



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IGOR RAPHAEL NASCIMENTO LIMA**

**MÍDIA, OPINIÃO PÚBLICA E SEGURANÇA JURÍDICA NO  
PROCESSO PENAL: GARANTISMO PARA TODOS OU DIREITO PENAL  
DO INIMIGO PARA ALGUNS?**

**SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2023**

**IGOR RAPHAEL NASCIMENTO LIMA**

**MÍDIA, OPINIÃO PÚBLICA E SEGURANÇA JURÍDICA NO  
PROCESSO PENAL: GARANTISMO PARA TODOS OU DIREITO PENAL  
DO INIMIGO PARA ALGUNS?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Área: Constitucionalização do Direito

Linha de Pesquisa: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos

Orientador: Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso

**SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2023**

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

L732m Lima, Igor Raphael Nascimento  
Mídia, opinião pública e segurança jurídica no processo penal :  
garantismo para todos ou direito penal do inimigo para alguns? /  
Igor Raphael Nascimento Lima ; orientador Henrique Ribeiro  
Cardoso. – São Cristóvão, SE, 2023.  
125 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de  
Sergipe, 2023.

1. Direito penal. 2. Segurança jurídica. 3. Devido processo  
legal. 4. Comunicação de massa e opinião pública. 5. Legalidade  
(Direito). I. Cardoso, Henrique Ribeiro, orient. II. Título.

CDU 343.1:659.3

**IGOR RAPHAEL NASCIMENTO LIMA**

**MÍDIA, OPINIÃO PÚBLICA E SEGURANÇA JURÍDICA NO  
PROCESSO PENAL: GARANTISMO PARA TODOS OU DIREITO PENAL  
DO INIMIGO PARA ALGUNS?**

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso  
Presidente

---

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr  
Membro externo

---

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva  
Membro interno

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana de Aboim Machado  
Membro interno

São Cristóvão/SE, 11 de fevereiro de 2023.

*Entregue o seu caminho ao Senhor;  
confie nele, e ele agirá.  
(Salmos 37:5)*

*Não fui eu que ordenei a você? Seja forte e corajoso! Não se apavore nem desanime, pois o  
Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar (Josué 1:9)*

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, pelo dom da vida e por ter me sustentado nos momentos mais difíceis. O maior responsável por essa conquista é Ele. E a Ele, toda honra e toda glória.

Aos meus pais, Irailde Alves Nascimento Lima e Jorge Melo Lima, que, mesmo em meio às dificuldades, nunca nos deixaram faltar educação, amor, carinho e compreensão.

Aos meus irmãos, Rodrigo Nascimento Lima e Raphaela Maria Nascimento Lima, pelo companheirismo e pela confiança que sempre me depositaram.

A minha vizinha, Beatriz Alves do Nascimento (*in memoriam*), por todo amor, carinho, conforto e incentivo prestado em vida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, pelos ensinamentos e por todo o suporte prestado na elaboração desta dissertação.

Aos professores Doutor Lucas Gonçalves da Silva e Doutor Jadson Correia de Oliveira, pelo auxílio e direcionamento de estudo prestados no exame de qualificação.

Aos meus colegas do PRODIR/UFS, em especial a Andressa Rita Alves de Souza e a Bárbara Nathaly Prince Rodrigues Reis Soares, que tornaram a trajetória mais leve e rica em conhecimento.

Aos meus colegas de trabalho da UFS, pela amizade e pelo incentivo à qualificação constante.

## RESUMO

A dissertação tem por objetivo analisar a participação da mídia e da Opinião Pública no Processo Penal, demonstrando de que forma elas repercutem na aplicação do Direito. Para tanto, a partir do método hipotético-dedutivo, foram propostas e analisadas duas premissas iniciais: a participação externa é positiva porque democratiza o processo e não interfere na efetivação dos direitos e garantias penais e processuais; ou a participação é negativa, porque direciona o juiz a proferir decisões ativistas que consolidam modelo de tratamento que suprime direitos e garantias dos acusados. Para tanto, o estudo foi dividido em três capítulos: o primeiro, demonstra a trajetória do Direito Penal na busca do indivíduo por segurança jurídica e por uma aplicação mais humanizada da pena, partindo dos antigos aos modernos, com ênfase, neste último momento, às teorias antagônicas do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, e do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs; o segundo, analisa a consolidação de um sistema penal garantista pela Constituição de 1988 e a participação do Poder Judiciário na concretização constitucional, do que decorrem os fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial; e o terceiro, verifica a relação entre mídia, Opinião Pública e Processo Penal, a fim de identificar a influência que é exercida na atuação do Judiciário quando diante de crimes com maior repercussão. Concluiu-se que os meios de comunicação de massa disseminam concepções punitivistas na sociedade, por meio da propagação do medo e da insegurança. Nesse cenário, as notícias de crimes são transformadas em espetáculos e, em tom apelativo, o acusado é apresentado como culpado, sem qualquer espaço para sua presunção de inocência. O Processo Penal passa, então, a ser concebido como instrumento de preenchimento das expectativas punitivistas e, quando o juiz se contamina pela vontade incontida de fazer justiça, prejudica a sua imparcialidade e tende a tomar decisões ativistas que, ao arrepio da lei, suprimem direitos e garantias e conferem ao acusado tratamento que se assemelha ao que Jakobs propõe ao inimigo. Com a mácula do Estado de Direito, tem-se a institucionalização velada de um Direito Penal do Inimigo.

**Palavras-chave:** Mídia; Opinião Pública; Segurança Jurídica; Garantismo Penal; Direito Penal do Inimigo.

## ABSTRACT

The dissertation aims to analyze the participation of media and Public Opinion in Criminal Procedure, demonstrating how they affect the application of Law. Therefore, based on the hypothetical-deductive method, two initial premises were proposed and analyzed: external participation is positive because it democratizes the process and does not interfere with the enforcement of criminal and procedural rights and guarantees; or participation is negative, because it directs the judge to issue activist decisions that consolidate a treatment model that suppresses the rights and guarantees of the accused. For that, the study was divided into three chapters: the first demonstrates the trajectory of Criminal Law in individual's search for legal security and a more humane application of the penalty, starting from the ancient to the modern, with emphasis, in this last moment, on the antagonistic theories of Criminal Guaranteeism, by Luigi Ferrajoli, and Criminal Law of Enemy, by Günther Jakobs; the second analyzes the consolidation of a penal system guaranteed by the 1988 Constitution and the participation of the Judiciary in the constitutional implementation, from which derive the phenomena of Judicialization of Politics and Judicial Activism; and the third, verifies the relationship between media, Public Opinion and criminal procedure, in order to identify the influence that is exercised in performance of the Judiciary when faced with crimes with greater repercussions. It was concluded that the mass media disseminate punitive conceptions in society, based on the propagation of fear and insecurity. In this scenario, news of crimes are transformed into spectacles and, in an appealing tone, the accused is presented as guilty, without any room for his presumption of innocence. The Criminal Procedure is then conceived as an instrument for fulfilling punitive expectations and, when the judge is contaminated by the unrestrained desire to do justice, it undermines his impartiality and tends to make activist decisions that, contrary to the law, suppress rights and guarantees and give the accused treatment that is similar to what Jakobs proposes to the enemy. With the stain of the Rule of Law, there is the veiled institutionalization of a Criminal Law of Enemy.

**Keywords:** Media; Public Opinion; Legal Security; Criminal Guaranteeism; Enemy Criminal Law.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>1. A TRAJETÓRIA DO DIREITO PENAL NA BUSCA DO INDIVÍDUO PELA SEGURANÇA JURÍDICA E PELA APLICAÇÃO HUMANIZADA DAS PENAS .....</b>               | <b>13</b> |
| 1.1 Os povos primitivos e a vingança no Direito Penal .....   | 13        |
| 1.2 Direito Penal nas civilizações grega e romana .....   | 16        |
| 1.3 O Direito Penal Medieval e o estopim da insegurança jurídica .....  | 19        |
| 1.4 O Direito Penal dos Modernos e a passagem para um modelo mais humanizado .....  | 21        |
| 1.5 O triunfo do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli na segurança jurídica dos acusados.....  | 24        |
| 1.6 Resquícios de um modelo não humanizado: o inimigo, na visão de Günther Jakobs .....   | 36        |
| <b>2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO .....</b>   | <b>46</b> |
| 2.1 Constitucionalismo moderno e supremacia da Lei: o protagonismo do Parlamento .....  | 47        |
| 2.2 Constitucionalismo Contemporâneo e supremacia da Constituição: o protagonismo do Poder Judiciário .....                                     | 53        |
| 2.3 A Constituição Federal de 1988 e a Constitucionalização do Direito Penal: a consolidação de um modelo garantista.....                       | 59        |
| 2.4 A expansão da jurisdição constitucional brasileira.....   | 67        |
| 2.5 Judicialização da Política como desdobramento natural da expansão da jurisdição constitucional.....   | 72        |
| 2.6 Ativismo Judicial como desdobramento negativo da expansão da jurisdição constitucional: riscos à imparcialidade e à segurança jurídica..... | 75        |
| <b>3. PRENÚNCIO DE UMA TRAGÉDIA ANUNCIADA: A MÍDIA E A OPINIÃO PÚBLICA NO PROCESSO PENAL .....</b>  | <b>81</b> |
| 3.1 A influência da mídia na formação da Opinião Pública.....   | 82        |
| 3.2 Populismo Penal Midiático e a Espetacularização do Crime .....  | 87        |
| 3.3 Sentença midiática: a degeneração da imagem do acusado como violação de sua presunção da inocência .....                                    | 91        |

|   |            |
|---|------------|
| 3.4 As duas faces da seletividade: duplo padrão e duplo padrão reverso de julgamentos .....                           | 95         |
| 3.5 O Processo Penal como instrumento de provimento das expectativas sociais: o Garantismo sob ameaça.....            | 100        |
| 3.6 Ativismo e Direito Penal do Inimigo: quando a vontade incontida de fazer justiça alcança o Poder Judiciário ..... | 105        |
| <b>CONCLUSÕES.....</b>  | <b>112</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>117</b> |

## INTRODUÇÃO

Nas mais variadas civilizações, o crime é um acontecimento característico de uma conduta desviante. É comportamento reprovável que provoca desequilíbrio na paz social. O Estado, detentor único do poder de punir, elege determinados bens carecedores de tutela específica e a eles associa condutas que, se verificadas, são cominadas penas.

Não obstante, o Direito Penal – ramo do Direito encarregado por proibir condutas e cominar penas – não busca tutelar apenas bens jurídicos que possuem relevância para a sociedade em geral, mas, inclusive, para o próprio ofensor, que tem em jogo, em determinados casos, a sua própria liberdade.

Enquanto isso, nos noticiários, diariamente, crimes e mais crimes. Latrocínio. Tráfico. Chacina. Corrupção. Femicídio. Estupro. A conduta desviante, que era para ser exceção, parece regra. – Onde está o Direito? A sociedade questiona. Movida pelo medo e acuada pela insegurança disseminados pela mídia, as pessoas cerram às portas das casas às 18 horas.

A efetividade do sistema é colocada em xeque. Não deveria o Direito Penal traçar novas estratégias para o combate à criminalidade? Mais crimes? Endurecer as penas? Aprisionar mais? Será que não existem muitos direitos e garantias para os que cometem crimes? Além disso, também a atuação do Judiciário é colocada em questionamento. Por que tantos acusados são postos em liberdade? São indagações como estas que permeiam o senso comum da coletividade.

A mídia, no exercício de sua função informativa, noticia fatos criminosos de maneira a direcionar a Opinião Pública a uma projeção dos desdobramentos que espera acontecer no curso do processo, que passa a ser o campo de preenchimento das expectativas.

Em um mundo cada vez mais interligado, a capacidade de troca de informações alcança o Direito Penal e todo seu arcabouço principiológico, frequentes alvos de debates nos mais variados meios, o que ajuda a sedimentar pontos de vista construídos a partir de lugares comuns, alheios a uma análise técnica e jurídica do real problema da criminalidade.

O emaranhado das relações sociais enseja um encurtamento de distâncias que objetiva sempre encontrar a solução mais simples para problemas complexos, ainda que não os tenha por resolvidos definitivamente. A possibilidade de identificação dessa situação se esconde no ponto cego, de modo que a visão se satisfaz com o visível.

É desse cenário que o presente estudo se ocupa, de sorte que a dissertação analisa os desdobramentos da influência da mídia na formação da Opinião Pública e destas no Processo Penal, encarado como instrumento jurídico de preenchimento de expectativas.

Em verdade, o Direito Penal, em sua acepção contemporânea, é produto de longa trajetória. Seu desenvolvimento não apenas guarda relação com a história da pena, mas se confunde, sobretudo, com a própria evolução da humanidade, de maneira que, para melhor compreendê-lo, é imprescindível analisar como mídia e sociedade podem, no contexto atual, interferir em sua aplicação.

No Estado Constitucional de Direito brasileiro, fruto do processo de redemocratização, em que o poder emana do povo, discutir a possibilidade da participação da mídia e da sociedade no curso do processo se torna fundamental para o fortalecimento da democracia e para a reafirmação do equilíbrio entre os Poderes. Esta participação, todavia, demanda especial cuidado quando se encontram envolvidas questões de ordem penal, em que a segurança jurídica do indivíduo precisa estar assegurada pelo Estado e em face dele.

É que o Brasil, além de não possuir uma cultura jurídica arraigada, possui população ideologicamente manipulada e amedrontada pela mídia. Disso decorrem posturas sociais extremas em relação os acusados, que podem repercutir em eventual decisão judicial: seriam eles detentores de direitos – conquanto possíveis infratores da lei penal – ou ameaças a serem combatidas a qualquer custo?

Nesse sentido, conferi-los maior ou menor segurança jurídica guarda estreita relação com o modelo de sistema penal adotado em determinado ordenamento jurídico, de modo que, para o desenvolvimento desta pesquisa, foram adotados como parâmetros os modelos propostos por Luigi Ferrajoli, em seu *Garantismo Penal*, e por Günther Jakobs, em sua teoria do Direito Penal do Inimigo. Pelo antagonismo que apresentam, a adoção de determinada perspectiva pressupõe, necessariamente, a rejeição da outra.

Embora o garantismo penal represente mais um “dever ser” do que um “ser” – com sistemas que lhe conferem em graus variáveis –, não é possível extrair desta teoria a possibilidade de supressão de direitos e garantias constitucionais, de modo que é imprescindível resguardar o mínimo de segurança jurídica. Esta compreensão colide frontalmente com a teoria do Direito Penal do Inimigo, que sustenta ser dever do Estado conferir tratamento diferenciado a aqueles a quem considera inimigos, que, em razão do perigo abstrato que representam, podem ter algumas de suas garantias suprimidas.

Considerando esse imbróglio introdutório, foi colocado o seguinte problema de pesquisa: o Garantismo Penal é realmente para todos os acusados ou a repercussão midiática de

determinados crimes e as pressões sociais autorizam uma abordagem processual baseada no Direito Penal do Inimigo?

A dissertação intitulada “Mídia, Opinião Pública e Segurança Jurídica no Processo Penal: garantismo para todos ou Direito Penal do Inimigo para alguns?”, elaborada sob orientação do Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, é apresentada em conclusão ao curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

A presente pesquisa, com aderência à área “Constitucionalização do Direito” e à linha de pesquisa “Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos”, tem como objetivo fundamental contribuir em estudos acerca do Constitucionalismo Penal Contemporâneo, tratando, especificamente, da necessária segurança jurídica que deve ser proporcionada por uma aplicação indistinta do direito material e processual penal em casos semelhantes. Para isso, será analisada como a participação da mídia e da sociedade podem – a depender da repercussão conferida a determinados crimes – interferir na concretização de direitos e garantias constitucionais dos acusados.

Para responder ao problema de pesquisa, partiu-se de duas premissas hipotéticas: I) a participação da mídia e da sociedade no curso do Processo Penal não interfere nos direitos e garantias dos acusados, mas ajuda a democratizar o processo de interpretação e de aplicação da pena, hoje monopolizado pelo Poder Judiciário; e II) a participação da mídia e da sociedade no Processo Penal direciona o juiz a proferir decisões ativistas que consolidam modelo de tratamento que suprime direitos e garantias dos acusados.

Como observado, o método adotado para a resolução do problema foi o hipotético-dedutivo. Metodologicamente, foram utilizadas as seguintes obras como principais referenciais teóricos: “Direito e razão”, de Luigi Ferrajoli, “Direito penal do inimigo: noções e críticas”, de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, “Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico”, de Luiz Flávio Gomes e Debora de Souza de Almeida; e “O ponto cego do Direito”, de Rui Cunha Martins. Além destas, utilizou-se de massiva pesquisa bibliográfica e analítica das principais obras de autores nacionais e estrangeiros, bem como de produções científicas atualizadas (artigos, dissertações, teses, entre outros) a respeito do tema.

Para a resolução do problema, o estudo foi desenvolvido ao longo de três capítulos.

No primeiro capítulo, intitulado “A trajetória do Direito Penal na busca do indivíduo pela segurança jurídica e pela aplicação humanizada das penas”, é demonstrada, dos antigos aos modernos, toda a trajetória do Direito Penal na busca dos indivíduos por segurança jurídica em face dos arbítrios do Estado e, em consequência, por uma aplicação mais humanizada da

pena. Representando momento mais atual da trajetória do Direito Penal, foi dada ênfase à teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, tratada como modelo ideal, e à teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, que aproxima o acusado de concepções similares aos antigos.

Além de contrapor as duas teorias, a intenção do primeiro capítulo é evidenciar a diferença na aplicação da pena ao longo da história, de maneira a alertar que o sistema penal alcançou estágio que não comporta tratamento similar ao que era conferido pelos antigos, em que penas como tortura e mutilação, por exemplo, eram permitidas em algumas civilizações.

No segundo capítulo, intitulado “O Constitucionalismo Contemporâneo e o Protagonismo do Poder Judiciário”, é examinado o contexto em que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que disciplinou uma série de princípios que consolidam a adoção de um sistema garantista. Além disso, foi dado enfoque ao protagonismo assumido pelo Poder Judiciário na interpretação e concretização constitucional.

Outrossim, a intenção do presente capítulo é alertar para uma das consequências do referido protagonismo, que é o fenômeno do ativismo judicial, apresentado como propagador de insegurança jurídica, em razão da violação da imparcialidade do julgador e do próprio Estado de Direito.

No terceiro e último capítulo, intitulado “Prenúncio de uma tragédia anunciada: a mídia e a Opinião Pública no Processo Penal”, são analisadas, de forma específica, a influência da mídia na formação da Opinião Pública e a interferência destas na aplicação da pena. Aqui, também é tratada a seletividade natural do sistema penal, que preconiza um duplo padrão de julgamento a indivíduos estereotipados, e a seletividade que promove um duplo padrão de julgamento reverso, aplicado aos crimes cometidos por figuras tradicionalmente privilegiadas.

Neste capítulo final, o Processo Penal é apresentado como instrumento de preenchimento das expectativas punitivas, em que o juiz que assim também passa a concebê-lo, prejudica sua imparcialidade e adentra na esfera do ativismo judicial, em nome de uma vontade incontida de fazer justiça.

Em face da contemporaneidade do tema, tem-se por relevante o debate acerca dos direitos e garantias dos acusados, a fim de compreender se o Garantismo Penal é realmente para todos, de forma indistinta, ou se, diante de determinados crimes que comovem a sociedade, está liberada a adoção da perspectiva prevista na teoria do Direito Penal do Inimigo. Resta evidenciado, portanto, o cenário de incontestável urgência reflexiva e a pesquisa se mostra relevante não apenas do ponto de vista jurídico, mas também do social e do filosófico.

## **1. A TRAJETÓRIA DO DIREITO PENAL NA BUSCA DO INDIVÍDUO PELA SEGURANÇA JURÍDICA E PELA APLICAÇÃO HUMANIZADA DAS PENAS**

O Direito Penal, tal como é compreendido na atualidade, é resultado de longa trajetória que tem origem nos primórdios da humanidade. Não obstante seja ainda um produto inacabado, porquanto sujeito a críticas e a conformações socioculturais, compreendê-lo em seus momentos mais remotos implica em reconhecer por quais razões uma aplicação garantista é mais adequada a um tratamento humano em sua dignidade.

Com efeito, é correto afirmar que a trajetória do Direito Penal se confunde com a própria trajetória do indivíduo em sua busca por maior segurança jurídica, seja para limitar a atuação do Estado, evitando arbitrariedades, seja para impedir a aplicação de penas cruéis e degradantes.

Em qualquer caso, a segurança jurídica é o pressuposto de que os direitos e as garantias previstos no ordenamento constitucional serão respeitados no âmbito processual, quando da aplicação do Direito pelo juiz, e extraprocessual, que diz respeito ao comportamento da sociedade e da mídia em relação aos acusados.

### **1.1 Os povos primitivos e a vingança no Direito Penal**

A atitude humana capaz de acarretar uma punição na esfera penal – por vezes, privando o indivíduo da própria liberdade – é algo que sempre intrigou filósofos, sociólogos e estudiosos em geral. Vale dizer, nem sempre as penas, enquanto reações ao cometimento de ilícitos, foram aplicadas da forma como concebidas atualmente.

Sem embargos, se, hodiernamente, privar o indivíduo de liberdade sob o fundamento de ressocialização já é algo duramente criticado, a crueldade das penas no Direito Penal dos antigos causariam, se hoje aplicadas, ainda maior repulsa.

Em verdade, a ideia de aplicação de uma pena como consequência do cometimento de determinada conduta reprovável fundou-se em justificativas variadas entre os povos da humanidade. Não obstante, vale dizer, sempre se apresentou, em geral, como uma forma de demonstrar que determinada ação não era – ou não seria – socialmente tolerada.

Com efeito, conquanto a aplicação de punições ou de variadas formas de castigos nos primórdios da humanidade não configurassem penas no sentido técnico e jurídico que modernamente possuem, constituíram, sem dúvida, o embrião do ideal de como se apresentam no sistema atual (NUCCI, 2021).

De acordo com Zanoni (2010), as penas, no início da história do Direito Penal, eram caracterizadas por serem cruéis, configurando-se em verdadeira vingança pela prática de determinada conduta. Nesse sentido, “o aprisionamento das pessoas, como resultado de procedimento judiciário, se constitui num avanço, quando o direito punitivo começa ganhar foro de ciência (...)” (ZANONI, 2010, p. 6).

Em meio a esse cenário, a vingança, entre os primitivos, configurava repressão que se justificava por diferentes razões que variavam em decorrência do fundamento de legitimidade de punir. Por conseguinte, costuma-se dividir este Direito Penal em três fases distintas, a saber: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

Cumprе ressaltar, no entanto, como observa Fadel (2012), que estas fases não são completamente independentes entre si. Isto é, não se verifica o término de uma para que a outra se inicie, mas a divisão pressupõe, tão somente, que cada fase apresenta “traços e características próprias, o que as faz possuírem certa identidade” (FADEL, 2012, p. 61).

A primeira das fases desse período é a vingança divina. Nesse ambiente, havia profunda ligação entre o homem primitivo e o sobrenatural, de maneira que as condutas eram reprimidas em razão de suposta violação a alguma divindade.

Na esteira desse entendimento, valiosas as lições de Menezes:

Fala-se de crime como ofensa à vontade dos deuses quando se tem em vista uma época primitiva, fora da história e sem lei, para a qual, em geral, dá-se o nome de estado de natureza, onde o princípio da autoridade era desconhecido e a relação mando obediência era resolvida à base da força. Como não havia nenhuma autoridade terrena a ser temida e reverenciada, o homem primitivo buscou-a na divindade. Foi lá, na instância do pensamento mágico, mediante o apelo à vontade divina, que nasceu a primeira forma justificada de exercício do poder. (MENEZES, 2008, p.101)

Neste diapasão, na medida em que a lei desses povos tinha origem divina, sua violação configurava ofensa direta aos deuses, razão por que ao infrator era imperiosa a punição como forma de “desagravar a divindade, bem como para purgar o seu grupo das impurezas trazidas pelo crime” (MASSON, 2019, p. 58). Por conseguinte, as penas possuíam caráter puramente expiatório, no sentido de imposição de penitência ou de castigo.

