque devem ser observadas as medidas alternativas à prisão, que violem menos direitos fundamentais e que, de igual maneira, garantam a consecução dessa finalidade no caso concreto, o que demonstra seu caráter subsidiário. Por último, deve-se sempre ponderar os ônus e bônus decorrentes de uma decisão de prisão preventiva, observando se os benefícios com a prisão preventiva irão superar as violações ora causadas.

Assim, fica evidente o caráter excepcional e de *extrema ratio* que deve permear a consciência do julgador, que prezará tanto pela adequação da medida, como aquele meio hábil a se alcançar o fim desejado, quanto pela necessidade, que advém da ideia do que seja menos custoso para tanto, ou seja, que viole menos garantias. Soma-se a observância permanente à proporcionalidade, uma vez que não se admitem excessos e abusos arbitrários.

Tendo em vista esse cenário de garantias e de excepcionalidade da medida segregatória cautelar, não se conseguem vislumbrar espaços férteis à jurisdição de exceção. Ocorre que, o que se tem notado para o fenômeno de tornar a exceção regra é o fato da não observância ou obediência a esses pressupostos mínimos de necessidade e adequação. Pior, quando se tenta cumprir com os requisitos, faz-se por motivos que põem em xeque a ordem constitucional por permitir violações e excessos.

Assim acontece quando decisões são tomadas por motivos outros que não os estritamente constitucionais vigentes, como, por exemplo, tomando por base o apelo público, a necessidade de respostas à sociedade ou querendo assumir um papel político que não lhe compete, como o de garantir punição sob a falácia da segurança pública. O cenário tem desfechos piores quando a grande mídia usa as suas poderosas ferramentas para cobrar posições do Judiciário ou para, junto com ele, articular espetáculos, montando-se o palco para reacender uma figura não desejada: o Direito Penal do Inimigo.

3.3 O retorno ao Direito Penal do Inimigo através da sociedade do risco

Variadas teorias de raízes Jacobianas, do Direito Penal do Inimigo, a exemplo da teoria das janelas quebradas, da tolerância zero e outras, favorecem um movimento de panpenalismo, ou seja, uma expansão máxima do direito penal repressor, que envolveria interesses velados e não manifestos. Assim, a utilização da mídia e do sistema de controle informal para reforçar essa necessidade de punição, a provocação do medo como forma de

domínio e de escolhas não criticáveis dos representantes da sociedade, culminaria no cenário que se vê atualmente: argumentos ilusórios de Justiça, baseados no discurso do encarceramento como forma de combater a impunidade.

O medo é um instituto inserido não só no Direito Penal, como na própria sociedade coletivamente considerada. Com essa atemorização geral, a sensação de violência e impunidade se robustece, criando o sentimento de insegurança, que só é abrandada após o restabelecimento da confiança nas instituições políticas e jurídicas estatais. Assim, o Estado utiliza-se cada vez mais do Direito Penal, mesmo que de maneira simbólica, para conseguir suprir falhas estruturais suas. A intenção, então, não é concretizar medidas que sejam de fato eficientes para a correção dessas falhas, mas apenas medidas que tenham a aparência de eficácia, com verniz de legalidade, para tranquilizar a sociedade (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 337-345).

Essa ideia corrobora com a trazida pelo pensamento de Ferrajoli: a prisão preventiva se traduz numa forma de punir primeiro para depois se investigar. Com a crescente interferência da mídia na transmissão de casos em grande escala, a sensação de insegurança é criada e o medo se alastra. Isso porque se cria no imaginário popular a ideia de que aquele que é acusado deve algo para a sociedade e, portanto, teria culpa. Para os culpados, o castigo. Sendo assim, a prisão preventiva assumiria o caráter de retirar de circulação pessoa suspeita, a fim de manter a tranquilidade de uma população.

Olvida-se completamente das garantias fundamentais insculpidas na Constituição como o direito à defesa ampla, o contraditório, o devido processo legal, haja vista que naquele momento o indivíduo sequer pode provar a sua inocência. Não se quer aqui dizer que a prisão preventiva deve ser extirpada do sistema processual penal, mas que sejam cumpridos os critérios específicos destinados à tão grave medida, sem que se torne uma ferramenta populista nas mãos daqueles que atribuem ao Direito Penal uma missão moral de salvação.

No mesmo sentido³⁶, não compete ao Estado o papel de educador coercitivo ou conformador moral de cidadãos adultos. Isso porque, em sociedades democráticas pluralistas, que possuem a liberdade como sua essência, não se pode admitir que a moral ou a ideologia majoritária, ainda que dominante, afetem significativamente outros valores essenciais e sejam consideradas em si mesmas bens jurídicos penais de lastro constitucional. (CUNHA, 1995, p. 137).

³⁶No mesmo sentido, Roxin, Figueiredo Dias, Fiandaca/Musco (CUNHA, 1995, p. 137)- Faz-se interessante pontuar que Roxin introduz a ideia de contenção do poder punitivo estatal na política criminal, funcionando a proteção dos indivíduos perante a autoridade estatal como um dever categórico do Estado. Para maiores detalhes sobre o assunto vide Amaral, (2007, p. 206-208).

Colocar sobre o Direito Penal a possibilidade de “correção” da sociedade, acabar com o medo e a falta de segurança, são formas de desvirtuar a essência da prisão preventiva e do próprio ramo jurídico enquanto ciência. E isso se torna lucrativo para a mídia, quando espetaculariza casos emblemáticos de aprisionamento de pessoas de alto poder aquisitivo, reforçando no público essa suposta capacidade do direito penal. (LARA, 2011).

O papel revelado ao Direito Penal, ou seja, ao Estado punitivo é tão somente preservar os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, a fim de que seja mantida uma convivência harmônica e a tolerância numa sociedade cada vez mais plural. Isso porque valores individuais essenciais concretos, como liberdade e dignidade humana, conseguem ser superiores a valores coletivos abstratos como essa moral dominante que se quer fazer crer.

Nesse caminho, a sociedade, sem maiores alardes, assiste à aplicação do modelo máximo, sem perceber que os limites para a intervenção do Estado vão sendo disfarçadamente superados. Percebe-se que as zonas de incidência já não se fazem mais tão nítidas. Assim, segundo o pensamento de Ferrajoli, o direito penal teria se transformado em campo nebuloso, obscuro e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, que só reforçaria sua função simbólica de intervenção máxima, sendo campo fértil à cultura do arbítrio e da corrupção do sistema constitucional. (LARA, 2011).

A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões desnecessárias e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina ‘justiça penal’, e que talvez, na história da humanidade, segundo Ferrajoli, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos. (LARA, 2011).

O resultado dessa atuação imediatista é o estabelecimento de um Estado interventor, detentor de poderes para regulamentar qualquer relação social ou jurídica em nome da moralidade ou do interesse público – conceitos extremamente abstratos e flexíveis. Forma-se o Estado Policial, afirmado por um constante Estado de Exceção (não se obedecem às leis, portanto, o Estado pode agir fora dos seus limites padrões) que permite a mitigação sistemática da atuação do Estado. Uma mitigação seletiva já que recai de forma muito mais contundente sobre pessoas determinadas.

Junto à mitigação da sistemática de intervenção mínima, o Estado perde gradativamente a sua característica de Democrático de Direito, passando a exercer um poder amplamente controlador e fiscalizador, em que as liberdades individuais só encontram lugar nos lapsos de sua atuação. Da mesma forma, o modelo repressivo autoriza que, em nome do

bem estar social, essas liberdades sejam flexibilizadas, impedindo a efetividade absoluta das garantias fundamentais. (LARA, 2011).

É exatamente nesse sentido que se diz que a sociedade atual está inserida num emaranhado confuso de apelos por regresso das conquistas humanitárias. Isso porque, fortalecendo-se a exceção para uns, condena-se toda uma sociedade, abrindo-se precedentes para que a jurisdição arbitrária se implante definitivamente. Nesse contexto, o sistema penal tem sido alvo de várias interferências, não passando a desenvolver suas funções como lhe foram creditadas.

A essência do Direito Penal, sob a ótica do princípio da intervenção mínima, é orientar o legislador, criando limite para o poder punitivo estatal, garantindo a proteção dos bens jurídicos mais importantes naquela sociedade, e enaltecendo o caráter subsidiário e fragmentário desse ramo. (GRECO, 2010, p. 27). Hoje, argumenta-se que o direito penal esteja cumprindo apenas uma função meramente simbólica, não mais exercendo sua função instrumental.

Isso significa que o direito penal existiria para suprir uma necessidade política, ou seja, para fazer a sociedade acreditar que ele de fato garantiria segurança, o que não é verdade. Nesse sentido, inculcar a ilusão de segurança aos desamparados seria o principal objetivo do uso simbólico do direito penal, e que legitimaria duas ideias:

a) legitimação do poder político, facilmente conversível em votos – o que explica, por exemplo, o afofado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as vantagens da redução ou, mesmo, da exclusão das garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência etc. cuja supressão ameaça converter o Estado Democrático de direito em Estado policial. (CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 56).

É exatamente nesse sentido que muitos políticos apregoam aos quatro ventos menor intervenção estatal nos setores sociais e econômicos, com discursos à privatização e terceirização dos serviços públicos e, em contrapartida, o fortalecimento do direito punitivo do estado, ou seja, maior intervenção no Direito Penal, com fortes apelos ao encarceramento em massa, o que não garante a diminuição da violência, mas que são discursos sedutores para uma população insegura.³⁷

Ao revés, com esse fenômeno a política criminal enfrenta uma crise severa porque não está preparada para lidar com as emoções das massas de uma sociedade de risco. A essa

³⁷ Nesse sentido: “a política criminal legislativa... acaba por ser uma política criminal natimorta em termos de objetivação de segurança, pois sempre haverá um risco residual não garantido pelo dispositivo incriminador.” (AMARAL, 2007, p. 213).

instabilidade do ser humano, a religião se tornaria um meio mais eficaz de contenção, entretanto a política criminal, utilizada para esse fim, acabaria por aprofundar ainda mais insegurança, uma vez que ela visa estabilizar conquistas no campo teórico e prático, que hoje estão desequilibradas, pesando mais a vertente empírica e o combate à criminalidade. (AMARAL, 2007, p. 213).

Seria a implantação de um Estado-Penitência, ou seja, o aumento do caráter policialesco do Estado e a redução do seu dever de prestação social. Assim, aumentados restaria os meios de intervenção estatal nas relações sociais. De forma contingente, tendências criminalizantes bradam o aumento da repressão penal. De forma insistente, os meios de comunicação medeiam essa tendência através da cobertura completa e divulgação de fatos concretos com grande repercussão, influenciando ou espetacularizando.

Tudo isso é apenas o início de um caminho que visa atingir o Estado Democrático de Direito, traduzido na proteção de garantias fundamentais. É nesse sentido que se tem argumentado o seguinte:

Hoje, o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova 'guerra santa' contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal. A perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado Mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundam na solidificação de verdadeiro Estado Penal. (CARVALHO, 2008, p. 78-79).

Dando espaço para o crescimento dessa (des)cultura punitivista, o direito penal soa como emergência e solução. Nesse sentido, as práticas arbitrárias antecederiam até qualquer transformação na lei, encontrando guarida num discurso de sociedade em movimento que clama por soluções imediatistas. Vê-se, pois, o caminhar para o retrocesso. Troca-se a roupagem de conceitos violadores, já abandonados pela modernidade, reedita-se o velho esquema substancial daquela tradição punitivista de outrora e passa-se a adotar na atividade judiciária “técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia.” (FERRAJOLI, 2002, p. 649).

Os aspectos consolidados para sustentar essa natureza de emergência seriam: 1) a alteração da fonte de legitimação, como princípio da intervenção punitiva e “não mais jurídica, mas imediatamente política. Não mais subordinada à lei, enquanto sistema de vínculos e garantias” (razão jurídica), “mas a esta supraordenada” (razão de Estado,

salvaguarda ou bem estatal – *Grund-norm*³⁸); 2) a exceção como legitimação externa da prática. Exceção à Constituição, mutação legal de regras, jurisdição de exceção, legitimando os abusos. (FERRAJOLI, 2002, p. 649-650).

É nesse contexto que se percebe uma crise de legalidade do direito penal: há divergências do dever-ser normativo e o seu ser-efetivo. Nesse caso, aumentam as possibilidades de injustiças involuntárias que nada têm a ver com as injustiças decorrentes da lei, mas que teriam fundamento na justificação de qualquer meio ainda que imoral e ilegal para defender o Estado, disfarçando essa razão em nome de assegurar o bem comum. (FERRAJOLI, 2002, p. 650).

Em outras palavras, o princípio da razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto do Estado moderno de direito, consistindo em retrocesso processual penal, em arbítrio policialesco e repressão política. (FERRAJOLI, 2002, p. 653). Tudo isso é afirmado porque para essa razão, o Estado seria um fim em si mesmo, o que autorizaria a Emergência Penal, como verdade substancial através de procedimento decisionista e inquisitório, apoiada no consenso da maioria dos partidos políticos e na opinião pública. Em contrapartida, o Estado de Direito é meio para alcançar a garantia dos direitos, que seria a finalidade genuína da jurisdição penal, buscando a verdade formal/processual e material, através da imparcialidade do juízo e do Garantismo constitucional.

Nesse sentido, percebe-se que o direito penal emergencial tem raízes históricas. Ao longo da década de 70, na Itália, por exemplo, houve essa fase quando do aumento, em sede de leis especiais, do poder perquiratório, de interrogatório e investigação sumária da polícia. Nessa época, houve pouca influência no sistema penal ordinário e sofreu críticas de inutilidade, porque, certamente, de nada adiantou. (FERRAJOLI, 2002, p. 656).

Em um segundo momento, nesse mesmo país, início da década de 80, a emergência penal partiu para o direito penal político especial ou de exceção, quando fortaleceram as legislações antiterroristas. É nesse momento que os magistrados assumem um papel heroico de combate à criminalidade. Interessante são os aspectos que caracterizam esse momento histórico, como os encarceramentos preventivos, alargamentos de sua duração, tornando-se medida automática e obrigatória, pela simples natureza do crime, além de cominações em *bis in idem*, não compensação de agravantes e atenuantes, redução de penas e benefícios concedidos de modo discricionário, interrogatório sem defesa etc. (FERRAJOLI, 2002, p. 657).

³⁸ Seria o bem do Estado, “norma principal do ‘direito de emergência’, a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 650).

A exemplo do que ocorreu na Itália, vê-se que o processo penal seria apenas um cumprimento de formalidades nos períodos de exceção, se manifestando como uma verdadeira máquina punitiva contra o acusado. Isso difere do que se garante no Estado Democrático de Direito vigente no Brasil que é a constitucionalização do processo penal, assegurados todos os mecanismos de defesa ao acusado.

Nesse período, a exceção, atrelada à cultura arraigada de punitivismo em excesso, era aplicada em detrimento da lei. Criaram-se novas exceções assistidas passivamente pela maioria do povo italiano. O Direito Penal tornou-se do “Inimigo” e as discricionariedades nas fases investigativas e de execução aumentaram, até que chegou ao seu fim. (FERRAJOLI, 2002, p. 658).

Sob tais análises, percebe-se que houve uma verdadeira mutação do modelo de legalidade penal. O direito teria deixado de ser *do crime* para um direito penal *do réu*. Nesse sentido, começaram a surgir conceitos vagos e abstratos de crime, que dariam espaço à subjetividade de seus intérpretes. Modelo de antijuridicidade substancial e formal, que legitimariam investigações sobre réus e não sobre crimes, punindo-se não somente o que se fez, mas também quem o fez pelo que era. O crime passou a ser visto como um ato pecaminoso e um grande ato de heresia, e não mais como um fato presente em toda a história da humanidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 660).

Essas distorções, subjetiva e substancial da verdade processual, culminaram numa predileção pelo modelo inquisitório. Nesse modelo, o julgador deixa de ser imparcial e passa a ser um inimigo do réu. Não buscaria a verdade do fato, mas um condenado para o crime. Haveria, portanto, uma alteração do objeto do processo, pois o acusado é visto não como um agente sobre o qual recaiu um fato, não sobre o que foi feito, mas sobre o que ele é. (FERRAJOLI, 2002, p. 660).

A execução da pena, também sofreu alterações quando dessas mudanças substancial e subjetiva. No Direito Penal emergencial, o cárcere se tornaria mais trânsito que expiação de pena. Observe-se que isso é atual. Seria uma forma de se instalar um estado de exceção:

Cárceres especiais, regimes especiais e diferenciados, tratamentos personalizados, classificações por graus de periculosidade, medidas alternativas e outras formas de prêmios ou punições modelaram a pena na personalidade singular do condenado, e mais frequentemente do imputado: seja pela prevalência que assumiram as funções correcionais da prevenção especial, seja, sobretudo, porque também o tratamento penal foi submetido à lógica do amigo/inimigo, que exige a severidade da pena taxada conforme o grau de irredutibilidade ou de arrependimento ou se quisermos de não recuperação ou de recuperação social de um detento singularmente considerado. É assim que na pena legal de privação de liberdade pessoal se *agregam penas nas penas* ou, ao inverso, prêmio nas penas, uns e outros atípicos, extralegais e

extrajudiciais, não mais vinculados ao delito senão ao réu, e discricionariamente dispensados por via substancialmente administrativa. (FERRAJOLI, 2002, p. 661).

Em última análise, percebe-se que o caminho da exceção foi trilhado, abrindo espaço para o gigantismo processual e os maxiprocessos panpenalistas. Enxerga-se o passado no futuro, ao se regredir ao Direito Penal do Inimigo, na sociedade atual do risco. De maneira temporal, os processos continuam demorados e a Justiça morosa, em razão de que seja dado tempo para aumentar o arcabouço probatório de acusação e não mais da prova da inocência do réu.

É esse cenário que abre espaço para os abusos das prisões preventivas, nem sempre necessárias, que se protraem no tempo e se tornam verdadeiras condenações e penas. Esse é o estado de exceção que aparentemente teria perdido espaço com a nova ordem constitucional e a implantação do Estado Democrático de Direito. Ledo engano, haja vista os últimos acontecimentos, a sociedade atual estaria caminhando a passos largos de volta ao caos punitivo emergencial, no qual garantias mínimas são espezinhadas dia a dia pelos próprios órgãos da Justiça.

Em fracassando os sistemas jurídicos, a legislação abstrata e falhando a política criminal, resta, para a midiaticizada opinião pública, o poder da palavra do Judiciário, na esperança de que sejam resolvidos os problemas mais urgentes de uma sociedade. As decisões judiciais penais caminham por setores de política não mais criminal, mas de política estatal, ainda que falaciosa, mas que servem de consolo a uma população que já não sabe mais a quem recorrer.

O crime e a busca de um criminoso funcionam como cortina de fumaça para os reais problemas da sociedade e esta, ludibriada, acredita serem essas as causas das mazelas sociais, enquanto que os motivos reais permanecem subjacentes ao mal da criminalidade.

Como se pode ver, uma forma de tolher a sociedade é através da imposição de medos. O medo é uma morte em vida. E essa cultura do medo é gerada também pelo autoritarismo, pelos discursos de “lei e ordem” e “linha dura”. Assim, é muito mais controlável uma população com medo, do que uma consciente dos reais problemas causadores das mazelas sociais. Isso porque, para uma população atemorizada com a violência, perder algumas garantias individuais em busca de eliminar o mal maior da criminalidade é aceitável. (LECHNER, 1988, p. 96-97).

É sobre essa repressão de uma minoria para o controle das massas que se visa garantir uma ordem, ainda que seja representativa de uma verdadeira desordem. Essa visão apenas mascara os problemas de fundo de uma sociedade. É alardeando um medo gritante, sob

a justificativa de manutenção da ordem, que se escondem medos ocultos em uma sociedade de risco, sendo esse o cenário fértil para a instalação do caos do autoritarismo e dos poderes de exceção.

3.4 O cenário sistêmico de exceção

Analisando-se o estudo de caso de prisão preventiva trazido por esse trabalho, como uma maneira de demonstrar a suscetibilidade da opinião considerada pública ou midiaticizada, percebeu-se que aproximar a repercussão social ao requisito legal da garantia da ordem pública é um tanto quanto perigoso aos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Contribuindo-se para essa violação de direitos individuais em prol de uma alegada proteção da sociedade, discursos punitivistas se inflamam e são midiaticizados pelos meios de comunicação, retornando-se aos cenários obscuros da exceção e arbítrios, típicos do Direito Penal do Inimigo.

Considerando o caso midiático de repercussão local, em sua função de ilustração e ponto de partida deste trabalho, apesar de a população clamar pela soltura do personagem, investigado como suspeito pela prática de crime contra a Administração Pública, pela afeição e proximidade que tem numa relação entre povo e prefeito, que conta com o apoio de boa parcela da mídia, o que se quis mostrar foi exatamente a suscetibilidade da opinião pública que varia conforme a pessoa e não conforme os fatos imputados. Esse caso em específico, contrapondo-se ao cenário nacional, em que os indivíduos presos acusados também por corrupção são vistos pela população como dignos da execração pública e piores penas, visou demonstrar o nítido caminhar para o Direito Penal do Autor, que acaba revelando a ideia de que aos outros seja dado o castigo, a punição antecipada, a prisão, mas aos “nossos” a cautela, a prudência, o devido processo penal, a liberdade.