Com efeito, havia nítida relação entre o sobrenatural e os fenômenos da natureza – a exemplo das chuvas e dos trovões – e, à vista disso, a aplicação da pena consistia, em regra, na expulsão do infrator da comunidade, mediante a crença de que assim seria possível libertar o clã da ira divina (NUCCI, 2021).

Ainda com relação à fase da vingança divina, Menezes (2008) destaca o surgimento de dois mecanismos que representam o primeiro sistema penal da humanidade: o *totem* e o *tabu*.

Assim, o *totem* era representado, visualmente, por um animal ou, mais raramente, por um vegetal ou um fenômeno da natureza que consistia, em verdade, em um antepassado comum do clã. Em sua relação, o *totem* ofereceria proteção ao grupo ou a retiraria, caso sua vontade, manifestada pelo *tabu*, não fosse observada. Dessa forma, a aplicação da punição ocorria pela violação ao *tabu*.

Na fase da vingança privada, por sua vez, havia forte relação entre o homem primitivo e a comunidade em que estava inserido, de forma que a infração constituía não apenas ofensa direta à vítima, mas, especialmente, ao próprio grupo, conforme observa Masson (2009).

Destarte, em lugar de os homens estarem ligados pela mística e pela magia, passa a prevalecer o vínculo sanguíneo com a reunião daqueles que possuíam a mesma descendência (NUCCI, 2021). Prevalecia, nesse cenário, o ideal de “justiça com as próprias mãos” imposta pela lei do mais forte, que resultou em inúmeras guerras entre os diversos grupos (MASSON, 2019).

Além do forte vínculo sanguíneo, da organização dos homens em clãs, algumas consequências eram advindas. Com efeito, à ofensa a um membro do grupo, era imposta uma resposta solidária do clã e o infrator passava a ser portador de uma culpabilidade coletiva. Disso decorria o dever coletivo de vingança do próprio clã, em uma verdadeira declaração de guerra contra o infrator, considerado inimigo (MENEZES, 2008).

Observa-se, então, que a ofensa era reprimida por meio da vingança – por vezes, desproporcional – de um grupo em face do agressor. A esse respeito, Fadel ressalta que:

Nos primórdios da civilização não havia qualquer espécie de administração pertinente à Justiça. Caso alguém ofendesse um seu semelhante, nem sempre o revide guardava razão de intensidade à agressão sofrida. Em muitas ocasiões sequer era dirigido ao agressor, mas sim a membros de sua família ou tribo, gerando, não raro, resposta mais hostil. [...] Não havia senso de justiça. [...] O contra-ataque por vezes acabava por alcançar pessoas relacionadas ao ofensor, enfraquecendo famílias e grupos, dizimando tribos inteiras. (FADEL, 2012, p. 61)

É dizer, a lei do mais forte submetia o homem primitivo a um ambiente de profunda insegurança, porquanto, não raras vezes, a repressão ultrapassava a própria pessoa do ofensor. Dessa maneira, tornou-se imperiosa a busca pela imposição de eventuais limites às arbitrariedades, que passou a configurar em verdadeira condição de sobrevivência dos grupos.

Surgiu, nesse contexto, a Lei de Talião, como instrumento de restauração da proporcionalidade entre a ofensa e a vingança. Sobre isso, Daher (2012) assevera que, ao delimitar o castigo, a lei funcionava como moderador da pena, evitando a arbitrariedade e a desproporção entre a vingança e o delito. Consistia, então, na ideia de “aplicar ao ofensor a

mesma proporção do mal que ele causou ao ofendido (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente)” (DAHER, 2012, p. 22).

Vale dizer, embora a Lei de Talião revele-se, atualmente, como sendo algo brutal e cruel, foi a primeira tentativa de humanizar a pena, tendo influenciado diversas legislações, a exemplo do Código de Hamurábi babilônico e da Lei das XII Tábuas romana (MASSON, 2019). Decerto, não se pode discordar, pelo exposto, que a Lei de Talião tenha representado grande avanço em sua época, não obstante o ideal de “olho por olho” não mais se sustente no Direito Penal moderno, como será observado mais adiante.

Por fim, tem-se fase da vingança pública, em que o Estado passa a monopolizar o direito de punir, restando superado o ideal de “justiça com as próprias mãos”. Com efeito, aponta Masson (2019), cabia ao Estado a manutenção da ordem e da segurança social, conferindo, em nome dos súditos, o ofício de punir a seus agentes.

Impende ressaltar que, embora a ideia de monopólio punitivo nas mãos do Estado pareça representar certo avanço, a sociedade ainda se encontrava distante de um modelo penal mais humanitário.

Assim, a finalidade dessa fase estava resumida, em verdade, na garantia da segurança do soberano, com a aplicação de penas ainda marcadas pela crueldade e desumanidade (MASSON, 2019). Nesse sentido, “o que se viu foram situações despóticas, pois o senhor reinante, que então concentrava poderes quase absolutos, podia considerar criminosas, caso fosse conveniente, as condutas que bem entendesse [...]” (FADEL, 2012, p. 62).

Estabelecida a premissa de que o Direito Penal é produto do meio em que está inserido, é importante entender como estavam organizadas as civilizações grega e romana, a fim de que seja possível compreender o fundamento da punição.

## **1.2 Direito Penal nas civilizações grega e romana**

Usualmente, tem-se que as civilizações grega e romana fazem parte do Período Antigo da História, pouco depois da época primitiva estudada até então. Sem embargo, é imperioso reiterar, neste ponto, que as fases não são completamente independentes entre si, de modo que, mesmo no Período Antigo, alguns traços do Direito Penal da vingança eram verificados.

No que concerne à Grécia Antiga, aponta-se que esta era dividida em cidades ou *pólis*. A esse respeito, Menezes (2008) denuncia a *pólis* grega como uma civilização profundamente segregacionista e escravocrata, porquanto apenas alguns homens podiam ser considerados

cidadãos. A despeito da desigualdade, o autor ressalva que havia uma noção de igualdade, ainda que em sentido deveras peculiar, de sorte que:

(...) mesmo ARISTÓTELES reconhecia sua existência, mas somente ali onde ‘... igualdade significa igualdade de posições para pessoas equivalentes...’, pelo que escravo e cidadão só têm como símiles, respectivamente, outro escravo e outro cidadão. (MENEZES, 2008, p. 31).

Não obstante, ponto da civilização grega que merece ser ressaltado – em razão do avanço que representou à época – diz respeito ao fato de esta ter iniciado os estudos da Ciência Política, mormente em face dos inúmeros filósofos, historiadores e pensadores que produziu, a exemplo de Sócrates, Platão e Aristóteles (MASSON, 2019). Com efeito, o estudo da Ciência Política permitiu que fossem iniciadas, outrossim, discussões a respeito do próprio direito de punir e da finalidade da pena. Todavia, consoante o autor, não havia ainda preocupação com os direitos fundamentais e com o homem em sua individualidade, mas, tão somente, com a *pólis* (MASSON, 2019).

Neste diapasão, Noronha (2004) entende que:

Na Grécia, a princípio, o crime e a pena inspiravam-se ainda no sentimento religioso. O direito e o poder emanavam de Júpiter, o criador e protetor do universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome se procedia ao julgamento do litígio e à imposição do castigo. Todavia seus filósofos e pensadores haveriam de influir na concepção do crime e da pena. A idéia de culpabilidade, através do livre arbítrio de Aristóteles, deveria apresentar-se no campo jurídico, após firmar-se no terreno filosófico e ético. Já com Platão, nas *Leis*, se antevê a pena como meio de defesa social, pela intimidação — com seu rigor — aos outros, advertindo-os de não delinqüirem. (NORONHA, 2004, p. 22)

Aqui, para Vale (2014), o direito grego foi profundamente influenciado por escritos dos filósofos da época e, no entanto, muitas de suas fontes foram perdidas, o que torna ainda mais dificultosa a tarefa de traçar aspectos mais precisos de normas e instituições dessa civilização.

A outro turno, os romanos, em geral, também trouxeram valiosas contribuições ao Direito Penal. Antes de examiná-las, cumpre analisar, ainda que brevemente, de que forma estava organizada essa civilização, que, historicamente é dividida em três períodos, em ordem de cronologia, a saber: Realeza, República e Império.

Em verdade, Menezes (2008) identifica que a *civitas* romana reproduziu, de forma ainda mais complexa, o modelo grego segregacionista fundado em privilégios. Destarte, apenas alguns eram considerados cidadãos e estes, por sua vez, eram os detentores dos direitos civis e políticos e os únicos que podiam participar do culto da cidade.

Decerto, em razão dessa proximidade entre direito e religião, costuma-se afirmar que, na fase da Realeza, as penas tinham caráter expiatório, baseadas no ideal de vingança pública esboçado anteriormente, de maneira que apenas na República foi possível afastar a influência sobrenatural das questões do Estado (NUCCI, 2021).

Além disso, o período da República ficou marcado pela intensa luta contra a desigualdade, que teve como resultado a criação da Lei das XII Tábuas (MENEZES, 2008), “fundamental para a evolução do Direito Romano, já que disciplinou a utilização da vingança privada” (MASSON, 2019, p. 61).

Nesse contexto, a Lei das XII Tábuas:

[...] rompeu com os limites que isolavam o direito num espaço frequentado por poucos. Ali penetravam apenas o sacerdote e o cidadão. O passaporte que exibiam era, no caso do sacerdote, o monopólio da arte dos rituais e o conhecimento das fórmulas sagradas, no caso do cidadão, a circunstância de a cidade ter sido fundada por seus ancestrais. Afastada desse círculo, a plebe agiu em busca de inclusão. Nesse sentido, "pediu não só leis escritas e tornadas públicas, mas que fossem igualmente aplicáveis a patrícios e a plebeus". Não é o caso de examinar aqui os contratemplos que sucederam a essa reivindicação. O que importa mesmo é assinalar que, depois de atendida, finalmente "o plebeu compareceu perante o mesmo tribunal que o patrício (...) e foi julgado pela mesma lei" (MENEZES, 2008, p. 38)

Pelo excerto, depreende-se que a Lei das XII Tábuas constituiu um dos avanços no Direito Penal romano. Conquanto não tenha resolvido o problema da desigualdade de modo geral na sociedade, promoveu a igualdade no que diz respeito à aplicação da pena, sem distinção de privilégios. Desse modo, todos estavam, em regra, submetidos a um julgamento pela mesma lei.

Porém, um dos maiores destaques do Direito Penal desta civilização foi a distinção criada pelos romanos entre crimes públicos e privados. Os primeiros, de acordo com Masson (2019), envolviam aqueles que eram cometidos contra o Estado e o crime de assassinato. Os crimes privados, por sua vez, possuíam caráter residual, englobando todos os demais delitos.

Assim, enquanto os crimes públicos violavam Estado e sociedade, com aplicação da pena sob fundamento de promoção de sua defesa, os crimes privados violavam apenas o particular e sua pena possuía, por conseguinte, caráter meramente satisfativo, de maneira que a reparação privada era promovida fora da esfera penal (VALE, 2014).

Ainda sobre o Direito Penal romano, importante destacar que esta civilização já apresentava “noções a respeito dos elementos subjetivos do delito (dolo e culpa), bem como de causas de exclusão de ilicitude (legítima defesa e estado de necessidade), tendo desenvolvido teorias a respeito da culpabilidade e levado a efeito distinção entre imputável e imputável”

(FADEL, 2012, p. 66). Todavia, apesar de todo aparente avanço, as penas cruéis ainda existiam, a exemplo da pena de morte e do trabalho forçado (NUCCI, 2021),

Nada obstante, em meio às guerras ocasionadas pelas invasões de diversos povos, o Império romano desmoronou, inaugurando um novo período em que as sociedades também se organizavam em grupos, porém, com características e por razões distintas. Esta fase – que será estudada a seguir –, agora na Idade Média, é denominada de Feudalismo e marca a organização das comunidades em torno das propriedades de terra, os feudos.

### **1.3 O Direito Penal Medieval e o estopim da insegurança jurídica**

A organização das comunidades em feudos acarretou a fragmentação do poder político, que passou a ser dividido entre os “governantes” dos distintos grupos. Com isso, ganhou força a ideia de governo local, isto é, descentralizado em relação ao todo, mas centralizado na figura do senhor, em relação a cada feudo (MENEZES, 2008).

Com efeito, a relação entre o senhor feudal e o povo era baseada no esquema de vassalagem, que dava sustentáculo à toda ordem feudal: o vassalo oferecia fidelidade em troca de terra e de proteção por parte do senhor. Conquanto possa aparentar um bom negócio, em verdade, verifica-se que, na prática, esse acordo era a materialização de uma completa submissão do vassalo, por vezes submetido a situações degradantes. (MENEZES, 2008)

De acordo com Menezes (2008, p. 42) não havia, nesse período, “um sistema centralizado de leis; ao contrário, suas leis eram completamente descentralizadas. Em cada feudo o senhor monopolizava seu uso e, dessa forma, distribuía justiça”. Por conseguinte, costuma-se apontar a existência de três “ordens penais legais” no período feudal, a saber: o direito germânico, o direito romano e o direito comum.

Nesse sentido, mister destacar que o declínio romano se deu com a invasão dos povos germânicos, a exemplo dos Hunos e dos Visigodos, que possuíam forte ligação com as tradições e os costumes (VALE, 2014).

Por essa razão, Masson (2019) afirma que o direito germânico era eminentemente consuetudinário, de forma que se estabelecia como uma ordem de paz na comunidade, que, se violada, impunha duras e diversas consequências ao infrator, a depender da natureza do crime.

Assim, nas palavras do autor:

[..] se público, impunha-se a perda da paz, consistente na ausência de proteção jurídica, podendo o agressor ser perseguido e morto por qualquer pessoa; se privado o crime, o infrator era entregue à vítima ou a seus familiares para que exercessem o

direito de vingança. Havia penas de morte, corporais (mutilação), exílio etc. (MASSON, 2019, p. 61)

Além da presença marcante da vingança privada, o direito germânico se destacou também pela forma degradante com que os acusados eram submetidos às provas judiciárias das Ordálias e dos Juízos de Deus, que consistiam em verdadeiros testes de culpa. Dessa maneira, caso sobrevivesse ao teste, ficaria comprovada a inocência, ao passo em que sua morte demonstraria sua culpa (NUCCI, 2021).

Ocorre que não havia espaço a uma defesa genuína, porquanto os testes eram cruéis e constituídos de formas que não permitiam a sobrevivência do acusado, e exemplo de ter que andar pelo fogo ou mergulhar em água fervente para se provar inocente (MASSON, 2019).

Ainda mais característico desse período “é o relevo do elemento objetivo do crime. Não há grande preocupação com a culpa (sentido amplo), ou com o elemento subjetivo do delinqüente; decide o dano material causado” (NORONHA, 2004, p. 23).

A outro turno, o direito canônico decorre da influência que a Igreja passou a exercer na comunidade. Nesse contexto, esta manifestação de poder de base cristã passou a compreender, no âmbito penal, o ofensor como alguém carente de transformação, e, por conseguinte, as penas possuíam finalidade de cura, ou seja, eram encaradas como um meio de levá-lo ao arrependimento perante Deus (MASSON, 2019).

Neste diapasão, Noronha (2004, p. 23) observa que:

Justo é também apontar-se, além do elemento voluntarístico do crime, já mencionado, a finalidade que empresta à pena, objetivando a regeneração ou emenda do criminoso, pelo arrependimento ou purgação da culpa. Punições rudes ou severas tolerou, mas com o fim superior da salvação da alma do condenado.

Nada obstante as punições ainda continuassem cruéis, a ver pelos procedimentos realizados na inquisição (MASSON, 2019), Vale (2014) destaca que o direito canônico constituiu importante avanço em direção à humanização da pena, vez que tentava promover a redenção do infrator e buscava aferir, a contrário dos germânicos, o elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa).

Ainda sobre isso, a ideia de cura e de redenção do infrator fomentou, de maneira embrionária, a prática da privação da liberdade como forma de penitência. Acreditava-se, nesse sentido, que esta seria uma maneira de purgação do pecado cometido, em decorrência, sobretudo, do sofrimento e da solidão que seriam experimentados no cárcere (MASSON, 2019).

Como resultado da união entre aspectos do direito germânico e do direito canônico, aponta-se o direito penal comum, que, de acordo com Noronha (2004, p. 23), “predominou durante toda a Idade Média, e mesmo posteriormente, em vários países europeu”.

Este direito ficou marcado pela profunda arbitrariedade dos julgamentos e pela crueldade das penas que eram impostas, de sorte que “a de morte era profusamente aplicada por meio cruel, fogueira, roda, arrastamento, esquartejamento, força e sepultamento em vida, bem como o açoite e a mutilação” (VALE, 2014, p. 19).

Em um ambiente extremamente cruel e degradante, passou-se buscar mecanismos de proteção dos indivíduos em face da arbitrariedade do Estado, como uma forma de, inclusive, encontrar meios de maior humanização das penas. Para isso, era fundamental a promoção do senso de segurança (em sentido amplo) no seio da coletividade. Nesse cenário, tentando acolher estes clamores, teve origem o Estado Moderno, que será mais bem analisado a seguir.

#### **1.4 O Direito Penal dos Modernos e a passagem para um modelo mais humanizado**

Historicamente, conforme entende Alain Touraine (2015), o período moderno é aquele que vai do Renascimento à Revolução Francesa e ao início da industrialização na Grã-Bretanha. Em que pese tenha ficado marcado pela crítica das tradições e proibições dos privilégios, o Estado Moderno não tratou apenas de realizar oposição aos costumes dos antigos, mas, sim, da ascensão da razão como instrumento de luta contra os poderes estabelecidos.

Em verdade, enquanto no Estado Feudal o poder estava descentralizado entre os diversos feudos, o Estado Moderno retomou a concentração do poder, inaugurando uma série de transformações que não foram observadas apenas na política, mas também nas artes e nas ciências, por exemplo (MENEZES, 2008). Com efeito, a criação do Estado Moderno é usualmente associada à ideia do contrato social de Rousseau, por meio do qual o homem passa a ser considerado indivíduo, saindo do estado de natureza para o Estado Político (MENEZES, 2008).

Assim, de acordo com Rousseau (1996, p. 25), “a passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e conferindo às suas ações a moralidade que antes lhe faltava”.

No mesmo entendimento, Luigi Ferrajoli observa que:

É assim que a transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em *cidadão*, isto é, em um sujeito titular

de direitos não mais exclusivamente “naturais”, mas "constitucionais" em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele. O denominado contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, não é mais uma hipótese filosófico-política, mas um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e o cidadão, tornando-os dois sujeitos de soberania reciprocamente limitada. (FERRAJOLI, 2002, p. 690)

Sobre o contrato social enquanto premissa do Estado Moderno, Menezes (2008, p. 50-51) faz interessante ressalva: a ideia de um pacto ou convenção entre os homens já havia sido trabalhada pelos antigos, porém, no sentido de constituir fundamento da origem do Estado. Não obstante, os modernos incluíram a esta premissa elementos que, em conjunto, serão caracterizadores do indivíduo neste novo período, a exemplo da liberdade, da autonomia, da razão, da igualdade e da subjetividade.

Nesse cenário, uma das características diferenciadoras do Direito Penal moderno decorre desta condição que foi assumida pelo homem. Agora, sujeito de direitos, era fundamental impor limites ao arbítrio estatal por meio da humanização da pena, afastando-se punições cruéis e degradantes, que não mais condiziam com o espírito da modernidade.

Com efeito, a esse ponto, cumpre destacar o importante papel assumido por Cesare Bonesana, o Marques de Beccaria, e sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764). Consoante leciona Masson (2019, p. 64), o criminoso, para Beccaria, “passa a ser reputado como violador do pacto social, sendo então considerado adversário da sociedade. A pena perdia seu caráter religioso, predominando a razão sobre questões espirituais”.

Menezes corrobora este entendimento, quando observa que

[...] o direito penal criado pelos modernos e a partir de BECCARIA fixou como premissa central a idéia de que a razão, para além da "prudência ocasional" e "seduções da eloquência" inerentes à tradição, seria capaz de definir soluções para problemas penais com "exatidão geométrica. Para tanto bastava que leis escritas e claras, fundadas no consenso e não na revelação, fossem instituídas. Isso permitiria ao indivíduo um cálculo quanto à conveniência de sua conduta, suficiente para garantir não só a segurança, mas a liberdade também (MENEZES, 2008, p. 23).

Além disso, vale frisar a importância de Beccaria (1999) na luta contra a pena de morte, que, no seu entendimento, não se baseava em nenhum direito. Constituía, tão somente, uma guerra contra o indivíduo infrator, que, na visão da nação, deveria ser destruído. No entanto, Beccaria ressalta, com razão, que o castigo rigoroso surtia menos efeito do que a duração da pena, de maneira que a morte seria um meio menos poderoso de frear os crimes que a privação da liberdade por um longo período.

Em sentido similar e, configurando outro aspecto diferenciador em relação ao direito penal dos antigos, Voltaire trabalhou a ideia da proporcionalidade, isto é, deve haver proporção entre crime e punição, o que, no entender de Menezes (2008, p. 88), é “uma das premissas que estruturou o direito penal moderno”. Para Voltaire, punir igualmente delitos com gravidades diferentes era algo que escapava a razão (MENEZES, 2008).

Com efeito, Ferrajoli (2002) dispõe que uma das características da pena moderna é justamente a sua proporcionalidade em relação à gravidade do crime, de modo que deve haver “ajuste proporcional da gravidade dos delitos às medidas de pena estabelecidas pelo legislador sobre a base da hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela” (FERRAJOLI, 2002, p. 315).

Outro ponto diferenciador e que constitui importante característica da modernidade é a subjetividade. Por conta disso, Menezes ressalta que os modernos a fizeram característica fundamental dos novos tempos, sem a qual “não teria sido possível indivíduo, Estado e direito (na forma hoje conhecida)” (MENEZES, 2008, p. 68).

Da forma como é concebida pelos modernos, contrapõe-se ao caráter objetivo das penas aplicadas pelos antigos – a exemplo da Lei de Talião – que suprimiam da análise os elementos subjetivos do autor. Para os antigos, pouco importava o conhecimento ou a vontade do agente, configurando mera punição pelo resultado (MENEZES, 2008). Por sua vez, os modernos incluem o elemento subjetivo na análise do crime, passando a considerar “os impulsos de seu autor, agora dotado de consciência e cuja vontade é livre, sendo, por isso mesmo, capaz de cálculo e escolhas” (MENEZES, 2008, p. 76).

Com efeito, a subjetividade é de extrema importância, inclusive, na atualidade. Não mais se concebe, nos ordenamentos jurídicos democráticos, a ideia de tipo penal alheio aos aspectos subjetivos do agente no momento da conduta. Nesse sentido, somente quando da análise do dolo ou da culpa é possível identificar se da conduta resultará pena, bem como sua proporcionalidade em relação ao delito, tomando por base sempre a intenção do agente.

Como consequência da subjetividade, ganha força a questão do livre-arbítrio, entendido – sob o aspecto penal – como consciência da conduta como sendo criminosa, antissocial. Disso decorre a necessidade de que crime e pena estejam previstos legalmente, a fim de que todos possam exercer sua liberdade de ação, cientes das consequências (MASSON, 2019).

Nesse sentido, Menezes (2008) demonstra que a legalidade penal funcionou como instrumento de materialização dos já mencionados aspectos caracterizadores do indivíduo moderno, de forma que: a liberdade garante que a ação seja tomada como exercício individual do livre-arbítrio; a igualdade, por sua vez, reforça a proporcionalidade entre delito e pena,

desvencilhando-se dos privilégios e assegurando, por conseguinte, a submissão de todos à lei; e a razão, a subjetividade e a autonomia ressaltam o caráter subjetivo da ação, pelo qual aspectos como consciência e vontade do agente ganham relevo para caracterização do crime.

Em suma, tomando como ponto de partida a promoção da segurança do indivíduo em face das arbitrariedades do Estado, o Direito Penal moderno firmou sua base, diferenciando-se das práticas penais adotadas pelos antigos. Rompeu, por consequência e a um só turno, com a tradição mantenedora de privilégios e com a aplicação de penas cruéis de caráter puramente expiatório. À vista disso, a legalidade penal apresentou-se como materialização dos anseios pela proporcionalidade entre delito e pena, constituindo importante avanço no sentido de sua humanização.

### **1.5 O triunfo do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli na segurança jurídica dos acusados**

Cumprido destacar, antes de tudo, que a instauração de um Estado constitucional de Direito implica, necessariamente, no desenvolvimento de um Direito Penal humanizado. Neste ponto, é indispensável que este ramo do direito esteja amparado por normas e princípios que assegurem, de maneira efetiva, direitos e garantias constitucionais.

Com efeito, tal situação se encontra diretamente vinculada às ideias propostas pelo garantismo penal do jurista italiano Luigi Ferrajoli, de maneira que demonstrar quais são suas características fundamentais será essencial para sedimentar a compreensão de que a aplicação do Direito Penal deve ser, indistintamente, garantista.

É dizer, ao tutelar bens jurídicos delicados, a sua aplicação pode acarretar reflexos na própria esfera da liberdade do acusado, com privação de seu direito de ir e vir. Por conseguinte, conferir segurança jurídica a este processo torna-se imprescindível para a promoção da coerência do sistema e para, em consequência, frear o aberrante tratamento diferenciado a indivíduos que praticam condutas similares.

Como se observará em tópico seguinte, tal seletividade aproxima determinados indivíduos da condição de párias que precisam ser combatidos a todo custo pelo Estado. Isso vai de encontro aos ideais estabelecidos por um Estado de Direito fundamentado em uma Carta Constitucional, que busca efetivar os direitos e garantias fundamentais nela previstos.

Pois bem. Estabelecidas estas premissas iniciais, questiona-se: em que consiste e quais são as características fundamentais do modelo garantista de Ferrajoli?

Preliminarmente, salienta-se que o garantismo foi disciplinado por Ferrajoli (2002) em sua obra intitulada “Direito e Razão: Teorias do Garantismo Penal”, em que o autor estabeleceu as características do modelo, sem, contudo, ter estipulado uma definição. No entanto, de acordo com o jurista, é possível extrair três significados da palavra “garantismo”, que, embora distintos, estão relacionados.

Em um primeiro significado, Ferrajoli (2002) parte do pressuposto de que, em um sistema garantista, deve existir pleno equilíbrio entre a normatividade penal e sua respectiva efetividade prática. Neste sentido, a simples previsão constitucional é insuficiente se não houver mecanismos de efetivação dos direitos e garantias também em nível infraconstitucional. Do contrário, conquanto constitucionais, tais direitos seriam reduzidos a “simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto” (FERRAJOLI, 2002, p. 684), sem nenhuma aplicabilidade prática. Sob esta perspectiva, com o propósito de que os direitos dos cidadãos possam ser efetivados (maximização da liberdade do homem), é imprescindível, na concepção do autor, que o modelo normativo de direito se configure de maneira a impor limites ao poder punitivo do Estado (intervenção mínima).

Neste diapasão, Novelli (2010, p. 120) dispõe que

(...) o Garantismo Penal é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Em verdade, a análise do excerto permite inferir que o primeiro significado de “garantismo” está relacionado diretamente ao ideal de segurança jurídica que se espera de um Estado constitucional de Direito. Isto tem a ver, outrossim, com a garantia de que o Direito seja aplicado indistintamente, sem que juízos de valor possam interferir nesse processo. Assim, nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 684) seria “‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente”.

Com o segundo significado de “garantismo”, Ferrajoli (2002) retoma a problemática da aplicação do Direito Penal sob o prisma da distinção entre “vigência” e “validade”, em evidente crítica à incompletude do modelo juspositivista, que carece da análise do elemento substancial da norma.

De acordo com o jurista italiano (FERRAJOLI, 2022), “vigência” se refere à validade apenas formal da norma, ou seja, relaciona-se à regularidade do processo legislativo observado em sua produção. Portanto, independentemente de qualquer outro aspecto, uma norma é vigente

se produzida em conformidade com o procedimento formal. Por sua vez, “validade” diz respeito ao próprio conteúdo substancial ou normativo.

Assim é que, no entender do autor, no Estado Moderno de Direito, a validade da norma não diz respeito apenas à sua vigência (validade formal), mas, implica, sobretudo, no “respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2002, p. 292), dentre os quais se destacam valores constitucionais “como a igualdade, liberdade, as garantias dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2002, p. 701), por exemplo.

Sobre este ponto, valiosos os esclarecimentos de Cuppini e Ahmad (2010, p. 6):

(...) na concepção garantista, uma norma não será válida apenas pela sua adequação formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e pressupostas para a sua verificação, como pregava Hans Kelsen. De fato, ao aspecto formal da produção da norma, Ferrajoli acrescenta elementos substanciais e materiais, que constituem o fundamento de validade da norma. Tais elementos são os direitos fundamentais. Dito de outro modo, a relação de validade da norma na concepção garantista consiste na soma das formas de produção normativa, centradas nos pressupostos de vigência, com os conteúdos valorativos materiais de validade, traduzidos nos direitos fundamentais.

Destarte, o segundo significado de garantismo – ao apontar a disparidade existente entre modelos normativos garantistas vigentes e as respectivas práticas operacionais antigarantistas, que carecem de validade – alerta para a fragilidade do juspositivismo dogmático clássico, preocupado com a aplicação do Direito vigente.

Como contraponto, Ferrajoli (2002) propõe a adoção do que denomina de “juspositivismo crítico”, que estabelece que a atividade do jurista e a função da própria ciência jurídica não estão no sentido de aplicação cega do ordenamento jurídico vigente. Não obstante, na visão dele, a atividade do juiz não se vincula a uma aplicação obrigatória e avaliativa de uma lei inválida, ainda que vigente. Do mesmo modo, a ciência jurídica não se pode furtar à crítica do direito positivo. É imprescindível, neste sentido, uma atividade valorativa de confrontação da norma pela norma – despida, pois, de juízos morais externos –, de forma a buscar a sua adequação aos valores constitucionais. Nisto reside o garantismo, que “requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações” (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Por fim, ao apresentar o terceiro significado de garantismo, Ferrajoli (2002) o faz sob uma perspectiva da filosofia política pautada na necessária separação que deve existir entre Direito e moral, o que retoma, em verdade, a problemática apontada entre legitimação externa e legitimação interna do Direito Penal. De acordo com o autor, a primeira delas diz respeito à

adoção de critérios alheios ao Direito positivo, ou seja, busca razões de justificação externas ao ordenamento jurídico, como a moral, a ética e a política, por exemplo. Por sua vez, a legitimação interna do Direito Penal, como evidente, encontra amparo no próprio ordenamento jurídico, em uma verdadeira análise da norma pela norma.

Não obstante, Ferrajoli (2002) deixa claro que Direito e moral não se confundem, de sorte que o primeiro não implica, necessariamente, em representação normativa obrigatória do segundo. Sobre este ponto, tece duras críticas ao substancialismo penal como sendo epistemologia contrária ao garantismo, porquanto concebe Direito e moral como indistintos. Assim é que, contrapondo-se ao formalismo legal (garantista) – que tem como parâmetro de reprimenda delitos expressamente previstos em lei –, o substancialismo busca punir a própria figura do delinquente, como reflexo de um juízo moral de reprovação sobre o desvio. É dizer, pune-se o agente não pelo que fez, mas pelo que é ou representa.

Nesse sentido, o substancialismo legitima condutas de diversos governos autoritários que, em nome da moral e da ética, atuam de forma arbitrária em sede de políticas criminais. Consoante se depreende da obra de Ferrajoli (2002), essa arbitrariedade se manifesta de duas formas: com o próprio esvaziamento da lei pela inclusão de expressões vagas e indeterminadas, na tentativa de criar “modelos globais de desvio – como a obscenidade, o desacato, a propaganda ou a associação subversiva, a associação de tipo mafioso, a ofensa à moral familiar e similares” (FERRAJOLI, 2002, p. 36); e com a criação de teorias que justificam um tratamento diferenciado a determinados delinquentes, punidos por sua periculosidade presumida, “conforme as condições pessoais ou de *status*, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinqüente habitual’ ou ‘profissional’, ‘de tendência delituosa’ ou similares” (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

Ainda de acordo com o autor:

As doutrinas que legitimam sistemas penais substancialistas e autoritários – como aquelas positivistas do “delinquente natural” e da “defesa social”, ou aquelas subjetivas do “tipo de autor” ou do “direito penal da vontade” – são doutrinas que, principalmente, admitem ou recomendam a inclusão na lei de critérios avaliadores e de referências indeterminadas, em reforço a um princípio de legalidade penal compreendido não em sentido “estrito”, mas em sentido “lato” ou “mero” ou “atenuado”, e que, conseqüentemente, mesmo atrelando à lei a definição de desviação punível, reclama, de fato, a integração judiciária com elementos extralegais de tipo substancialista e largamente arbitrários, em razão do caráter não taxativo consentido às previsões legais. (FERRAJOLI, 2002, p. 174)

Por essa razão, como se verá, o garantismo penal ressalta a relevância normativa que deve ser dada ao princípio da legalidade que, enquanto garantia de separação entre moral e

Direito, atua como instrumento de limitação do *jus puniendi* do Estado, fundamentado como um dos principais pilares da teoria de Ferrajoli.

Por tudo o que foi exposto, torna-se possível definir o garantismo penal como um modelo de sistema criminal que busca impor limites ao poder punitivo estatal por meio da concretização de valores constitucionais, assegurando aos indivíduos direitos e garantias penais e processuais, como instrumentos de salvaguarda da segurança jurídica advinda da separação entre Direito e moral.

Nesse diapasão, Novelli (2014, p. 122) dispõe que o garantismo penal serve “como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão, devendo utilizar o seu poder punitivo como *ultima ratio*”. Esse freio é materializado, na teoria de Ferrajoli, pela aplicação do princípio da legalidade penal, que será mais bem trabalhado a seguir, com todas as suas implicações.

Embora constitua forte fundamento da teoria garantista de Ferrajoli, alguns autores apontam – a exemplo de Damásio de Jesus (2020) – que a origem do princípio da legalidade remonta à *Magna Charta Libertatum* inglesa assinada pelo Rei João Sem Terra, em 1215. Este documento dispunha, em seu artigo 39, que nenhum homem livre sofreria restrições em seu estado de liberdade impostas pelo Estado (rei) sem que houvesse “o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra” (INGLATERRA, 1215).

Nesse contexto, a Magna Carta inglesa constituiu-se em um importante instrumento de limitação do arbítrio real ao determinar que não apenas os súditos, mas também o rei deve respeito à lei. No entanto, a despeito da renúncia a determinados direitos, Busato (2015) observa que isto seu deu mais em razão da necessidade de apaziguar os ânimos da forte oposição que o rei enfrentava, do que por livre opção pelo reconhecimento da submissão do Estado ao direito. Não se nega, apesar disso, o importante avanço proporcionado pelo documento na salvaguarda da liberdade dos indivíduos em face do poder punitivo estatal.

Em verdade, foi somente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que o princípio da legalidade passou a ter previsão expressa mais precisa no âmbito penal, ao determinar que “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada” (JESUS, 2020, p. 103).

Nesse contexto, foi consagrado na Revolução Francesa do século XVIII, que materializou o desejo popular de submeter a vontade dos homens à supremacia das leis, como modelo ideal de garantia das liberdades individuais (BUSATO, 2015). Por essa razão, como assevera Jesus (2020, p. 103), o princípio esteve presente nas Constituições revolucionárias da

França de 1791 e de 1793, passando a figurar, posteriormente, nas Constituições e nos Códigos de “todos os países cultos”.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade encontra amparo constitucional e infraconstitucional. Assim, nos termos do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Em sentido similar, o Código Penal brasileiro dispõe, em seu artigo 1º que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1984).

Como se observa, os dois textos trazem disposições que internalizam a máxima do “*nullun crimen, nulla poena sine lege*” – fórmula cunhada pelo filósofo alemão Ludwig Feuerbach – por meio da qual se compreende que não existe crime e nem pena, sem que exista lei que os defina. Vale dizer, a ninguém se impõe responder criminalmente (pena) por determinada conduta sem que o Estado tenha, por meio de lei (legalidade), a definido como proibida (crime). Surge, nesse aspecto, como importante instrumento de limitação da “intervenção penal aos casos de comportamentos expressamente previstos pela lei” (BECHARA, 2011, p. 172).

Consoante se depreende de Menezes (2008), o princípio da legalidade materializa a segurança do indivíduo em face do Estado, que, conquanto detenha o monopólio de criminalizar e punir, não pode exercê-los de maneira arbitrária. É imprescindível, nesse sentido, que informe, previamente, quais são as condutas que reprova e quais são as formas de reprimi-las, caso ocorram (MENEZES, 2008). Representa, portanto, como assevera Nelson Hungria (1977, p. 22), “um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”.

Com efeito, a legalidade, como usualmente concebida, assume roupagem peculiar na perspectiva de Ferrajoli, que a divide em mera legalidade e legalidade estrita. A primeira destas, na visão do autor (FERRAJOLI, 2002), diz respeito à reserva legal em matéria penal e assume um viés voltado aos juízes na aplicação da lei. É dizer, o aplicador deve atuar com respeito absoluto à lei penal, sendo-lhe vedado classificar novos delitos conforme juízos pessoais de moralidade. A segunda delas, por sua vez, é voltada ao legislador penal, como certo mecanismo de limitação da capacidade produtiva, cujo objetivo é, outrossim, eliminar criações arbitrárias e discriminatórias.

Neste sentido, de acordo com Ferrajoli,

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo"

e não "regulamentar" daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os "dedicados a tráficos ilícitos", os "socialmente perigosos" e outros semelhantes. (FERRAJOLI, 2002, p. 31)

Infere-se, pela análise do excerto, que a preocupação de Ferrajoli vai além da interpretação e da aplicação da lei penal. Isto é, a legalidade, em seu sentido estrito, impõe-se no momento próprio do nascedouro da norma, com observância obrigatória em seu processo de elaboração. Com efeito, tal verificação é imprescindível para que a lei seja não apenas vigente, mas, sobretudo, válida, porquanto asseguradora de direitos e valores fundamentais constitucionais. Busca-se, por conseguinte, preservar os indivíduos do juízo moral do legislador penal (Estado), que poderia, sem limites, culminar na constituição de sistemas penais puramente discriminatórios – ou autoritários – já em sua origem, a exemplo do Direito Penal do inimigo, de Günther Jakobs, que será analisado mais adiante.

Do princípio da estrita legalidade, advém duas consequências de ordem normativa: a taxatividade e a anterioridade da lei penal.

Por taxatividade (por vezes utilizada indistintamente por Ferrajoli (2002) como sinônimo de estrita legalidade), compreende-se a segurança dos indivíduos de que todo e qualquer delito esteja taxativamente previsto em lei de maneira clara e inequívoca. Configura, nesse ponto, a garantia da liberdade expressa pela máxima de que tudo o quanto a lei não proíba, está permitido, ou seja, o que garante a relevância da lei penal não são os ideais de justiça e de moral, mas, unicamente, o que a lei diz, com autoridade (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

De mais a mais, vale ressaltar que a taxatividade não importa em que, unicamente, todo delito esteja previsto em lei. É imprescindível, ainda, que a norma esteja expressa de maneira clara, a fim de evitar incerteza de interpretação e, conseqüentemente, aplicação equivocada. Para Miguel Reale Jr. (2020), o referido princípio impõe que a norma incriminadora deve ser configurada de maneira que sua leitura seja precisa e clara. Evita-se, com isso, na visão do autor, a confecção de normas vagas ou com expressões ambíguas que possam servir de burla ao princípio da legalidade estrita.

Neste diapasão, Busato (2015, p. 107) entende que a taxatividade penal determina que o crime e as respectivas “consequências jurídicas se expressem de forma clara e inconfundível, que se deem a conhecer por inteiro aos seus destinatários”. Vale dizer, a clareza não se destina apenas ao aplicador da lei – detentor de conhecimentos jurídicos técnicos –, mas a todos os indivíduos, sem o que seria desarrazoada a exigência de um agir conforme a norma.

A seu turno, a anterioridade da lei penal (*lege praevia*) implica em que toda conduta somente pode ser punida como crime se cometida após a entrada em vigor da norma penal que assim a determine. Com efeito, não é possível que determinado fato (que era permitido na data em que foi praticado) seja penalmente punido em razão de lei superveniente que o defina como crime. Como garantia da segurança que confere ao indivíduo, sua violação configura igual desrespeito ao princípio da legalidade.

Além disso, extrai-se dos ensinamentos de Bitencourt (2021) que a anterioridade penal busca proteger o indivíduo da atuação arbitrária do legislador, que está impedido de criminalizar condutas já praticadas em momento anterior à vigência da norma. Por razões lógicas, não se pode exigir comportamento em conformidade com algo que ainda não existe e, por conseguinte, não existia razão para que evitasse a conduta, naquele momento, não proibida.

Pelo exposto até então, pode-se afirmar que a legalidade constitui, nas palavras de Busato (2015, p. 147), “pedra angular de todo o Direito penal”. Afinal, sem que exista lei, não há crime e, nesse sentido, o princípio representa o fundamento mais básico de um sistema garantista. No entanto, no desenvolvimento de sua teoria, Ferrajoli (2002) estabelece mais nove princípios que, em conjunto com a legalidade, configuram o que o autor denomina de sistema penal garantista.

Assim sendo, o autor lança mão de dez axiomas que correspondem a dez princípios que são base do garantismo penal, a saber: 1) princípio da retributividade – *Nulla poena sine crimine*; 2) princípio da legalidade, em sentido lato e estrito – *Nullum crimen sine lege*; 3) princípio da necessidade – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade – *Nulla necessitas sine injuria*; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação – *Nulla injuria sine actione*; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal – *Nulla actio sine culpa*; 7) princípio da jurisdicionariedade – *Nulla culpa sine iudicio*; 8) princípio acusatório – *Nullum iudicium sine accusatione*; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação – *Nulla accusatio sine probatione*; 10) princípio do contraditório – *Nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75).

Com efeito, a legalidade estrita é o que caracteriza, especificamente, o sistema garantista, porquanto “implica todas as demais garantias - da materialidade da ação ao juízo contraditório - como outras tantas condições de verificabilidade e de verificação e constitui por isso também o pressuposto da estrita jurisdicionariedade do sistema” (FERRAJOLI, 2002, p. 77). Assim, um sistema será tanto mais garantista (em termos de graus de garantismo) quanto mais princípios conferir em seu ordenamento jurídico. Não obstante, se, embora contemple o

princípio da legalidade, não garante a observância dos demais princípios apontados, não se pode falar em garantismo.

De acordo com Ferrajoli (2002), as garantias asseguradas pelos princípios pressupõem a existência de outras, de sorte que a ausência de uma delas esvazia o garantismo como um todo. Nesse sentido, elucida que:

(...) na falta do princípio de retributividade, um sistema carece também dos princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade; sem o princípio da jurisdicionariedade faltam também inevitavelmente o princípio acusatório e os do ônus da prova e da defesa. Mas é evidente também que todas as garantias processuais condicionam a efetividade das garantias penais e resultam, por sua vez, esvaziadas pela ausência delas. Quanto ao princípio de legalidade, como se viu, é uma garantia complexa. (FERRAJOLI, 2022, p. 78)

Uma vez estabelecido que os princípios configuram, em conjunto, o modelo ideal de garantismo, vale tecer breves comentários a respeito do que representa cada um, a fim de melhor compreender o sistema garantista para além da legalidade estrita.

Por certo, os princípios da retributividade e da necessidade estão ligados à aplicação da pena e configuram os axiomas *Nulla poena sine crimine* e *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Desse modo, não há pena sem que exista crime e este, por sua vez, só pode ser assim definido pelo Estado em caso de necessidade de proteção do bem jurídico. Tais princípios, em conjunto, servem de freio à criminalização desenfreada de condutas que não possuem a necessária relevância penal, porquanto englobam situações que podem ser resolvidas em outras esferas do direito.

Para Ferrajoli (2002), o princípio da lesividade ou da ofensividade (expresso pelo axioma *Nulla necessitas sine injuria*) – também está relacionado ao princípio da necessidade – e se manifesta na garantia de que “proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produz um ataque a um bem jurídico” (FERRAJOLI, 2022, p. 376). Nesse sentido, na esteira do ensinamento de Jesus (2020), compreende-se, por ofensividade, que o Direito Penal só pode ser aplicado em caso de ofensa real (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico tutelado.

O princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, manifestado pelo axioma *Nulla injuria sine actione*, veda a punição de situações que não chegaram sequer a se constituir um fato no mundo exterior. A respeito disso, Ferrajoli observa que:

(...) os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas - materiais, físicas ou externas, quer dizer,

empiricamente observáveis - passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 384)

Com efeito, ao Direito Penal não cabe criminalizar pensamentos, porquanto imprescindível que estes cheguem, ao menos, a exteriorizar alguma conduta violadora de um bem juridicamente protegido.

O princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, traduzido pelo axioma *Nulla actio sine culpa*, na concepção de Ferrajoli (2002), diz respeito ao elemento subjetivo do delito, de maneira que a ação merece atenção do Direito Penal quando resultante de decisão promovida pelo agente. É dizer, em regra, o comportamento não intencional, por lhe faltar consciência e vontade para a prática, não pode ser punido.

De acordo com Bitencourt (2021), a culpabilidade pressupõe, como fundamento da pena, a realização de um juízo de valor na aferição da responsabilidade subjetiva pela prática de um delito. No mesmo sentido, Jesus (2020) leciona que a pena só pode ser imposta se, mediante juízo de reprovação, o agente tiver agido com dolo ou culpa na prática de uma conduta criminosa. Destarte, a análise da culpabilidade “recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade)” (JESUS, 2020, p. 54).

Vale dizer, a verificação de um juízo de culpabilidade também é sustentáculo de um sistema garantista, na medida em que assegura a punição pelo que o autor faz (fato) e não por quem ele é. Nesse sentido, contrapõe-se ideologicamente a doutrinas defensoras de uma responsabilidade penal objetiva, que compreendem como insuficientes a aferição de dolo e culpa para a determinação da pena, sendo necessária uma atuação estatal preventiva – e não repressiva –, a exemplo do que contempla o Direito Penal do inimigo de Jakobs (BITENCOURT, 2021), que será analisado adiante.

Consoante dispõe Ferrajoli (2002), o princípio da estrita jurisdicionariedade – expresso pelo axioma *Nulla culpa sine iudicio* – está fundamentalmente ligado ao princípio da estrita legalidade. Enquanto este último está voltado à atividade do legislador, o primeiro diz respeito à atuação do juiz na análise concreta do desvio punível, como pressuposto de aplicação da pena. Dessa maneira, não é suficiente que a lei disponha sobre o fato de maneira inequívoca, sendo imprescindível, ainda, que as situações descritas pela acusação sejam passíveis de comprovação (verificabilidade) ou de refutação (refutabilidade).