Noutro norte, dos muitos exemplos possíveis de casos de repercussão nacional, pode-se analisar a famigerada Operação Lava Jato, que mobiliza o país desde 2016, dividindo opiniões entre pessoas do povo, comunidade jurídica e acadêmica. Em contexto pertinente, o Brasil passa por uma verdadeira operação sistêmica contra a corrupção já faz alguns anos e a cada noticiário os estudiosos do Direito ficam perplexos e apontam diversas violações às leis postas. É feito um novo Direito, ao bel-prazer de quem julga. Por leis com falha, mal elaboradas pelo Legislativo, com termos abertos como o da garantia da ordem pública, por exemplo, o magistrado de casos com grande repercussão vive uma série de conflitos.

A Operação Lava Jato foi noticiada em todo o país como sendo uma salvação ao problema crônico da corrupção no Brasil, alardeando um esquema criminoso e escândalo criminal sem precedentes na história. A população atônita e sofrida assistia a cada noticiário como a um episódio de filme, ansiando pelos próximos capítulos, tragédias, prisões, enfim, armado estava o espetáculo midiático.

Nesse cenário, chegou-se a afirmar que o princípio da presunção da inocência, apesar de constitucionalmente garantido, funcionaria como uma barreira para penalizações precoces, de maneira que serviria de proteção para que a prisão não fosse imposta antes do julgamento. (MORO; BOCHENEK, 2015). O que, de fato, deve ser ante a excepcionalidade da prisão sem condenação e o respaldo principiológico que limita o poder punitivo estatal. Tanto a Constituição brasileira, quanto os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, coadunam no sentido de que o indivíduo preso não deve ser medido pela régua da mídia, ou de arremedos de julgamentos que visem apenas dar respostas à sociedade.

Entretanto, alguns autores entendem que a conjuntura processual penal atual é ineficiente, o que acaba por culminar em processos morosos e que, muitas das vezes, terminariam numa impunidade. É por acreditar na ideia de combate à impunidade, que assevera:

A ineficiência é ilustrada pela perpetuação na vida pública de agentes que se sucedem nos mais diversos escândalos criminais. Não deveria ser tão difícil condená-los ao ostracismo. **Parte da solução passa pelo incremento da eficiência da Justiça criminal.** Sem dúvida com o respeito aos direitos fundamentais dos investigados e acusados, mas é necessário um choque para que os bons exemplos de eficiência não fiquem dependentes de voluntariedade e circunstâncias. Sem embargo de propostas de alterações do Direito Penal, o problema principal é óbvio e reside no processo. Não adianta ter boas leis penais se a sua aplicação é deficiente, morosa e errática. No Brasil, contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados. Em regra, os processos duram décadas para ao final ser reconhecida alguma nulidade arcana ou a prescrição pelo excesso de tempo transcorrido. (MORO; BOCHENEK, 2015, grifo nosso).

Ocorre que, percebe-se uma tendência a enxergar no processo penal o problema para a condenação em casos de repercussão pública, como os que envolvem a corrupção, sob o argumento de que deveria haver uma flexibilização nas garantias constitucionais, a fim de que medidas acautelatórias sejam tomadas, a exemplo da prisão antes de um julgamento, o que acabaria por contrariar o caráter excepcional da medida segregatória cautelar.

Sob essa ideia de combate à corrupção através da punição, percebe-se que a preocupação maior foi dar respostas ao público de que os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro cometidos por grandes empresários e agentes políticos também receberiam a reprimenda penal e a resposta do Estado punitivo. Por esse viés, as sanções do Direito Penal já

não alcançariam somente “o mais débil” e as pessoas marginalizadas, mas também os “engravatados”. Essas foram ideias que permaneceram no espírito de boa parte da população, consciente ou inconscientemente, sendo fixados aí em razão dos incessantes noticiários da mídia, fortalecendo o apoio de muitos a decisões que concretizavam um ideal punitivista.

E essa ideia não se sustenta à toa. A Imprensa representa um papel forte e importante para o sucesso ou o fracasso de operações judiciais numa sociedade globalizada e informatizada como a que se vive atualmente. O formato de lançar manchetes a cada minuto, espetaculariza todo o processo, fazendo com que a sociedade se choque e assista ansiosamente aos episódios do drama. Isso, no mundo moderno, em que tudo acontece e se esquece rapidamente, funciona como um campo fértil para a falta de crítica, uma vez que, para esta, demandam-se tempo, critérios, raciocínio e construção de conhecimento objetivo.

A imprensa, diante de casos espetaculares, age de maneira robótica, visando à lucratividade, ansiando por mais notícias, esquece-se das fontes e acaba por divulgar tudo que lhe é passado, ao invés de informar criticamente e filtrar o conteúdo.

Em que pese isso, alguns autores entendem pela visão que justifica o uso da mídia, por exemplo, para dar publicidade a casos que envolveriam suspeitas de corrupção. Nesse sentido, ressalta-se o “risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado”. Entretanto esclarece-se que “caberia, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios.” (MORO, 2004).

Para esse autor, as ações contra a corrupção só seriam eficazes com a divulgação ao público, chamando a isso de democracia, já que seria esta a limitadora dos caminhos que poderiam tomar uma ação judicial. Quanto a esta, só avançaria caso fosse apoiada pela opinião pública, caso contrário, sucumbiria. Além disso, funcionaria como uma fiscalizadora à espreita de resultados. Nessa mesma linha de raciocínio, o autor traz o risco de que a divulgação de informações de maneira precoce acerca das investigações poderia por em xeque a credibilidade do Judiciário, ainda mais abalada caso errasse em suas suspeitas e acusações. (MORO, 2004).

Analisando ainda a visão que valida a opinião pública como termômetro para decisões judiciais, afirma-se que a democracia seria a primeira legitimada no combate à corrupção, através de discursos esclarecidos, seria o povo próprio quem deveria atacar as raízes desse mal. (MORO, 2004). O autor ainda continua:

Ademais, a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil, se não por outros motivos, então pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em

processo criminal. Nessa perspectiva, **a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo [...]. A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. Vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa**, aqui, sim, cabendo rigor na avaliação, não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente em casos de grande magnitude e **nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos**. Mais grave ainda, no Brasil, a prisão pós-julgamento foi também tornada exceção, para ela exigindo-se, por construção jurisprudencial, os mesmos pressupostos da prisão pré-julgamento. Com efeito, **a regra tornou-se o apelo em liberdade. Tal construção representa um excesso liberal com uma pitada de ingenuidade**. É previsível que aquele já condenado a sentenças longas seja tentado a furta-se ao cumprimento da lei penal, especialmente quando, como no Brasil, não é exigida a sua presença no julgamento (salvo nos processos submetidos ao júri). Jogos semânticos à parte, não há como equiparar a situação processual do acusado antes do julgamento com aquela após a condenação, ainda que esta não seja definitiva. No Brasil (assim como de certa forma na maioria dos outros países) e com raras, mas — admita-se — crescentes exceções, a eficácia do sistema judicial contra os crimes de “colarinho branco”, dentre os quais o de corrupção, deixa bastante a desejar. O fato não escapa à percepção popular, sendo um dos motivadores das propostas de Reforma do Judiciário (cuja eficácia, porém, para reverter o quadro é, no mínimo, duvidosa). (MORO, 2004, grifo nosso).

Sobre isso, o seguinte apontamento de Foucault mostra-se atual, contundente e preciso em suas análises: Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo, e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confia-la a outros e sob a marca do sigilo. (FOUCAULT, 2010, p. 13).

Nesse mesmo sentido, importa dizer que existe a possibilidade de alguns agentes políticos sentirem-se incomodados com a atuação da Imprensa, à qual tacham de irresponsável, uma vez que excederiam sua função, exercendo papéis investigativos. Esse sentimento demonstraria uma nítida tentativa de calar a imprensa, evidenciando um papel dúbio de alguns agentes políticos, que fora do poder bradam por liberdade de imprensa, mas dentro do Planalto acabam por denunciar uma conspiração entre Judiciário e mídia, querendo a limitação desta. (BOTELHO, 2010, p. 202).

Sendo assim, é perceptível que a utilização pelo Judiciário da mídia no ofício de combate a corrupção é tema que causa divergentes opiniões. Aos que são favoráveis a essa interferência, credita-se à Imprensa o papel de ressignificador da cidadania, que transforma a sociedade culturalmente no sentido de causar a repercussão necessária para criar o sentimento de indignação e fiscalização, fortalecendo no povo seu dever de controle social, já que os órgãos responsáveis por tal *mister* falham frequentemente, em respeito a própria democracia e às instituições. (BOTELHO, 2010, p. 202).

Em outra ótica, contrária à anterior, afirma-se que tal comportamento do Judiciário seria inconstitucional e inaceitável, uma vez que aproximaria o processo penal daquele do inimigo, rejeitado há muito. Para que haja qualquer decisão num processo criminal, as provas devem possuir robustez suficiente para que sejam aptas e inequívocas contra a presunção de inocência do acusado, sob pena de se transformar num processo em uma busca incessante por condenação. Ademais disso, não se pode sob o pretexto de combater a corrupção, violar garantias fundamentais básicas. (KHALED JR; ROSA, 2015).

3.4.1 Operações contra a corrupção no Brasil

Ainda contrário ao pensamento que assevera a legitimidade da opinião pública como garantia da ordem social, tomando por contexto a Operação Mãos Limpas na Itália, Ferrajoli critica frontalmente qualquer comparação entre esta e a Operação Lava Jato, no Brasil, isso porque, para ele, apesar das falhas ocorridas naquela, houve um processo que seguiu a regra do Estado de Direito e do Direito Processual existente, diferentemente do que acontece no Brasil. (FERRAJOLI, 2017).

Isso porque, não há que se falar em fortalecimento do Estado Democrático de Direito, quando da perseguição a corruptos criminosos, deixando cair por terra o próprio Direito conquistado até então. O sistema penal é um complexo de garantias que deverão ser asseguradas, ainda que custe agradar ou não a opinião pública. Mais uma vez, não se está aqui tecendo incentivos à corrupção ou grandes crimes de desvio de dinheiro público, mas tão somente elevando a discussão de que não é em busca de combater esse mal que se deva estabelecer uma jurisdição de exceção num país, para que não se pague o preço de um populismo inútil com consequências catastróficas para todos.

Para Ferrajoli³⁹, por exemplo, a Operação Lava jato é um “processo de fúria judicial, a demonização, a espetacularização...” com “características típicas da Inquisição”. Para ele, a direção tomada nessa Operação “se apoia num processo de deformação do espírito público, do senso comum, da informação, para controlar, instrumentalizando meios judiciais e pseudoparlamentares, o poder institucional do Brasil”. Afirma, nesse sentido, que haveria “uma confusão entre acusação e justiça” o que remontaria aos julgamentos que não se viam mais desde a idade Média.

³⁹ Em discurso proferido no dia 11 de abril de 2017, no Parlamento Italiano. Transcrição traduzida disponível em Ferrajoli, (2017).

Para fundamentar suas críticas à Operação Lava Jato, Ferrajoli enaltece um paradoxo ante o contexto constitucional do país, quando afirma que:

Quero, antes de tudo, revelar uma contradição entre o constitucionalismo brasileiro, que é um constitucionalismo avançadíssimo, a Constituição brasileira é uma das mais avançadas do mundo em termos de direitos sociais. Ela introduziu novidades extraordinárias, com garantias tanto primárias quanto secundárias, que ressaltam a dignidade absoluta do cidadão, em matéria de direito social e várias outras. O paradoxo é que, ao lado deste garantismo de terceira geração, nós estamos assistindo, de maneira dramática [...] um ataque às garantias de primeira geração, garantias elementares para um justo processo judicial. (FERRAJOLI, 2017).

Nesse contexto, Ferrajoli afirma que muitos pressupostos processuais não foram obedecidos e que os princípios que nortearam a Operação seriam eminentemente acusatórios, o que acabaria por deformar o processo e olvidar a devida proteção de direitos e garantias fundamentais dos acusados. (FERRAJOLI, 2017).

Para piorar a espetacularização, houve entrevistas concedidas por parte de componentes do Poder Judiciário e comandantes da Operação, participação em programas televisivos ou darem acesso a coletivas de imprensa, momento no qual teciam acusações outras que não as que integrariam os autos dos processos em andamento, fazendo com que se construísse a imagem do inimigo comum perante a sociedade. (FERRAJOLI, 2017).

Dessa maneira, percebe-se que a espetacularização do processo como um todo, principalmente das prisões preventivas, acabou por ceifar garantias constitucionais que deveriam ser a barreira de atuação do poder punitivo estatal. Nas palavras de Ferrajoli:

Naturalmente, tudo isso não é nada mais do que a deformação do inquérito e da verdade. A maneira pela qual as instituições buscam a legitimação do processo é posta de cabeça para baixo: não é mais a investigação da verdade e a sujeição às garantias da lei, **mas o consenso da opinião pública**. Ou seja, uma sentença, um processo, são mais legítimos quanto mais correspondem ao clamor popular, às manifestações nas ruas, ao desejo da imprensa, ao consenso que se forma, sem que ninguém saiba do que se está falando, porque este processo se dá por fora dos autos. Não há um debate. (FERRAJOLI, 2017, grifo nosso).

Por essa ótica, o país vem passando por uma crise paradoxal em seu processo penal sem precedentes, tanto por causa da espetacularização já banalizada, que distorce os fatos para alimentar uma opinião pública que robustece as ações do Poder Judiciário, quanto pela atividade protagonista do juiz inquisidor, que passa por cima de garantias constitucionais e processuais do acusado. Isso mostra a relação existente entre o constitucionalismo e o garantismo (dos direitos sociais e da liberdade), mas também demonstra a falha desse constitucionalismo brasileiro, dito avançado, por não conter de nenhum modo essas deformações. (FERRAJOLI, 2017).

Essa crise paradigmática, aliada ao conjunto de violações assistidas pela população na condução de um processo penal, atenta contra a democracia e o Estado de Direito no Brasil, o que constitui, para Ferrajoli, um problema perigoso para os ordenamentos jurídicos democráticos nos outros países, uma vez que fortalecem uma jurisdição de exceção, que não só advém dos abusos cometidos por parte do Judiciário, mas também em razão das falhas do sistema penal processual brasileiro, que a permitem.

Nessa senda, as críticas sobre a condução da Operação Lava Jato tecidas por Ferrajoli, não se bastam por aí. Para ele, há uma velada intenção política, contingencial, por trás da atividade jurisdicional, que produz uma mudança na estrutura estatal, apoiada na desinformação e no consenso geral, que culmina num terrível populismo judiciário. Tal fenômeno piora por atentar contra a própria jurisdição, causando danos à democracia política, produzindo um verdadeiro descrédito jurisdicional. (FERRAJOLI, 2017).

E sobre esse fenômeno, não adianta fechar os olhos. São notórias as violações e tudo faz parte da ciência da população. Isso faz parte do que Peter Sloderdijk chamou de razão cínica que, trazendo para nossa realidade jurídico-social, consistiria na máxima de que “sabe-se de tudo o que acontece, sabe-se que está errado, porém se faz assim mesmo.” (STRECK, 2015). Por esse lado, o país atravessa uma crise paradigmática que envolve não só falhas legislativas, mas judiciárias e constitucionais, sem que nada seja feito eficazmente para barrar esse movimento.

Reforçando essa crise ainda existe a mídia, que torna o círculo vicioso, desafiando os critério de racionalidade do homem, porque:

Nesta pós-modernidade midiática em que não há mais fatos e, sim, somente interpretações, ninguém se surpreende — mais do que no período entre 24 e 48 horas — com uma sucessão de acontecimentos. E tudo fica escondido atrás da próxima notícia. [...] Nesse sentido, o direito aparentemente abdicou da tradição em prol de uma espécie de “*carpe diem*” de significações, deste modo, a própria construção do saber, que constitui historicamente o sujeito, resta ameaçada diante da plurivocidade de sentidos. (STRECK, 2015).

Sendo assim, as Operações de combate à corrupção tomaram uma proporção nacional contando com o apoio do Poder Judiciário, que se tornou a esperança da população desprotegida, em razão da crise de problemas sociais enfrentados pelo país na atualidade, da indignação pública com o Poder Executivo e da falta de representatividade no Poder Legislativo. Nesse contexto, vale tudo. A exceção se instala. O processo penal legal perde sua essência e interpretações aleatórias são feitas dissociadas de um contexto constitucional em que a lei está inserida.

Numa outra perspectiva, é questionável assegurar que uma decisão obedece à garantia da ordem pública quando encontra espeque no que clama a sociedade, sob o argumento de que esta é esclarecida. Uma vez que o povo passa a ter conhecimento, através da mídia, dos fatos políticos e jurídicos que envolvem casos de grande repercussão, ante todas as conjunturas de suscetibilidade analisadas anteriormente, havendo influência ou até sugestionando a opinião pública, atribuir a característica de opinião livre, consciente e crítica ao povo é um tanto quando duvidoso.

Primeiramente porque a maioria da população brasileira, no caso, não teria o contato com os objetivos e pressupostos legais de uma prisão preventiva, para diferenciá-la de uma prisão definitiva. Há uma complexidade maior ao entendimento do senso comum do que seria uma prisão processual e os direitos nela imbricados. Ainda pode-se dizer que existe aquele fetiche de castigar o suspeito de fato criminoso, ainda que prematuras as investigações, sob a ilusão de combate à criminalidade e dando respostas punitivas para acalmar ânimos sociais.

Isso é retratado por Sanguiné (2003, p. 114, grifo nosso) da seguinte maneira:

Quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, **aplacar o clamor público criado pelo delito que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal.** Isso revela que a prisão preventiva cumpra funções reais de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

De tudo, vê-se que se implantou um estado de insegurança jurídica, interferências midiáticas e uma ingerência maior do poder Judiciário no político. Tudo isso reflete a abertura do caminho para um estado de exceção judicial e a transformação das garantias constitucionais em verdadeiros simulacros que sustentam uma nação disfarçada de democracia. Não se pode também, sob o pretexto da dogmática penal comparada, sob as vistas da operação contra a corrupção ocorrida na Itália, aplica-la à realidade brasileira. São povos e culturas diferentes, raízes diferentes, construções legislativas diferentes.

Sobre isso:

Entretanto, a aplicação da dogmática penal comparada não pode ser feita de forma acrítica, por meio do simples encaixe de um conceito estrangeiro em um determinado ordenamento. Ao contrário, a dogmática comparada deve sempre ser invocada com a devida atenção acerca da sua pertinência com o ordenamento normativo-penal, como também em harmonia com a realidade histórico-sociocultural do local que a recebe. Quando ocorre essa dupla relação de pertinência, dá-se a utilização crítica da dogmática comparada. (BRANDÃO, 2007, p. 122).

Por isso, não dá para comparar o contexto da Operação Mãos Limpas com a realidade do esquema de corrupção brasileira. Deve haver uma análise perante o próprio direito e, no caso brasileiro, o ordenamento jurídico limita determinadas atuações, principalmente aquelas que visem alargar as interpretações sobre a norma posta de maneira desvinculada das garantias fundamentais ou que as flexibilizem em prol da punição.

Percebe-se que a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não significa que será decretada para acalmar os ânimos da sociedade. Ao revés, excepcionalmente, será decretada quando o sujeito, ainda sendo investigado, tenha a potencialidade de causar a desordem pública no contexto já trabalhado nos tópicos acima, analisando-se o caso em concreto, observando o devido processo legal, todas as garantias mínimas do acusado, os requisitos legais, a excepcionalidade, necessidade e adequação.

Confundir a ordem pública com a opinião pública não deveria nem de longe acontecer, uma vez que totalmente distintas. Querer aproximar esses conceitos é uma tentativa de driblar a legislação posta e o sistema constitucional vigente, para legitimar decisões arbitrárias, que só se tornam aceitáveis num cenário de exceção, já que a preocupação está concentrada em garantir o enredo e não os direitos fundamentais do acusado, como o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, o que só torna o processo penal num simulacro, numa farsa (CASARA, 2016, p.309-311). Tais decisões arbitrárias, baseadas num apelo pelo encarceramento, incute a ideia de que prisão é punição, ainda que o indivíduo seja apenas acusado e não condenado, alimentando um emergencialismo penal que deveria ser, nos dias de hoje, por todas as partes rechaçado.

É nesse contexto que, sob o argumento de que tais prisões atenderiam ao requisito da garantia da ordem pública, deve-se desconfiar das decisões de prisão preventiva fundamentadas em conceito tão vago, principalmente porque, sem a motivada justificativa acabariam por precipitar uma segregação que nem sempre seria necessária aos moldes legais. O pensamento imaginário incutido na sociedade de que a prisão preventiva estaria tutelando a proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, para fornecer a segurança que o Estado não fornece, é no mínimo questionável pela ineficácia do meio, porque a prisão preventiva não deve ser ferramenta para isso, haja vista, sua função precípua de tutelar a persecução penal.

Não se chega a outra conclusão que não esta: o requisito da garantia da ordem pública como posto hoje, serve apenas como cortina de fumaça para a violação de garantias, os excessos e arbítrios, e que ao invés de garantir uma ordem, instalam uma desordem no

sistema constitucional vigente, uma vez que não diz absolutamente nada, dando margem a tudo.

Nesse diapasão, resta dizer que as decisões caminham a passos largos para a politização. O pior é assistir passivamente a esse fenômeno, principalmente quando se está em jogo a liberdade de pessoas individualmente consideradas, através de uma prisão cautelar preventiva. Essa tentativa de agradar massas, opiniões e formar consensos por parte do Judiciário, principalmente, em casos de grande repercussão social, constituiu erro que o passado já registrou.⁴⁰

Nesse sentido, apesar de David Garland (2005, p. 222-223) abordar o tema da criminologia e do delito na Grã-Bretanha e Estados Unidos, mais precisamente entre os anos 1980-1990, percebe-se que o passado de tais países muito se parece com o que o Brasil atual vive. Isso porque, nesse período, esses países tomavam decisões politizadas no que concerne ao trato com o controle do delito, o que os deixavam mais expostos ao risco político, à sujeição do público e aos meios de comunicação de massa.

O envolvimento do Judiciário com questões políticas é importante para se analisarem os rumos das decisões que vêm sendo tomadas, principalmente, quando envolvem casos midiáticos. Dessa maneira, é notório que o crime e a sua repressão viraram discursos políticos, não só para os candidatos a cargos eleitorais, que bradam o combate duro ao crime, e a luta em favor da segurança pública conquistando as massas desprotegidas, mas também em decisões judiciais, tornando o Poder Judiciário a última esperança para se restabelecer a ordem, a segurança e a moralidade, frente às mazelas sociais que envolveriam o crime.

Nesse cenário, ao invés de o Estado reconhecer-se limitado perante o controle do crime, adaptando-se às suas falhas e enxergando novas maneiras de combate, percebe-se que o envolvimento político nessas questões preocupa-se com o restabelecimento da confiança pública na Justiça penal, enaltecendo o discurso autoritário que valoriza a moral, o controle e a punição dos violadores, mesmo que desnecessária e ainda que de maneira preventiva ou desvinculada de garantias constitucionalmente asseguradas.

Dessa maneira, percebe-se que a função do Direito Penal, por vezes, deixa de ser preventiva, repressiva ou quiçá ressocializante, e passa a adquirir contornos políticos punitivos. Para Garland (2005, p. 225), a preocupação que há é a de se fazer algo decisivo,

⁴⁰No Brasil, registros não faltam de erros crassos do Judiciário ou da Investigação, no que toca a prisões antecipadas ou punições em caráter preventivo. Só para exemplificar, do caso de Tiradentes (1792), ao caso das Bruxas de Guaratuba (1992) ou da Escola Base (1994), dentre inúmeros outros, a preocupação maior era a de garantir a tal ordem pública, através do atendimento às opiniões e consensos públicos.

responder à indignação pública, demonstrar o comando e poder do Estado e estar disposto para usar os seus poderes para manter “a lei e a ordem” e proteger o “respeitável público”.

Público esse que aceita pacífica e passivamente as informações veiculadas pelos meios de comunicação de massa e que formam a “opinião publicada” pela mídia. É nesse palco que, algumas dessas decisões judiciais, com viés político, no que toca à Justiça Penal seriam utilizadas com fins especificamente televisivos, o que acabaria por desvirtuar o propósito principal e a própria essência do Direito Penal.

Ao fim, o que se argumenta é que a utilização política do crime por parte do próprio Judiciário, a partir da aproximação da garantia da ordem pública com a opinião pública, acaba por fazer com que casos pontuais de repercussão sejam utilizados como instrumentos propulsores de uma cultura punitivista, seja pela mídia, seja pelo próprio Judiciário, que assume o papel de herói perante a população, principalmente quando o mal que se visa combater é a corrupção sistêmica. Tudo isso é arriscado, uma vez que pode se instalar uma desordem, já que atenta contra princípios básicos de proteção ao indivíduo, como o devido processo legal, a adequação, proporcionalidade, presunção de inocência e necessidade da reprimenda.

4 O PODER “JUDICEROICO” E A INIDONEIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

4.1 Punição como denúncia e a mercantilização do crime

A colocação do outro como inimigo é natural para o ser humano que se sente ultrajado. Essa tendência deve ser acompanhada de cautela e simpatia. Ademais, quando veiculado o crime pela mídia, por exemplo, a qual tem se despedido de pudores na lida com o consciente humano. Toda notícia, deve, portanto, ser absorvida sob um filtro cético, no qual sejam ponderados aspectos como direitos fundamentais, legalidade, o benefício da dúvida, princípios democráticos, enfim, de maneira a não se absorver um conteúdo puro e simplesmente, sem raciocínio crítico.

Assim, utilizar a punição de uns para mobilizar a sociedade em prol de alcançar objetivos encobertos é o maior sinal de crise do sistema de garantias de Direito, principalmente, quando se trata do Direito Penal. Com efeito, suggestionar opiniões para algo que seja indesejado socialmente, como a corrupção, que é um fenômeno que a população brasileira visa repudiar, acaba por demonstrar indícios do uso de punições e encarceramentos como denúncia de um mal.

Isso porque a corrupção assumiu o papel de problema sistêmico no país, uma vez que demonstrou a ingerência econômica no setor político, legislativo e executivo, atentando contra a moralidade administrativa, o que suscita o interesse público e a esperança num Judiciário forte. Assim, a sociedade divide-se, instala-se uma ótica maniqueísta.

Dessa maneira, o destino da lei penal pós-moderna será o de reinstitucionalizar a antiga dialética de bem e mal, com suas estruturas punitivas subsidiárias. (GARAPON, 1996, p.11). E isso acontece acompanhado de um fenômeno de expansão do medo.⁴¹ Esse novo ciclo de denúncia do mal comum e tentativa de barrar o crime através de prisões nem sempre necessárias, acaba pondo em xeque a real função do Direito Penal, em que garantias processuais penais constitucionais acabam sendo esfaceladas a qualquer custo.

Um dos custos é a criação da ideia de insegurança. Essa busca por rotinas seguras e a angústia crescente que deriva do medo generalizado por ausência de certezas em qualquer setor da vida acarreta o aumento do medo. E esse medo pode ser atribuído a uma categoria

⁴¹Nesse sentido, Damásio E. de Jesus (1997): “Tivemos, entretanto, no final deste século e milênio, a introdução de um novo Direito Penal brasileiro, já atuante em outros países: simbólico, promocional, excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social.”

específica de pessoa, ou seja, a um setor-alvo ligado à mazela social que assola aquela dada comunidade.

Pensar dessa maneira leva a sociedade atual a repetir erros já cometidos no passado. O recrudescimento de posturas ante o crime não o faz desaparecer. Assim, observar que a luta travada para buscar explicações complexas a essa retórica que alimenta a diferença e a exclusão do inimigo comum, acaba por se tornar uma perda de tempo, e que só tende a ocultar melhor as frustrações. Simplesmente, a razão que guia esse pensamento é a de que, ao ser identificado o inimigo, o Estado e as elites políticas devem ao menos prometer algo concreto para acalmar a infinita angústia do povo. (GANÓN, 2006, p. 441). Ocorre que, no caso de o inimigo ser a própria elite política, corrupta, para quem sobra essa responsabilidade?

Em que pese a complexidade envolvida para dar essa resposta, o que não se pode tolerar é que, a cada novo inimigo social, o sistema penal seja recrudescido. Essa luta sempre será, na verdade, uma perda para os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos enquanto indivíduos. Dessa forma, o que se transparece com esse fenômeno é que a quem se tornar o inimigo da sociedade resta apenas a violência do Estado, uma vez que com esse ato abre-se mão de seus direitos, habilitando o Poder Punitivo ilimitado para garantir a proteção da sociedade como um todo. (GÁNON, 2006, p. 441).

Ocorre que, em momento anterior, poder-se-ia pensar que esse Direito Penal do Inimigo atingiria tão somente as classes mais baixas ou aos crimes mais comumente praticados na sociedade (contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a dignidade sexual etc). Esse contexto foi vivido pelo Brasil durante muito tempo, ocasionando no seio social a revolta por imperar a impunidade. A crescente violência gratuita tornou a sociedade insegura, carente de proteção do Estado, principalmente, pela ausência de cumprimento de seus deveres.

As falhas nas prestações positivas do Estado (saúde pública, moradia, educação, segurança etc) somadas aos escândalos de corrupção transformaram o contexto em que o inimigo seria percebido apenas a partir de parcelas marginalizadas da sociedade. Isso porque o país vive o momento em que se acredita ser o corrupto aquele responsável por todo o desarranjo público. Esse inimigo é agora percebido como alguém ligado aos setores privilegiados e que o direito penal estaria sendo utilizado como mecanismo de denúncia desse mal. Em sendo o corrupto o inimigo, também a ele não caberiam os direitos e garantias fundamentais.

Esse movimento na sociedade brasileira contraria frontalmente a seguinte ideia, exposta por Gabriel Gánon⁴² (2006, p. 441), de que aos corruptos, por exemplo, que, apesar de causarem grandes danos à sociedade, não lhe são atribuídas as consequências do inimigo social. Contrário a isso é o que se tem visto na sociedade brasileira, na qual a corrupção tem sido fortemente combatida pelos órgãos de controle, polícias e cidadãos.

Frise-se que, não é objetivo desse estudo, posicionar-se contra ou a favor desse fenômeno que vem acontecendo na sociedade, muito menos se pretende passar uma cortina de fumaça sobre os fatos. A corrupção deve ser veementemente combatida, porém, os direitos e garantias fundamentais dos acusados permanecerão sendo limites impostos ao Poder Punitivo Estatal acima de tudo, já que constitucionais. Em via contrária, alguns entendem que essa ideia superior dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, em detrimento de posturas severas no combate à corrupção, seria uma ingenuidade.

Esse conflito de opiniões dissonantes a respeito de assegurar garantias fundamentais a todo e qualquer indivíduo acusado de um crime advém de algumas ideias equivocadas a respeito do ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, por exemplo, paira o mito de que o legislador produz um sistema de normas coerente, que o juiz seria axiologicamente neutro quando decide, sendo sempre justo e protegendo os interesses de todos os cidadãos.

Ocorre que, na realidade, a ordem jurídica resulta de uma atividade humana e está radicada em uma sociedade complexa, hierarquizada e plural, onde quem dita as leis é a classe que ocupa o poder, o que faz com que o sistema punitivo, em todas as fases (policial, judicial e execução da pena), tente reproduzir a realidade social, que visa combater o inimigo social de outrora, aquele marginalizado.

É exatamente nesse ponto que o furor da população é alimentado, pois, ao se depararem com os casos envolvendo crimes de colarinho branco, geralmente cometidos por membros das classes economicamente privilegiadas da população, percebe-se que muitos desses crimes raramente são investigados ou punidos, em razão, principalmente, dos benefícios e prerrogativas permitidos na própria legislação. Isso acarreta uma discrepância de tratamentos, na praxe forense, que faz a sociedade clamar por um mesmo destino para todos os criminosos: a punição.

É por acreditar num desequilíbrio de tratamentos, em que os próprios legisladores editariam as leis que visam punir a corrupção, já que parte dos casos de grande repercussão

⁴²Tradução livre: “*Así, aquellos que con sus conductas afectan a la sociedad contaminando el ambiente y poniendo en peligro la vida de animales y personas o aquellos otros que evaden impuestos, lavan dinero, o se involucran en episodios de corrupción, no ingresan en la categoría de enemigo público o predador social a pesar de los graves daños públicos y sociales que ocasionan.*” (GANÓN, 2006, p. 441).

envolveriam pessoas públicas, que a permanência em liberdade de pessoas acusadas de corrupção beiraria a própria impunidade. Uma realidade diferente desta, em que tanto os corruptos quanto os criminosos de outra natureza são punidos, a Justiça é acreditada, ainda que flexibilize direitos fundamentais e estabeleça as prisões dos acusados.

Entretanto, não se pode encontrar um conceito de inimigo que atenda satisfatoriamente a todos os possíveis inimigos que surgirão numa sociedade complexa. Já não se trata mais dos marginalizados, mas também do corrupto, do ímprobo, ou seja, sempre haverá um indivíduo que se afastará das regras sociais e será considerado criminoso. Nesse sentido, Rogério Greco (2005) ensina que, dificilmente, os moldes da teoria Jackobiana do Direito Penal do Inimigo poderá conceituar um inimigo, “que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido por quaisquer das garantias conquistadas ao longo dos anos.”

Sendo assim, percebe-se que a conquista de direitos e garantias fundamentais funcionaria como uma barreira ao retrocesso, somente podendo ser acrescentados direitos e não retirados. Entretanto, essa espetacularização do crime, com viés denunciativo, inflamado pela mídia, que incute na população uma negligência das garantias básicas de uns em detrimento de outros, principalmente na desordem que se instalou no País, traz sérios riscos para a estabilidade e manutenção do sistema político. A responsabilidade na cultura de valores é atribuição de todos num Estado Democrático de Direito e não deve ser esquecida.

Denunciar o mal é, sem dúvidas, a atribuição maior do ser humano que vise evoluir. Entretanto, não se pode alimentar a vontade de punir a qualquer custo, dando azo a um populismo punitivo que enfraquece a democracia, suprime direitos e garantias individuais fundamentais, sob a falácia de assegurar um bem comum. (CARVALHO, 2010, p. 8).

4.1.1 Espetacularização do direito penal e promoção da defesa social

Com a democratização do acesso à informação, acompanhada da maior participação social, ocorreu também a mercantilização dos canais de comunicação. Essa penetração da comunicabilidade como um modo de desenvolvimento em todos os setores humanos propiciou uma remodelagem da sociedade, que agora é marcada pelo ritmo acelerado da conectividade, gerando novas relações entre Estado, economia e sociedade, alterando o cenário global e as estruturas tradicionais do capitalismo. (CASTELLS, 2005, p. 39-43).

As sociedades tornaram-se táteis, interligadas por redes. Isso quer dizer que a ingerência do poder econômico no setor midiático, o qual por vezes se faz sem profundidade qualitativa, transformou o mundo moderno, tornando-o mais conectado. Nesse cenário, o

crime como indicador e termômetro das audiências transforma-se em mercadoria de consumo, expondo o direito penal numa vitrine midiática, envelopado pelo discurso da promoção da defesa social, atraindo adeptos.

Sobre a defesa social, duas abordagens são relevantes. Por um lado, para a Escola Clássica, a defesa social consiste na proteção dos indivíduos por meio de um conjunto de regras e princípios que regulam o poder de punir, limitando-o. (SANTOS, B. M., 2015, p. 102). Ou seja, a priori, a defesa social seria a própria essência do Direito Penal e Processual Penal modernos: proteger os cidadãos dos arbítrios e excessos do poder punitivo Estatal.

Entretanto, há outra vertente para se analisar a Defesa Social, que seria através da ótica da Escola Positiva Italiana (Garofalo, Lombroso e Ferri), que, ao revés da anteriormente mencionada, constituiria direito legítimo do Estado a proteção da sociedade em detrimento dos criminosos. Um tanto radical, pregavam, sob esse fundamento, inclusive, a eliminação dos considerados ameaças à população, ainda que antes da prática de delitos. Nessa abordagem, o caráter preventivo de punição assume lugar de destaque, devendo o perigo ser identificado, neutralizado e eliminado. (SANTOS, B. M., 2015, p. 102-103).

Observe-se que os positivistas entendiam a legalidade como sendo um empecilho transponível em prol da proteção da sociedade, para que houvesse a eficácia da defesa social. Para essa corrente, nem o processo, o conhecimento e o julgamento penais deveriam girar em torno da conduta criminosa, mas sim em torno do indivíduo acusado, da periculosidade deste, demonstrando seu viés totalmente antigarantista. (SANTOS, B. M., 2015, p. 103). O que houve por parte da Escola positivista foi que esta se apoderou do termo defesa social, que passou a assumir um viés autoritário quando de sua utilização.

Qualquer semelhança entre essa corrente positivista da defesa social e os últimos acontecimentos em que as garantias deveriam ser flexibilizadas para assegurar a punição de corruptos, não é mera coincidência. Isso porque a tentativa de aproximar os conceitos de garantia da ordem pública com a opinião pública, sugestionada pela mídia, quando se tratam de apelos punitivistas, recairá fatalmente do direito penal do autor, que olvida os limites do poder punitivo estatal, inflamando um discurso que cerceia direitos em prol da abstração de proteção da sociedade.

Nesse sentido, importa dizer que os argumentos mais recentes que fortalecem discursos de promoção da defesa social fazem parte de um epicentro ideológico, cujo esforço é o de tentar definir conceitos e finalidades do direito e processo penal, em torno de concepções mais autoritárias e repressivas, que qualquer outra coisa. (SANTOS, B. M., 2015,

p. 103). Esse sistema de entendimento criminal foi o que deu base às maiores atrocidades ocorridas na história da humanidade, a exemplo do nazi-fascismo.

Analisando a criminologia e a política criminal, Alessandro Baratta, assevera que esse discurso de defesa social acabou por dominar parte da filosofia das ciências jurídicas, influenciando opiniões não só dos pertencentes ao sistema jurídico-penal, como também do próprio povo, criando um senso comum a respeito da criminalidade, ao que ele chama de *Every Day Theories*. Sobre essa teoria, o aparato penal seria fundamentado, justificado e racionalizado pelo conceito de defesa social, não mais servindo somente como um elemento técnico de normas elaboradas pelo legislativo, ou como um setor puramente dogmático. Entretanto, foi assim que se consolidaram as bases legitimadoras para a instalação de um sistema penal arbitrário. (BARATTA, 2011, p. 41-43).

E é exatamente nesse sentido de difusão da promoção da defesa social, que mais uma vez entra o papel do setor midiático que, economicamente influenciado, passa a rogar por aventuras lancinantes com os aplausos do público, que Alessandro Baratta (2002, p. 204), diz:

É a nível da opinião pública que se desenvolvem aqueles processos de projeção da culpa e do mal e que se realizam as funções simbólicas da pena [...] a pena atua como elemento de integração do corpo social, produzindo sentimentos de unidade em todos aqueles que são somente seus espectadores e, desse modo, realiza uma consolidação das relações de poder existentes.

Sobre isso, Lola Anyar (CASTRO, 2005, p. 201) afirma que:

[...] os meios criam uma sensação de universalidade, de um mundo sem lutas e expropriam do homem sua capacidade de intervir nos processos sociais, interpretá-los. [...] o meio despersonaliza a ação do emissor, dos conteúdos ideológicos da mensagem, e apresenta em seu lugar um pseudoautor, um autor imaginário chamado “opinião pública” que lhe permite contrabandear a opinião de classe do emissor e oferecê-lo como opinião das grandes maiorias.

Nessa mesma linha de raciocínio, enaltece-se que o poder promovido pela mídia ao redor da espetacularização da violência, somente faz com que se instale a cultura do medo e do terror, que alimentada pelos discursos de promoção da defesa social e da segurança, robustece ideias autoritárias de lei e ordem e do direito penal do autor, no qual o criminoso assume características próprias e vira inimigo. Mas, nessa desordem ainda existe a diferenciação entre os dito criminosos. (ROSA, 2006, p. 214).

Ela, a diferenciação, pode ser vista no estudo de caso trazido no presente trabalho. Ou seja, em que pese o agente político ter sido acusado de crime contra a Administração Pública (excesso de exação, lavagem de capitais, entre outros) e preso preventivamente sob o

fundamento da garantia da ordem pública, a população local clamava por sua soltura, tendo em vista o sentimento que os ligava, que parece ser de afeição, simpatia ou reconhecimento. Diferentemente, no contexto nacional, quanto aos indivíduos acusados de crimes da mesma natureza e aos quais se despejam ódio e a ira e que clama pela prisão preventiva, ainda que desnecessária. Sobre isso, observe-se:

O criminoso, em não sendo um igual, se considerada a divisão entre o mundos dos bons e dos maus, pode e deve, na lógica da Defesa Social, ser liquidado ou reformado para ser igual aos bons. Em nome do “bem comum” e da “segurança jurídica” pode-se tudo: reprimir, reformar, excluir, tratar, independentemente da ocorrência de conduta [...] vilipendiar “direitos e garantias” constitucionais rumo ao que se chamada de “Direito Penal Máximo”. (ROSA, 2006, p. 214).

Dessa forma, percebe-se que a mídia pode figurar como responsável pela alimentação desses sentimentos de violência quando se trata do julgamento daqueles que cometem uma infração penal. E o termo “mídia” hoje toma novos contornos porque todos os meios de comunicação tiveram seu uso ainda mais alargado. Em se tratando de redes sociais, por exemplo, basta um fato acontecer, algo que beire a um desvio penal, para que seja divulgado imediatamente e apareçam incontáveis comentaristas ou julgadores implacáveis de plantão⁴³. O discurso odioso é frenético e obedece a uma desordem sem precedentes quando se trata de apedrejar de todos os lados o acusado de um fato supostamente criminoso, que sequer foi investigado ainda.