No que concerne ao princípio acusatório (*Nullum iudicium sine accusatione*), tem-se a necessária separação das tradicionais funções de acusar e de julgar, que não devem ser exercidas pelo mesmo órgão. Destarte, nos sistemas processuais acusatórios, o estabelecimento rígido das

funções processuais é condição para que a prestação jurisdicional seja exercida com imparcialidade.

Com efeito, do princípio acusatório decorrem – como desdobramentos lógicos – os princípios do ônus da prova (*Nulla accusatio sine probatione*) e do contraditório (*Nulla probatio sine defensione*), por meio dos quais o ônus de provar a materialidade e a autoria delitivas são da acusação, sendo garantido à defesa, em contrapartida, o direito de contestação (FERRAJOLI, 2002). Em verdade, os referidos princípios implicam ainda na máxima do *in dubio pro reo* ou *favor rei*, que impõe ao juiz a necessidade de um juízo de certeza para a condenação do que decorre na “absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática” (FERRAJOLI, 2002, p. 84).

Sob o aspecto processual do garantismo nos sistemas acusatórios, Ferrajoli (2002, p. 122) ressalta a importância dos três últimos princípios:

Daí o valor da separação, segundo o esquema triangular, entre acusação, defesa e juiz: se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do favor rei, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.

Por todo o exposto até então, compreende-se que o garantismo penal proposto por Ferrajoli é um modelo ideal que envolve questões de Direito material e processual, com garantias individuais que giram em torno da concretização dos conteúdos expressos pelos dez axiomas. Trata-se de um modelo prescritivo de como deveriam funcionar os sistemas penais, e, à vista disso, não descrevem o ser, mas o dever ser. Nesse sentido, o próprio autor reconhece a existência de graus de garantismo, a depender do acolhimento de um ou mais axiomas.

Em suma, conquanto o garantismo penal represente evidente avanço no processo histórico de aplicação da pena, também não está isento a contestações diversas, de modo que é imprescindível identificar algumas delas.

A crítica mais básica ao garantismo penal reside na própria aplicação do princípio da legalidade à seara criminal. Como observado, o referido princípio constitui o principal fundamento da teoria de Ferrajoli, uma vez que confere segurança aos indivíduos em face de possível arbítrio do Estado.

Com efeito, ao impor limites à persecução penal, o princípio da legalidade contribuiria, na visão dos críticos, para afirmar a sensação de impunidade enraizada na sociedade. Isto decorre da percepção de que conferir direitos e garantias aos acusados limita – ou até mesmo

impede – o *jus puniendi* estatal, fazendo com que determinadas violações fiquem, na prática, sem a punição que a lei determina. Sob o aspecto dos acusados, a inexistência de consequência penal pode permitir, em tese, que as infrações continuem a ocorrer.

Nesse cenário, surgem vozes que ecoam os ideais propalados por Franz von Liszt, para quem o princípio da legalidade representa, na verdade, uma Magna Carta voltada à proteção do delincente (BECHARA, 2011). Esta visão parte do pressuposto de que, mesmo antes da formação da culpa, o Estado já se encontraria diante de um delincente, de sorte que a própria defesa da sociedade se encontraria limitada pelo referido princípio (BECHARA, 2011).

O garantismo atuaria, então, para deslegitimar o punitivismo estatal, revelando certa incapacidade de efetivação de direitos e garantias fundamentais que vão além dos aspectos penais. Por essa razão, não seria a solução mais adequada aos problemas dos acusados de forma geral, que envolvem também critérios de ordens distintas, como questões sociais e econômicas, por exemplo. Em outras palavras, por atuar após o crime, garantido uma aplicação adequada da lei, falha em sua função preventiva de minimizar a violência na sociedade.

No entanto, no entender de Bechara (2011), esta visão distorce o real significado da legalidade, pelo que implica em sérias consequências negativas aos direitos fundamentais dos acusados e complementa:

Na verdade, o princípio da legalidade dirige-se à proteção de pessoas em relação às quais não é possível afirmar se são ou não delinquentes, pois ainda não foram condenadas. Trata-se, assim, de um bem necessário, pois protege o fraco (o cidadão) ante o forte (o Estado). E é justamente esta a única forma de vislumbrar o princípio da legalidade num contexto democrático, evitando que a redução arbitrária de seu alcance seja apta a atingir direitos fundamentais do indivíduo. (BECHARA, 2011, p. 173)

Infere-se, pois, que o princípio da legalidade como balizador do garantismo penal também objetiva resguardar a presunção de inocência do acusado, na medida em que esta condição se mantém até que esteja configurada a culpa com trânsito em julgado. A rigor, é medida que se impõe tanto em relação ao processo, quanto em relação à sociedade.

Apesar disso, o garantismo ainda se revela como importante instrumento de manutenção da segurança dos acusados, mormente quando se examina teorias mitigatórias de sua aplicação indistinta, que mais remetem ao modelo de punição dos antigos, a exemplo do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, analisado a seguir.

## 1.6 Resquícios de um modelo não humanizado: o inimigo, na visão de Günther Jakobs

Compreendido como figura antagônica ao sujeito detentor de direitos e de garantias resguardados por uma teoria garantista, a ideia do Inimigo no Direito Penal foi trabalhada pelo filósofo e jurista alemão Günther Jakobs, em sua obra intitulada “Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas”, escrita em coautoria com o filósofo Manuel Cancio Meliá.

Como ensinam Silva e Temelkovitch (2018), a expressão “Direito Penal do inimigo” foi utilizada por Jakobs, pela primeira vez, em uma palestra em 1985, na cidade de Frankfurt. Na ocasião, apontam os autores, o jurista alemão criticava

(...) a crescente alteração legislativa que transformava um infrator em verdadeiro inimigo do Estado e o tratava como tal, movendo uma guerra contra tal espécie de pessoa. Interessante observar que Jakobs cunhou tal expressão para criticar o movimento de diminuição das garantias penais e processuais, alertando a sociedade sobre os severos riscos trazidos com a adoção de tal teoria. Não obstante tal fato, Günther Jakobs mudou sua opinião e, em 2003, apresentou um estudo sobre o Direito Penal do Inimigo, defendendo veementemente a sua ação. (SILVA, TEMELKOVITCH, 2018, p. 10)

Em verdade, a ideia de um Direito Penal do inimigo, agora defendida pelo jurista alemão, foi – e ainda é – alvo de duras críticas entre os defensores de um Direito Penal garantista, preocupado em impor limites ao Estado em seu papel persecutório, seja preventivo ou repressivo. Apesar disso, o inimigo de Jakobs continua a ocupar lugar de destaque no debate científico, mormente em situações em que parcela da sociedade parece clamar pelo avanço de um Direito Penal em sua forma máxima, seja com restrições a direitos e garantias fundamentais constitucionais em matéria criminal, seja com a criminalização de mais e mais condutas.

Por isso, compreender a figura do inimigo, na forma proposta por Jakobs, e a maneira como o Estado deve reagir a ele, é imprescindível para que se possa analisar os impactos, na esfera penal, da influência da mídia e da Opinião Pública no Processo Penal. É dizer, no atual contexto brasileiro, a interferência desses agentes externos contribui para que sejam proferidas decisões ativistas, e, em consequência, para a sedimentação da visão do acusado como inimigo?

Mas, afinal, em que consiste um Direito Penal do Inimigo? E mais: quem é este, o inimigo?

Antes de tudo, cumpre entender que Jakobs (2012) faz a distinção de duas ordens jurídicas de direito penal que se aplicam distintamente, a depender de como o acusado deve ser compreendido e encarado pelo Estado: cidadão ou inimigo. Apesar disso, compreende que o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo não são tipos isolados ou,

necessariamente, contrapostos, vez que se sobrepõem em determinadas situações, com algumas garantias do cidadão sendo aplicadas à figura do inimigo no Processo Penal, por exemplo.

Com efeito, a análise da obra de Jakobs permite inferir que o estudioso distingue as duas figuras com base em um juízo abstrato da esfera psicológica do indivíduo, tendo como ponto de partida sua respectiva possibilidade ou capacidade de se ajustar socialmente. Somente a partir disso é possível identificar qual resposta lhe deve ser conferida pelo ordenamento jurídico em caso de infração.

Em verdade, o que jurista alemão propõe é a verificação inicial de um juízo de periculosidade do agente, em lugar de um juízo de culpabilidade comum. Sobre isso, Jesus (2011) leciona que o juízo de periculosidade aponta para o futuro, enquanto o juízo de culpabilidade olha para o passado. Dessa maneira, por uma análise abstrata da periculosidade seria possível identificar, de forma prévia, quais são os indivíduos propensos a delinquir. Por essa razão, o Direito Penal assume, para Jakobs, um viés ora repressivo e educativo, no caso do cidadão (com base em um juízo de culpabilidade), ora altamente repressivo e de enfrentamento, na hipótese do inimigo, encarado como infrator em potencial.

Para chegar a esta conclusão, Jakobs (2012) parte da concepção de Estado como um contrato firmado entre indivíduos livres, nos moldes propostos por Rousseau. Assim, aquele que infringe o acordo está, a partir de então, à margem da relação jurídica envolvida e não mais participa de seus benefícios. A infração é encarada, desse modo, como uma verdadeira declaração de guerra ao Estado, do qual aquele que a comete não é mais visto como membro integrante. No entanto, o autor reconhece que esta ideia é insuficiente para a distinção que propõe, porquanto deveras radical para com o cidadão, retirando-lhe a possibilidade de se harmonizar aos preceitos sociais estabelecidos.

Para superar esse impasse inicial, Jakobs (2012) lança mão das ideias de Thomas Hobbes – também contratualista, por meio de quem é possível fazer distinção entre duas classes de delinquentes: os cidadãos, que não perdem esta condição; e aqueles que participam de rebeliões de alta traição, que devem ser encarados e castigados como inimigos. Assim, na visão de Rousseau, “todo delinquente é, *de per se*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é” (JAKOBS, 2012, p. 23).

Com efeito, como aponta Menezes (2008, p. 57), a lei fundamental de Hobbes “consiste na busca se possível, da paz, se não, da guerra, tendo como fim a defesa, isto é, a conservação e a segurança”. Por essa razão, o cidadão hobbesiano, ainda que delinquente, continua a ostentar o mesmo *status*, porquanto o Estado consegue, de forma pacífica, reintegrá-lo à sociedade. Tal

situação não é possível ao inimigo, pois a sua violação ameaça a própria existência do Estado, de modo que não há outra maneira de combatê-lo que não seja a guerra.

Ainda nesse sentido, de acordo com Jakobs (2012), o antagonismo entre inimigo e cidadão também encontra raízes na filosofia de Immanuel Kant, para quem é possível expelir da vida comunitária – por razões de preservação da segurança – alguém que a ameaça de forma reiterada. Por conseguinte, o indivíduo que assim age, deve ser tratado como inimigo, não como pessoa, vez que, “(...) na posição de Kant não se trata como pessoa quem «me ameaça... constantemente», quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão” (JAKOBS, 2012, p. 24).

No mesmo entendimento, Silva e Temelkovitch (2018, p.13) observam que o inimigo permanece em uma situação de estado de natureza, anterior ao contrato social, tendo se apartado do convívio comunitário de forma puramente voluntária e não pode, por conseguinte, gozar dos direitos e garantias estabelecidos aos cidadãos.

A partir destas ideias, Jakobs aponta a direção que irá seguir no desenvolvimento de sua teoria, firmando os fundamentos de duas ordens distintas de Direitos Penais aplicadas ao cidadão e ao inimigo:

O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. (...) O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias. (JAKOBS, 2012, p. 24-25)

Como se observa, o autor não entende que qualquer violação à norma penal é reflexo da atuação do inimigo. Ao contrário, o cidadão, “apesar de ter cometido um portamento desviado do padrão social estabelecido pela norma, ainda guarda forte vínculo com a sociedade e dele se obtém expectativas de cumprimento das leis após sua punição” (SILVA; TEMELJKOVITCH, 2018, p. 13). Logo, é passível de reintegração, devendo a ele ser aplicado o Direito comum, assegurando-lhe todos os direitos e garantias penais e processuais. Neste ponto, vale dizer, aproxima-se do garantismo de Ferrajoli.

O inimigo, por sua vez, deve ser encarado como um perigo a ser combatido, sendo lícito ao Estado, inclusive, coagi-lo fisicamente, pois ambos se encontram em estado de guerra. Para Gomes (2010, p. 1), o inimigo de Jakobs não é, sequer, sujeito processual, de maneira que “contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra”. Assim, cabe ao Estado atuar para que não lhe sejam reconhecidos alguns direitos processuais

assegurados ao cidadão, como o de se comunicar com o advogado, por exemplo (GOMES, 2010).

Estabelecidas estas premissas e, considerando que tanto cidadão quanto inimigo são delinquentes, é imprescindível compreender o limiar distintivo entre as duas figuras. É dizer, sob que circunstâncias um indivíduo deixa o *status* de cidadão, passando para a condição de inimigo? Sabe-se, pelo exposto até então, que este último põe em risco a própria existência do Estado, cometendo transgressões de forma reiterada. Todavia, tal característica não se mostra, por si só, suficiente a demonstrar quem seja o inimigo, carecendo de exemplos práticos que possam melhor compreendê-lo.

Assim, conforme entendimento de Fernandes (2011, p. 5), os inimigos, para Jakobs, são os “indivíduos pertencentes a organizações terroristas, redes organizadas de crimes, bem como delinquentes cujos crimes possuam uma natureza particularmente grave, violenta ou de cariz sexual”. Partilhando de ponto de vista similar, Silva e Temelkovitch (2018, p.13) esclarecem que o inimigo “pode ser identificado pelos crimes que cometeu (como terrorismo, crimes econômicos, sexuais, etc) ou pelos que pode vir a cometer, uma vez que tal inimigo pode estar associado a organizações criminosas, constituindo-se em um perigo iminente para a sociedade”.

Como cediço, os referidos crimes – especialmente os de terrorismo e os de cunho sexual –, quando ocorrem, não apenas abalam profundamente a estrutura do Estado (posto que denunciam sua ineficiência na manutenção da paz e da ordem), como também chocam, pela brutalidade, a sociedade em geral. Em razão disso, Jakobs (2012) propõe uma resposta jurídica diferenciada a estes infratores. Nesse sentido, para o cidadão, o Estado é reativo, aguardando que exteriorize determinada conduta violadora para fazer valer a norma, com todos os direitos e garantias; para o inimigo, em face de sua periculosidade abstrata, o tratamento estatal deve ser de interceptação prévia, impedindo a realização de qualquer conduta, antes mesmo que aconteça.

Com efeito, ao combater o inimigo pela periculosidade e de maneira preventiva, Jakobs aproxima o Direito Penal do inimigo a um “Direito Penal do autor”, em contraposição a um “Direito Penal do fato”. Este último, como evidente, somente atua como resposta a um fato contrário a uma norma proibitiva, estando excluída de responsabilidade penal, por conseguinte, a esfera de pensamento do indivíduo, consoante ensinamento de Meliá (2012). Assim, um pensamento não pode ser, por si só, punido, sem sequer chegar a se constituir em um fato; ou seja, para que o direito penal atue, é imprescindível que o pensamento do agente se exteriorize em uma conduta, ao menos de forma tentada.

Em contrapartida, no Direito Penal do autor, não se pune o fato que contraria a norma, mas o próprio agente, pelo perigo em abstrato que representa à sociedade e ao Estado. Nas palavras de Zaffaroni (2007, p. 116), “só poderia existir um tratamento penal diferenciado realmente limitado aos inimigos no marco de um extremo e estrito direito penal do autor”. Com o mesmo entendimento, leciona Gomes (2010, p. 3) que o Direito Penal do inimigo é

(...) um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele “é” e faz oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele “fez”. A máxima expressão do Direito Penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinquentes.

Como se infere, a aproximação com uma ideologia nazista denuncia certa fragilidade de um Direito Penal voltado para o autor e, por conseguinte, de um Direito Penal do inimigo. Em verdade, tentar estabelecer um sistema com base na escolha de determinados grupos como inimigos – previamente, inclusive, à eventual conduta reprovável –, como bem ressalta Mecucci (2020, p. 71), não apenas abre espaço para a instauração de um modelo totalitarista, como também a sua consequente inobservância de garantias fundamentais não se harmoniza com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Além disso, a segregação proposta nestes moldes reforça o estigma que paira em torno de determinados grupos naturalmente marginalizados, construindo maiores obstáculos ao já tortuoso processo de reintegração social, inclusive para aqueles a quem Jakobs considera cidadãos. Ao trabalhar o conceito de estigma, Erving Goffman (2004, p. 4) define o indivíduo estigmatizado como aquele que “está inabilitado para a aceitação social plena”. Assim é o inimigo, na medida em que se encontra à margem de um Direito Penal voltado ao cidadão, estigmatizado pela impossibilidade de adequação social em face da periculosidade que ostenta.

No entanto, vale ressaltar que, de acordo com Menezes (2008, p. 168), na concepção funcional de Direito Penal pensada por Jakobs, existe uma relação identitária entre norma e sociedade, de maneira que esta não apenas foi criada por aquela, como também por ela é garantida, em uma verdadeira relação simbiótica. Nesse sentido, a função do direito penal não é apenas a proteção de bens jurídicos, mas, sim, da própria identidade normativa da sociedade, violada quando do cometimento de um delito.

Portanto, Jakobs parece tentar desvencilhar sua teoria da ideia de estigma – e reforçar a necessária existência de um inimigo – com base no fundamento de que a violação à norma jurídica é agressão à toda a sociedade e, por essa razão, um perigo que coloca em risco a sua própria existência. Nessa toada, deve ser combatido pelo Estado não apenas para garantir a

efetividade da norma, mas, sobretudo, para que seja impedido “de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação” (JAKOBS, 2012, p. 33), assegurando, dessa maneira, a existência da sociedade.

Destarte, sintetizando algumas ideias que foram trabalhadas, até então, como características de um Direito penal do Inimigo, Gomes assim dispõe:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES, 2010, p. 2)

Com relação a estas características, merece especial atenção o item “a” apontado por Gomes, porquanto ainda não tratado no presente capítulo. A princípio, importa estabelecer as distinções práticas entre pena e medida de segurança, a fim de que se torne possível assimilar a proposta de aplicação diferenciada sustentada por Jakobs. Com efeito, a referida distinção guarda relação com a análise dos juízos de periculosidade e de culpabilidade anteriormente trabalhados.

De acordo com Noronha (2004, p. 313), “na pena prevalece o cunho repressivo, ao passo que na medida de segurança predomina o fim preventivo”. Complementando este entendimento, Jesus (2011) dispõe que a pena possui prazo fixo, vez que está relacionada à gravidade da infração e à análise da culpabilidade do indivíduo. A outro turno – como possível extrair dos ensinamentos deste último autor –, a medida de segurança, por sua relação com o juízo de periculosidade, tem prazo indeterminado, devendo continuar a ser aplicada enquanto durar este estado do agente (JESUS, 2011).

Por essa razão, na visão de Jakobs, a pena é medida suficiente a ser aplicada ao cidadão – e somente a ele –, enquanto expressão de um juízo de culpabilidade e como manifesta expectativa normativa de sua suficiência para a adequação social da conduta. Nas palavras do próprio jurista, “uma vez que a pena tenha esclarecido que sua conduta não é adequada para que a ela se anexem outras, depois de sua execução, na maioria dos casos cabe presumir que

volta a existir fidelidade ao ordenamento jurídico” (JAKOBS, 2012, p. 48). Ou seja, quanto a este delinquente, é suficiente a aplicação da pena, que, conquanto eminentemente repressiva e educativa, como outrora afirmado, não lhe retira o *status* de pessoa.

No caso do inimigo, a situação é diferente. Jakobs (2012) vale-se do pressuposto kantiano de que este delinquente perde a própria condição de pessoa para justificar a aplicação de medida de segurança, reflexo da frustração da expectativa normativa de que a pena é suficiente para a adequação de seu comportamento. De acordo com o autor, essa expectativa não pode ser mantida de forma ilimitada, ainda que de maneira contrafactual, pois o inimigo – por sua periculosidade – não aparenta demonstrar a capacidade cognitiva de que atuará em conformidade com o Direito.

Diante disso, argumenta Jakobs (2012, p. 33) que

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Por conta disso, a abordagem estatal para com ele não pode consistir em mera expectativa, devendo ser convertida, necessariamente, em uma verdadeira orientação cognitiva. Nesse sentido, Jakobs defende que esta orientação deve existir para compensar o déficit cognitivo do inimigo, na medida em que não se espera que uma atuação em conformidade com o Direito ocorra de forma natural, por conta própria. Cabe ao Estado, então, por meio de coação, orientar para mudar o próprio inimigo de forma preventiva. Assim, a aplicação de uma pena “(...) não é suficiente no caso de adversários cuja atitude é, por princípio, hostil e que são ativos, quer dizer, entre outros casos, o caso dos terroristas” (JAKOBS, 2012, p. 50).

Com efeito, é imprescindível, pois, com relação ao inimigo, substituir o juízo de culpabilidade pelo juízo de periculosidade, com aplicação de uma medida de segurança e todas as suas implicações, ainda que decorram de forte coação estatal. Destarte, como observou Gomes no supracitado item “i”, “mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal” (GOMES, 2010, p. 2).

Em suma, corroborando as características trazidas por Gomes, Meliá assim sintetiza a teoria do Direito Penal do inimigo:

(...) o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato

cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. (MELIÁ, 2012, p. 75-76)

Diante disso, mister questionar se o modelo penal proposto por Jakobs se encontra, na visão dele, em harmonia com o Estado de Direito. A valer, o próprio autor faz questionamento similar em sua obra: “É legítimo um Direito Penal do inimigo? E, se respondermos afirmativamente: até que ponto?” (JAKOBS, 2012, p. 52)

De antemão, Jakobs (2012) põe em xeque a própria concepção que, usualmente, se aplica na definição de Estado de Direito. É dizer, para o autor, um Estado que atua para impedir – previamente, em custódia de segurança – a própria formação de associações terroristas para o cometimento de delitos contra a ordem pública, por exemplo, mais se aproxima de um ideal de Estado de Direito do que outro que permita tais instituições.

Neste sentido, observa que nem sempre um “Estado de Direito é real por ser pensado, postulado” (JAKOBS, 2012, p. 52), de modo que o Estado que renuncia combater ao inimigo não poderia ser assim concebido, pois coloca em risco o direito à segurança do cidadão, que nada mais é do que aquilo que ele denomina de “estado de vigência real do Direito” (JAKOBS, 2012, p. 52).

Sobre esse ponto, utilizando-se, ainda, da figura do terrorista, Jakobs (2012) observa que a punição deste, na condição de não pessoa, deve ser encarada como direito de exceção, de que o Direito precisa se adaptar. Assim, para o teórico alemão, como toda exceção, compete ao Estado regulamentar com clareza as situações que são aplicadas ao inimigo e as que são aplicadas ao cidadão:

Até dez anos de pena de privação da liberdade simplesmente por pertencer a uma organização terrorista, a serviços secretos, implantar escutas indiscriminadas, ou a prisão preventiva por risco de reiteração delituosa, e outros fatos, não são *per se* ataques ao Estado de Direito, mas sim, somente serão assim considerados se vierem disfarçados de um Direito Penal do cidadão e da culpabilidade, ou de processo penal ordinário. No entanto, quem somente reconhece – *sit venia verbo* – o Estado de Direito permanente com bons olhos, induz o Estado real a encobrir as exceções irremediáveis para sua sobrevivência em um mundo desonesto, como regras, esmaecendo os limites entre o que é regra e o que é exceção. Em outras palavras, o Estado de Direito imperfeito se representa como perfeito através de um léxico ideológico. (JAKOBS, 2012, p. 57)

Pela análise do excerto, infere-se que Jakobs parece compreender que há natural aproximação entre o Direito Penal do cidadão e o Estado de Direito, porquanto aquele abarca as hipóteses já normatizadas e aplicadas aos delinquentes em geral. No entanto, as situações

que colocam em risco a própria existência do Estado e a segurança de seus indivíduos – pela gravidade que ostenta – necessitam ser tratadas como exceções e, por conta disso, carecem de regulamentação em nome da segurança jurídica.