A essa espetacularização do direito penal e dos julgamentos criminais que tem se visto na atualidade, percebem-se aqueles mesmos fundamentos da comunicação da indústria do entretenimento – já trabalhados no capítulo anterior. O processo penal, que antes era um limite garantidor dos direitos do indivíduo, redutor do poder punitivo estatal, passa a funcionar como um instrumento hábil a entreter o público. Nessa nova forma de enxergar o processo criminal, valores como verdade e liberdade são olvidados, assumindo em seus lugares propostas punitivistas de prisão e sofrimento para manter o interesse da plateia. Com isso, acaba-se a finalidade do processo penal e nasce o espetáculo que somente confirma a própria acusação. (CASARA, 2016, p. 310-312).

Imagine-se nos casos de grande repercussão. São vários os cenários tecidos pela mídia como verdadeiros espetáculos. Julgar casos criminais vira um genuíno *show* em cartaz, em que todos se sentem no direito de opinar ou mesmo julgar sem ter acesso aos detalhes do

⁴³A respeito dos julgadores de plantão, é interessante notar que esse perfil faz parte de uma característica que deprecia o sistema penal brasileiro, constituindo-se em verdadeira “praga” para René Ariel Dotti, segundo o qual os “juízes paralelos” seriam “determinados profissionais da mídia eletrônica e muitos juristas de plantão [...], apóstolos da suspeita temerária e militantes da presunção da culpa.” (DOTTI, 2001, p. 288).

fato ou à plenitude das suas circunstâncias. Vê-se que o acusado vira alvo de especulações sem fundamento e seu destino estaria traçado desde quando se apontam contra ele os dedos dos justiceiros acusadores. Não se deve aceitar, em qualquer hipótese, como finalidade do direito e processo penal o entretenimento alimentado pela mídia.

A partir dessa análise, percebe-se que a lucratividade e a rentabilidade da notícia sobre julgamentos criminais é o fator preponderante de atuação dos grandes canais televisivos e midiático. Nessa senda, a notícia que mais “vende”, ou seja, a informação que mais causa impacto e repercussão social é a que terá maior destaque no núcleo comunicativo, em razão dos picos no alcance da audiência. Essa é a lógica mercantil da informação, no cenário moderno.

Dessa maneira, como já visto, o que causa mais impacto à população é aquilo que dramatiza, ou seja, que causa sensações ao indivíduo, aflorando suas emoções, fazendo-o se sentir parte integrante do todo social. Nessa perspectiva vem trabalhando boa parte dos setores televisivos desde seu surgimento. Como forma de representar os anseios da sociedade, a mídia comunicativa deu voz aos apelos sociais transformando-os, o que antes era um clamor mudo, em verdadeiros protagonistas das pautas diárias de informação imediata.

Assim, com o aumento desenfreado da criminalidade, principalmente, após as mudanças culturais ocorridas nas últimas décadas, que reforçaram ainda mais os abismos sociais existentes, percebe-se que a sociedade acabou por normalizar as elevadas taxas de crimes, reconhecendo-se as limitações da justiça penal. Essa limitação se dá sob dois aspectos, principalmente: o primeiro da subsidiariedade, que diz respeito à proteção a bens jurídicos não tutelados por outros ramos do direito, e o segundo a lesividade, ou seja, a gravidade da lesão a esse bem jurídico. (TOLEDO, 1994, p. 13-14).

Foi nesse contexto de fenômenos ao redor do tema delito, que houve diversos acontecimentos importantes para a análise da influência dos meios de comunicação no Direito Penal: como a difusão do medo, ditando regras comportamentais rotineiras de como evitar o crime, criação de representações culturais midiáticas onipresentes e gerais a respeito de uma maior consciência deste, comunicando em tempo real o acontecimento de um crime, o que acaba por fazer parte do cotidiano do cidadão, tornando o delito um fato constante e concomitante ao que se está desenvolvendo pela pessoa em sua vida social normal. (GARLAND, 2005, p.183-184).

É exatamente sobre essa consciência banalizada do crime na sociedade, que se evidencia a limitação do Estado em resolver o problema do delito. O Estado, já em crise por não conseguir oferecer o bem-estar tão apregoado, também não é vitorioso na guerra contra a

criminalidade, já que boa parte das vezes fracassa quando tenta controlar o delito e prover a ordem social. (GARLAND, 2005, p.187).

Sob essa consciência, a opinião pública acaba por fortalecer os discursos críticos ao sistema penal vigente, em especial, quanto à atuação dos tribunais e juízes, aduzindo que as penas, quando impostas, são um tanto quanto benéficas ao criminoso, olvidando-se da segurança de toda uma coletividade, o que confere aos cidadãos uma sensação de impunidade Estatal, insegurança generalizada, o que os levariam a crer que a solução do crime está no encarceramento, o que também ganha eco nos meios de comunicação de massa. (GARLAND, 2005, p.187).

Esse alarde da criminalidade trouxe algumas consequências, como o crescimento de denúncias, investigações e processos penais, bem como uma maior ansiedade por parte dos atores da justiça penal em torno da possibilidade de desagrado público, ou seja, de perder o prestígio e confiança da opinião pública. Esse fato por si só demonstra que o sistema penal teve que se recapacitar para dar conta desse *boom* da criminalidade denunciada. Em via contrária, percebe-se que esse fato também foi causa para demonstrar as fragilidades Estatais no controle da criminalidade, ficando evidentes os fracassos do sistema penal como um todo. (GARLAND, 2005, p.195).

Diante desse cenário, parece que não restou saída à Justiça penal a não ser a sua proximidade com os setores privados, isso porque, apelou-se, diante da demanda crescente, para a cultura da gestão empresarial, com a avaliação de custo-benefício do processo, demonstrando a nítida influência econômica no nicho jurídico. Assim, preocupados com a eficiência e efetividade organizacional, a gestão dessas responsabilidades por parte dos atores do sistema penal deveria passar não só pelo setor administrativo, mas também quanto ao seu dever institucional. (GARLAND, 2005, p.199).

Dessa maneira, percebe-se que houve uma aproximação da gestão da coisa pública com a forma de gerir privada, como quando a atuação está balizada pelo interesse com a opinião pública, que se aproximaria da relação estabelecida com clientes/consumidores, no âmbito privado. Assim, haveria uma redefinição da missão institucional no sentido de atender a determinadas comunidades/consumidores, ainda que se afastasse de suas próprias definições do que constituiria o interesse público. (GARLAND, 2005, p. 200).

Nesse ponderar de aspectos, percebeu-se que “no corte de custos”, houve uma filtragem processual, dando-se importância a casos específicos e a outros nem tanto, de maneira a limitar a quantidade de análises. Esse fenômeno estratégico de dar foco a determinados casos, em que pese ocorrer de maneira temporária e por autorização

administrativa, não tem o enfoque dos meios de comunicação de massa e nem político. Essa ausência de controle facilita não somente as próprias medidas de cortes, como também potencializa alguns efeitos colaterais, a exemplo do enfraquecimento do devido processo penal. (GARLAND, 2005, p. 201).

Dessa maneira, ao observar o direito penal despido de garantias, ele perde completamente a sua essência. Uma vez ausentes princípios básicos e fundamentais do indivíduo sob acusação, todo o restante desmorona, restando apenas as ruínas de um processo sem direitos e um Direito sem essência.

4.1.2 A “pornografia do ultraje” e o dever do jornalismo

Há, a bem da verdade, um caminho para o qual a sociedade vem se enveredando, que é a vitimização global. Todos se sentem injustiçados em algum aspecto da vida ao mesmo tempo. Isso provoca um fenômeno de euforia contagiosa, acompanhada de uma indignação moral desmedida. Todos os acontecimentos viram polêmica. Sejam aspectos da vida pessoal, profissional, tomadas de decisões políticas ou culturais, ainda que não lhe digam respeito em nada, tudo vira motivo para polemização e com um discurso odioso que vem junto.

Sendo assim, impressões sejam de que tipo forem, por qualquer coisa que seja, tomam parte do íntimo do indivíduo, convencendo-se de uma opressão tamanha e um ultraje imensurável. É nesse ambiente, aparentemente hostil, que a mídia cria raízes, seja porque consegue replicar e dar eco a essas indignações desmedidas, que, apesar dos pontos positivos que carrega, possui efeitos colaterais devastadores em seu exagero e desvio de finalidade.

É nesse sentido que o Ryan Holiday⁴⁴ suscita o tema da “pornografia do ultraje”, sobre a preocupação lucrativa da mídia naquilo que é polêmico e causa “intriga”. Diga-se, para as empresas que dominam os grandes meios de comunicação de massa, é mais lucrativo economicamente, além de ser mais fácil também, veicular conteúdos levemente ofensivos ou repugnantes, para que isso encontre eco numa parte da população, alcançando a audiência desejada para tal, consegue-se incutir a sensação de ultraje coletivo.

⁴⁴Ryan Holiday é um autor americano, comerciante e empresário. Ele é estrategista de mídia, ex-diretor de marketing da *American Apparel* e colunista de mídia e editor-geral do *New York Observer*. Em seus escritos, mais especificamente, no livro *Trust me I'm Lying : Confessions of a media manipulator*, o autor traça um caminho crítico sobre a mídia e seu lado obscuro, uma vez que esta tem sido utilizada para manipulações de caráter econômico e lucrativo pelos detentores de seu poder. Dessa maneira, em forma de alerta, o autor sugere um guia de como não se deixar seduzir por tais artimanhas. Com um viés maior sobre as mídias mais recentes, baseadas na *Internet*, traz ideias de como é o funcionamento do jornalismo atual, preocupado com a alcançabilidade em detrimento da veracidade ou mesmo autenticidade das informações, que circulam como notícias em sítios eletrônicos pouco confiáveis até programas jornalísticos de grande renome, acabando por se tornar um sistema “autopoiético” retroalimentado por sensacionalismo barato. (RYAN HOLIDAY, 2010).

A partir daí, veicula-se novamente esse mesmo conteúdo de outra maneira para atingir o remanescente não abrangido na primeira “leva” de oprimidos. Esse tipo de manipulação feita pela mídia atual, principalmente, no que concerne ao ambiente das redes sociais, repercute negativamente numa possível opinião pública, porque afeta a criticidade dos receptores das mensagens transmitidas.

Ao invés de se cumprir um papel de reportar fatos reais e notícias que transmitam os verdadeiros problemas e injustiças sociais, a mídia se utiliza desses mecanismos lucrativos para fazer do cidadão fantoche na replicação de conteúdos inócuos, inverídicos, por vezes, utilizando-se de manobras maniqueístas inaceitáveis no atual estágio de evolução do ser humano, que devem ser veementemente repudiadas pela razão crítica do homem moderno.

Tal comportamento vai de encontro, inclusive, aos regimentos internos da Comunicação, conforme se pode observar do Código de Ética da Associação Brasileira de Imprensa, em seus artigos 13 e 14, dentre outros⁴⁵:

Art. 13 – O jornalista **deve evitar a divulgação dos fatos: – Com interesse de favorecimento pessoal ou vantagens econômicas; – De caráter mórbido e contrários aos valores humanos;**

Art. 14 – **O jornalista deve: – Ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, todas as pessoas objeto de acusações não comprovadas,** feitas por terceiros e não suficientemente demonstradas ou verificadas; – Tratar com respeito todas as pessoas mencionadas nas informações que divulgar. (ABI, 2007, grifo nosso).

Dessa maneira, para a opinião pública construída pelos meios de comunicação deve-se atribuir um verdadeiro poder, seja pelo que é comunicado ou não, uma vez que representa real influência que exerce na formação de opiniões. (CRUZ, 2011, p. 48). Uma quebra nos moldes idôneos de construir essa opinião pública acabaria por afetá-la sobremaneira.

Convém lembrar os sistemas funcionais da sociedade de Nikolas Luhmann. A autopoiese do Direito e dos diversos setores da sociedade são vistas individualmente, e quando há influência indevida de um setor no outro, de maneira a não haver uma combinação,

⁴⁵Seguem algumas das condutas que o jornalismo viola em seu código de ética, quando de uma atuação economicamente interessada na lucratividade e espetacularização do direito penal: **Art. 2º** – A divulgação da informação, precisa e correta, é dever dos meios de divulgação pública, independente da natureza de sua propriedade; **Art. 3º** – A informação divulgada pelos meios de comunicação pública se pautará pela real ocorrência dos fatos e terá por finalidade o interesse social e coletivo; **Art. 7º** – O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade dos fatos, e seu trabalho se pauta pela precisa apuração dos acontecimentos e sua correta divulgação; **Art. 9º** – É dever do jornalista: Opor-se ao arbítrio, ao autoritarismo e à opressão, bem como defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem; Combater e denunciar todas as formas de corrupção, em especial quando exercida com o objetivo de controlar a informação; Respeitar o direito à privacidade do cidadão; **Art. 10** – O jornalista não pode: Submeter-se a diretrizes contrárias à divulgação correta da informação; Frustrar a manifestação de opiniões divergentes ou impedir o livre debate; Concordar com a prática de perseguição ou discriminação por motivos sociais, políticos, religiosos, raciais, de sexo e de orientação sexual. (ABI, 2007).

mas uma verdadeira dominação, ocorre o descompasso e o mau funcionamento do sistema invadido dentro do todo social. (URTEAGA, 2010, p. 307).

Assim, uma descompensada ingerência econômica no setor midiático, mercantiliza a informação, e quando esta passa a ser o crime e os julgamentos criminais, ocorre o mau funcionamento de sua atividade informativa principal, uma vez que torna as opiniões suscetíveis ao que veicula ou até as sugestiona na denúncia de um mal, sob os argumentos de promoção da defesa social, o que ressuscita o indesejável Direito Penal do Inimigo, ceifando-se garantias e direitos fundamentais que foram duramente conquistados.

Para Boaventura Santos (1995, p. 35) essa crise de paradigmas na sociedade atual está pautada não só pelas condições teóricas, mas, principalmente, pelas condições sociais de mercantilização de informação e da ciência também, culminando no falho paradigma dominante, que enuncia um paradigma emergente.

Sobre a televisão, afirma-se que os influenciáveis por esta estariam indo num caminho oposto ao da capacidade de pensar. Sendo assim, haveria uma verdadeira degradação do ser humano crítico, para um ser humano manipulado, guiado, sem criticidade própria, sendo dono de uma opinião que não é exclusivamente sua. E isso, seria fruto de uma cultura eminentemente voltada à formação de imagens, à multiplicação de verdadeiros ecranistas apenas, como foi visto no primeiro capítulo desse trabalho (BOURDIEU, 1997, p. 56).

Para Bourdieu (1997, p. 57), a sociedade é estruturada de acordo com um campo de forças, no qual existem dois polos, dominados e dominantes, inter-relacionados por trocas desiguais e permanentes, que são mantidas ou transformadas pelas lutas que nele há. Sendo assim, o mundo jornalístico também é um campo de forças. Nesse sentido, está submetido a diversas pressões, principalmente, do campo econômico.

E isso não é qualquer segredo. É perceptível que as emissoras de televisão, pelo menos no Brasil e em boa parte da América Latina, trabalham a partir de índices de audiência ou o popular Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE)⁴⁶. Nesse sentido, sobrevivem disputando a concorrência, devendo atrair espectadores através da lógica comercial.

Para Bourdieu (1997, p. 2), no campo dos meios de comunicação, principalmente a televisiva, a lógica comercial é levada ao máximo. Com os avanços tecnológicos, a mensuração desses índices de audiência é feita em tempo real, de pouco em pouco tempo consegue se verificar até as porcentagens dos que mudam de canal ou qual categoria social é

⁴⁶Líder de pesquisa de mídia na América Latina. Vide: IBOPE. **O que você procura**. [201-?]. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/Paginas/oquevoceprocura.aspx>. Acesso em: 21 jun. 2018.

atingida por aquela programação, que também é produto de avaliações do que atrai mais espectadores ou não. Sendo assim, toda a dramatização, seja através de imagens, seja por meio do exagero na informação sobre fatos se fazem necessárias para atrair ainda mais audiência.

Explica-se. Os fatos como passados pelas mídias em geral são descontextualizados e redefinidos, para que atraiam olhares, ou seja, tornem-se sensacionalistas. Assim, os acontecimentos são manipulados a ponto de se tornarem uma luta maniqueísta, um caso entre “o bem e o mal”, passando a ser tratado, portanto, como uma mercadoria de consumo. Essa mercantilização dos casos processuais penais torna ainda mais vulnerável o sujeito que é posto como acusado na cena que será espetacularizada. Tudo isso é montado, o palco, o cenário, o roteiro, a partir dos anseios do público e do desejo de audiência. Para isso acontecer, a própria legalidade e os direitos e garantias fundamentais chegam a ser afastados, estabelecendo-se, pois, o cenário da exceção. (CASARA, 2016, p. 313-315).

Tendo todo o controle do que prende mais a atenção do espectador, as grandes empresas de comercialização da notícia trabalham de maneira incansável, repetindo informações, alimentando um pensamento ansioso e ávido pela dependência do noticiário de maneira tal que é capaz de transformar opiniões, manipulando mentes que não se deem ao trabalho de raciocinar sobre as “verdades” postas.

Como se viu, a análise crítica sobre os fatos é trabalho árduo, o exercício da criticidade pelas massas é quase inexistente quando se vive num mundo em que o bombardeio de informações requer mais superficialidades que profundidade. O ser bem informado seria aquele que tudo sabe tudo opina e nada pensa.

Sensacionalismo, espetacularização e os chamados “furos jornalísticos” fazem com que boa parte da população fique à espreita de novas notícias. Nesse sentido, sobre a ingerência econômica nos meios de comunicação, Bourdieu afirma que a mídia poderia:

[...] ocultar mostrando, mostrando uma coisa diferente do que seria preciso mostrar caso fizesse o que supostamente faz, isto é, informar; ou ainda mostrando o que é preciso mostrar, mas de tal maneira que não é mostrado ou se torna insignificante, ou construindo-o de tal maneira que adquire um sentido que não corresponde absolutamente à realidade. (BOURDIEU, 1997, p. 25).

A ingerência do poder econômico nos meios de comunicação de massa é tão latente que torna as informações ali passadas, no mínimo, um caminho contingente. O ecranista impressionado com as cores vívidas das telas permanece em estado de passividade, horrorizando-se com o que é noticiado de maneira espetacular, replicando opiniões que não são eminentemente suas, bradando julgamentos em cima de casos cujas minúcias não foram analisadas.

Dessa maneira, percebe-se que os meios de comunicação de massa acabam extrapolando a sua função meramente comunicativa, passando a legitimar o próprio sistema penal, uma vez que passam a fortalecer a ideia de que a punição seria a solução dos conflitos sociais. Trabalhando com essa tendência criminológica⁴⁷, de maneira acrítica, superficial e sem muitos debates, incutem nas massas discursos que legitimam o sistema penal. (BATISTA, 2002).

É exatamente nessa ultrapassagem de funções que a mídia perde seu caráter narrativo, olvidando-se do seu dever de fidedignidade sobre as informações transmitidas de investigações ou processos criminais em curso, passando a assumir diretamente um papel investigatório. É nessa espetacularização dramatizada, conseguindo alcance e repercussão superiores à reconstrução processual do caso, que os meios de comunicação de massa passam a atuar politicamente. (BATISTA, 2002).

Isso porque, não se dá espaço para a construção do pensamento crítico a respeito do caso posto em análise pela mídia. Acontece apenas a oitiva daqueles que ratificam a forma de pensar acreditada por aquele setor informativo, sem que teorias ou pesquisas questionadoras da dogmática ou sistema penal e da criminalização sejam veiculadas em paridade de condições com as teorias legitimantes.

Essa repetição de discurso punitivista apenas demonstra uma articulação retórica da crença punitivista, já que somente será dada voz aos que possuam opiniões coincidentes desse discurso criminológico. (BATISTA, 2002).

É nesse sentido que se abre espaço para o enraizamento de uma cultura punitivista acrítica, que não ouve opiniões contrárias e não constrói um conhecimento objetivo sobre os fatos, até para que se possa ter um discurso racional. É notório que:

A comunicação de massas, sendo um processo unilateral (há um emissor ativo e um telespectador passivo, chamado de *homo videns*), sabe fazer uso da incitação subliminar, da banalização da violência, da transformação de um fato superficial em acontecimento mundial. A mídia cumpre um papel não só de mediação como, sobretudo, de conformação da realidade (Berger e Luckmann), isto é, de **conformação ideológica da realidade**. Entrega o produto da maneira que quiser, fazendo uso e abuso das imagens (mídia iconográfica), **que são recebidas sem**

⁴⁷Nas palavras do autor, “A segunda consequência da fé na equação penal reside no incômodo gerado pelos procedimentos legais que intervêm para a atestação judicial de que o delito efetivamente ocorreu e de que o infrator deve ser responsabilizado penalmente por seu cometimento. Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como um estorvo), da plenitude de defesa (*o locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imaginese num flagrante gravado pela câmara!) e outras garantias do Estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (= pena-notícia). Muitas vezes essas tensões são resolvidas por alguns operadores - advogados, promotores ou juízes mais fracos e sensíveis às tentações da boa imagem - mediante flexibilização e cortes nas garantias que distanciam o delito-notícia da pena-notícia.” (BATISTA, 2002).

nenhum senso crítico por um telespectador atrofiado culturalmente, sem nenhuma capacidade de abstração e de crítica. (GOMES, 2009, grifo nosso).

É assim que a sociedade vem se tornando passiva. As informações, muitas das vezes parciais, são transmitidas a uma população carente de raciocínio crítico e isso é feito de maneira proposital. A quem interessaria um povo crítico e indomável? Por isso, as matérias são minuciosamente selecionadas para impactar, causar revolta e alarde, de maneira tendenciosa e sensacionalista, não importando muito a veracidade ou não das informações.

Assim, afirma Luiz Flávio Gomes:

Não existe produto midiático mais rentável que a dramatização da dor humana gerada por uma eliminação perversa e devidamente explorada, de forma a catalisar a aflição das pessoas e suas iras. Isso ganha uma rápida solidariedade popular, todos passando a fazer um discurso único: mais leis, mais prisões, mais castigos para os sádicos que destroem a vida de inocentes e indefesos. O clima midiático, muitas vezes, interfere nos julgamentos. (GOMES, 2009).

E, assim como num Paleolítico infinito, os humanos continuam nas cavernas, admirados com suas pinturas rupestres, achando que detêm o poder sobre elas por ditarem o curso dos seus desenhos.

Continuam, pois, como ecranistas, na modernidade, admirando iconografias televisionadas, em alta resolução de cores e sons, demonstrando uma falsa realidade à qual preferem se apegar, por acharem que também as dominam, uma vez que bem informados, investindo-se no papel de fiscalizadores morais e componentes da tal ordem pública, podem julgar quem quer que seja, bem acomodados nas acolchoadas poltronas de suas casas.

Inserindo esse fenômeno num contexto jurídico penal, faz-se necessário lembrar a função primordial do Direito Penal, de garantia e proteção a bens jurídicos selecionados a fim de que haja a manutenção da convivência coletiva. Conceituando, “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.” (TOLEDO, 1994, p. 16).

Nessa senda, em se tratando da punição em si considerada, parte dessa população ecranista que vangloria as sanguinolências e encarceramentos⁴⁸ a qualquer custo, contribui

⁴⁸De acordo com Zaffaroni, pode-se afirmar que em paralelo à Criminologia produzida nos bancos da academia, há outra Criminologia que atende a uma criação da realidade através da **informação, subinformação e desinformação midiática**, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica, chamada de Criminologia midiática. Conforme o autor nos indica, as Criminologias midiáticas variaram muito no tempo, por conta da tecnologia comunicacional, e em algumas oportunidades, inclusive, coincidiram com o próprio discurso produzido pela academia, havendo uma maior explosão no Século XIX, quando, então, na França, eclodiu o poder dos jornais. Atualmente, portanto, essa evolução tecnológica alcança a rede mundial de computadores, tornando cada qual

para o robustecimento de um Direito Penal Espetacularizado, que acaba por desvirtuar a finalidade imediata de natureza eminentemente jurídica e de proteção aos bens jurídicos tutelados do Direito Penal, que põe em risco toda uma sociedade e atenta contra a paz social.

4.1.3 A mídia como instrumento de fiscalização social: o mal da corrupção

É no sentido de fortalecimento de um controle social que se traz a importância atribuída aos meios de comunicação de massa. Por possibilitarem uma maior democratização de acesso, percebe-se que a imprensa serve como meio de denúncia.

Dessa maneira, acabam por exercer um papel de voz do povo, tornando-se protagonistas sociais, com força conferida constitucionalmente, através do artigo 220, que enuncia: “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição.” (BRASIL, 1988, art. 220).

Qualquer atentado a essa liberdade constitui censura, o que é vedado constitucionalmente, nos parágrafos do retromencionado artigo, que dizem:

§1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV
 § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988, art. 220).

De qualquer modo, a liberdade de imprensa não se dá de maneira absoluta e ilimitada, encontrando limites nas garantias e direitos individuais, dispostos no artigo 5º, da mesma Constituição⁴⁹. Apesar disso, o que se tem visto ultimamente é a direta afronta por parte dos meios de comunicação a esses limites impostos à sua liberdade e isso se dá devido a algumas falhas no sistema como um todo.

Assim é a ingerência de setores. Ou seja, tem havido por parte da imprensa uma maior intromissão nos assuntos jurídicos, bem como no desenrolar de processos judiciais, em razão de supostas falhas na atuação da Justiça, revestindo-se de seu papel fiscalizador. A

um criminólogo midiático, quanto mais em sede de redes sociais. Interessante, nesse sentido, é que Zaffaroni dá conta de que a **Criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos**, identificada através de estereótipos que configuram um ‘eles’ separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes. (ZAFFARONI, 2012, p. 303, grifo nosso).

⁴⁹Art. 5º, incisos: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

recíproca também se faz verdadeira quando se percebe uma operação conjunta de atuação entre o Poder Judiciário e a Imprensa⁵⁰, cooperando juntos na atuação institucional. (GARAPON, 1999, p. 68).

Quando se fala em crimes, então. Especialmente no contexto atual, em que o debate gira em torno do inimigo comum, o corrupto, a mídia acabou por atrair para si o *mister* de denunciador principal dos fatos ocultos ou de protetor de juízes de primeira instância. Transforma-se em fonte confiável, com acesso a informações relevantes sobre os casos, que são capazes até mesmo de auxiliar investigações e desmanchar o esquema criminoso por traz do que é veiculado. (BOTELHO, 2010, p. 197).

O jogo de interesses é marcado por tentativas de manipulação recíprocas. Principalmente quando se trata de casos de grande repercussão, envolvendo agentes políticos e corrupção.

A espetacularização criada pela mídia em cima desses casos advém da justificativa de que, assim, poderão deixar em evidência ao público tanto o caso e quanto as investigações, o que inibiria o afastamento de magistrados de 1º grau da condução desses processos, funcionando como denunciador do esquema criminoso que possa existir. Assim, “já que a justiça não pode abordar de frente a dimensão Política do caso, a Imprensa ocupa esse lugar, realizando as investigações que a lei impede.” (GARAPON, 1999, p. 68).

É nesse sentido que se estabelecem as relações entre Justiça e Imprensa, visto que a limitação de uma é a liberdade de atuação da outra. Esse jogo complexo e nítido na sociedade atual, em razão das falhas do sistema jurídico, permite a seguinte conclusão:

A mídia se faz juiz, alguns juízes se aventuram sobre o terreno político e os políticos denunciam a conspiração para se isentarem. O político se defende, não no terreno do direito, porém querendo assumir o papel de vítima, denunciando o encarnecimento dos juízes e o conluio da Imprensa. As queixas contra os magistrados por parte dos políticos se multiplicam, dando a impressão de um corpo a corpo que ninguém mais pode arbitrar, e uma das partes é o próprio mediador. (GARAPON, 1999, p. 68).

Dessa maneira, deve-se pensar criticamente o papel da Imprensa como instrumento para viabilizar as limitações do Judiciário. Essa falta de cumprimento ao seu dever de procura da verdade, excedendo os limites de sua liberdade constitucional, fere frontalmente direitos fundamentais e garantias individuais, que não se pode conceber em virtude das falhas do sistema jurídico legal.

Apesar disso, não se pode olvidar da sua importância enquanto denunciadora das mazelas sociais, o que certamente tornou audível a voz abafada do povo, de informar sobre os

⁵⁰Percebe-se que muitas das vezes a Imprensa, verdadeiramente, investiga mais rápido que os órgãos especializados a este fim, sob o preço de ser de maneira indiscreta e invasiva.

casos de grande repercussão e fortalecer na população o seu dever de fiscalizar, acompanhar e exigir respostas.

Assim, percebe-se que a mídia, no seu aspecto positivo, possibilita ao cidadão a denúncia sobre a má gestão e administração pública, sendo uma eficaz ferramenta de controle social. O que acontece com o problema crônico da corrupção é exatamente a dificuldade de reposição dos valores desviados do Erário público. Isso porque, quando descobertos os crimes, não se fazem reversíveis os prejuízos. Assim, existe a ideia latente de que o controle prévio deveria ser fortalecido, intensificando-se a fiscalização para tentar conter antecipadamente a concretização desse ato. (BOTELHO, 2010, p. 200).

Eis então a explicação para o fortalecimento das ideias de punição antecipada, a justificativa para os brados por prisões preventivas, que envolvem casos de repercussão social, num contexto em que o corrupto figura como inimigo comum do povo.

Em um sistema jurídico legal falho, com a ascensão do direito penal como denúncia, o conluio da mídia e da Justiça e as conspirações dos políticos, a exceção vira regra, valendo mais prender ainda que um inocente, do que deixar-se impune um possível culpado, fazendo ascender o Judiciário ao nível de herói social no combate à corrupção.

A sociedade do medo ofusca a da revolta. Há um descrédito no legislativo o que culmina no Judiciário de maior confiabilidade por parte da população, entregando-lhe suas últimas esperanças e seus próprios direitos.

Nesse sentido, o magistrado assume um papel de herói, vira protagonista da resolução dos problemas da sociedade, principalmente no que toca ao crime, cabendo a ele, no imaginário da sociedade, a concretização da punição como uma forma de garantir a segurança da sociedade, prendendo e retirando os criminosos do convívio social. O problema piora quando encontra guarida por parte de magistrados que se investem desse papel.

4.2 O Poder “Judiceroico”

O que se deve ter latente é a ideia de que magistrados fazem parte do Judiciário, porém não devem personalizar o próprio Poder. Assim, sua atividade deve ser o mais imparcial e firme possível, para consecução do fim maior que é garantir o cumprimento da lei, obedecendo às garantias constitucionais vigentes, independente da apreciação popular, sendo esse o ônus de seu ofício.

Ocorre que, em se tratando de prática jurídica, o que se tem observado é, em alguns casos, principalmente de grande repercussão, a relevância maior assumida pela opinião

pública na decisão de magistrados. Esse cenário deve ser evitado, uma vez que ao magistrado recairia a função de ventríloquo das opiniões majoritárias ou midiáticas, “criando um ciclo nocivo e disfuncional que esvaziaria a autoridade da Constituição.” (PEREIRA, 2012).

Para alguns, a mídia envaidece aquele que se deixa seduzir, tanto porque não alcançou os holofotes por mérito em razão da profissão escolhida, quanto porque, em se tratando de julgadores, o caso que está em suas mãos é visado pela postura social assumida pelos investigados. Existe, inclusive, uma confusão, para não dizer desordem na democracia, entre mídia e justiça, na qual a população e os próprios magistrados enxergam-se como guardiões da moral pública e se deixam envolver pelas influências externas. (GARAPON, 1999, p. 55).

A polarização a respeito da imparcialidade do magistrado quanto à consideração da opinião pública vem tomando contornos cada vez mais resistentes. Para alguns, o juiz não só pode como deve levar a sério o que diz o povo, legitimando assim suas decisões. Justifica-se esse raciocínio sob o argumento da credibilidade das instituições perante o público, sob pena de perderem sua autoridade. (PEREIRA, 2012).

Para outros, entretanto, não há que serem ouvidos os clamores públicos exatamente porque recai nos ombros do magistrado a imparcialidade, que seria a capacidade de decidir alheio a interferências, sejam elas internas ou externas. Justifica-se esse raciocínio sob o argumento da serenidade, imparcialidade que devem guiar a atividade jurisdicional, uma vez que não está contracenando em palcos para angariar aplausos ou receber vaias. (PEREIRA, 2012).

Na mesma medida, deve-se evitar também aquele magistrado ventríloquo da lei, que de maneira hermética a alguns fatores externos, como a pressão social, acaba por destruir a credibilidade de um Judiciário inteiro, o que acabaria em graus extremos por desautorizar decisões, a partir do não cumprimento destas por parte do povo que não confiaria mais na Instituição de Justiça.

Abordando o pensamento de Ronald Dworkin, François Ost (1991, p. 243) trouxe algumas figuras heroicas para simbolizar esses tipos de magistrados que são valorizados como se fossem verdadeiros Hércules:

É Ronald Dworkin, sabe-se, que valoriza ao extremo a figura do juiz moderno, dando-lhe traços de Hércules. Esse juiz semideus que se restringe às tarefas de justiceiro e termina por levar o mundo sobre seus braços estendidos. Não haveria Direito senão o jurisprudencial, é a decisão e não a lei que faz a autoridade. [...] a singularidade e o concreto do caso passam na frente da generalidade e abstração da lei. (OST, 1991, p. 243).

Para alguns, estabelecer uma visão intermediária entre as discutidas anteriormente, a depender da forma como seja feita, acabaria por voltar ao mesmo conflito anterior. Isso porque, permitindo-se que o Judiciário ouça a opinião pública, mas que sua decisão não a considere, acabaria por tornar ainda mais evidente o problema que se tenta solucionar. Em contrapartida, dar ouvido às pressões sociais e decidir considerando-as, poria em cheque a imparcialidade e seu distanciamento político, bem como deixaria de ser garantida a proteção das minorias, cujas vozes são mudas em discursos majoritários. (PEREIRA, 2012).

A figura do juiz Hermes, heroico, proposta por François Ost também parece não ser realizável a um falível juiz de carne e osso. Afinal, os extremos devem ser evitados, inclusive o ponto equidistante daqueles. Ocorre que, à medida que se fixa sobre uma única maneira o viés de decisão, a tendência é a deslegitimação da própria Instituição. O que se vê com relação ao tema proposto é uma abertura legislativa, ratificada pelo tempo, que promove uma subversão da ordem, sob a justificativa de garantia de uma ordem, que põe no centro o agir judicante, que na prática, decide de maneira heterogênea e aleatória com base no processo posto sob sua análise, variando intuitivamente conforme a eventualidade do momento.

Esse fenômeno oscilatório, no qual o Judiciário através de juízes que conseguem revezar as suas decisões ora populares, ora impopulares, não deveria ser o mais ideal⁵¹. Quanto a isso:

As absurdas práticas dos legisladores são sempre efeito da timidez, que é a principal fonte das contradições da humanidade. Os legisladores (ou melhor, os juízes cujas opiniões enquanto vivos foram interesseiras e venais, mas que após sua morte tornam-se autoridade decisiva e são as soberanas árbitras das vidas e da sorte dos homens), algumas vezes aterrorizados pela condenação de um inocente, carregariam as leis com formalidades pomposas e inúteis, cuja escrupulosa observância imporá uma impunidade anárquica ao trono da justiça; e que, em outras vezes, perplexos por crimes atrozos de difícil comprovação, tomam para si a necessidade de anular essas mesmas formalidades por eles criadas e, por vezes com despótica impaciência e, por outras, com feminina timidez, transformam seus solenes julgamentos em um jogo de acaso. (BECCARIA, 2012, p. 39).

Visto isso, é numa tentativa de dar respostas à sociedade, em razão de para esta a prisão estar relacionada à punição, que o magistrado se sentiria protegido no desvario de decretação de prisões cautelares, ainda que desprovidas dos requisitos legais ou mesmo desnecessárias ao caso em concreto. Pretere-se o que está positivado para agradar as massas que clamam por decretos segregatórios que sequer se lastreiam na legalidade.

⁵¹Visão contrária feita por Jane Pereira (2012), a qual pontua: “Os juízes podem, ainda, revezar decisões impopulares com outras que aumentam seu crédito público, num processo de equilíbrio e compensação entre perdas e ganhos, que afinal pode ser ou não bem sucedido”.

Então, é temerário e é preocupante determinar a prisão de uma pessoa com esse risco de que seja alterada a sua situação. Num país que se prende muito, deve-se ter uma maior fiscalização das decisões que cedem às pressões sociais ou midiáticas. O judiciário faz o controle repressivo de constitucionalidade. A moderna doutrina sustenta na atualidade que antes se sustentava que as cláusulas pétreas eram imodificáveis e hoje elas podem até mudar, mas pelo legislador quando forem pra acréscimos.

Nas palavras do ministro Marco Aurélio, deve-se ter real cuidado com a atuação dos magistrados, não se dissociando dos princípios constitucionais, para que estes não sucumbam às pressões sociais ou pautem suas decisões ao gosto do público (MELO, 2018)⁵². Para ele, os operadores do Direito devem zelar pela fiel aplicação não somente da lei em si, mas, principalmente, da Constituição e dos princípios que esta carrega.

Em crítica, afirma ainda que a atuação do magistrado não deve se camuflar de acordo com os envolvidos no caso concreto, devendo o caráter axiológico ser preservado de acordo com o que é constitucionalmente garantido, para que não haja inconsistências nas decisões, emanadas dos órgãos do Poder Judiciário. Para que haja estabilidade judiciária, enaltece ainda que, “tudo é agravado pelos aspectos suscitados pela mídia e pela velocidade das redes sociais. Nesse contexto, a postura que geralmente se adota é a politicamente correta, a merecedora de aplausos. Adota-se a hipocrisia, o que é condenável.” (MELO, 2018), principalmente, no âmbito do processo penal.

Dessa forma, percebe-se que contrariar a ordem posta pelo regime democrático de direito, violando garantias fundamentais, é um fenômeno rejeitado pela comunidade jurídica, principalmente num sistema garantista como que foi proclamado junto com a Constituição de 1988. Nesse âmbito, não cabem divagações por parte dos magistrados, que ponham em xeque o sistema democrático ou mesmo a liberdade de indivíduos, esteja o país atravessando expectativas maiores ou não.

Partindo-se da ideia de que o Direito Penal estaria sendo utilizado para fins outros que não os admitidos legalmente, percebendo-se uma grande mácula em algumas atuações no sentido de se voltarem mais aos clamores públicos, é certo que isso culmina num fato que, por vezes, atemoriza a comunidade jurídica acadêmica, qual seja, a superinflação do ego Judiciário. Nas palavras de Paul Ricoeur:

Longe de qualquer satisfação corporativista, de qualquer glorificação profissional, os desvios ligados a este fenômeno inflacionista são os primeiros a serem destacados:

⁵²Em seu discurso, falou: “Na arte de interpretar, precisamos atuar com pureza na alma. E sem ‘juizite’: não podemos pretender fixar para o caso concreto o que pensamos da vida em sociedade. Não há campo para o Direito alternativo. Mas temos vozes na magistratura que se aproximam desse enfoque.” (MELO, 2018).

quer os juízes que se constituem em novo clero, quer certas personalidades, apoiadas pelos media, comportam-se como os guardiões da virtude pública, despertando, deste modo, ‘o velho demônio inquisitorial, sempre presente no imaginário latino’. [...] A ilusão da democracia direta, que o sistema mediático mantém e até cria, é a maior tentação que ameaçou, juntamente, o jurídico e o político: vemos assim, sob a pressão da mediática, o novo clero dos juízes obcecados pelo antigo sonho da justiça redentora, enquanto a democracia representativa é minada pelo sonho da democracia direta. (GARAPON, 1996, p. 10).

É nesse cenário que a Justiça penal moderna vem encerrando suas cortinas, principalmente quando se trata de casos que têm revoltado ainda mais a população: a impunidade dos grandes corruptos. A população, cuja violência dos delitos menores já tem sido normalizada, clama pela punição daqueles, representantes eleitos diretamente pelo povo, que desviam grandes valores, o que acaba por tornar todos os outros setores de atuação pública uma lástima.

O alvo é o combate à corrupção. E não se está neste trabalho dizendo que não é para sê-lo. Entretanto, deve-se ponderar a forma de atuação em alguns casos, a fim de que o Direito não seja esfacelado, junto com as garantias e direitos individuais já conquistados. Essa ascensão do Poder Judiciário, nas palavras de Antoine Garapon (1996, p. 10), “é uma promessa ambígua da justiça moderna: os pequenos juízes livram-se dos políticos corruptos e os grandes juízes, da própria política.”

Isso acontece num contexto social já desacreditado da política, onde já não se crê mais nas promessas do poder público. Assim, o clamor junto ao Judiciário é como um pedido de socorro, uma fonte de “moral comum” numa sociedade em que esta já não existe mais. Ocorre que, a pergunta que deve permear esses sentimentos do senso comum é: Justiça para quem? Em nome de quê? Abrir mãos de direitos por quê?

Uma sociedade suscetível à juridicidade acaba por ficar sujeita também às masmorras de sua atuação, quando assume inclinações outras que não o viés do Direito. Ao magistrado não deve lhe caber a tarefa de herói ou de reabilitador do setor político decadente, mas tão somente a de ser garante da lei, obediente aos preceitos constitucionais, cumprindo seus deveres⁵³ de maneira a não se deixar influenciar por pressões externas, muito menos quando essas vêm da mídia.