Neste sentido, seria, portanto, o Direito Penal do inimigo um Direito de exceção que, uma vez regulamentado, passa a integrar o Estado de Direito como uma espécie de apêndice. Como se depreende das ideias do autor, um Estado que não encare o inimigo como um perigo a ser combatido, diferenciando-o da figura do cidadão, afasta-se do ideal de um Estado de Direito ótimo, vez que este último está atrelado à “possibilidade de não ser atingido por ataques de seus inimigos” (JAKOBS, 2012, p. 57), por exemplo.

Apesar de Jakobs tentar justificar a existência de um Direito Penal do inimigo como compatível com o Estado de Direito, sua teoria não está, por certo, isenta de reprovações. Por essa razão, uma vez estabelecidas suas premissas fundamentais, cumpre, a partir de então, demonstrar sob quais aspectos se fundamentam algumas críticas.

A principal crítica ao Direito Penal do Inimigo já é, de *per si*, suficiente para demonstrar a debilidade da teoria de Jakobs, porquanto ataca frontalmente o seu fundamento básico, a saber: a segregação dos indivíduos, com a “coisificação” daquele que perde o *status* de cidadão. Sobre isso, Silva e Temeljkovitch (2018, p. 16) alertam que esta diferenciação não é aceita pelas Constituições democráticas atuais, vez que “estas conferem o *status* de cidadãos a todos os seus nacionais, garantindo os direitos dos estrangeiros, sem estabelecer qualquer exceção”.

Com efeito, a perda do *status* de cidadão, na visão de Jakobs, vai além de um simples modo de tratamento: ela é resultado, como visto, da própria negação da condição de pessoa ao inimigo. Este, para o autor, não é pessoa e, como tal, não pode ser tratado. De acordo com Zaffaroni (2007, p. 18), “a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*”. Para o jurista argentino, esta seria de flagrante incompatibilidade com o Estado de Direito, vez que o tratamento diferenciado de contenção ou de impedimento físico – mesmo para com aqueles que cometeram delitos sucessivos e que cumpriram pena por todos – se assemelha a tratamento que é destinado “a um animal ou a uma coisa perigosa” (ZAFFARONI, 2007, p. 19), não a pessoas.

Como explicitado alhures, a “coisificação” ou a “animalização” de qualquer infrator – cidadão ou inimigo – são aspectos que reforçam uma estigmatização que já ocorre naturalmente na sociedade. Em verdade, se o Estado espera, por meio do Direito Penal e da execução da pena, reintegrar estes indivíduos ao seio social, a segregação, com a eleição de inimigos, atua na

contramão de seu objetivo. É dizer, o Direito Penal do inimigo contradiz o próprio discurso estatal de reintegração pela aplicação da pena.

Além disso, Jakobs apenas indica alguns exemplos de quem é – tomando como base o juízo de periculosidade abstrata – considerado inimigo por ele. Todavia, ao passo em que sua teoria se exterioriza, esta eleição passa a ser atribuição do Estado e da sociedade. Afinal, na prática, como eleger o inimigo? Como bem observa Greco (2005), o Direito Penal do inimigo ignora a incerteza que é ínsita ao juízo de identificação da periculosidade, de forma que esta prognose pode ter como resultado a própria produção da criminalidade que argumenta combater.

Ainda a esse respeito, Zaffaroni (2007) alerta que, para que fosse factível a aplicação de um tratamento diferenciado, seria imprescindível, no processo de identificação do inimigo, que o Estado adotasse postura que impactaria em toda a sociedade.

Assim, para o referido autor, isso implicaria no exercício de um

(..) controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes. Imaginar que é possível incrementar o poder punitivo só com relação a *inimigos* não identificáveis *ab initio* é uma ingenuidade, para não dizer uma grave falta de senso. O que se discutirá, nesse caso, será se é possível reduzir as garantias de toda a população frente ao aparato repressivo e impor-lhe os controles, limitações e eventuais penalidades indevidas como consequência, em homenagem a uma pretensa e mais do que duvidosa eficácia da empresa *humanitária* do poder punitivo que declara perseguir apenas a neutralização do risco da emergência do momento. (ZAFFARONI, 2007, p. 118)

Outrossim, há, ainda, o risco de que, em uma sociedade que anseia por um Direito Penal mais punitivista (ou simbólico), desapareça a própria figura do delinquente cidadão de Jakobs, porquanto todos os infratores podem vir a ser considerados inimigos, indistintamente. Tal fato ameaçaria a própria existência de um modelo garantista, vez que suprimiria direitos e garantias fundamentais consagrados nas Constituições democráticas.

Por conta disso, nas palavras de Gomes (2010, p. 3), “o Direito penal do inimigo é um ‘não Direito’, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais”, mas que é, acrescenta, “claramente inconstitucional visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio)”. Apesar disso, como assevera Zaffaroni (2007), a aceitação da ideia de inimigo na legislação penal apenas denuncia a urgente necessidade de renovação do Direito Penal. Desse modo, é imprescindível que se desvencilhe das amarras autoritárias que o acompanharam ao longo de sua trajetória, a fim de que possa se ajustar a uma teoria política compatível com o Estado constitucional de Direito.

Ademais, outra crítica à teoria de Jakobs reside no fato de esta ser, como visto, expressão de um Direito Penal do autor, em que o indivíduo é punido por sua periculosidade e não por ter praticado, necessariamente, alguma conduta violadora da lei penal. Por conseguinte, carece de punição antes mesmo de cometer qualquer fato. Ocorre que tal situação não está em consonância com as ideias consagradas por um Direito Penal moderno e constitucionalizado, porquanto ignora princípios básicos, como o da culpabilidade e o da ofensividade, por exemplo.

Em verdade, o Direito Penal do inimigo, ao dispor que o Estado deve buscar a neutralização de ameaças, autoriza uma série de violações a princípios e garantias penais e processuais, como resultado da instauração de um verdadeiro procedimento de guerra. Sobre isso, Gomes (2010, p. 4) alerta que “a lógica da guerra (da intolerância excessiva, do “vale tudo”) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático”. Assim, o desrespeito ao devido processo legal e a desproporcionalidade das penas são situações que serviriam mais ao criminoso que ao Estado, porquanto coloca em xeque própria a legitimidade do sistema (GOMES, 2010).

Como se observou, o Direito Penal do inimigo de Jakobs colide frontalmente com o Garantismo de Luigi Ferrajoli. Conquanto o primeiro não recuse os ideais garantistas, vez que defende a sua aplicação ao cidadão, certos direitos e garantias do inimigo necessitam ser suprimidos em nome da segurança do Estado.

Por essa razão, foi imprescindível estabelecer as premissas básicas defendidas pelos dois autores, a fim de compreender se a participação dos meios de comunicação e da sociedade corrobora a segurança jurídica de um Direito Penal indistintamente garantista, ou se, a outro turno, legitima o Direito Penal do inimigo para situações com grande repercussão na mídia.

## **2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO**

Hodiernamente, o atual estágio do Constitucionalismo aponta para a confecção de Constituições dirigentes e principiológicas, cujo caráter normativo impõe a sua aplicação. E mais, a posição hierárquica de supremacia em relação às demais normas faz com que todos os ramos do Direito estejam em consonância com os dispositivos constitucionais, inclusive o Direito Penal.

No Brasil, o ingresso nessa fase contemporânea se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais que

passaram a reclamar efetivação. Nesse cenário, o Poder Judiciário despontou como instrumento de concretização constitucional, assumindo inédito protagonismo, impulsionado ainda mais pela diversificação dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Não obstante, esse protagonismo constitui um problema quando o julgador flerta com posturas decisórias que afastam a segurança jurídica no processo, situação que dá origem ao denominado ativismo judicial. Compreendê-lo será, pois, imprescindível para a análise da postura que o juiz adota no curso do Processo Penal, quando diante de pressões externas exercidas pela mídia e pela Opinião Pública.

## 2.1 Constitucionalismo moderno e supremacia da Lei: o protagonismo do Parlamento

Em capítulo anterior, demonstrou-se, sob a perspectiva da trajetória do Direito Penal na busca pela humanização da pena, que a instituição do Estado Moderno surge no contexto de superação do Feudalismo, passando pela transição do Estado absoluto para o Estado constitucional de Direito.

Apesar de o Estado Moderno ser considerado o berço do Constitucionalismo, alguns autores apontam para um período anterior. Isto é, conquanto o Estado Moderno tenha inaugurado a concepção moderna de constitucionalismo (com criação da Constituição em sentido formal – instrumento de controle político), fato é que a Constituição, compreendida como modo de organização de uma sociedade política (Constituição em sentido material), pode ter origens mais remotas (SARLET, 2022).

Nesse sentido, ao denominar de “movimento constitucional” o conjunto de revoluções que ajudaram a firmar a organização do Estado em torno do ideal moderno de Constituição, Canotilho (1993) faz uma ressalva ao que denomina de “pré-história constitucional”, ou seja, um constitucionalismo anterior aos movimentos ocorridos a partir dos séculos XVII e XVIII.

De acordo com ele, malgrado alguns autores apontem a Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, como o embrião pré-histórico do constitucionalismo:

A primeira tentativa de constituição escrita verificou-se ainda na Inglaterra com o *Agreement of the People* (1647-1649) e a ele está associado o movimento dos *levellers*. O *Instrument of Government* (1653) de Cromwell é considerado como a primeira verdadeira constituição escrita, aproximando-se das fórmulas constitucionais autoritárias da época contemporânea (CANOTILHO, 1993, p. 62)

Na visão de Loewenstein (1979), o constitucionalismo não está vinculado à existência de uma Constituição escrita, o que aponta para o início de sua história em momento ainda mais

remoto. Em seu entender, é possível identificar governos constitucionais em organizações políticas antigas, em que as limitações ao poder estavam tão fortemente enraizadas nas convicções e nos costumes da comunidade que eram respeitadas pelos governantes e pelos governados, prescindindo de qualquer formulação escrita. Nesse sentido, o autor aponta o povo hebreu como o primeiro a ter praticado o constitucionalismo, vez que, constituídos em um regime teocrático, a lei divina submetia igualmente governantes e governados.

Outrossim, Loewenstein (1979) acrescenta que o constitucionalismo também esteve presente na Grécia e na República Romana. Os primeiros, por não admitirem nenhum tipo poder concentrado e arbitrário, por pregarem a igualdade e a justiça e por dividirem as diferentes funções estatais, teriam alcançado, durante dois séculos, uma das formas mais avançadas de governo constitucional: a democracia constitucional (LOEWENSTEIN, 2019). Os últimos, a seu turno, também experimentaram uma sociedade constitucional, na medida em que a organização estatal republicana possuía um diversificado repertório de limitação de poder, a exemplo da estrutura colegiada das magistraturas superiores, a temporariedade dos cargos e a proibição de reeleição imediata (LOEWENSTEIN, 2019).

Não obstante as considerações até então apresentadas, mesmo que se considerasse que a história do constitucionalismo inicia com a existência de documentos que trouxeram regras jurídicas e regulamentaram as relações de poder nesta denominada fase pré-histórica – a exemplo da Magna Carta de João Sem Terra –, é possível afirmar, na esteira do entendimento de Sarlet (2022), que nenhum deles correspondeu à concepção moderna de Constituição nos moldes introduzidos pelas revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII.

Sobre isso, Streck (2019) observa que, embora o Estado Moderno tenha nascido absolutista e sem Constituição em sentido estrito, foi o próprio absolutismo que configurou ambiente propício para que novos mecanismos de controle fossem implementados para limitar o poder do príncipe. Nesse contexto, a concepção moderna de Constituição emergiu como instrumento de controle de poder, a partir das revoluções inglesa e francesa dos séculos XVII e XVIII, respectivamente, e da revolução norte-americana, que culminou na independência das treze colônias.

É, portanto, a partir destes três movimentos que nasce o Constitucionalismo (em sua acepção moderna), sendo a Constituição representante da lei fundamental do Estado, que objetivava, a um só tempo, limitar o poder político – inclusive com divisão de suas funções (poderes) – e garantir os direitos fundamentais dos indivíduos (STRECK, 2019).

Uma das características marcantes das Constituições que surgem a partir desse período é o fato serem confeccionadas em forma de texto ou documento escrito, ao que Canotilho (1993)

denomina *constituição instrumental*. Consoante entendimento do autor, a forma escrita da Constituição tem como objetivo conferir efeitos como racionalização, estabilização, segurança jurídica e publicidade, por exemplo.

Sob esse aspecto, cabe especial ênfase ao constitucionalismo inglês em decorrência de nunca ter possuído uma Constituição escrita, configurando exceção em relação aos modelos adotados pelas treze colônias e pela França. Apesar disso, mesmo antes das experiências norte-americana e francesa, Sarlet (2022) assevera que a Inglaterra já possuía elementos que a caracterizavam como Estado constitucional moderno, tais como como um sistema de limitação de poder, um processo legislativo formal, um Parlamento com representação popular e um conjunto de garantias e liberdades civis.

Ante a inexistência de uma Constituição escrita, o Direito inglês possui como fonte principal os precedentes judiciais, de sorte que jurisdição constitucional é exercida de forma difusa pelos órgãos judiciais ordinários e não há possibilidade de declaração judicial de inconstitucionalidade das leis, em face da supremacia do Parlamento (STRECK, 2019).

Embora a revolução inglesa também seja considerada, por vários autores – a exemplo de Streck (2019) – como movimento percussor do constitucionalismo moderno, o universalismo das Constituições escritas, consoante Loewenstein (1979), é decorrência lógica das conquistas logradas pelas revoluções norte-americana e francesa.

No caso das treze colônias, a instauração do constitucionalismo decorreu da Declaração de Independência e da respectiva formação do Estado Federal, com promulgação da primeira Constituição escrita no sentido moderno: a Constituição de 1787 (SARLET, 2022), constituindo-se como “primeira e mais duradoura Constituição escrita em sentido moderno” (STRECK, 2019, p.23).

Este documento, em conjunto com as emendas aprovadas em 1791, configuram um modelo de constitucionalismo norte-americano que, no entender de Sarlet (2022), apresenta as seguintes características principais: soberania popular como fundamento do poder estatal; garantia de direitos fundamentais para proteção da liberdade e da igualdade em face do Estado; separação e limitação de poderes, com mecanismos de controle de uns pelos outros; e a forma federativa de Estado, com a criação de um Estado comum (União) e manutenção dos Estados Federados, com a divisão de tarefas entre os entes.

Na França, o marco inicial do constitucionalismo escrito é a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, em seu artigo 16, trouxe célebre disposição que condiciona a existência da Constituição à garantia da separação dos poderes e dos direitos individuais (SARLET, 2022). Nesse sentido, nas palavras de Simões (2022, p. 204), “ainda hoje

é habitual, na ciência jurídica como política, identificar o Constitucionalismo com a separação dos poderes, com o sistema de freios e contrapesos e com a balança dos diversos órgãos”.

A partir de então, a lei fundamental com forma escrita assume o papel de instrumento de democratização do poder político, tendo alcançado diversas gerações posteriores (LOEWENSTEIN, 1979).

Em reforço a isso, Loewenstein complementa:

Desde Europa la constitución escrita condujo su carro triunfal por lodo el mundo. Durante el último siglo y medio se ha convertido en el símbolo de la consciencia nacional y estatal, de la autodeterminación y de la independencia. Ninguna de las naciones que, en las sucesivas olas de nacionalismo que han inundado el mundo desde la Revolución francesa, se han ido liberando de una dominación extranjera, ha dejado, frecuentemente bajo graves dificultades, de darse una constitución escrita, fijando así en un acto libre de creación los fundamentos para su existencia futura. La soberanía popular y la constitución escrita se han convertido, práctica e ideológicamente, em conceptos sinónimos. (LOEWENSTEIN, 1979, p. 160)

Com efeito, é possível definir o constitucionalismo moderno, em linhas simples, como o movimento do qual decorre a formação das Constituições em cada Estado. De acordo com Streck (2019), esse movimento ocorre de formas diversas em cada nação, como decorrência das diferentes especificidades. Não obstante, de acordo com o autor, o constitucionalismo tem a Constituição como lei fundamental que objetiva limitar o poder político em benefício dos direitos, que “vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais)” (STRECK, 2022, p. 1).

Conforme ensinamentos de Loewenstein (1979), a classificação de um sistema político como constitucional-democrático depende da existência de instituições que controlem o poder político, realizando a sua distribuição entre seus detentores e permitindo a respectiva fiscalização pelos destinatários (sociedade), que são seus detentores supremos. Nesse sentido, a melhor maneira de impor os limites que a sociedade deseja é por meio da criação da Constituição, que aparece como um sistema de regras fixas destinadas à limitação do poder político (LOEWENSTEIN, 2019).

Para Simões (2022), o constitucionalismo remete ao conjunto de procedimentos jurídicos que, a um só tempo, asseguram o exercício dos direitos individuais dos cidadãos e impedem que o Estado os viole. Em que pese esta concepção – que denomina de “técnica da liberdade” – seja variável ao longo da história e das tradições de cada país, em todos se mantém o principal objetivo, que é a defesa das liberdades do cidadão (SIMÕES, 2022).

Tendo por base a ideia de que a lei fundamental, no Constitucionalismo, é limitadora do poder político, Canotilho elenca três características do que entende ser o conceito ideal de Constituição:

Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados político-liberais, considerando-se como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito) (CANOTILHO, 1979, p. 62 e 63).

Na esteira da mesma compreensão, Loewenstein (1979) identifica cinco elementos fundamentais que considera o mínimo irreduzível que deve constar em uma Constituição, a saber: divisão de funções entre diversos órgãos estatais, com o objetivo de evitar a concentração de poder; a contemplação de um sistema de freios e contrapesos, que limite o exercício do poder; um mecanismo para impedir que um dos detentores de poder resolva os impasses entre eles por meios autocráticos, tendo em vista que o árbitro dos conflitos são os eleitores; a existência de método de adaptação às mudanças sociais e políticas, que denomina de reforma constitucional, para evitar que se recorra à força, à ilegalidade ou à revolução; e o reconhecimento expresso de direitos e liberdades fundamentais e sua proteção frente o Estado.

Como verificado, todas as ideias abordadas pelos diferentes autores convergem para o mesmo ponto nevrálgico de configuração do Constitucionalismo: a garantia das liberdades individuais e a limitação do poder político. No entanto, apesar do cerne igualitário, os modelos de constitucionalismo norte-americano e europeu divergiam em relação ao peso que era atribuído à Constituição.

Com efeito, elemento caracterizador do modelo norte-americano é o ideal de supremacia da Constituição, cuja importância é tal que repercutiu nos ordenamentos jurídicos de outras nações, a exemplo do Brasil. Após a Constituição de 1787 e as emendas de 1791, o desenvolvimento do constitucionalismo dos Estados Unidos foi impulsionado pela atuação da Suprema Corte, que assumiu o papel de instituição responsável pela reconstrução da ordem constitucional (SARLET, 2022).

Streck (2019) observa que os norte-americanos adotaram uma Constituição do tipo rígida, considerada como lei fundante/fundamental da nação e, conquanto não tenha trazido em seu bojo mecanismos de controle de constitucionalidade, é forte na jurisprudência a concepção de que suas disposições estão em posição de superioridade em relação às demais leis e atos.

Esta ideia de supremacia da Constituição foi adotada pela primeira vez em 1803, pelo juiz John Marshall no julgamento do fatídico caso *Marbury v. Madison* (STRECK, 2019) e, a partir de então, firmou as bases do Constitucionalismo naquela nação.

De acordo com Sarlet (2022), a supremacia da Constituição implica em que todas as suas normas, especialmente os direitos fundamentais, estão no topo da hierarquia do sistema normativo, de modo que todo e qualquer ato deve tê-la como critério de medida. Essa concepção, apesar de largamente difundida no ocidente contemporâneo, não prevaleceu no Constitucionalismo moderno europeu, que experimentou longo período de supremacia da lei em detrimento do texto constitucional.

Na Europa moderna, embora as Constituições também constituíssem instrumento de limitação do poder político, prevaleceu o ideal de supremacia das leis e do Parlamento. De acordo com Branco, restou “ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante, reduzindo o impacto do ideário constitucionalista sobre a prática política real” (BRANCO, 2009, p.12). Por terem ocorrido em meio a movimentos revolucionários populares, o Parlamento assumiu-se representante do povo soberano e esta condição elevou o Legislativo à posição de prestígio em detrimento dos demais poderes (BRANCO, 2009).

Nesse sentido, Branco assevera que:

Fixou-se a fórmula revolucionária de que a voz do Legislativo é a expressão da vontade geral, na linha da doutrina de Rousseau, que punha em par a lei e a própria liberdade. O direito público passou a se escorar numa noção que vinha bem ao feitio da necessidade de se valorizar o Parlamento. Em harmonia com a idéia da lei como expressão da vontade geral, vingou a compreensão de que a vontade geral se expressa por meio do corpo legislativo do Estado, lugar de representação da totalidade da cidadania. A lei, assim, definia-se e hauria força, tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo. A lei obrigava, porque fora adotada, de acordo com o procedimento próprio, pelo órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos (BRANCO, 2009, p. 22-23).

Como evidente, o modelo de Constitucionalismo europeu transferiu ao Parlamento a responsabilidade de concretizar os direitos do povo. Desse modo, não se reconhecia a Constituição como instrumento normativo, dotado de imperatividade e hierarquicamente superior, nos moldes adotados nos Estados Unidos, vez que vigorava a supremacia da lei. A situação apenas começa a mudar a partir do segundo pós-guerra, com a mudança no paradigma constitucional.

Em suma, assim podem ser resumidas as principais características do constitucionalismo moderno: movimento de limitação do poder político; divisão e separação dos poderes com mecanismos de controle entre si (freios e contrapesos); direitos e garantias fundamentais

asseguradas em face do Estado; Constituição escrita (com exceção do modelo inglês); supremacia do Parlamento e da lei, com a Constituição sem caráter normativo e sem poder vinculante, no modelo europeu; e supremacia da Constituição com jurisdição constitucional consolidada como exceção no modelo norte-americano. Como verificado, esse período inicia com as revoluções inglesa, norte-americana e francesa e perdura até o segundo pós-guerra, com o advento do Constitucionalismo Contemporâneo, que será analisado a seguir.

## **2.2 Constitucionalismo Contemporâneo e supremacia da Constituição: o protagonismo do Poder Judiciário**

O Constitucionalismo Contemporâneo ou Pós-Moderno surge do contexto instalado a partir do segundo pós-guerra, manifestando-se como uma ruptura no paradigma positivista de supremacia da lei e do Parlamento que permeou no constitucionalismo moderno europeu, com o respectivo advento de uma concepção normativa de Constituição.

Como observado, embora o constitucionalismo moderno tenha representado avanço na limitação do poder estatal, as Constituições produzidas na Europa ocidental da época careciam de normatividade em detrimento das leis. Em verdade, mesmo os direitos fundamentais só valiam se fossem garantidos por leis (SARMENTO, 2009), de sorte que o papel do Judiciário era apenas realizar a aplicação mecânica destas (BRANCO, 2009).

Sobre isso, Branco (2009, p. 25) assevera que:

O princípio da separação dos poderes atuava para constranger o poder de julgar a uma posição de menor tomo. Era impensável que se postulasse perante uma corte de justiça a efetividade de um cânone constitucional; ao juiz não cabia censurar um ato do Parlamento. A subordinação do Judiciário ao Parlamento, do ponto de vista funcional, era invencível.

Todavia, o império das leis e a prevalência do Legislativo entrou em decadência após a segunda guerra mundial, momento em que o contexto europeu passa a exigir uma nova maneira de compreender a função da Constituição, mais próxima de modelo já adotado nos Estados Unidos. Nesse sentido, embora a concepção moderna de Constituição não mais se sustentasse, é possível afirmar, de acordo com Streck (2019), que o período dos pós-segunda guerra marca o ápice do constitucionalismo, com o desenvolvimento de Constituições dirigentes e compromissórias e com a consolidação da noção de Estado constitucional democrático de Direito.

Nesse diapasão, Simões afirma que “ao término da Segunda Guerra, o constitucionalismo dirigente, intervencionista e social, de matriz democrática, estabelece-se como opção de quase todas as constituições ocidentais” (SIMÕES, 2022, p. 203).

O referido autor define Constituição dirigente como sendo aquela:

(...) de tendência social, intervencionista e promocional, que estabelece programas (metas) e orienta (dirige) a sociedade em determinados rumos de transformação, também sendo chamada de Constituição programática. É o caso de diversas Constituições contemporâneas e especialmente das analíticas, que, sem deixar de serem garantistas (quer dizer, incorporando conquistas alcançadas, especialmente no domínio das liberdades), apresentam tendência prospectiva (positiva) (SIMÕES, 2022, p. 225).

Com o estabelecimento das Constituições dirigentes, apenas a previsão constitucional de direitos fundamentais que careciam de leis para sua efetivação é colocada em xeque. Em verdade, a Constituição assume intenção intervencionista na realidade social, de modo que suas disposições passam a exigir efetividade por si sós. Essa noção, ligada à ideia de concretização constitucional, ganha ainda mais relevo com o reconhecimento de que a Constituição possui força normativa, outra característica fundamental que marca o Constitucionalismo Contemporâneo.

Ao reconhecer força normativa à Carta Constitucional, o Constitucionalismo Contemporâneo faz triunfar as ideias de Konrad Hesse, em lugar da antiga concepção sociológica de Ferdinand Lassalle. Para este (LASSALLE, 1988), havia duas espécies de Constituição: a jurídica, escrita; e a real, representativa da realidade. A Constituição escrita deveria ser reflexo da realidade e, portanto, representativa dos fatores de poder vigentes em determinada sociedade. Assim, em caso de eventual descompasso entre a realidade e o texto constitucional escrito, este sempre sucumbiria. Essa compreensão, meramente política e sociológica, esvaziava de sentido as normas constitucionais escritas, porquanto limitava sua eficácia ao jogo de poder da época.

Hesse (1991), a seu turno, entendia existir uma relação de coordenação recíproca entre realidade e texto constitucional. Nesse sentido, a sociedade seria determinante da Constituição e, igualmente, determinada por ela, o que demonstra sua pretensão de eficácia. Nas palavras do autor:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças

à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, 1988, p. 15)

Ao ser influenciadora da realidade, a pretensão de eficácia da Constituição nada mais é que expressão do reconhecimento de sua força normativa. A partir de então, observa Barroso (2005), as disposições constitucionais passam a ser estudadas com base em seu caráter vinculativo e obrigatório, alçada ao *status* de norma jurídica.

Desta concepção normativa, depreende-se que a antiga supremacia legal cede em detrimento da Constituição. E mais: a supremacia que antes era do Parlamento cede em face do protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, que passa a incorporar os anseios sociais pela concretização constitucional.

Nesse sentido, Barroso (2005) leciona que a nova onda constitucional iniciada no final da década de 40 trouxe um modelo de constitucionalismo europeu que o aproximava do adotado pelos Estados Unidos: o da supremacia da Constituição. Aponta o autor que a proteção dos direitos fundamentais, agora constitucionalizados, passou a caber ao Poder Judiciário e inúmeros países europeus passaram a adotar mecanismos de controle de constitucionalidade, com a criação de tribunais constitucionais, a exemplo da Alemanha, em 1951, e da Itália, em 1956. Após estes, diversas outras nações criaram seus tribunais constitucionais, de maneira que o modelo de supremacia do Parlamento apenas permaneceu em território europeu na Inglaterra, na Holanda e em Luxemburgo (BARROSO, 2005).

Ademais, outra característica que decorre da força normativa das Constituições produzidas no respectivo período – que refletem, inclusive, seu caráter dirigente e compromissório – diz respeito à normatividade dos seus princípios.

Assim é que, de acordo com Sarmiento (2009, p. 14-15):

As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional.

Nesse contexto, impende destacar que os princípios, representantes de parcela das normas constitucionais dirigentes, caracterizam-se por sua abertura e indeterminação semântica, ao contrário das normas (SARMENTO, 2009). Com efeito, diferentemente destas últimas, que descrevem condutas de maneira específica, os princípios são “normas que

consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios” (BARROSO, 2005, p. 10).

Para Branco (2009), a adoção de princípios e valores, manifestados em expressões abertas e que comportam diversas interpretações, reflete diretamente na atividade do intérprete/aplicador, que, para definir os direitos constitucionais, tem ampliada a sua dose de criatividade.

Na esteira do mesmo entendimento, Barroso (2005) destaca que a menor densidade jurídica dos princípios impede que deles se extraia a solução completa das questões, ficando a cargo do intérprete/aplicador a definição de seu sentido e do seu alcance. A título elucidativo, o autor ressalta que o conteúdo de cláusulas abertas como “dignidade da pessoa humana”, “razoabilidade”, “solidariedade” e “eficiência”, por concentrarem alta carga de subjetividade, conferem importante dose de discricionariedade ao intérprete/aplicador (BARROSO (2005).

Com isso, questões de ordens diversas passaram a ser colocadas à apreciação do Poder Judiciário, que, agora gozando de inédito protagonismo na história constitucionalista, assumiu o encargo, em diferentes nações, de materializar os anseios da sociedade. Não obstante, a relevância do Judiciário, em meio a possibilidade de uma interpretação constitucional discricionária, aproximou novamente a dicotomia entre Direito e moral e impulsionou o desenvolvimento de novas teorias constitucionais, de sorte que alguns estudiosos chegam a definir o período como representante de um “novo constitucionalismo”.

Sobre isto, cumpre destacar que alguns autores fazem uso da palavra “Neoconstitucionalismo” – vale destacar, sob inúmeras críticas – para se referirem às mudanças por que passaram as Constituições produzidas do segundo pós-guerra até os dias atuais. Haveria, então, para os adeptos, um “novo constitucionalismo” ou um “novo direito constitucional”, com características peculiares que orientam a produção, a interpretação e a aplicação do texto constitucional.

Com efeito, como conceito formulado na Europa ocidental – especialmente na Espanha e na Itália – a partir do segundo pós-guerra, a expressão “neoconstitucionalismo” não foi empregada no debate constitucional norte-americano e nem na Alemanha (SARMENTO, 2009). Não obstante, conhecê-lo é fundamental para compreender a atuação contemporânea da jurisdição constitucional brasileira em tópico seguinte, porquanto possível a identificação de uma importação equivocada de muitas de suas características.

Para Lenio Streck (2014), um de seus mais ferrenhos críticos, o termo “neoconstitucionalismo” comporta diferentes concepções, tendo em vista os inúmeros autores e posturas teóricas que nem sempre lhe confere o mesmo sentido. Desse modo, a ciência política

norte-americana define como *new constitutionalism* os processos de redemocratização por que passaram alguns países da modernidade periférica nas últimas décadas, a exemplo de Brasil, Argentina, países do leste europeu e África do Sul.

Por sua vez, para a teoria do direito, desenvolvida principalmente por autores espanhóis e italianos, “neoconstitucionalismo” é toda a produção intelectual constitucional a partir do segundo pós-guerra, que rumou para um modelo de interpretação e aplicação da Constituição que não mais comportava a compreensão positivista moderna.

Partindo da mesma concepção dificultosa em definir o “neoconstitucionalismo” em virtude da existência de diversos autores com posicionamentos conflitantes ou com especificidades teóricas sobre o tema, Clarissa Tassinari (2013, p. 35-36) ressalta que é possível, todavia, identificar um núcleo comum em todos eles, que reside na adoção do “trinômio moral-princípios-discrecionalidade”.

Em sentido similar, Simões (2022, p. 245) entende que o “neoconstitucionalismo”

(...) defende a ampliação do papel normativo dos Princípios do Ordenamento Constitucional, contrariando regras, fortalecendo o poder do Judiciário, aplicando o método da ponderação em vez da subjunção em favor das decisões justas para caso individual ao invés de generalizações legais. Considera os princípios em detrimento das regras, limita a atuação do Legislativo e Executivo, opõe-se ao positivismo jurídico.

Decerto, ao atribuir carga discricionária na aplicação dos princípios, a questão moral passa a ser relevante, especialmente nos casos de colisões entre aqueles, em que a tênue linha que separa a concretização constitucional e a imposição de juízos de valor do magistrado pode ser cruzada. De acordo com Sarmiento (2009), as colisões entre os princípios (em Constituições compromissórias marcadas pelo pluralismo axiológico) torna insuficiente a aplicação do tradicional método da subsunção, de maneira que a sua resolução importa na adoção de novas técnicas e métodos de hermenêutica, como a técnica da ponderação e as teorias da argumentação.

Nesse diapasão, Barroso (2005) ressalta que a subsunção não é capaz de solucionar o problema de colisões de normas constitucionais, vez que não é possível a adequação fática em normas antagônicas de igual hierarquia. Disso decorreria a necessidade, conforme entende, de ponderação das normas pelo intérprete/aplicador, identificando qual delas deverá prevalecer em concreto. Todavia, esse processo (que, de acordo com o autor, é o responsável por identificar, na situação, qual é a vontade da Constituição) está umbilicalmente ligado à técnica da

argumentação, com a utilização da razoabilidade nas decisões e o dever de fundamentá-las por parte do magistrado.

Com efeito, não se pode negar a forte presença da ponderação e da argumentação na jurisdição constitucional brasileira. Especificamente para os adeptos do “neoconstitucionalismo”, a incorporação destas técnicas é um procedimento natural que objetiva a concretização da Constituição. O que se observa, no entanto, é que a importação das teorias – desenvolvidas levando em conta realidade diversa da brasileira – ocorre sem qualquer crítica ou adaptação, o que pode implicar, inclusive, a própria mácula do texto constitucional.

De acordo com Simões (2022), a subjetividade das interpretações no processo hermenêutico de aplicação dos princípios pode gerar insegurança jurídica. Nesse sentido, acrescenta ainda que a corrente “neoconstitucionalista” tem enfrentado resistência em países como Itália, Espanha, Portugal e Brasil, especificamente por conta de diversidade cultural dos magistrados e da ausência de crivo democrático na formação do Judiciário, situação que abriria as portas para uma possível ditadura daquele Poder (SIMÕES, 2022).

No Brasil, enfatiza-se a compreensão de Streck (2014, p. 28-29), para quem:

(...) passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, contribuíram para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo, que reproduzem o prefixo “neo” em diversas ocasiões, como em “neoprocessualismo” e “neopositivismo”. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Diante desse contexto, além de a expressão “neoconstitucionalismo” comportar difícil conceituação, mas, sobretudo, em face de representar a materialização de teorias por meio das quais a própria Constituição é violada, Streck (2014) propõe a utilização da expressão Constitucionalismo Contemporâneo para indicar todo o processo de mudanças introduzidas a partir do segundo pós-guerra até os dias atuais, ou seja, “um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição” (STRECK, 2014, p. 29).

Nesse ponto, mister destacar que, no presente trabalho, adota-se a perspectiva defendida por Streck, de forma que parece mais acertada a utilização da expressão Constitucionalismo

Contemporâneo – ou até mesmo Constitucionalismo Pós-Moderno – para se referir ao atual estágio do constitucionalismo, que se deu a partir do segundo pós-guerra.

Com efeito, o Constitucionalismo Contemporâneo:

(...) representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual acontece a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos) (STRECK, 2014, p. 29-30).

Em suma, por tudo o que foi exposto, é possível elencar as principais características do chamado Constitucionalismo Contemporâneo da seguinte maneira: a) reconhecimento da normatividade da Constituição, vinculada à ideia de que suas normas necessitam ser concretizadas; b) supremacia da Constituição em relação às leis; c) criação de Constituições dirigentes, compromissórias e intervencionistas, que estabelecem planos e metas a serem cumpridas pelo Estado; e d) expansão da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais e aprimoramento do controle de constitucionalidade, que acarretaram em inédito protagonismo assumido pelo Poder Judiciário.

É esse o cenário da promulgação da Constituição de 1988, que contemplou todas as características acima elencadas. Todavia, antes de melhor compreender de que modo essa configuração repercutiu na atuação do Poder Judiciário, destacar-se-á, a seguir, como as disposições constitucionais passaram a se relacionar com o Direito Penal.

### **2.3 A Constituição Federal de 1988 e a Constitucionalização do Direito Penal: a consolidação de um modelo garantista**

A promulgação da Constituição Federal de 1988 ocorreu em um contexto de superação das amarras de longo período antidemocrático. Após 21 anos de regime militar (1964 a 1985), em que diversos direitos foram censurados – a exemplo das liberdades de expressão e de imprensa –, restou a cargo do Constituinte a árdua tarefa de incorporar e dar vida aos anseios libertário-democráticos da população. Nesta seara, a Constituição Cidadã emergiu como o maior instrumento da redemocratização brasileira e elencou extensivo rol de direitos e garantias fundamentais, pautados, sobretudo, na materialização da dignidade da pessoa humana como fundamento.

Além disso, na esteira das demais Constituições produzidas a partir do pós-guerra, com limitação do poder estatal e conseqüente garantia das liberdades individuais, a Carta Magna brasileira não apenas firmou as bases do Estado nos ideais da democracia e do Direito, como também se reveste como expressão última de sua salvaguarda. É dizer, a pretexto de sua concretização, a aplicação descriteriosa de suas disposições pode levar à mácula do próprio do Estado de Direito.

Com efeito, a Constituição de 1988 está inserida no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo e o reconhecimento de sua força normativa e de sua supremacia normativa submeteu todos os ramos do Direito a um movimento de conformação constitucional, usualmente denominado de “Constitucionalização do Direito”.

De acordo com Barroso (2005), todos os demais ramos do Direito possuem aspectos, de maior ou menor relevância, disciplinados na Constituição Federal, que passa a ser não apenas um sistema em si – com ordem, unidade e harmonia –, mas um modo de interpretá-los. Para ele, toda interpretação jurídica é direta ou indiretamente constitucional. Diretamente, quando a pretensão está fundada em norma da própria Constituição; indiretamente, nos casos de aplicação do Direito infraconstitucional, por implicar em sua análise de compatibilidade e de interpretação de seu sentido e alcance em relação ao texto e aos fins constitucionais.

Por certo, no âmbito criminal, a situação não é diferente. Diante disso, é possível salientar alguns desdobramentos da Constitucionalização do Direito Penal que possuem maior relevância para o presente estudo: a) o fundamento constitucional da proteção do Direito Penal aos bens jurídicos relevantes e a limitação da atuação do legislador infraconstitucional na criminalização de condutas; b) a importância dos princípios constitucionais na interpretação e na aplicação do Direito Penal; e c) a consagração constitucional de direitos e garantias fundamentais que apontam para a adoção de um modelo de sistema penal de base garantista.

A Constitucionalização do Direito Penal busca assegurar a liberdade do exercício de direitos a partir da limitação do campo de atuação do legislador infraconstitucional. Em verdade, a limitação do *jus puniendi* decorre da própria finalidade do Direito Penal, manifestada na proteção de determinados bens jurídicos que, por sua relevância, demandam tutela especial por parte do Estado.

Consoante entendimento de Prado (2019), a noção de bem jurídico assume viés axiológico, uma vez que representa os valores socialmente aceitos de forma dominante em determinada coletividade. Destarte, somente haverá imediata correspondência entre valor e bem jurídico quando a crença social na existência daquele seja tal que exija do Direito Penal a respectiva proteção jurídica.

Dessa maneira, a missão do Direito, ao proteger os valores em determinada sociedade, é – para além da garantia da legalidade formal – regular a convivência humana (COSTA, 2000).

Para Busato (2015, p. 43), determinados bens estão protegidos do poder punitivo estatal em razão de já existirem antes mesmo da norma. Diante disso, seriam carecedores de proteção antes de previsão normativa, de sorte que a sua normatização apenas concretiza um valor prévio já socialmente aceito.

Todavia, não são todos os bens jurídicos que são passíveis de tutela estatal. Da mesma forma, não é toda lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico que é relevante para o Direito Penal. Nesse sentido, Toledo (1994) define o bem jurídico, do ponto de vista da relevância penal, como aquele que está a exigir proteção do Direito Penal em razão de serem insuficientes as garantias oferecidas por outras áreas do Direito.

Acrescenta o autor ainda que:

Não se deve, entretanto – e esta é uma nova consequência do já referido caráter limitado do direito penal – supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesão possíveis. Mesmo em relação aos bens jurídico-penalmente protegidos, restringe o direito penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial. (...) Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão (TOLEDO, 1994, p. 17).

Com efeito, a proteção ao bem jurídico, por não ser absoluta, está restrita a determinadas formas de agressão e, embora manifeste valores em determinada sociedade, as concepções éticas, políticas, econômicas variam com o passar da história (PRADO, 2019). Isso aponta para uma necessária separação entre Direito e moral, nos moldes defendidos por Ferrajoli.

Neste diapasão, Claus Roxin (2006, p. 37-38) entende que a imoralidade ou a mera reprovabilidade de um comportamento não são suficientes para legitimar uma proibição e sua respectiva punição penal, especialmente nos casos em que a convivência pacífica não se encontra ameaçada. Para o autor, a punição da homossexualidade sob o escopo de tratar-se de comportamento imoral, por exemplo, carece de consequência social, não sendo passível de proibição de natureza penal.

É dizer: “o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais” (ROXIN, 2006, p. 35). No mesmo sentido leciona Costa (2000, p. 147), ao dispor que “o Direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvar concepções ideológicas ou morais”.

Ainda sobre isso, Busato assevera que:

A construção dogmática do injusto tendo como base o bem jurídico traz como consequência a despenalização das condutas fundamentadas na expressão de ideias morais, religiosas, políticas ou ideológicas. Seria inadmissível uma reforma penal que pretendesse impor ordens éticas que não sejam as inevitavelmente derivadas da proteção aos bens jurídicos que a sociedade plural reconheça. Assim, por exemplo, se exclui a mera imoralidade, como a “homossexualidade entre adultos” ou “a difusão de pornografia”. (BUSATO, 2015, p. 42-43)

Em entendimento similar, Lima (LIMA, 2012, p. 59) observa que, além de conter os comandos superiores de operacionalização do Direito Penal, a Constituição “também encerra, explícita e implicitamente, a possibilidade de criminalização e descriminalização de condutas, regulando assim direito fundamental dos indivíduos: a liberdade”. Ou seja, é a Constituição que traça os parâmetros infraconstitucionais pela possibilidade ou impossibilidade de criar infrações penais, bem como pelo impedimento ou pela impossibilidade das hipóteses de descriminalização (LIMA, 2012).

Ao tomar como paradigma as ideias apresentadas, é possível aferir que a proteção do bem jurídico determina ao legislador infraconstitucional a assunção de uma postura que é a um só tempo positiva (criminalizar) e negativa (não criminalizar).

Ao criminalizar determinada conduta, o legislador está a tutelar determinado bem jurídico constitucionalmente protegido, a exemplo da vida no crime de homicídio e da propriedade no crime de furto, com imposição de comportamento proibitivo aos indivíduos e passível de punição em razão de eventual violação. De modo semelhante, ao ser limitado em seu campo de atuação, com impedimento de criminalizar dado comportamento, também se verifica a proteção a determinado bem jurídico com relevância constitucional, a exemplo da liberdade sexual e da homossexualidade. Outrossim, determinados direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de expressão e de crença, se exercidos nos estritos limites constitucionais, não podem ser criminalizados, sob pena de inconstitucionalidade.

A partir desse contexto, é possível afirmar que todo o Direito Penal está fundamentado no texto constitucional, seja para criminalizar condutas ou para permiti-las. Ademais, traçar aspectos introdutórios da noção de bem jurídico foi fundamental porque a sua proteção está norteada por princípios penais fundamentais que se encontram quase sempre, implícita ou expressamente, no texto constitucional, com aplicação, por conseguinte, direta e imediata (PRADO, 2019).

Depreende-se, com isso, a existência de estrita relação entre a proteção de bens jurídicos e a Constituição, situação que vai de encontro à concepção tratada em capítulo anterior, no

sentido de que um sistema será tanto mais garantista quanto mais princípios forem contemplados em seu ordenamento jurídico.

No que diz respeito à Constituição de 1988, basicamente todo o arcabouço principiológico da teoria de Ferrajoli está, expressa ou implicitamente, contemplado, a exemplo dos seguintes: dignidade da pessoa humana, humanidade da pena, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, ofensividade ou lesividade, materialidade ou exterioridade da ação, insignificância, culpabilidade e legalidade.

Por envolver classificação doutrinária, não raras vezes ocorrendo divergências quanto a própria nomenclatura, não é intenção deste estudo abordar todos os princípios, sendo suficiente, para a compreensão da segurança jurídica no curso do Processo Penal, entender como a consagração da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena, da culpabilidade e da legalidade já evidencia a adoção de um sistema garantista pelo Constituinte brasileiro.

À vista disso, destaca-se: todos os princípios constitucionais estão norteados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este, observa Sarlet (2017, p. 30-31), constitui valor-guia não apenas dos demais direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica, razão por que, para muitos, é caracterizado como sendo o de maior hierarquia axiológico-valorativa, encontrando-se expressamente previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, Lima (2012) salienta que é o Estado de Direito que existe em razão da pessoa e não o contrário, vez que um dos objetivos da República brasileira é a promoção do bem de todos (art. 3º, inciso III do texto constitucional). É dizer:

(...) para atingir as metas de promover o bem dos seus cidadãos, os meios utilizados não poderão olvidar a dignidade destes. Por outras palavras, a República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, tem como tarefa a efetivação da dignidade de todos, e nessa dignidade, já dissemos, encontra seus limites de atuação (LIMA, 2012, p. 34).

No âmbito criminal, o mencionado autor leciona que o Direito Penal e o próprio sistema penal devem possuir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como ponto de partida, seja para estabelecer limites ao *jus puniendi* (possibilidade e necessidade de criminalização), seja para servir como fundamento da própria pena (LIMA, 2012). Essa importância é tal que qualquer lei que venha a violar a dignidade da pessoa humana deverá ser declarada inconstitucional (PRADO, 2019).

Em uma relação estreita com a dignidade da pessoa humana, está o princípio da humanidade da pena, que, nas lições de Prado (2019), impede a criação, a aplicação e a

execução de penas ou quaisquer outras medidas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, a exemplo do tratamento desumano ou degradante.

De maneira similar, Jesus, ao dispor sobre o princípio da humanidade, observa que:

O réu deve ser tratado como pessoa humana. A Constituição Federal brasileira reconhece esse princípio em vários dispositivos (arts. 1º III, XLVI e XLVII). Deve ser observado antes do processo (art. 5º LXIII e LXIV), durante este (art. 5º, III, 5º, , LXI, LXII, , LIII, LIV, LV, LVI e LVII) e na execução da pena (proibição de penas degradantes, cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e da sanção capital – art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L) (JESUS, 2020, p. 54)

Depreende-se com isso que, a despeito de o princípio da humanidade da pena não estar expresso na Constituição Federal, encontra-se materializado em vários dispositivos e garantias que se espraiam por todas as fases da persecução criminal, inclusive antes e depois do processo. É o produto imediato da longa trajetória enfrentada na busca pela humanização das penas na aplicação do Direito Penal, como observado em capítulo anterior.

Por essa razão, não se pode olvidar, como reitera Lima (2012, p. 119), que acusado e condenado são humanos, não sendo permitido ao Estado o estabelecimento de penas que visem sofrimento em demasia ou que, por seu conteúdo ou execução, lhe maltratem a dignidade.