Esse cenário piora quando se atribui ao Direito Penal o papel de salvação dos males sociais. Apesar de ser visto como um contendor moral, não deve assumir um caráter de protetor divino, porque fatalmente será inautêntico e fracassará em seu objetivo principal de proteção aos bens jurídicos tutelados. (TOLEDO, 2000, p. 247). Seu caráter é eminentemente

⁵³Nesse sentido, o Estatuto da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35/1979, Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, **com independência, serenidade e exatidão**, as disposições legais e os atos de ofício. (BRASIL, 1979, grifo nosso).

fragmentário, subsidiário, de *ultima* ou *extrema ratio*, devendo ser obedecidos os limites de uso de seus instrumentos, especialmente a prisão preventiva, combatendo-se excessos.

Ao julgador caberia apenas aplicação da lei, analisando-a juntamente com o ordenamento e interpretando-a genuinamente como é. Para Beccaria (2012, p. 17), por exemplo, os julgadores de casos criminais não teriam direito algum à interpretação das leis penais, uma vez que não seriam legisladores, nem receberam as leis de ancestrais como tradição doméstica nem como um testamento, cujos herdeiros e executores devem obedecer, mas recebeu-as de uma sociedade viva ou do soberano, seu representante.

Dentro dessa abordagem, sobre uma aplicação estrita das leis, obedecendo a um preceito maior, que se traduz como a ordem constitucional atual, Beccaria (2012, p. 17) continua afirmando que as leis recebem sua força e autoridade de um juramento de fidelidade, seja ele tácito ou declarado, feito por súditos vivos, a seu soberano, para conter a ebulição interna dos interesses privados de cada indivíduo.

Há quem seja fiel ao cumprimento rígido da lei, enaltecendo, pois, a aplicação fiel da legislação sem espaço para maiores divagações ou interpretações que possam colocar em xeque todo um sistema de garantias. Em linha de pensamento contrária, corroborando com a interpretação genuína, e na tentativa de estabelecer equilíbrio entre as mudanças nos paradigmas das decisões acerca dos decretos segregatórios cautelares, é que se questiona se a falha estaria na abordagem dada pelos julgadores ao caso concreto. Por exemplo, em se tratando de *hard cases*, a dogmática e aplicação fiel da norma, formalista em excesso, seria inviável, impondo aos magistrados verdadeiro desafio de hermenêutica para a aplicação do direito, para que atenda a todas as suas nuances. (POSNER, 2009, p. 13).

Seguindo esse pensamento de interpretação da norma, tem-se a construção de que a dogmática penal⁵⁴ seria um mecanismo de trazer estabilidade e previsibilidade para as decisões, através de uma jurisprudência coerente e não contraditória, adequada às leis vigentes.

Como se vê, a norma literalmente posta, ou em análise conjunta com os precedentes, por si só, não resolveria o problema da ponderação valorativa do caso concreto, que deve atender a outros critérios, como as mudanças de paradigmas sociais, sem que seja afetada ou influenciada pela opinião pública manipulada pela mídia. O papel do julgador é imensurável,

⁵⁴Levando-se em conta o conceito trazido por Cláudio Brandão (2012, p. 122): “Compreende o discurso e a argumentação que se fazem a partir do próprio direito penal e dos seus elementos constitutivos. [...] Pois bem, como os institutos essenciais do próprio direito penal e de sua dogmática (crime, pena e medida de segurança) são cânones para o conhecimento da criminalidade, a dogmática penal pode também ser encarada como um método de conhecimento daquela.”

uma vez que detém o poder de decisão sobre a segregação da liberdade, bem tutelado juridicamente mais precioso dos indivíduos, principalmente, em caráter cautelar.

Nesse cenário, percebe-se que, havendo falhas nas leis, abre-se espaço para silogismos e para incertezas. Para Beccaria (2012, p. 18) essa atividade do magistrado seria nociva, principalmente, quando traduzida na consulta ao “espírito da lei”⁵⁵. Por ser uma fonte instável e inconstante, deixar a cargo da mente humana do magistrado o destino de várias pessoas que estão sob seu jugo, é um risco que não se deve assumir.

Não se furta ao direito que está positivado. Se assim se quer, que seja precedida de uma reforma legislativa coerente, ou todos os princípios regentes do direito penal serão postos em xeque. Isso porque não se pode permitir que concepções individualizadas de como deve ser procedido o direito, principalmente o penal, sobreponham-se à lei. Assim, a prisão como um todo no ordenamento jurídico é exceção, não devendo ser tratada como regra, para o alcance de objetividades outras que não as funções, que sabidamente são simbólicas, de repressão e prevenção ao crime.

A prisão preventiva, quando seus requisitos estiverem nitidamente presentes, precisa ser decretada, sob pena de produzir o descrédito em relação ao Poder Judiciário. Afinal, da mesma forma que o indivíduo possui, na figura do magistrado, quem lhe pode assegurar a liberdade, em contraposição à força do Estado, é preciso considerar que a sociedade, como um todo, também crê na magistratura, respeitadas as regras do Estado Democrático de Direito, para fazer cessar, em breve tempo, agressões aos direitos humanos fundamentais. A garantia da ordem pública, por isso, não é fator estanque, merecendo análise criteriosa em cada caso concreto. (NUCCI, 2014a).

A Constituição orienta o sistema penal estabelecendo seus limites, não dando margem ao intérprete para divagações. Assim, caso se constate a necessidade da prisão preventiva de um indivíduo acusado de um crime, que sejam declinadas as razões legais e públicas que fundamentem essa decisão.

O que não se pode conceber é a prisão preventiva de pessoa individualmente considerada para atender subjetivismos ou critérios políticos, ideológicos, filosóficos ou morais daquele que se investiu de uma carreira pública de Estado. Os argumentos devem ser

⁵⁵ Para Beccaria (2012, p. 15-18): “Assim, vemos o destino de um cidadão alterado várias vezes ao passar por diferentes tribunais e sua vida ser vítima de falsas ideias ou do mau humor do juiz, que confunde a legítima interpretação das leis com o vago resultado de toda aquela confusa série de noções que lhe move a mente. [...] Nada é mais perigoso do que o popular provérbio de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotá-lo é abrir-se a uma torrente de opiniões. Essa verdade pode ser um paradoxo à mente vulgar, que é mais fortemente afetada pelas pequenas desordens ocorridas diante de seus olhos do que pelas mais perniciosas, porém remotas, consequências produzidas por um falso princípio adotado pela nação.”

eminentemente jurídicos, até para que seja assegurado o dever de imparcialidade dos magistrados. (RAWLS, 1999, p. 262-298).

Em que pese ainda se estar caminhando para a concretização de uma sociedade justa e igualitária, na visão de Rawls, é certo que um estágio de consenso constitucional já fora atingindo. As imbricações do caminho levarão a uma ascensão democrática harmônica. Um desses imbróglis, o mínimo que seja, passa pela abordagem do presente trabalho.

Os magistrados não estão a serviço de um governo ou de pessoa determinada, mas de uma função de Estado voltada à coletividade, não se podendo permitir que interpretem a lei descompensadamente, mas de maneira que preze pelo equilíbrio e manutenção das forças constitucionais, e não de modo a politizar ou polarizar a opinião pública.

4.3 A politização da opinião pública a partir do Judiciário

Os magistrados, em seu *mister*, apesar de não deterem poderes de escolha sobre as causas que recaem sob seu jugo, possuem uma responsabilidade para com elas. Ao se tornar responsável pelo caso concreto sobre o qual tomará decisões, assume as respectivas consequências dessas atitudes. Num raciocínio lógico, apesar de não deliberar sobre os casos em si, delibera sobre o seu ato e, portanto, escolhe as consequências que dele advêm. Não se escolhe o que julgar, mas como julgar.

Nesse sentido, a função do magistrado é escolher bem em que se pautar para proferir a sua decisão, tendo por base parâmetros legais e constitucionais mais adequados e consistentes. Em tempos como os que se vive, não é difícil constatar que a polarização política da sociedade esteja saltando aos olhos mais que em outros tempos. O maior problema desse fenômeno é o desvirtuamento das reais categorias que demandam todo esse entusiasmo e a atenção: os verdadeiros injustiçados sociais.

A problematização astuta provocada pela mídia, com a manipulação polarizante, disfarça os verdadeiros ultrajes e violações que se cometem para que o que está em pauta esteja lá efetivamente. Ou seja, existe um desvio de atenção do que realmente importa para o que supostamente tem sido afetado. Isso quer dizer que, o alarde social provocado não corresponde ao que realmente está de fato necessitando de atenção naquele caso concreto. Troca-se a real vítima pela sensação de vitimização. Há a colocação de múltiplos interesses individuais, em detrimento do bem coletivo insculpido em garantias legais maiores.

Existe, uma falsa sensação alimentada de ego ferido que rende frutos: adeptos. Quanto mais pessoas sentindo-se ultrajadas e moralmente afetadas, mais audiência, mais

aderência e mais aceitabilidade. Essa vitimização provoca um *welfare*, uma cultura de hipocrisia e falso moralismo, que de maneira insidiosa domina os sensores críticos do cidadão, o qual passa a bradar discursos com o quais, muitas vezes, nem sabe por que o faz.

A vida em sociedade e em um regime democrático pressupõe o respeito e a prudência, quando se depara com opiniões contrárias e decisões não tão agradáveis aos interesses individuais. Mas isso não é fundamento para que decisões judiciais, por exemplo, enviessem-se por caminhos que olvidem da legalidade e das garantias fundamentais.

Em interessante estudo empírico, adotando a estrutura de entrevista com alguns magistrados e promotores de justiça, José Roberto Xavier (2012), consegue extrair algumas conclusões a respeito da interferência ou pressão da opinião pública no sistema penal, apesar de toda dificuldade encontrada para enfrentamento deste assunto. Sem querer esgotar as discussões sobre tema tão complexo, o Autor traz considerações a respeito de uma possível influência de opinião dita pública no sistema penal, sob um viés crítico e sistemático.

O que se deve ter em mente é que, não adianta haver um dito devido processo legal alheio a garantias, o que o tornaria injusto e inadequado. É para isso que existem os direitos, a cautela, para que, ao final do processo, caiba a punição adequada a quem for realmente culpado. O que não se deve admitir é a prisão de um indivíduo em caráter cautelar por motivos que não a fundamentem de maneira consistente, sob pena de todo o sistema de garantias e direitos subjetivos ser desarranjado.

Trazer para o Judiciário um moralismo e um heroísmo midiático dos que conduzem operações de combate à corrupção só causa estardalhaços na sociedade, uma histeria coletiva. Isso porque a repercussão da espetacularização de um processo penal toma proporções absurdas, ainda mais hoje com o maior alcance informacional, por redes sociais e *Internet*. A utilização da mídia para soltar notícias sobre processos, colocando os investigadores e magistrados em posição de destaque perante os holofotes sociais, acaba por instigar discursos odiosos e até a politização da opinião pública, causando exclusão, estigmatização antecipada, que contraria o Estado Democrático Social de Direito.

Assim, divide-se a população. Incitam-se diálogos extremistas e ofensivos, tornando o acusado totalmente sem chance de defesa ou de recuperação da dignidade perante o público, uma vez que já foi açoitado pelos órgãos de comunicação de massa. O pior desse fenômeno é saber que essas violações aos direitos mais básicos do acusado, como a presunção da inocência, são chanceladas pelo próprio Poder Judiciário, ficando o indivíduo sem saber a quem recorrer, quando alvo de tais afrontas.

Através desse jurisdicionismo de exceção, vem à tona a maniqueísta sombra que pairava nas sociedades medievais, em que o bem e o mal contracenavam. Afetam-se sobremaneira o comportamento humano e a vida dos membros em sociedade. Formam-se opiniões despidas de senso crítico, racional, mas recheadas de aspectos morais individuais.

4.4 Garantismo às avessas: deturpações do sistema constitucional penal

Quanto à teoria garantista, preconizada por Luigi Ferrajoli, tem se percebido as mais diversas interpretações, que muitas vezes não guardam qualquer correlação com a versão original. Isso porque há deturpações nos desdobramentos da teoria por quem resolve trabalhá-la, seja para que se enviesem os pensamentos para angariar argumentos que defendam ou fortaleçam a tese que quiserem defender, ainda que, demagogicamente, sob o argumento de estar se defendendo uma postura garantista.

Assim, muitas vezes, chega a ocorrer uma perda de identidade, quando das deturpações de teorias, que acabam perdendo o sentido. Isso porque cada teoria é formulada de acordo com um contexto, uma história e baseada em valores que carrega para a consecução de seus fins. Dessa maneira aconteceu com o Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. Ocorre que esta teoria não encerra características heroicas ou de salvação da pátria na cura das mazelas sociais. Ao assegurar direitos ao criminoso, atraiu olhares e críticas⁵⁶.

Não se deve atribuir à teoria do Garantismo Jurídico a pecha de abrandar a punição, deixar impunes criminosos ou de instalar o caos. Essas deturpações extremistas só causam desentendimentos e crises no uso de ferramenta utilitarista do direito penal, legitimando o poder punitivo estatal reformado, o que passa longe de requerer uma abolição desse ramo jurídico ou de manter a impunidade. (COPETTI NETO; PINHO, 2017).

O garantismo jurídico proposto por Luigi Ferrajoli tem um propósito bem delimitado, qual seja o de assegurar a proteção da parte mais frágil, limitando o aparato Estatal punitivo. A partir dessa origem, no Brasil, foram verdadeiramente deturpadas as vertentes que norteiam tal teoria, surgindo interpretações que visam a uma proteção geral, não só da parte mais débil, como também da sociedade em geral, que se chamaria Garantismo Integral.

⁵⁶Sobre a chegada da teoria do Garantismo Jurídico no Brasil, breve comentário de Khaled Jr: “Uma campanha massiva foi deflagrada contra o garantismo pelos punitivistas de plantão. O processo de estigmatização foi tão intenso e bem sucedido que a expressão rapidamente adquiriu conotação pejorativa: a etiqueta "garantista" foi distribuída em grande escala e "garantistas" e "não-garantistas" simpatizantes da teoria e comprometidos com a contenção do poder punitivo foram implacavelmente rotulados e desclassificados. Garantismo e impunidade rapidamente tornaram-se equivalentes para muitos adeptos do senso comum jurídico.” (KHALED JR, 2015).

Sob essa interpretação, a teoria do garantismo assume outro viés, ou seja, deixa de se restringir à não atuação do Estado, de prestação negativa, para assumir uma postura ativa. Isso quer dizer que se passa a autorizar a função positiva do estado de proteção dos direitos fundamentais coletivos, atrelando-se à ideia de proporcionalidade entre a proibição do excesso e a proibição de uma proteção deficiente, sendo uma interpretação alemã da teoria ferrajoliana. (KHALED JR, 2015). Isso faz lembrar a defesa social defendida pela Escola Positivista, que já foi discutida outrora.

Já o Garantismo Hiperbólico Molecular seria a forma deturpada pela qual os “integrals” criticam a aplicação da teoria garantista pura no Brasil, afirmando ser esta um meio de direcionar proteção somente (e cegamente) aos criminosos, olvidando-se de toda a coletividade e impedindo que se tomem atitudes mais eficazes contra o crime. (COPETTI NETO; PINHO, 2017).

Ambas as nomenclaturas que se enunciam como Garantismo passam longe das origens da teoria Ferrajoliana. A um, porque entra em conflito o direito individual da liberdade com o direito social de titularidade coletiva, o que quer dizer que o que se protege no garantismo ferrajoliano não é a expectativa prestacional de um direito social, mas sim a proteção para não lesão de um direito individual. A dois, porque:

b) a (teoria da) interpretação, no viés garantista de Ferrajoli é metateórica, e isso quer dizer que os princípios elencados pelo Garantismo Integral, como os Princípios da Proteção Deficiente e da Proibição em Excesso não podem servir como base para a criação jurídico-normativa pelo Poder Judiciário, porque I – rompem com a Separação de Poderes e II – porque resvala na falácia de Hume, confundindo o dever ser normativo do direito com o ser efetivo da aplicação do direito. (COPETTI NETO; PINHO, 2017).

A três, porque não se pode atribuir a ideia abstrata de proteção da sociedade ao garantismo positivo pura e simplesmente, até porque o Estado possui atribuições prestacionais, ou seja, deveres que devem ser cumpridos ante os direitos sociais garantidos, não se olvidando do dever maior de não lesão. Nesse contexto, percebe-se a intrínseca relação existente entre Garantismo (sem deturpações) e o Constitucionalismo. Este se revela como limitador de poderes e aquele como a obrigatoriedade de imposição desses limites através das garantias (que seriam direitos fundamentais do indivíduo). (COPETTI NETO; PINHO, 2017).

Pensar esse modelo garantista de maneira ideal não se faz útil para o presente trabalho. É notório que falhas existem, principalmente, quando se tenta utilizar uma teoria num ordenamento jurídico remendado e, por vezes, desconexo e atrasado. É o que tem ocorrido com o direito penal e processual penal no ordenamento jurídico brasileiro. Não se deve ter em mente a interpretação deturpada de que o Garantismo tenha a intenção de

defender única e exclusivamente o criminoso, olvidando-se das outras garantias que protegem a coletividade. (COPETTI NETO; PINHO, 2017).

O que se deve entender é que essas garantias, como a de segurança pública, por exemplo, que visam atender à população em geral, fazem parte das atividades positivas do Estado, ou seja, de sua função prestacional, constituindo um dever do Estado e uma prerrogativa ou direito do cidadão. Em contrapartida, os direitos fundamentais individuais constituem garantias indissociáveis da dignidade humana e, por conseguinte, devem ser asseguradas pelo Estado, como uma forma de limitação de sua atuação, constituindo uma prestação negativa, ou seja, de não-ação estatal, de não-lesão por parte do poder punitivo. (COPETTI NETO; PINHO, 2017).

Percebe-se, pois, as deturpações sofridas por interpretações que desconsideram o contexto em que são inseridas as normas, num Estado Democrático de Direito, deixando o Garantismo Jurídico às avessas, para fazer sustentar teorias que nada guardam correlação com os propósitos originais propostos por Luigi Ferrajoli. Isso, num contexto brasileiro, com uma cultura punitivista arraigada na sociedade, que ainda clama ardentemente por punições e encarceramentos, só tornam ainda mais difícil a evolução do pensar processual penal e o real combate à criminalidade, uma vez que despidas de garantias, toda legislação sucumbe mais na frente, tornando-se autofágica.

Dessa maneira, é importante o desdobramento desse assunto para que se reforcem os argumentos que barram, de uma maneira contracíclica, esse fenômeno de deturpação para reforço de opiniões jurídicas que enaltecem a punitividade sob um viés falso garantista ou chamado de garantista integral. Isso porque, o garantismo proposto por Ferrajoli enaltece garantias que foram frutos de lutas e é uma conquista da humanidade, sendo legítima e constitucional para a manutenção do Estado Democrático.

Assim, estabelecendo de maneira eficiente limites estatais, apresenta-se como uma forma de contenção do poder e do arbítrio, evitando-se excessos, fazendo com que direitos fundamentais, especialmente os individuais, sejam realizados, ainda que não integralmente. Nessa senda, é importante reacender a ideia de que muitos argumentos veem para deturpar conceitos, em que pese esses possuam história e contexto. Dessa forma, não se sustentam interpretações outras que não a de garantias num Estado e num Sistema Constitucional de direitos.

É evidente que não se pode atribuir à teoria garantista de Ferrajoli a função de teoria perfeita. Assim também, não se pode conceber a aplicação, em sua totalidade, num país como o Brasil, cujo sistema jurídico-legal é repleto de contradições e falhas. Não se trata aqui de

querer que as teorias europeias sejam aplicadas dissociadas de um contexto social. O que se ressalta é a importância de não deturpá-las, mas adaptá-las.

Uma interpretação conforme e não disforme é o que deve nortear a atuação dos aplicadores do Direito. Isso porque, em que pese a realidade social brasileira e europeia sejam completamente distintas, o que não se tolera é a ausência de lastro que fundamente uma interpretação disforme com a original, em razão de haver neste país um contexto democrático e constitucional, que ainda está vigente. (KHALED JR, 2105).

O que não se pode admitir é uma confusão entre a atividade prestacional positiva do Estado, que alguns garantistas integrais asseguram fazer parte da teoria ferrajoliana, com a atividade jurídica de defesa social, ou seja, em outras palavras: Nenhuma leitura que restrinja drasticamente as liberdades individuais – e com isso o próprio Estado Democrático de Direito – pode reivindicar amparo no garantismo de Ferrajoli, sob o pretexto de desempenho mais eficaz de supostas funções positiva. (KHALED JR, 2015).

A valorização dessa abordagem “integral” do garantismo só tende a aprofundar a crise no sistema penal e processual penal pelo qual a sociedade brasileira passa. Em que pese agradar ao público, os resultados deletérios da expansão dessa visão estão sendo vistos na praxe e não demorará muito para que atinja a grande maioria.