Avançando no tema, importante destacar princípio constitucional que, além de configurar importante garantia ao acusado, é imprescindível na configuração de um sistema garantista, que é o da culpabilidade, por sua estreita relação com a presunção de inocência do acusado.

Conforme lecionado em capítulo anterior, depreende-se de culpabilidade o conhecimento de que somente pode ser punido o agente que, ao cometer o ilícito penal, agir com dolo ou culpa, de modo que, na concepção de Lima (2012), a posição de culpado, em sentido amplo, contrapõe-se à noção de inocente. No que concerne à sua previsão constitucional, objeto do presente capítulo, ressalta-se a existência de controvérsia doutrinária.

De acordo com Prado (2019), encontra guarida implícita na Constituição de 1988, vez que esta dispõe sobre a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II), a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput*), a individualização da pena (art. 5º, XLVI) e a vedação a tratamento desigual ao culpável e ao inculpável (art. 5º, *caput*).

A despeito desta concepção, Lima (2012) entende haver previsão expressa do princípio da culpabilidade na Carta Constitucional, quando esta dispõe, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). E acrescenta que, além de explicitamente contemplado,

(...) seus dois consectários também estão consignados na Constituição. O primeiro diz respeito à intranscendência, ou seja, ao fato de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, não podendo passar da pessoa do agente, achando-se inserto no art. 5º, XLV. O segundo trata da individualização da pena, significando a obrigatoriedade de que a sanção imposta considere, especificamente, aquela determinada pessoa condenada, encontrando positivamente no art. 5º, XLVI (LIMA, 2012, p. 113-114)

Com efeito, independentemente do entendimento adotado, tem-se por evidente que o princípio da culpabilidade está presente na Constituição de 1988, reclamando aplicação imediata e orientando não apenas a atuação do legislador infraconstitucional, mas também a do aplicador do Direito.

Por fim, destaca-se o princípio da legalidade. Junto com o princípio da dignidade da pessoa humana, constituem sustentáculo de toda a teoria garantista, estando expressamente previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição brasileira, que determina inexistir “crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Decerto, o texto constitucional contempla em um mesmo dispositivo dois desdobramentos do fundamento da legalidade, que representam os princípios da anterioridade da lei penal e da reserva legal. Tais princípios são, respectivamente, responsáveis por impedir a condenação por conduta anterior à criação do crime pelo legislador e por reservar a previsão dos crimes e das penas à lei em sentido formal.

Assim, está restrito à lei formal o papel de definir crimes e cominar penas, do que decorre a percepção de que a utilização de outras fontes – a exemplo de medidas provisórias, dos costumes ou da *analogia in malam partem* – padece de inconstitucionalidade (PRADO, 2019).

Além destes desdobramentos, também é consectário do princípio da legalidade a garantia da proibição da irretroatividade *in pejus* da lei penal (LIMA, 2012), que possui previsão expressa no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, *verbis*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). A exceção – nas hipóteses de benefício do réu – limita o *jus puniendi* estatal e confere maior segurança jurídica na aplicação da lei penal.

Tomando como parâmetro o fato de que “o princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, está, indissociavelmente, relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana” Lima (2012, p. 97), é imprescindível tratar de algumas garantias processuais e de execução constitucionalmente que consistem em verdadeiros reflexos de sua contemplação na Constituição Federal.

Para melhor elucidar, pertinentes as lições de Prado (2019) ao apontar as seguintes garantias desdobramentos do princípio da legalidade e que possuem previsão expressa no texto

constitucional, especificamente em seu art. 5º, incisos LIII, LVII, XLVIII e XLIX (BRASIL, 1988), a saber: a) “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (garantia de julgamento por um juiz competente e imparcial); b) “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (garantia da presunção da inocência); c) “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (garantia do cumprimento individual da pena, segundo critérios que buscam humanizá-la); e d) “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (garantia de integridade física e moral como expressão da dignidade da pessoa humana).

Para além destes, é possível identificar outros dispositivos constitucionais que disciplinam mais alguns direitos e garantias que buscam conferir maior segurança jurídica na aplicação do Direito Penal, com destaque especial para aquelas contidas no art. 5º, incisos LIV, LV, LVI e LXIII da Carta Magna (BRASIL, 1988), a saber: o respeito ao devido processo legal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) ; o contraditório e a ampla defesa (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”); a inadmissibilidade de provas ilícitas (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) e a garantia do silêncio não incriminador e de comunicação com advogado (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”).

Com efeito, a importância assumida pelo princípio da legalidade na consolidação de um sistema garantista é tal que os demais princípios constitucionais com ele guardam estrita relação direta ou indireta, como também uma série de garantias são derivadas de sua lógica.

A respeito disso, Lima observa que:

(...) o princípio da legalidade penal só pode ser compreendido, em toda sua dimensão, quando em cotejo com os princípios da dignidade humana, da humanidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade. A realização de cada um deles, por meio das pautas legais produzidas pelo legislador e interpretadas pelo juiz, é fundamental “para que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito” (LIMA, p. 98)

Por conseguinte, afirma-se que a Constituição Federal de 1988 consolidou sistema garantista ao contemplar, explícita e implicitamente, extensivo rol de princípios que objetivam conferir segurança jurídica aos acusados. Por evidente, a aplicação e a interpretação deste ramo do Direito estão orientadas, sobretudo, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da

humanidade da pena, da culpabilidade e da legalidade, dos quais decorrem todos os demais princípios, bem como as garantias penais e processuais.

Não obstante, a existência de um arcabouço principiológico garantista, embora imprescindível, não é suficiente para atestar uma aplicação humanizada do Direito Penal. Além disso, existem questões que repercutem nesse processo, a exemplo do próprio exercício de interpretação do texto constitucional. Com efeito, a descriteriosa busca pela concretização constitucional pode acarretar danos irreparáveis a direitos e garantias penais, de modo que cumpre traçar maiores apontamentos sobre o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário nesse contexto e a postura do juiz diante de questões que são postas a sua apreciação.

## **2.4 A expansão da jurisdição constitucional brasileira**

A ideia de uma jurisdição afeta a um controle de constitucionalidade é algo que remete à própria compreensão do papel da Constituição frente o arcabouço normativo de uma nação. Como tratado em tópico anterior, conquanto as Constituições tenham ostentado papel de coadjuvante durante o Constitucionalismo Moderno europeu, nos Estados Unidos já era possível identificar o ideal de supremacia do texto constitucional.

A Europa aproximou-se do ideal norte americano a partir do segundo pós-guerra, com o Constitucionalismo Contemporâneo, momento em que a Constituição deixa de ser apenas instrumento político e passa a ter normatividade e imperatividade (BARROSO, 2005). De acordo com Fernandes (2016), o reconhecimento de seu caráter normativo trouxe como consequências a aplicabilidade direta e imediata de suas disposições, bem como alterou a própria aplicação das normas infraconstitucionais, na medida em que a Constituição passa a ser instrumento de validade e de conformação de todo ordenamento jurídico.

No Brasil, a mudança de paradigma decorrente do reconhecimento da força normativa constitucional ocorre com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que acarretou a expansão da jurisdição constitucional e introduziu contexto em que o intérprete/aplicador passa a se deparar com uma série de direitos fundamentais reclamantes de concretização. Por jurisdição constitucional, depreende-se o exercício da “interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos” (BARROSO, 2005, p. 38).

Com as mudanças introduzidas, observou-se aumento na busca pela efetivação dos direitos fundamentais e a respectiva ascensão do Poder Judiciário no exercício da jurisdição

constitucional, materializada na expansão dos mecanismos de controle judicial de constitucionalidade

Antes desse momento, a atuação do Poder Judiciário era limitada, tendo sofrido ainda maior restrição em dois momentos: durante o Estado Novo, em que os crimes políticos eram julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional; e durante o regime militar, com a vigência dos Atos Institucionais, que, apesar de não determinarem formas de atuação aos magistrados, limitavam-nos indiretamente sob o temor de eventual cassação por algum Ato Institucional (FREITAS, 2012).

Com efeito, o protagonismo judicial – inédito na história do constitucionalismo brasileiro – foi impulsionado pela incorporação normativa de características dos dois grandes sistemas ou modelos de controle de constitucionalidade no mundo: o difuso, de influência norte-americana; e o concentrado, de matriz austríaca.

O modelo difuso, denominado *judicial review* nos Estados Unidos, é exercido de forma incidental por qualquer juiz ou Tribunal na apreciação do caso concreto. Embora parem vozes dissonantes no que diz respeito à sua origem histórica, Streck (2019) aponta que a decisão do *Chief Justice* John Marshall no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, é entendida como paradigmática. Na decisão, Marshall declara a supremacia da Constituição americana – mesmo em face de ausente previsão expressa – e deixa de aplicar ato legislativo afrontoso, introduzindo um modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário nunca antes observado no mundo.

Por sua vez, o modelo concentrado é exercido de forma abstrata (em via de ação direta) por um Tribunal Constitucional na apreciação da constitucionalidade da lei em tese. De acordo com Vieira (1999), a criação desse modelo é atribuída a Hans Kelsen, cuja ideia foi consagrada na Constituição austríaca de 1920. A peculiaridade deste sistema reside na atribuição da competência para julgar a constitucionalidade a um único órgão, que pode ser de jurisdição ordinária ou Corte Constitucional criada para esse fim.

De acordo com Bonavides (2004), a Constituição de 1988 inclinou o Brasil para o sistema misto ou híbrido de constitucionalidade, tendo condensado as duas formas de controle. Nesse sentido, tomando como parâmetro suas disposições, é possível a aferição da constitucionalidade da lei ou ato normativo por qualquer juiz ou tribunal com base em um caso concreto (modelo difuso ou incidental), bem como sua respectiva análise em tese (modelo concentrado ou abstrato), em via de ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Por essa razão, é possível afirmar “que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional” (STRECK, 2019, p. 158), inclusive aqueles realizados pelo juiz singular quando deixa de aplicar norma infraconstitucional por entender que não está de acordo com a Constituição.

Em verdade, o modelo de controle de constitucionalidade passou por conformações históricas no Brasil. Em conformidade com lições de Streck (2019), no âmbito da Constituição Imperial de 1824, não havia mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade, porquanto o poder se encontrava nas mãos do Imperador, que o exercia despoticamente por meio do Poder Moderador. Todavia, com a queda do Império e a promulgação da Constituição de 1891, o controle de constitucionalidade, inspirado no *judicial review* norte-americano ganhou forma no Brasil, com a “designação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle” (STRECK, 2019, p. 130).

No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal compreendia, à época, que a sua atuação no controle de constitucionalidade era limitada:

(...) o Supremo Tribunal Federal entendeu, no seu nascedouro, que a Constituição de 1891 não lhe outorgara um *judicial control* pleno, e, sim, apenas um *judicial control* restrito à apreciação de inconstitucionalidades de leis estaduais (...) Com efeito, em face da inexistência de uma clara explicitação na Constituição, o Supremo Tribunal entendeu que a ele não competia uniformizar a interpretação do direito substantivo, quando do exame dos recursos que lhe chegassem dos tribunais (STRECK, 2019, p. 131-132).

Este modelo de controle inspirado no *judicial review* predominou até a Emenda Constitucional nº 16, em 1965, que introduziu o controle concentrado de constitucionalidade (STRECK, 2019). De acordo com Zavascki (2000), a emenda conferiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar a representação oferecida pelo Procurador-Geral da República contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. A representação de inconstitucionalidade esteve presente também nas Constituições de 1967, de 1969 e na de 1988, quando, então, teve seu nome alterado para ação direta de inconstitucionalidade (ZAVASCKI, 2000).

Nesse diapasão, Barroso (2005, p. 7) assim sintetiza a trajetória do controle de constitucionalidade brasileiro:

[...] o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A

causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse cenário, ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação de inconstitucionalidade), observou-se o acréscimo da ação de inconstitucionalidade por omissão pelo constituinte originário de 1988, além da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, criadas pela Emenda Constitucional nº 3, de 1992 (BONAVIDES, 2004).

Para além disso, a atual Constituição também promoveu a democratização do acesso ao controle concentrado, com ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (SARMENTO, 2009).

Por certo, no Brasil, o controle de constitucionalidade remonta as origens do republicanismo, com influência do *judicial review* norte-americano, ainda que de maneira incipiente. Com o passar dos anos, a alteração do paradigma constitucional fez surgirem novos mecanismos de controle concentrado, que consolidaram a ascensão do Judiciário enquanto protagonista na análise de conformidade entre lei e Constituição. Aliado a isso, o ideal de justiça popular, fruto da libertação das amarras de um regime antidemocrático, aumentou a busca pela concretização dos direitos e garantias fundamentais, transformando-se o Poder Judiciário em terreno propício para esse fim.

Embora tenha adotado sistema misto de controle, o sistema concentrado tende a se tornar preponderante no Brasil, situação que pode provocar crise de legitimidade em decorrência de este modelo acarretar riscos de politização da jurisdição constitucional (BONAVIDES, 2004).

Aqui, impende asseverar a relevância do papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade e por dizer o direito em última instância, fazendo as vezes de um Tribunal Constitucional – embora com ele não se confunda – e, representando, além disso, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Para Bonavides (2004), se exercido nos limites da Constituição, o controle de constitucionalidade é admissível e legítimo. E acrescenta:

O conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como sóe acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos (BONAVIDES, 2004, p. 128).

No entender de Agra (2017, p. 106), “a jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática”. No desenvolvimento de sua competência, é o Supremo Tribunal Federal que, enquanto guardião, serve como norte de concretização do texto constitucional, exercendo suas atribuições de maneira imparcial.

Sobre isso, Mendes (2010) destaca que a importância do papel do Supremo Tribunal Federal se confunde com a própria consolidação do sistema democrático brasileiro. Para ele:

Esse caráter pluralista e aberto das Cortes Constitucionais, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito, implica também o reconhecimento, pela sociedade, do papel da Corte e de sua força institucional. Ao decidir casos relevantes, com responsabilidade e transparência, o Supremo Tribunal Federal passa a se consolidar como instituição vital à democracia. (MENDES, 2010, p. 9)

Com efeito, na medida em que estabelece a separação entre os poderes, o Estado Democrático de Direito também pressupõe a existência de um mecanismo de limitação do Poder pelo Poder, como forma de preservação dos ideais democráticos. Não obstante a importância do Suprema Corte brasileira como sustentáculo da democracia, é bem verdade que a sua atuação tem sido, por vezes, alvo de diversas críticas no que diz respeito à interferência na esfera de atuação dos demais Poderes.

No âmbito criminal, Ferraz (2017) destaca algumas decisões proferidas pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro no exercício da jurisdição constitucional, a partir de 1988: criação dos parâmetros relativos à aplicação do princípio da insignificância; aplicação da proporcionalidade como proibição de excesso; proibição da proteção deficiente no Direito Penal; a atipicidade do aborto em fetos anencefálicos; constitucionalidade da reincidência; inconstitucionalidade do regime integralmente fechado (art. 2º, §1º, Lei 8.072/90); inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44, Lei de Drogas).

Ganha relevo, dessa forma, o debate acerca da legitimidade das decisões judiciais no exercício da jurisdição constitucional, sendo tênue a linha que separa uma decisão judicialmente conforme à Constituição e uma decisão ativista. Por conta disso, é importante destacar a diferença entre judicialização, judicialização da política e ativismo judicial, a fim de que seja possível identificar de que forma os juízes têm se comportado na resolução de controvérsias

constitucionais, mormente em face da relevância assumida na concretização de direitos fundamentais e da necessária segurança jurídica na esfera penal.

## **2.5 Judicialização da Política como desdobramento natural da expansão da jurisdição constitucional**

Uma das características do Constitucionalismo Contemporâneo foi o reconhecimento da força normativa da Constituição. No ambiente de redemocratização brasileira, houve a expansão da jurisdição constitucional, com a criação de novos mecanismos de controle concentrado e assunção de inédito protagonismo pelo Poder Judiciário.

Inserida no contexto de Constituições dirigentes produzidas a partir do segundo pós-guerra, a Constituição de 1988 elencou extensivo rol de direitos que reclamaram concretização. Como se depreende das lições de Streck (2019), em Constituições dirigentes e compromissórias, como a brasileira, é dever do Estado proteger os direitos fundamentais contra o excesso e contra a proteção insuficiente.

Com efeito, a libertação de um regime antidemocrático fez aumentar na sociedade o desejo de efetivação dos direitos, de um modo que apenas a previsão em texto constitucional se mostrava insuficiente. Nesse cenário, o Poder Judiciário constituiu-se como instrumento de materialização dos anseios populares, impulsionados, sobretudo, pela previsão constitucional expressa de acesso à justiça como garantia.

Sobre isso, Ruiz e Sengik (2013, p. 219) salientam que:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao proclamar em seu art. 5º., inc. XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tornou o direito e garantia de acesso à justiça um direito fundamental, de maneira que se pressupõe que todos, indistintamente, possuem o direito de postular perante os órgãos do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional adequada e efetiva (...)

Em verdade, a garantia do acesso à justiça e a busca desenfreada pela concretização dos direitos fundamentais intensificaram a busca pelo Poder Judiciário e o conseqüente aumento da judicialização. Esta, vale dizer, é decorrência natural da estrutura da organização dos Estados com a divisão de tarefas entre os Poderes. Não é, neste sentido, fenômeno inédito e introduzido pela Constituição de 1988. No entanto, foi com o reconhecimento da força normativa da Constituição e com a expansão da jurisdição constitucional, no ambiente da redemocratização, que a judicialização assumiu maiores proporções.

Nas palavras de Barroso, “a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira” (BARROSO, 2012, p. 24).

Para Tassinari (2012, p. 39), a Constituição de 1988 “potencializou o papel do Judiciário, ao reforçar o compromisso do Direito com o cumprimento do que estava previsto no texto constitucional”. Não obstante, no entender da autora, o aumento da judicialização restou confundida com uma atuação ilimitada do Judiciário na concretização dos direitos constitucionais e, como decorrência disso, foi possível observar o aparecimento de dois fenômenos vinculados à prestação da atividade jurisdicional, a saber: a judicialização da política e o ativismo judicial (TASSINARI, 2012).

Apesar de serem encarados, por vezes, como indistintos, os dois fenômenos são diferentes, com características que os tornam peculiares. Cumpre, então, defini-los a fim de que se possa compreender, ao contrário do que muito se propaga, que a judicialização da política não se apresenta, necessariamente, como um problema da prestação jurisdicional, ao passo em que o ativismo judicial sempre assim se afigura.

Barroso (2012) define a judicialização como uma alteração da esfera decisória de determinadas questões de relevância política ou social. Antes decididas no âmbito dos Poderes Legislativos e Executivo, instâncias políticas por excelência, estas questões passaram a ser levadas à apreciação do Judiciário, transferindo-se a esfera decisória para juízes e tribunais (BARROSO, 2012).

Importa ressaltar que, em que pese Barroso tenha mencionado apenas a palavra “judicialização”, na medida em que busca defini-la sob o aspecto de questões que eram decididas pelas instâncias políticas ordinárias, é possível inferir que ele se refere, em verdade, à conceituação que este estudo propõe ao fenômeno da judicialização da política.

Para Streck (2016), a judicialização da política sempre estará presente, em algum nível, em regimes democráticos com Constituições normativas, sendo possível identificá-la em diversos países do mundo, a exemplo da Alemanha e dos Estados Unidos. De acordo com o autor, o Judiciário pode ser instado a se manifestar em caso de violação aos direitos fundamentais por parte de outros Poderes, de sorte que a judicialização da política decore, então, “de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições” (STRECK, 2016, p. 724).

E acrescenta:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a

adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições (STRECK, 2016, p. 724).

Nesse diapasão, Tassinari (2012) melhor explica o aspecto contingencial da judicialização da política. Decerto, além de circunstancial em razão de ser produto do fortalecimento da jurisdição a partir do segundo pós-guerra, é contingencial, porquanto o Judiciário é instado a se manifestar sobre demandas em detrimento da inércia dos demais Poderes, decorrendo, neste ponto, da conjuntura sócio-política instaurada.

Pelo que foi exposto até então, depreende-se que, nos moldes defendidos pelo Streck e corroborado no presente estudo, a judicialização da política é um fenômeno natural que diz respeito à matéria que é levada a apreciação do Judiciário e não à forma como a questão é decidida. Como evidente, não há óbice à apreciação judicial de eventual violação a direitos fundamentais por parte dos demais Poderes.

Com efeito, o próprio Streck ressalta que, diante de judicialização da política, é plenamente possível que o Judiciário ofereça resposta que seja adequada à Constituição e, nesse sentido, “concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática” (STRECK, 2016, p. 724).

De acordo com Sarmiento (2009), o modelo de jurisdição constitucional adotado a partir da Constituição de 1988 favoreceu a judicialização da política, pois conferiu a uma série de entidades – tais como os partidos políticos com representação no Congresso Nacional – o poder de levar à apreciação do Supremo Tribunal Federal questões controvertidas no âmbito parlamentar. Desse modo, na visão do autor, é praticamente certo que aqueles que são derrotados no processo político no Congresso irão recorrer à Suprema Corte para que esta dê fim ao imbróglio, com base em sua interpretação constitucional.

Pelo exposto, é possível sintetizar os principais fatores da judicialização da política no entendimento defendido por Tassinari:

É possível, portanto, identificar o fenômeno da judicialização da política como decorrente de alguns fatores: a) do dirigismo constitucional; b) do surgimento dos Tribunais Constitucionais na Europa; c) do aumento da litigiosidade; d) do crescimento do acesso à justiça; e) da crise da democracia. Nesse sentido, consegue-se identificar que a excessiva judicialização que assola as democracias modernas pode ser observada por um duplo viés: social e político. Ou seja, ela emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação desses mesmos direitos fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente

Em sentido similar, Barroso compreende que esse fenômeno representa uma tendência mundial que, no Brasil, podem ser apontadas como causas principais: a redemocratização do país, com a recuperação das garantias dos membros do Judiciário; a constitucionalização abrangente, com questões de diversas ordens que passaram a ser tratadas a nível constitucional; e o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, com a expansão dos mecanismos de controle concentrado, que possibilita a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de qualquer questão de ordem política ou de relevância moral (BARROSO, 2012).

Em suma, impende reiterar que a judicialização da política é um fenômeno natural decorrente da expansão da jurisdição constitucional, e que não diz respeito à forma como o Judiciário decide, mas, sim, à matéria que é levada a sua apreciação. É plenamente possível, nesse sentido, que, em sede de judicialização da política, a resolução judicial da controvérsia seja tal que concretize direitos fundamentais nos estritos limites constitucionais. Situação diferente ocorre com o ativismo judicial, que será analisado a seguir.

## **2.6 Ativismo Judicial como desdobramento negativo da expansão da jurisdição constitucional: riscos à imparcialidade e à segurança jurídica**

Apesar de amplamente discutido nos mais variados meios sociais, definir o que seja ativismo judicial é tarefa dificultosa, mormente em face dos inúmeros autores que adotam perspectivas distintas a seu respeito, sobretudo em face de alguns o compreenderem como fenômeno natural e benéfico, e outros, por sua vez, como um risco à própria democracia.

No Brasil, Continentino (2012) destaca que o ativismo judicial tem assumido, em geral, conotação negativa, sendo mencionado como expressão sinônima de uma atuação enviesada do Judiciário, quando extrapola os limites de suas atribuições. De acordo com ele, no caso do Supremo Tribunal Federal, as frequentes acusações de ativismo refletem mais, na realidade, um viés ideológico acrítico e sem fundamento dos acusadores do que a própria natureza das decisões proferidas pela Corte. Por conseguinte, o autor assevera que “o conceito de ativismo judicial, de maneira geral, tem sido vítima de um uso retórico e simplista, não se revelando minimamente eficaz para uma crítica sólida e consistente da jurisprudência brasileira” (CONTINENTINO, 2012, p. 145).