Ferrajoli (2004, p. 26-27) define a tarefa do juiz no processo penal democrático como sendo uma sujeição à Constituição. Nesse sentido, a Carta suprema seria a fonte de legitimação da própria jurisdição e independência do Poder Judiciário, ou seja, dos valores de igualdade de direitos, já que esta pertence a todos e a cada um, o que exige um juiz imparcial e independente que possa garantir a harmonia do sistema, desvinculado de qualquer vínculo com poderes majoritários, como executivo e legislativo. Ainda da Constituição decorre o poder do juiz de estabelecer o código binário legal/ilegal, conforme o caso. Sua força decorre da Constituição para garantia dos direitos individuais.

Sendo a intangibilidade dos direitos fundamentais o elemento legitimador do agir — o que Ferrajoli denomina de democracia substancial —, o juiz não encontra nenhuma limitação fundada na vontade da maioria (política), seja para absolver ou para condenar o réu quando assim indicar a prova produzida pelas partes.

Num sentido de explicação, para maior compreensão do que se quer dizer com o presente trabalho, soma-se a interessante reflexão de Wittgenstein⁵⁷ a respeito da filosofia da

⁵⁷ A esse respeito, vide interessante análise da filosofia da linguagem, por José Renato Salatíel: “Esse universo de discurso é constituído por um grupo de indivíduos que conduz e participa de um processo social comum de experiência e comportamento, e no qual esses gestos ou símbolos significantes têm a mesma significação.” (SALATIEL, 1996).

linguagem. As reflexões dele concluem que seria inconcebível a constituição de uma linguagem eminentemente privada, uma vez que se aprende um conjunto de regras sociais para cada uso que fazemos da linguagem e não uma palavra que designa uma coisa.

Partindo dessa reflexão e trazendo-a para a análise do presente estudo, o que se quer dizer é que não há como sustentar-se uma interpretação dada a um termo vago posto na lei, dissociando-se da análise do contexto em que ele é inserido, ou seja, dos ditames constitucionais. Por essa análise wittgensteiniana, ao magistrado que decreta uma prisão preventiva, sob o fundamento da garantia da ordem pública, dando a esse termo sem delimitação semântica, uma conotação que diverge da sua denotação depreendida pelo inteligível (terceiro mundo de Karl Popper), não se chega a outra conclusão que não a de jurisdicionismo desarrazoado, uma vez que dissociado do conjunto de regras sociais às quais o termo “ordem pública” está inserido.

Dessa maneira, o juiz, que deveria resguardar a Constituição, acabaria por utilizar-se da prisão para amedrontar o acusado, desvirtuando-se do sistema Garantista posto. Nessa esteira, nada mais há que um não sopesar das garantias processuais penais e constitucionais, mas uma verdadeira alteração das prioridades, com uma troca dos valores a serem ponderados no caso concreto, que deixariam de ser aqueles que prezam pela garantia da ordem jurídica e dos direitos fundamentais, e consistiriam numa nova ordem constitucional utilizada a seu bel-prazer.

Ora, não se pode, no atual Estado Democrático de Direito, ultrajar a Constituição Federal a troco de vaidades isoladas. Não há que se cogitar sequer a utilização de uma investigação para fins de enaltecimento individual de pessoas que fazem parte da conjuntura institucional de poder. Em uma nação republicana como a do Brasil, deve-se prezar pelo bom andamento da ordem democrática, sem que a lei seja utilizada para violar garantias constitucionais, que estão acima de tudo.

Nesse sentido, é importante que se pense o direito processual penal em casos midiáticos de maneira crítica, reflexiva e indagadora, haja vista que não se trata apenas de dirimir questões acerca da validade, legitimidade ou eficiência de sua aplicação, mas, simultaneamente, sobre repensar a espetacularização midiática dada a tais casos, principalmente no que toca à prisão preventiva, que não pode ser admitida como um instrumento coator das investigações arbitrárias e violadoras dos direitos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Nenhum processo criminal deve servir como palco de espetáculos ao respeitável público. Sendo assim, não importa muito a questão moral que o magistrado carregue em seu

seio, devendo este se despir de qualquer subjetivismo que envolva a causa sob sua análise. A atuação do magistrado deve, antes de tudo, respeitar as garantias processuais penais, principalmente, dotado de imparcialidade, analisando estritamente as provas produzidas pelas partes, sem descuidar dos princípios regedores do processo penal: presunção da inocência, ampla defesa e o contraditório, o que irá validar sua decisão sobre o caso concreto.

Sendo assim, o magistrado não se encontra livre para decidir como quiser. Existem garantias processuais que guiam todo o desenrolar do conflito posto para o Estado resolver, até para que este tenha limites bem definidos, sob pena de restarem no código legalista garantias inócuas e meramente ilustrativas. É importante ressaltar, igualmente, que o código processual penal brasileiro, datado de 1941, ainda possui resquícios de uma época autoritária, em que o magistrado assumia posturas de acusador⁵⁸. Apesar disso, deve-se fazer a sua leitura constitucional, à luz da Constituição da República, de 1988.

A partir daí, percebe-se que o magistrado deixa de assumir uma postura ativa e central do processo, devendo apenas figurar como garantidor do direito das partes envolvidas, seja quanto à possibilidade de alegarem e produzirem provas, seja ponderando as garantias fundamentais que devem incidir para o andamento regular do processo. É nesse sentido, inclusive, que vem se falando em processo penal democrático. (FERRAJOLI, 2004, p. 26).

Somente a partir da submissão do magistrado à Carta Constitucional é que se pode ter garantida a verdadeira separação dos poderes, sendo legitimada a sua jurisdição. Isso se daria porque os poderes Executivo e Legislativo são, eminentemente, poderes de maioria, dotados de uma representatividade, enquanto que o Judiciário não. Por isso, a independência e legitimidade deste se dão por garantir direitos fundamentais a cada um e a todos indistintamente, devendo, para tanto, colocar-se de modo imparcial e independente, alheio a qualquer influência, seja com os outros poderes das maiorias, podendo, inclusive, manifestar-se sobre os atos inválidos e ilícitos cometidos por estes. (FERRAJOLI, 2004, p. 27).

Dessa maneira, os direitos fundamentais previstos, seja no Código Processual Penal, seja na Constituição, expressa ou tacitamente, são inatingíveis. Não há como legitimar a conduta do magistrado ante um processo penal sem que se garantam as mínimas condições de dignidade humana aos envolvidos. Nesse sentido, Ferrajoli, para tratar da imparcialidade do

⁵⁸ Explica-se isso ao pensar o art. 156, II, do CPP, o qual confere ao juiz, de ofício, poderes, por exemplo, de diligenciar sobre ponto relevante em caso de dúvida: "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...] II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". Perceba-se, que em que pese este artigo possuir redação dada pela Lei nº 11.690/2008, ainda guarda correlação com a antiga figura do juiz "inquisidor".

juiz, que não deve se deixar influenciar politicamente, traz o conceito de democracia substancial.

Para Ferrajoli (2014, p. 59), no mesmo ambiente em que existem garantias substanciais com força normativa, existem também, para evitar a sua violação, outras garantias secundárias ou jurisdicionais, que garantam esse poder separado dos outros, como o princípio da legalidade, exatamente porque o juiz fica adstrito ao que a lei determina, fundando seu juízo de valor segundo os princípios constitucionais e ditames legais preestabelecidos. É essa premissa maior que garantiria o Estado Democrático de Direito, sendo as garantias ditas secundárias, base para assegurar a efetividade das ditas primárias.

É exatamente a respeito do agir perante falhas ou incompletudes da lei, que deve se atentar o magistrado, pois que não há espaço normativo para que atue deliberadamente como bem entender. Para isso, como forma de controle da legalidade dos atos legislativos é que existe a jurisdição a respeito da constitucionalidade ou não de uma lei. É nesse sentido que Ferrajoli assevera que os magistrados estão sempre submetidos à lei, não somente à lei em si mesma, mas à lei constitucionalmente considerada válida, podendo, inclusive, alegar sua inconstitucionalidade perante uma norma inválida. (FERRAJOLI, 2014, p. 59).

Isso se dá porque ao não ser garantida a aplicação da lei sob a óptica constitucional, assume o magistrado uma postura nada garantista, mas inquisitorial, como centro do palco do processo criminal. Isso, em casos de grande repercussão midiática somente potencializa vaidades e protagonismos dos magistrados, que deixam de garantir mínimos direitos do indivíduo, em prol de uma resposta à coletividade, que só demonstram seu afastamento da imparcialidade necessária para a devida separação e individualização dos atores processuais.

Nessa esteira, é evidente que o princípio do devido processo penal clama pela atuação não parcial do magistrado, que deve se afastar de qualquer ideologia ou convicção que carregue consigo, para poder julgar o caso a ele posto de maneira isenta de subjetivismos, sob pena de avocar uma responsabilidade política. Assim, o processo penal passa longe de ser um instrumento exclusivo para punição, mas tão somente de limitador da intervenção estatal, impondo barreiras aos excessos e arbitrariedades do Estado contra o cidadão.

Ao revés disso, o que se tem acompanhado nos casos de repercussão midiática é uma verdadeira sede por punição, o que traz para o processo penal uma carga valorativa e um depósito de expectativas deformadas por uma opinião pública já manipulada, que clama por “sangue” e prisões. Em via reversa, o processo penal deverá assegurar o contraditório, barrando as expectativas sanguinárias da sociedade, dando ao povo e ao acusado o devido e legal processo penal. (MARTINS, 2013, p. 100).

É em busca desse caminho que o magistrado deve raciocinar o Direito. Desafiando suas próprias ideias sobre culpa e inocência, despindo-se de julgamentos morais que ainda mantém essa dialética, mas buscar todos os pressupostos constitucionais que assegurem um tratamento igualitário dos envolvidos no processo penal seja em casos menores ou de maior repercussão social. Os direitos processuais postos e os constitucionalmente válidos que parem sobre o processo devem ser estabelecidos de maneira a construir uma decisão judicial que não esteja refletindo qualquer satisfação pessoal ou outro sentimento do julgador ou das maiorias e massas.

Ou se faz dessa forma ou não se poderá falar em processo penal democrático. Não é que este tenha que abrir espaço para a não punição. Ao revés, o Garantismo penal que deve reger a atuação do juiz num caso de repercussão midiático, visa assegurar a comedida intervenção estatal, impondo limites necessários para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Só assim poder-se-á resistir ao Direito Penal do “aplausos”, rechaçando qualquer interferência política nas decisões judiciais, rejeitando-se a política criminal do encarceramento e da exposição midiática.

4.4.1 Simulacros constitucionais

É nessa esteira que se conclui que, em não sendo assim, o Direito Processual Penal e as garantias constitucionais que traz em seu bojo não passariam de meros simulacros. Sobre isso, faz-se necessária a compreensão da ideia trazida por Jean Baudrillard:

Assim é a simulação, naquilo em que se opõe à representação. Esta parte do princípio de equivalência do signo e do real (mesmo se esta equivalência é utópica, é um axioma fundamental). A simulação parte, ao contrário da utopia, do princípio de equivalência, parte da negação radical do signo como valor, parte do signo como reversão e aniquilamento de toda a referência. Enquanto que a representação tenta absorver a simulação interpretando-a como falsa representação, a simulação envolve todo o próprio edifício da representação como simulacro. Seriam estas as fases sucessivas da imagem: - ela é o reflexo de uma realidade profunda; - ela mascara e deforma uma realidade profunda; - ela mascara a ausência de realidade profunda; ela não tem relação com qualquer realidade: ela é o seu próprio simulacro puro. No primeiro caso, a imagem é uma boa aparência – a representação é o domínio do sacramento. No segundo, é uma má aparência – do domínio do malefício. No terceiro, finge ser uma aparência – é o domínio do sortilégio. No quarto, já não é de todo do domínio da aparência, mas da simulação. (BAUDRILLARD, 1991, p.13).

Compreendendo essa abordagem do sentido da palavra simulacro, identifica-se essa mesma característica com as garantias constitucionais, caso se estabeleça essa justiça penal de exceção. Isso porque não se pode criar um novo Direito não havendo lacunas; não se podem afastar garantias mínimas do acusado sem a devida necessidade, uma vez que se devem

reconhecer os limites legais e constitucionais aos quais estão submetidas as investigações e processos criminais.

Nesse diapasão, o garantismo de Ferrajoli merece ser enaltecido. Explicando-se, o autor estabelece duas categorias de garantias: primárias e secundárias. Nesse sentido, a segunda só entra em ação quando pressuposta a violação da primeira. Sendo assim, após uma pretensa violação de uma garantia primária (liberdade), que é autônoma e independente, ingressa um novo filtro de garantias, que seria o devido processo legal. Isso acontece para que, num sistema garantista por excelência, o indivíduo não fique subjugado ao excesso do poder estatal. É nesse sentido que as garantias, tanto primárias quanto secundárias, em que pese por vezes assumirem papéis autônomos, devem sempre estar em um universo de incidência conjunta e concomitante, quando da violação de quaisquer delas.

Para Ferrajoli, há distinção entre direitos subjetivos e suas garantias. E é para isso que o direito penal atua como um sistema de garantias, devendo ser mínimo e limitar o poder de atuação punitiva do Estado. Nesse sentido, para aprimorar o entendimento a respeito da teoria garantista, faz-se necessário entender a distinção havida entre garantias substanciais e processuais. Enquanto as primeiras garantiriam a busca pela verdade jurídica, do direito, as segundas buscam a verdade dos fatos.

É exatamente acerca desse aspecto que se vem analisar a prisão preventiva, quando fundamentada na garantia da ordem pública, que apesar de seu caráter cautelar, verdadeiramente vem sendo utilizada com uma vulneração de garantias mínimas do indivíduo, sejam elas substanciais ou procedimentais, a exemplo da culpabilidade e da presunção da inocência, que muitas das vezes é decretada sem a adequada necessidade no caso concreto, o que sacrifica de maneira desarrazoada a liberdade de um suposto autor de conduta dita criminosa, mesmo sem a declaração ou comprovação de sua culpa.

Sob esse enfoque garantista, Ferrajoli (2004, p. 559) assegura que ao acusado deve ser garantida a liberdade quando do comparecimento para seu julgamento, não só em respeito á dignidade daquele que é presumidamente inocente, como também para preservar os aspectos processuais penais, isso porque só assim seriam postos em equilíbrio o acusado e a máquina estatal acusadora, possibilitando à parte mais débil a organização de sua defesa de maneira eficaz, a fim de combater veementemente qualquer possível trama ou articulação de provas por parte da acusação.

Para que se possa pensar nesse sentido, faz-se necessária a avaliação dos requisitos legais elencados no artigo 312, do CPP, para que se analise de que forma a disposição normativa possibilitaria interpretações violadoras de garantias fundamentais substanciais do

indivíduo. Isso porque, a redação legal processual deve estar em consonância com o texto constitucional e com os direitos subjetivos lá imbricados, até para que estes não se submetam ao arbítrio da interpretação arbitrária de magistrados, e assim não resulte numa anulação completa da supremacia constitucional.

Em que pese o código de processo penal brasileiro datar de 1941, os ideais garantistas foram assegurados com a promulgação da carta magna de 1988. E, apesar da reforma havida no CPP em 2011, no que toca ao requisito da garantia da ordem pública, não houve qualquer mudança, permanecendo a mesma redação de outrora, ainda abstrata, o que possibilita as interpretações desvairadas, deixando o sujeito acusado ao bel-prazer de uma interpretação do direito inteiramente subjetivista por parte do magistrado, ainda que nesse trabalho se discorde dessa possibilidade, já que não se coaduna com a ordem do estado democrático de direito em que se vive no presente.

Para Ferrajoli, é através do direito penal que se pode analisar a legitimação de um estado constitucional democrático, pois aí que se enfrentariam toda a crueldade e violência entre estado e indivíduo. Para ele, um direito penal garantista tem que ser mínimo, seja como uma forma de contenção do Estado, minimizando sua capacidade de ditar novas condutas como delitos e novas penas como sanções, seja como forma de estabelecer limites na forma processual penal que o Estado dará como resposta ao crime cometido.

Essas análises trazidas pelo garantismo penal são de relevância ímpar ante o contexto jurídico-político-social por que passa o país. Isso porque o escopo maior do garantismo penal, sem dúvidas, é diminuir a violência tanto entre particulares mas, principalmente, na relação desigual havida entre a máquina estatal e o indivíduo.

Apesar de a teoria garantista penal ter grande valia e representar avanços quanto à garantia de direitos humanos e fundamentais, percebe-se, ainda, uma resistência, seja por parte de autoridades de todos os poderes, seja por parte da própria sociedade, para a qual o garantismo se dirige como instrumento para frear violações contra seus próprios direitos. E isso é refletido através do apelo social, bem como discursos políticos, pelo recrudescimento de penas, por mais prisões ou punições e pela incriminação de condutas.

Apesar de essas correntes punitivistas violarem diversas garantias fundamentais dos indivíduos e nada resolverem quanto ao problema do crime, são poucos aqueles que se somam ao lado da defesa de direitos para os prejudicados na relação desigual entre Estado e indivíduo, quando se refere ao cometimento de delitos. A tendência é que pese mais o lado do poder repressor do Estado,

Em que pese a teoria garantista afirmar os plenos direitos a todos indivíduos, percebe-se que o clamor dos próprios componentes da sociedade por mais punição e prisão, numa ideia imaginária de que tal recrudescimento resolveria os problemas da criminalidade, é deveras contraditório, uma vez que coadunam com o cerceamento de algumas garantias suas em prol da abstração de uma justiça coletiva no combate ao crime.

É contrariando essa ideia punitivista que o Direito, em especial o direito penal, principalmente sob a ótica garantista, é legítimo para barrar os excessos dos poderes estatais. Ademais porque a própria ideia de poder vem atrelada força em abundância. Aquilo que for excesso e que viole garantias humanas deve ser contido. É nesse sentido que o direito penal, sob o viés garantista proposto por Ferrajoli, que lhe é indissociável, vem ser instrumento de preservação e um sistema de garantias fundamentais, as quais se constituem de normas que tutelem direitos subjetivos, os quais seriam qualquer expectativa de direito de prestação ou de abstenção.

Dessa maneira, não é porque uma pessoa foi acusada do cometimento de uma suposta conduta criminosa, está sendo processada, pode ser presa e julgada condenada ou absolvida, que está despida da dignidade e que deverá se ver exposto à ignomínia. Esse pensamento já era vivenciado pelos Clássicos, quando Beccaria afirma que não se pode marcá-lo pela infâmia. (BECCARIA, 2012, p. 91). Dessa maneira, enquanto ainda acusado, não se deve atribuir-lhe a pecha de condenado, devendo ser tratado com as garantias mínimas asseguradas pela concretização dos seus direitos subjetivos.

Essa falha do sistema de leis penais advém do sentido que lhe foi atribuído: de poderio ao invés de justiça. Isso porque, tanto aquele que ainda se encontra processado, quanto aquele que foi condenado, ambos receberão a mesma sanção de cerceamento de liberdade. Assim, a prisão passa a ser vista como um castigo, como uma punição e não como uma forma de conter o acusado, mas de puni-lo, igualmente como ao condenado, ainda que àquele ainda não tenha sido dada uma decisão sobre sua culpa. (BECCARIA, 2012, p. 91).

Num lampejo, Beccaria (2012, p. 95) chega a criticar a atuação de julgadores e a própria lei, quando não estão voltadas a buscar a verdade, mas sim em confirmar o crime em todas as suas nuances. Para ele, parece que não soa mais preocupante ao magistrado condenar um inocente, quando a probabilidade de sua culpa seja menor.

Ademais, quanto a esses vácuos que existem na nossa legislação, é notório que à medida que o legislador, por um lado, estreita os laços de direitos e garantias fundamentais, enumerando um rol infinito, por outro, sempre em contradição, deixa aberturas que permitem

a sua violação. Como já afirmara Beccaria, “são esses os expedientes de uma nação fraca, cujas leis são como remendos em um edifício em ruínas.” (BECCARIA, 2012, p. 110).

De maneira não muito diferente, é percebido o ordenamento jurídico brasileiro, quando consegue manter termo tão aberto como a tal garantia da ordem pública como um dos requisitos legais da decretação de uma prisão processual, que afronta a liberdade individual, constitucionalmente garantida. Se não é um campo completamente contraditório, fértil para arbitrariedades, não se sabe mais o que seja, consistindo a manutenção desse termo uma visível ilegalidade e, porque não dizer, inconstitucionalidade.

Nesse sentido, Beccaria já afirmava que ao julgador, antes de tudo ser humano, não caberia o direito de aplicar sanções que não estivessem dispostas em lei. Quanto a esta, como regedora de um pacto social, deve ser formulada de maneira legítima e democrática, cabendo ao legislador, representando a sociedade, elaborá-la de maneira idônea. Nesse contexto, não caberia ao magistrado tomar decisões que transcendam às leis, muito menos quando se tratar de aplicação de penas, ainda que julgue ser melhor para o bem público. (BECCARIA, 2012, p. 15-17).

A análise dos casos postos neste estudo consegue refletir minimamente quão preocupante é a situação atual do país, principalmente quanto à ideia de combate à criminalidade, enviesando-se a prisão preventiva como garantia de punitividade, seja em resposta ao apelo social ou como mecanismo de demonstração de poder. Entretanto, o reflexo desse fenômeno só demonstra a falta resultados na diminuição dos crimes violentos, em razão dos poucos recursos humanos e materiais das instituições de prevenção e combate ao crime.

Para Francisco de Assis Toledo, a respeito disso, a persistência desse quadro “poderá ser pior em futuro próximo se, ao invés de adotarmos uma estratégia pragmática, ampla e abrangente de controle do fenômeno do crime, persistirmos na repetição enfadonha de surrados e envelhecidos refrões que já se revelaram seguramente inadequados.” (TOLEDO, 1994, p. 10).

Nessa esteira, não se trata de defender o crime ou a impunidade. Não se trata disso. Mas de não repetir erros históricos que o passado já registrou, com estratégias mal sucedidas que não contiveram o fenômeno criminal. Com isso, deve-se pensar a prisão preventiva com imersão total na Constituição, dentro dos limites impostos, devendo ser aplicada de maneira tolerável, correlata e que demonstre efetividade para os fins ao qual é destinada no caso concreto.

Em que pese não haver qualquer estudo que comprove que esses movimentos de perseguição ao criminoso, com o aprisionamento preventivo, diminua a criminalidade, o senso

comum ainda apela fortemente para isso. Ainda que sem razão, o apelo por encarceramento advém da crença de que impunidade gera criminalidade, repetindo-se uma tradição que remonta a tempos primitivos do homem e estabelece uma maniqueísta sociedade, onde existem os bons e os maus. Aos últimos, a segregação e banimento do convívio social.

Quando se acredita nessa crença sem ressalvas, de maneira geral e fundamentadora de diretrizes judiciais, reduzem-se à insignificância as teorias, o saber e a própria razão do ser humano. Todo o caminho evolutivo percorrido pelo homem moderno, do conhecimento objetivo, resvala quando se fortalecem tais crenças. Isso porque essa busca inconsequente pela punição, sob o pretexto da defesa social, culmina na desconsideração dos parâmetros legais que devem pautar a atuação Estatal, acarretando excessos em sua função preventiva e punitiva, violando-se direitos humanos tão duramente conquistados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em se tratando do contexto brasileiro, percebeu-se nos últimos tempos um verdadeiro assédio da mídia aos julgamentos de processos que versavam sobre acusações de corrupção e lavagem de dinheiro, já que envolviam pessoas da alta classe social, políticos e empresários. Assim, sob o argumento de que o processo penal que atinge o cidadão comum deve também guiar aquele em que é parte a turma do “colarinho branco”, assistiu-se o Poder Judiciário chancelar verdadeiros ataques aos princípios constitucionais fundamentais.

Nessa medida, um assunto que chama atenção do público é, sem dúvidas, a prisão. Ainda mais quando as investigações estão em andamento. Havendo a espetacularização de casos penais na mídia, percebe-se uma atuação dos órgãos da Justiça como roteiristas cinematográficos, criando um palco de violações de direitos, ditas legítimas, em prol de uma segurança ficta, o que robustece o poder punitivo estatal.

Sendo válidas todas as ferramentas que garantam resultados cada vez mais rápidos, a mídia, ávida por notícias urgentes, colabora, afinal, nada melhor que a prisão para render um público fiel às suas transmissões. A exceção virou regra quando a prisão preventiva passou a ser utilizada para motivos outros que não a real necessidade de garantir a regularidade da persecução penal, ou seja, a prisão, hoje, é utilizada para coagir, para dar respostas sociais e para acalmar os ânimos de parcelas interessadas.

O que atenta ainda mais contra o Direito e o Processo Penal, sob a ótica garantista e constitucionalista, é a frágil fundamentação de tais decretos segregatórios que, com base numa ficta garantia da ordem pública, tende a atender clamores sociais carregados de emoções e discursos sugestionados pela mídia. Essa ordem pública abstrata funciona como verdadeira saída para decisionismos arbitrários que só fortalecem uma jurisdição de exceção.

Esse requisito, quando utilizado sem fundamentos legítimos que ensejem a prisão preventiva de um acusado, viola os direitos subjetivos e as garantias fundamentais do indivíduo, subvertendo toda uma ordem constitucional. Isso porque a liberdade é o bem maior a ser tutelado pelo Estado Democrático de Direito, não sendo coerente, portanto, a convivência com arbítrios ou mesmo com a sujeição da liberdade de uns aos apelos de muitos.

Essas decisões que afrontam os direitos fundamentais existentes fazem uma ponderação deturpada do núcleo central, da essência e da finalidade do Direito Penal e da própria Constituição. Com base no argumento da defesa social, por exemplo, fortalece o mito de que a prisão serve para proteção da sociedade contra os criminosos, trazendo o caráter

funcionalista do Direito Penal do Inimigo à tona. Isso só retrata as agressões que o garantismo proposto por Ferrajoli vem sofrendo.

Observe-se que não se critica o poder criativo dos magistrados quando das falhas da lei, mas o que deve ser rechaçada é a violação de preceitos constitucionais em seu núcleo maior, bem como a desvirtuação da finalidade do Direito Penal, que garante direitos individuais fundamentais ao acusado e ao preso, possuindo peso maior que garantir uma suposta ordem pública.

Com o intuito de impedir que sobrevenham ainda mais excessos e arbitrariedades, aumentando-se o número de prisões preventivas decretadas sem a fiel obediência aos critérios básicos da necessidade, adequação e proporcionalidade, que reforçam seu caráter excepcional – fortalecendo-se os direitos fundamentais, como a liberdade e a presunção da inocência –, faz-se necessária a delimitação do termo “garantia da ordem pública” ou a sua completa exclusão do *caput* do artigo 312, do CPP, para que toda uma ordem constitucional e o próprio Estado Democrático de Direito não sejam comprometidos.

Esse destrinchar do termo não seria necessário se houvesse por parte dos magistrados uma exegese fidedigna ao núcleo substancial dos direitos e garantias fundamentais regentes do Direito Penal. Porém, para que sejam seladas as portas que dão margens aos arbítrios, assim se conclui para que dois extremos sejam evitados: o da não aplicação da norma, pela indefinição semântica do termo, ou o da sua aplicação em excesso, com as interpretações destoantes do cenário constitucional, sob a ótica garantista na teoria de Ferrajoli.

Qualquer movimento que possua uma conotação punitivista e clame por ampliação de medidas restritivas de liberdade, que vise um maior fortalecimento do poder estatal penal, deve ser logo constatado e barrado. Isso porque, contrário às ideias metafísicas de que os direitos individuais são dados por seres divinos, deve-se ter em mente todas as lutas políticas para a conquista das garantias humanas que se tem hoje. E é levando em consideração esse caráter de algo conquistado, que não se pode olvidar as possibilidades de perda, ou seja, a sua essência provisória, uma vez que depende da manutenção de um Estado Democrático de Direito para que sejam permanentemente garantidas.

A constante ameaça aos direitos fundamentais revela alguma coincidência com o Estado autoritário de outrora, para o qual não se deseja retornar. Seria um verdadeiro retrocesso. Relativizar garantias e abrir mão de direitos mínimos constituem um caminho sem volta para a retirada dos limites que barram a atuação do Poder Estatal contra o indivíduo.

Deve-se, pois, criticar sempre a letra da lei que tenha força para funcionar como ordem absoluta, ainda que contrária às essências do ordenamento jurídico como um todo

considerado. Devem-se rechaçar os déspotas que se utilizam do apelo social para solidificarem seu poder de controle, não se podendo aceitar que sob a justificativa de defesa social, arbítrios e violações de direitos sejam tolerados.

Nesse estudo, restou evidente que um pequeno termo de conceito aberto na legislação infraconstitucional de processo penal consegue subverter uma ordem jurídica inteira de direitos e garantias fundamentais. Não há saída outra que não passe pelo bem comum e pela alteridade, uma vez que constituem a finalidade a ser perseguida pelo Direito, bem como o reconhecimento e apreensão de categorias superiores ao direito posto, como são os princípios.

A racionalidade do homem consegue encontrar a porta de entrada dos seus vícios. Entretanto, deixar-se dominar por esses é uma escolha. Assim também são os problemas do Direito: sabe-se a falha, o poder e o limite de cada termo, manter a chaga aberta é uma opção. Conhece-se o erro, deve-se, então, corrigi-lo. A distopia de que o crime é um fenômeno complexo e com variadas causas não suplanta a ideia imaginária da população de que o seu crescimento está atrelado à impunidade. E, por mais que estudos e teorias demonstrem na prática, os instintos mais vorazes do ser humano continuam falando mais alto.

Imaginar esse contexto como uma estagnação do caráter evolutivo do homem é afirmar que a sociedade continuará clamando por mais punições e tudo voltará a se repetir num gerúndio infinito, no qual as verdadeiras causas subjacentes ao crime, o controle da criminalidade e a necessidade da prisão, especialmente, a preventiva, continuarão sem solução, ainda que se viva num Estado dito Democrático e de Direitos.

Superar esses entraves é algo que urge para que se consiga expurgar do ordenamento jurídico as brechas para a perpetuação do arbítrio e dos excessos, a fim de que não imperem a falta de humanidade e a violação às garantias do indivíduo no seio social. A solução desse problema vem da busca para diminuir a suscetibilidade em relação a situações que dão margens a ambiguidades e confusões, de maneira que sejam amenizados os critérios de percepção que devem ser aplicados ao caso concreto.

Decisões frágeis, imprecisas e sensacionalistas não devem fazer parte do Poder Judiciário, não se prestando, inclusive, a cercear a liberdade individual e fundamentar uma prisão preventiva, já que esta não é antecipatória de pena. Essas são as regras mínimas do jogo, atualmente, que devem ser seguidas, não se podendo alterar o roteiro para estabelecer um espetáculo no processo penal, que se preocupe em garantir não a ordem, mas a opinião pública.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA (ABI). **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros.** 2007. Disponível em: <http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução: Juarez Cirino dos santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade,** Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, 2002. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Lisboa: Editora 70, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação.** Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchese di. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Hunter Books, 2012.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann: tempo social. Tradução: Marina H. **Revista de Sociologia da USP,** São Paulo: USP, 2001.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política: uma patologia social.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. *In:* PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp35.htm. Acesso em 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.403/2011, de 04 de maio de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN: Levantamento nacional de informações penitenciárias Atualização Junho de 2016.** Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 80.379/SP.** Relator: Min. Celso de Mello, DJ de 25.05.2001. 2001a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78375>. Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 80.719/SP,** Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/09/2001. 2001b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.498/BA,** Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJ de 14.12.2004. 2004a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo373.htm#Pris%C3%A3o%20Preventiva%20e%20Garantia%20da%20Ordem%20P%C3%ABlica>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.680/PA.** Relator: Min. Carlos Britto, DJ de 14.12.2004. 2004b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo374.htm#Pris%C3%A3o%20Preventiva%20e%20Garantia%20da%20Ordem%20P%C3%ABlica>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 373.** 2004c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo373.htm#Pris%C3%A3o%20Preventiva%20e%20Garantia%20da%20Ordem%20P%C3%ABlica>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 374.** 2004d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo374.htm#Pris%C3%A3o%20Preventiva%20e%20Garantia%20da%20Ordem%20P%C3%ABlica>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. **Pensar,** Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 337-354, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2130/1728>. Acesso em: 11 jan. 2019.

CARTA, Mino. A Medusa. 2018. **Contexto Livre,** ano X, 16 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.contextolivre.com.br/2018/06/a-medusa.html>. Acesso em: 28 jul. 2018.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASARA, Rubens R. R., A espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCRIM.** São Paulo, ano 24, v. 122, p. 309-318, ago. 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Pena. Discursos sediciosos crime, direito e sociedade,** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Informativo Rede de Justiça Criminal nº 8,** janeiro de 2016, Os números da justiça criminal do Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Rede de Justiça Criminal. **Informativo Rede de Justiça Criminal, nº 8,** janeiro de 2016, Os números da Justiça Criminal do Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

COPETTI NETO, Alfredo; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo integral: a “teoria” que só existe no Brasil. Justificando,** 19 jul. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

CRUZ, Marcio. A mídia e os formadores de opinião no processo democrático. **Ponto-e-vírgula,** 9, p. 35-51. 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/pontoevirgula/article/download/13918/10242>. Acesso em: 20 dez. 2018.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo.** Trad. e Editoração: eBooksBrasil.com, 2003. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/debord/1967/11/sociedade.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DOTTI, René Ariel. As dez pragas do sistema penal brasileiro. *In:* TUBENCHLAK, James (org.). **Doutrina,** v. 11. Rio de Janeiro: ID, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33991>. Acesso em: 09 jan. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley de más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **O populismo mais terrível é o populismo judicial**. 2017. Disponível em: <https://www.ocafezinho.com/2017/04/20/exclusivo-o-antologico-discurso-de-ferrajoli-contra-sergio-moro-e-o-impeachment/>. Acesso: em 04 jan. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução: Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014b.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.
- GANÓN, Gabriel. ¿La macdonalización del sistema de justicia criminal?: nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente. *In*: RIVERA, Iñaki; SILVEIRA, Héctor C., BODELÓN, Encarna; RECASENS, Amadeu. (coord.). **Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli**. Barcelona: Antropos, 2006.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. v. III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1945.
- GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporânea**. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.
- GERMANO, Luis Paulo Rosek. **O juiz e a mídia: reflexos no processo**. São Leopoldo: Unisinos, 2012.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Mídia e caso Nardoni: haverá julgamento objetivo e independente? **LFG**, 10 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 26 dez. 2018.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito penal do inimigo** – retirado da obra Direito Penal do equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal. Editora Impetus, 2005. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>. Acesso em: 20 out. 2018.

GUZZO, José Roberto. A mídia diante do público. 2018. **Veja**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/a-midia-diante-do-publico/>. Acesso em: 19 jan. 2019.

IBOPE. **O que você procura**. [201-?]. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/Paginas/oquevoceprocura.aspx>. Acesso em: 21 jun. 2018.

ITABAIANA. Prefeitura Municipal de Itabaiana. Valmir de Francisquinho recebe Prêmio de Melhor Prefeito de 2014. **Agência de Notícias**, Itabaiana, 28 abril de 2015. Disponível em: <https://itabaiana.se.gov.br/noticia/4296/valmir-de-francisquinho-recebe-premio-de-melhor-prefeito-de-2014>. Acesso em: 25 nov. 2018.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Sistema penal brasileiro**: execução das penas no Brasil. 1997. Disponível em: <http://www.angelfire.com/pro/arquivos/files/e11.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

JOHANNES GUTENBERG. *In*: WIKIPEDIA: the free encyclopedia. [San Francisco, CA]. 2016. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Johannes_Gutenberg#cite_ref-Man_of_the_Millennium_2-0. Acesso em: 25 jan. 2019.

KANT, Immanuel. **O que é o Iluminismo?** 1784. Tradução: Artur Morão. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf. Acesso em: 25 jan. 2019.

KELLNER, Douglas. Cultura da mídia e triunfo do espetáculo. *In*: MORAES, Denis de. (org.). **Sociedade midiaticizada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

KHALED JR, Salah H. Garantismo à la carte: integral, desnataado ou semi-desnataado? **Justificando**, 26 set. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnataado-ou-semi-desnataado/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

KHALED JR, Salah H.; ROSA, Alexandre Morais da. O standard de prova de Moro e o enfraquecimento das garantias do acusado: uma provocação. **Empório do Direito**, 21 jul. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-standard-de-prova-de-moro-e-o-enfraquecimento-das-garantias-do-acusado-uma-provocacao>. Acesso em: 04 jan. 2019.

LARA, Marcelo D'Angelo. O fenômeno do panpenalismo e sua influência na realidade legislativa do brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 53, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30766/19874>. Acesso em: 19 jun. 2018.

LECHNER, Norbert. **Los patios interiores de la democracia**: subjetividad y politica. Santiago: Flacso, 1988. Disponível em: <http://www.flacsochile.org/publicaciones/los-patios-interiores-de-la-democracia/>. Acesso em 19 jan. 2019.

- LIRA, Rafael de Souza. **A minimização do punitivismo decorrente da mídia sensacionalista**: o segredo de justiça como regra. Coimbra, 2013. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34971/1/A%20Minimizacao%20do%20Positivismo%20decorrente%20da%20Media%20Sensacionalista%20O%20Segredo%20de%20Justica.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.
- LLOSA, Mário Vargas. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Limite penal: crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva. **Conjur**, 6 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 05 jan. 2019.
- MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATTHEWS, Roger. The myth of punitiveness. **Theoretical criminology**. 2009. Disponível em: <http://tcr.sagepub.com/cgi/content/abstract/9/2/175>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- MELO, Marco Aurélio de. É condenável que juízes decidam visando aplausos, diz ministro Marco Aurélio. Por Sérgio Rodas. **Conjur**, 03 nov. 2018. Disponível em: <https://www.amodireito.com.br/2018/11/direito-condenavel-juizes-visando-aplausos-aurelio.html?m=1>. Acesso em: 16 dez. 2018.
- MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais**: a inexigibilidade de conduta diversa como topos e solução. São Cristóvão: Editora UFS, 2014.
- MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MORETZSOHN, Sylvia. O caso Tim Lopes: o mito da “mídia cidadã”. **Discursos sedioso, crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro: Revan, 2003. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-tim-lopes.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *Mani pulite*. **R. CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio César. O problema é o processo. **O Estadão**, 29 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>. Acesso em: 16 dez. 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

NOVAES, Sylvia Caiuby. Sobre a Televisão, seguido de A influência do jornalismo e Os Jogos Olímpicos. **Rev. Antropologia**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 215-217, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77011998000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 jan. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A prisão cautelar e a garantia da ordem pública**. 19 mar 2014a. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-cautelar-e-garantia-da-ordem-publica>. Acesso em: 23 nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

OST, François. Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge. *In*: BOURETZ, Pierre (dir.). **La force du droit: Panorama des débats contemporains**. Paris: Esprit, 1991.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. **Os Constitucionalistas**, 31 out 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opinio-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias>. Acesso em: 06 jan. 2019.

POPPER, Karl Raymund. **A lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POPPER, Karl Raymund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem revolucionária**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRISÃO DO PREFEITO DE ITABAIANA SERGIPE *In*: GOOGLE: search. [Mountain View, CA]. Disponível em: https://www.google.com/search?client=firefox-b-ab&biw=1366&bih=594&ei=ojI0XNGaAoLCwAS5u4_4DA&q=pris%C3%A3o+do+prefeito+de+itabaiana+sergipe&oq=pris%C3%A3o+do+prefeito+de+itabaiana+sergipe&gs_l=psy-ab.3..0.2849.4478..4701...0.0..0.194.1248.0j8.....0....1..gws-wiz.DBgEmujecLg Acesso em: 30 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **HC nº 70043990852 RS**, Relator: Nereu José Giacomolli, Data de julgamento: 04/08/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 11/08/2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20245244/habeas-corpus-hc-70043990852-rs>, Acesso em: 23 jun. 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

RUSSELL, Bertrand. **A história do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Tradução: Laura Alves, Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

RYAN HOLIDAY. *In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre*. 2019. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2010]. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Ryan_Holiday. Acesso em:

SALATIEL, José Renato. Filosofia analítica: Wittgenstein e o argumento da linguagem privada. **Educação UOL**. 1996. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-analitica-wittgenstein-e-o-argumento-da-linguagem-privada.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, n. 10, 2003.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Defesa social: uma visão crítica**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Ed. Afrontamentos, 1995.

SANTOS, Luciano Correia. **Jornalismo e espetáculo: o mundo da vida nos canais midiáticos**. Aracaju: Banese, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SOUZA, André Peixoto de. **Inconsistência do conceito de “ordem pública” na prisão preventiva**. 26 nov. 2018. Disponível em: <https://www.amodireito.com.br/2018/11/direito-inconsistencia-ordem-publica-prisao-preventiva.html?m=1>. Acesso em: 16 dez. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. Razão cínica: o livre convencimento que afaga é o mesmo que apedreja. **Conjur**, 14 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-14/senso-incomum-razao-cinica-livreconvencimento-afaga-mesmo-apedreja>. Acesso em: 05 jan. 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

URTEAGA, Eguzki. La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Internacional de Filosofía**, v. XV. Málaga: Contrastes, 2010.

VALMIR de Francisquinho é solto e chega em Itabaina. **TV Itnet**, Itabaiana, 22 nov. 2018. 1 Vídeo (78 min). Disponível em: <https://itnet.com.br/tv/1896/assista-a-cobertura-completa-de-ontem-desde-a-soltura-de-valmir-ate-o-seu-retorno-a-itabaiana-itnet-noticias>. Acesso em: 25 nov. 2018.

XAVIER, José Roberto Franco. **A opinião pública e o sistema de direito criminal**: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. 2012. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/25965474/a-opinio-publica-e-o-sistema-de-direito-criminal---artigo-rbccrim>. Acesso em: 02 dez. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.