Nesse diapasão, em estudo voltado à análise da postura de alguns juízes da Suprema Corte norte-americana, Cross e Lindquist (2007) reforçam a ideia de que é dificultosa a conceituação do ativismo judicial de forma exata, por carregar, naturalmente, uma conotação

negativa. Em conformidade com os autores, muitas acusações de ativismo apenas refletem discordâncias ideológicas com as decisões tomadas pelos tribunais e, por essa razão, a expressão tem sido, por vezes, utilizada como ferramenta de argumento ideológico para perseguir opositores políticos.

Ponto interessante do referido estudo norte-americano reside no fato de desvincular a compreensão errônea e quase automática de que uma decisão ativista é, necessariamente, progressista ou liberal. Ao contrário, Cross e Lindquist (2007) demonstram que as duas Cortes com mais acusações de ativismo judicial na história norte-americana foram a Suprema Corte do *Chief Justice* Warren e a Suprema Corte do *Chief Justice* Rehnquist. Enquanto a primeira delas ficou famosa por suas decisões liberais, a segunda, a outro turno, é conhecida por ser extremamente conservadora, o que evidencia a possibilidade de que as decisões ativistas também sejam conservadoras.

Para Easterbook (2002), a crítica ao ativismo tem relação com a reação ao grupo que está em ascensão na Corte: quando os liberais são ascendentes, os conservadores tendem a elogiar decisões moderadas e a denunciar o ativismo; a outro turno, quando são os conservadores, os liberais clamam moderação e criticam as decisões ativistas. A palavra ativismo é, assim, utilizada no vazio sentido de um comportamento judicial com o qual não se concorda, ou seja, é uma decisão errada segundo o ponto de vista daquele que a analisa (EASTERBROOK, 2002), nos mesmos moldes identificados nos estudos de Cross e Lindquist.

Como leciona Barroso (2012), o ativismo judicial possui raízes norte-americanas e, em um primeiro momento, foi desenvolvido sob uma perspectiva conservadora, como é possível identificar na decisão que afirmou a segregação social (caso *Dred Scott v. Sanford*, 1857), quando restou decidido ser “inconstitucional lei que garantia a liberdade de negros que passassem por Estados não-escravagistas” (BRANCO, 2009, p. 52); e na decisão que invalidou as leis sociais da Era *Lochner*, “em que a Suprema Corte, invocando o princípio do devido processo legal substantivo, invalidou sistematicamente atos normativos de regulação econômica” (BRANCO, 2009, p. 52). Essa situação apenas começa a se inverter a partir da década de 50, quando passaram a ser produzidas decisões progressistas afirmativas dos direitos fundamentais, em casos envolvendo negros, mulheres e acusados em processos criminais, por exemplo (BARROSO, 2012).

Para Keenan Kmiec (2004), esta forma de atuação judicial existe antes mesmo da utilização do termo ativismo judicial, vez que esta expressão foi introduzida por Arthur Schlesinger Jr. apenas em 1947, em artigo publicado na Revista *Fortune*, em que o autor traçou o perfil de todos os nove juízes da Suprema Corte americana da época.

Na análise, partindo de dissenso que pairava entre interpretar a legislação e encontrar a função adequada do Judiciário na democracia, Schlesinger dividiu os juízes da Corte em três grupos: *Justices* Black, Douglas, Murphy e Rutlege foram classificados como ativistas; *Justices* Frankfurter, Jackson e Burton foram identificados como possuidores de um perfil mais contido; e *Justice* Reed e *Chief Justice* Vinson ficaram em um meio termo entre o ativismo e a autocontenção judicial (KMIEC, 2004), que é a “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes” (BARROSO, 2012, p. 26).

Como destaca Kmiec (2004), Schlesinger observou que o grupo ativista acreditava que o Tribunal poderia desempenhar papel afirmativo na promoção do bem-estar social, valendo-se como instrumento para promoção dos resultados que desejavam a partir de seus próprios conceitos. Diversamente, com uma postura de aplicação estrita da lei, o grupo oposto defendia a autocontenção judicial, que significaria preservar o papel do Judiciário, mesmo que as conclusões levassem a decisões que os próprios juízes condenavam ideologicamente.

Não obstante, à medida que a utilização da expressão foi se tornando cada vez mais corriqueira, passou a incorporar diferentes significados e aplicações, de maneira que é imprescindível que aquele que a utilize explicito o significado que deseja atribuir (KMIEC, 2004).

Nesse sentido, após demonstrar sequência de compreensões que perpassaram ao longo da história, Kmiec (2004) elenca cinco significados centrais do que compreende ser a concepção moderna de ativismo judicial, a saber: a invalidação de ações indiscutivelmente constitucionais de outros Poderes; o desrespeito aos precedentes; a legislação realizada no âmbito do Judiciário; os desvios dos métodos de interpretação aceitos; e o julgamento orientado para a produção de resultados.

No entender de Viaro (2017), o ativismo judicial pode ser analisado sob a perspectiva de duas posturas antagônicas, que o encaram como algo positivo ou negativo. Na perspectiva positiva, o ativismo é algo necessário e tido como uma postura proativa – um modo de decidir – tendente à concretização do texto constitucional, com maior liberdade para o juiz; a outro turno, na perspectiva negativa, o ativismo é postura marcada extrapolação dos limites da atuação judicial, descambando para uma atuação enviesada (VIARO, 2017).

No Brasil, Séllos e Knoerr (2017) destacam que os entusiastas do ativismo judicial entendem que o fenômeno está ligado à mudança de paradigma ocorrida na redemocratização, em que o antigo regime de letras mortas, incapaz de efetivar o mínimo dos direitos pregados pelos Poderes Executivo e Legislativo, cedeu espaço a uma realidade em que a concretização prometida somente seria possível por meio da atuação do Judiciário. A partir de então, “a

máquina judiciária brasileira busca a implementação do ativismo judicial com o fito de romper a passividade formal” (SÉLLOS; KNOERR, 2017, p. 579).

Nesse cenário, Barroso adota compreensão peculiar do que seja o fenômeno, não o encarando como algo necessariamente danoso à democracia, mas também como decorrência natural do processo de redemocratização e da expansão da jurisdição constitucional. De acordo com ele, o ativismo judicial é uma forma de interpretar e aplicar a Constituição proativamente, decidindo questões nas situações em que os demais Poderes não conseguiram atender efetivamente as demandas sociais (BARROSO, 2012). E mais: admite que o comportamento ativista envolve uma participação mais intensa do Judiciário no espaço de atuação dos demais Poderes, justificável, todavia, sob o manto da concretização da Constituição (BARROSO, 2012).

Nesse sentido, a postura ativista envolveria, no seu entender, as seguintes condutas:

(..) a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 26).

Após análise das condutas apontadas por Barroso, é possível corroborar que, em sua visão, o ativismo é um fenômeno natural e benéfico. Todavia, vale frisar, o autor apenas destaca as atribuições de juízes e tribunais no exercício da jurisdição constitucional, deixando de analisar a questão do ponto de vista do conteúdo decisório, isto é, da resposta que é oferecida pelo Judiciário às demandas postas a sua apreciação.

Com efeito, na esteira de compreensão de Tassinari (2013), não é novidade que o juiz deve buscar o cumprimento das finalidades constitucionais, com a aplicação imediata da Constituição e a realização do controle de constitucionalidade. Todavia, a autora assevera que a legitimidade desta atuação apenas ocorre quando são oferecidas respostas constitucionalmente adequadas, de sorte que decisões carregadas de vieses pessoais representam, de modo contrário, um desvirtuamento do texto constitucional e não sua concretização (TASSINARI, 2013).

Também em sentido oposto ao que é defendido por Barroso, Streck (2016, p. 724) entende que “o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada,

construída à margem da linguagem pública”. Assim, para o autor, está relacionado “à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização” (STRECK, 2016, p. 724).

De acordo com Abboud e Lunelli (2015, p. 5), o ativismo judicial é “uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa do Judiciário”. Para eles, é possível identificar posturas ativistas em qualquer juiz ou tribunal, desde que, em lugar de aplicar texto democraticamente elaborado pelo Poder competente, as decisões sejam proferidas com base em aspectos ideológicos ou valorativos do julgador. Assim, “posturas ativistas pressupõem decisões judiciais baseadas nas considerações pessoais ou políticas próprias do julgador” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 5).

Outrossim, Tassinari (2012, p.41) define o ativismo judicial como sendo “um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento”.

Partindo da mesma premissa, Viaro observa que existe um fator essencial do ativismo judicial que está ligado ao aspecto comportamental do juiz:

(...) a predisposição ou vontade dos juízes e tribunais para a adoção de determinados comportamentos no exercício da atividade jurisdicional, que leva o juiz ou o tribunal a atuar fora (para além ou aquém) dos limites balizados no ordenamento. Em outras palavras, seguindo a linha comum dos estudos sobre o tema, o ativismo apresenta um inegável caráter comportamental, de modo que, muito embora diversos outros fatores possam incentivar o fenômeno, este não ocorrerá enquanto os agentes do Judiciário, por sua disposição, mantiverem sua atuação dentro dos limites previstos no ordenamento, seja no momento da definição de sua própria capacidade de atuação, seja quando da própria concretização do direito material ou processual (VIARO, 2017, p. 244).

Com efeito, é tênue a linha que diferencia uma decisão constitucionalmente adequada de uma decisão ativista, na medida em que esta última se manifesta quando o juiz assume comportamento que exorbita de seus limites constitucionais, muitas vezes em função da promoção de uma justiça pessoal, mais comprometida com valores pessoais do que com a concretização do texto normativo válido.

Como trabalhado anteriormente, no âmbito das Constituições dirigentes, como a Carta Magna de 1988, sobretudo em função de suas disposições abertas e de seu caráter principiológico, a interpretação constitucional conferiu maior discricionariedade à atividade jurisdicional, de maneira que a ampliação da margem interpretativa pode acarretar, para o julgador, a quebra da imparcialidade em detrimento da possibilidade de imposição de suas concepções valorativas.

Na compreensão de Ramos,

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2015, p. 131)

Pelo que foi exposto até então, impende destacar que a concepção de ativismo judicial adotada neste trabalho se filia à percepção dos autores que o encaram como algo negativo para a democracia. Pode, então, ser sintetizado como uma atuação de qualquer juiz ou tribunal – e não apenas do Supremo Tribunal Federal – que, baseada em valores puramente pessoais, decide com extrapolação de seus limites constitucionais, indo além do que o texto normativo ou constitucional reproduz, geralmente adentrando na esfera de atuação dos demais Poderes. Representa, neste sentido, uma forma de imposição de uma visão pessoal de justiça à sociedade.

Não obstante, cabe reforçar aspecto já tratado anteriormente: enquanto o ativismo judicial é sempre ruim para a democracia, da judicialização da política, podem decorrer duas consequências antagônicas: uma decisão que concretiza a Constituição, proferida no estrito limite das atribuições conferidas ao Poder Judiciário; ou uma decisão ativista, resultado de uma desvinculação do texto constitucional, determinada por juízos e valores pessoais do julgador. É dizer: o problema não está na judicialização da política, mas na resposta que é oferecida pelo Judiciário a essas questões.

Nestes casos, além de o Judiciário não possuir legitimidade democrática para assumir funções que são, tradicionalmente, atribuídas a outros Poderes, acaba por esvaziá-los também de legitimidade, na medida em que compromete a própria representatividade popular – um dos pilares do regime democrático – manifestada no voto dirigido à escolha dos membros do Congresso Nacional e do Executivo (SELLÓS; KNOERR, 2017).

Para Silva e Melo (2018), a forma como o Judiciário exercerá sua competência em sede de judicialização da política é que vai definir a existência e o grau de ativismo. Todavia, o poder criativo de normas, proporcional ao nível de discricionariedade conferida à atividade jurisdicional, muitas vezes se esconde na justificativa da interpretação constitucional (SILVA; MELO, 2018).

De acordo com Richard Posner (1983), ao juiz não se cabe permitir ser influenciado por fatores alheios ao processo, como no caso de decisões proferidas em benefício da parte mais simpática ou atraente, que possui melhores advogados e mais amigos na mídia, ou que pertença às mesmas classe, raça ou sexo. Em seu entender, uma decisão influenciada por esses fatores

não é imparcial, pelo que defende uma postura de autocontenção judicial (POSNER, 1983), já identificada anteriormente como aquela que busca reduzir a interferência do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes.

Posner (1983) observa que a autocontenção judicial é identificada quando o juiz, mais cauteloso, não permite que suas visões políticas pessoais influenciem em suas decisões e, ciente das restrições políticas práticas no âmbito do Judiciário, busca reduzir a sua interferência em relação aos outros Poderes.

Conforme entendimento de Barroso (2012), a autocontenção judicial foi a linha de atuação do Judiciário brasileiro até a promulgação da Carga Magna de 1988. No entanto, o autor entende que uma postura de autocontenção restringe o campo de incidência constitucional em favor das instâncias tipicamente políticas, porquanto os juízes evitam a aplicação direta da Constituição a casos sem previsão expressa, aguardando pronunciamento do Legislativo (BARROSO, 2012). Além disso, valem-se de critérios mais rigorosos para declaração de inconstitucionalidade e procuram não interferir em decisões sobre políticas públicas (BARROSO, 2012).

Com efeito, para além das motivações internas de ordem pessoal do próprio juiz, fatores externos também podem exercer influência em sua atividade decisória. Especialmente no âmbito do Direito Penal, que trata de questões delicadas e que envolvem a liberdade dos acusados, aspectos como a repercussão da mídia e as pressões sociais podem reforçar um comportamento punitivista, o que ressalta a gravidade da situação em um contexto de Constituição dirigente, principiológica e garantista. Diante disso, o tópico seguinte abordará a relação entre o Processo Penal, a mídia e as expectativas sociais, a fim de identificar se a conjugação dos fatores reforça um exercício de jurisdição que assegure, indistintamente, direitos e garantias aos acusados.

### **3. PRENÚNCIO DE UMA TRAGÉDIA ANUNCIADA: A MÍDIA E A OPINIÃO PÚBLICA NO PROCESSO PENAL**

O presente capítulo analisará, de forma direta, a relação entre mídia, Opinião Pública e Processo Penal, a fim de compreender se a configuração dessa conjuntura, diante dos crimes que repercutem nos meios de comunicação de massa, aproxima o acusado de um processo garantista ou se, a outro turno, suprime seus direitos e garantias.

Por certo, quando o Processo Penal é encarado como instrumentos de expectativas, será do juiz a opção entre assegurar uma aplicação do Direito garantista ou adotar postura que não confere segurança jurídica ao acusado, reduzindo-o à condição de inimigo e aproximando-o de tratamento similar ao que era conferido nos períodos mais remotos da trajetória do Direito Penal.

### **3.1 A influência da mídia na formação da Opinião Pública**

No contexto da sociedade contemporânea, o avanço tecnológico dos meios de comunicação de massa permite – além de maior interação social com o encurtamento de distâncias – que a disseminação das informações seja realizada de maneira quase que instantânea. Desse modo, é possível acompanhar, a título elucidativo, determinado fato que acontece neste exato momento, na Europa oriental, por meio de imagens em tempo real.

Com efeito, o desenvolvimento contínuo de novas tecnologias permite que a mídia, antes limitada – por aspectos socioeconômicos – a determinados grupos sociais, diversifique os mecanismos (ou instrumentos) de transmissão das informações e atinja cada vez mais expectadores, interferindo diretamente na formação da Opinião Pública. Nesse sentido, o desenvolvimento do seguinte tópico se baseia na compreensão de três questões específicas: O que é mídia? O que é Opinião Pública? E como elas se relacionam? A partir de então, será possível analisar, em tópico seguinte, como esta interação se desenvolve sob o aspecto da transmissão de informações criminais, configurando, portanto, uma questão que repercute na aplicação do Direito nesta área.

Antes de tudo, mister destacar que o conceito de mídia pode comportar diversos significados, a depender do ramo da ciência que o estuda. Não obstante, a concepção adotada pela ciência da Comunicação parece ser a mais adequada ao objetivo desta pesquisa, sendo, por conseguinte, o parâmetro aqui adotado.

De acordo com Guazina (2007), somente a partir da década de 90 é que a palavra mídia passou a ser mais utilizada em pesquisas na área de Comunicação no Brasil, sendo-lhe atribuído, mesmo naquelas mais especializadas, o mesmo sentido de “imprensa, grande imprensa, jornalismo, meio de comunicação, veículo” (GUAZINA, 2007, p. 49).

Nesse diapasão, Martins (2014) observa que, na Comunicação, a palavra mídia se refere a canais ou instrumentos (ou meios) utilizados para o armazenamento e transmissão de informações ou de dados. Para a autora, a mídia também pode ser utilizada como sinônimo de

meios de comunicação de massa ou de agência de notícias, tais como a imprensa, a televisão, o rádio, a internet, o telefone, o teatro e o cinema, por exemplo (MARTINS, 2014).

Para se referir aos meios de comunicação de massa de influência nacional, Azevedo (2006) utiliza as expressões “grande imprensa”, “mídia de massa” e “grande mídia”, dos quais destaca os grandes jornais impressos e eletrônicos, revistas de informações semanais e as grandes redes nacionais de televisão aberta.

De maneira mais estrita, Gomes (2013) classifica a imprensa e a mídia como espécies de meios de comunicação que não se equivalem: a primeira representa o conjunto de meios escritos e a segunda, por sua vez, tem um sentido mais amplo, compreendendo diversos meios difusores de transmissão de informações.

Independentemente da expressão que seja adotada, todos os conceitos de mídia compreendem-na como um conjunto de meios de comunicação de massa (*mass media*), que se materializam em instrumentos (físicos ou impressos e virtuais ou eletrônicos) de armazenamento e transmissão de informações a determinado público. E aqui incluímos os jornais, as revistas, a televisão, a internet, as redes sociais e todos os meios que, direta ou indiretamente, sejam utilizados com a finalidade de propagação de informações, em uma concepção mais próxima ao conceito amplo defendido por Gomes.

Sobre isso, um aspecto do conceito de mídia merece ser ressaltado: a sua existência em função de um público. Por certo, a mídia existe porque há quem a “consume” ou quem se interesse por suas informações e, quanto a isso, é possível depreender que, vinculado ao aspecto informativo, também existe um apelo mercantil.

É dizer, a mídia oferece, antes de tudo, um produto.

Ao analisar sua relação com a sociedade, Thompson destaca que:

(...) o desenvolvimento da mídia, desde as formas mais antigas de impressão aos mais recentes desenvolvimentos no campo das telecomunicações, tem se baseado numa série de inovações técnicas capazes de serem exploradas comercialmente. (...) A comunicação de massa implica a mercantilização das formas simbólicas no sentido de que os objetos produzidos pelas instituições da mídia passam por um processo de valorização econômica (THOMPSON, 2002, p. 32-33).

Nesse sentido, há uma nítida preocupação com a qualidade das informações que são repassadas ao público, enquanto destinatário do mercado da mídia. Cria-se, com isso, uma relação simbiótica em que o público dita as regras das informações que deseja consumir, e é, ao mesmo tempo, influenciado por elas, forjando a Opinião Pública.

Antes de traçar aspectos conceituais a respeito do que seja a concepção de Opinião Pública adotada neste trabalho, impende ressaltar a diferença entre massa e público.

Na esteira da compreensão de Almeida (2019), massa é o conjunto de pessoas marcado por um comportamento passivo, sem qualquer interação entre elas e nenhum espaço para debater ou discutir determinado tema, de maneira que atuam apenas como espectadores e “a única troca que predomina nesse tipo de agrupamento é aquela transmitida pelos meios de comunicação em larga escala” (ALMEIDA, 2019, p. 19). Por sua vez, público é o conjunto de pessoas que, embora dispersos geograficamente, reagem espontaneamente aos mesmos estímulos, por meio de manifestações de opiniões, críticas ou discussões (ALMEIDA, 2019).

A diferenciação é salutar, porquanto embora mídia e comunicações de massa estejam interrelacionadas – muitas vezes até tratadas como expressões sinônimas, como visto acima –, a Opinião Pública diz respeito a uma manifestação do público e não das massas, deduzível, inclusive, pela característica de passividade desta última.

Assim como o conceito de mídia, a expressão Opinião Pública também comporta dificuldades em sua definição, sobretudo em decorrência de tratar de tema amplo e passível de várias acepções (MARTINS, 20214).

Lippmann (2019) busca conceituá-la sob o aspecto das imagens que se formam na imaginação das pessoas em resposta a interações com o mundo exterior. No entender do autor, existe uma diferença entre opinião pública e Opinião Pública: a primeira seria uma opinião formada individualmente a partir das percepções do mundo exterior, como as necessidades, os propósitos e os relacionamentos, por exemplo; já a Opinião Pública, em maiúsculas, se manifesta quando as percepções do mundo exterior não são emanadas individualmente, mas por grupos de pessoas ou por pessoas representando determinados grupos.

De acordo com Vestena (2008, p. 12), “Opinião Pública é a expressão de opiniões do público a respeito de temas de interesse comum”. Em sentido similar, conquanto não a utilize em letras maiúsculas, Almeida (2019, p. 18) dispõe que “o pensamento crítico e a expressão da opinião daqueles que integram o público é chamado de opinião pública” e acrescenta que esta trata do comportamento e da reação da sociedade diante de um fato, “quando se tem acesso à informação e liberdade para discussão e expressão” (ALMEIDA, 2019, p. 19).

É pacífico que a compreensão de Opinião Pública, como erroneamente se depreende, não está vinculada aos conceitos de senso comum (ALMEIDA, 2019) e de consenso (OLICSHEVIS, 2006). Essa percepção é fundamental para a percepção de que a Opinião Pública não reflete a existência de uma opinião única da população, mas de determinado grupo.

Assim,

Opinião pública não é a soma das opiniões do público em geral, muito menos a confluência das mesmas. Não se elabora, no plano coletivo, um consenso, não se forma uma única opinião. O que temos são vários públicos, que dispõem de opiniões e até mesmo informações diferenciadas para o mesmo fato. (...) opinião pública nada mais é do que a opinião de um determinado grupo. (OLICSHEVIS, 2006).

Para o fim a que este trabalho se dedica, será adotada – e suficiente – a concepção esboçada pelos autores supramencionados, no sentido de que Opinião Pública reflete a percepção relativa a um determinado grupo, o público, não necessariamente única e consensual, mas que se expressa como reação a um conjunto de informações a que seus integrantes foram submetidos.

No processo de sua construção, a Opinião Pública é influenciada por uma série de fatores de ordens diversas, tais como as interações interpessoais e a própria mídia. Com efeito, a influência desta última está tão enraizada no cotidiano da sociedade, que Kellner (2001) defende a existência de uma “cultura da mídia”.

Para o autor,

A expressão "cultura da mídia" também tem a vantagem de dizer que a nossa é uma cultura da mídia, que a mídia colonizou a cultura, que ela constitui o principal veículo de distribuição e disseminação da cultura, que os meios de comunicação de massa suplantaram os modos anteriores de cultura como o livro ou a palavra falada, que vivemos num mundo no qual a mídia domina o lazer e a cultura. Ela é, portanto, a forma dominante e o lugar da cultura nas sociedades contemporâneas (KELLNER, 2001, p. 54).

Ao ressaltar a relevância da mídia na disseminação da cultura, Kellner está, indiretamente, a reconhecer o seu papel como instrumento de construção da Opinião Pública. Ocorre que, neste processo, a mídia se depara com uma série de públicos com pensamentos, ideias e valores distintos.

Nesse contexto, é possível compreender a mídia como um meio de que os diversos grupos se valem para a propagação de suas concepções – privadas –, com o objetivo de forjarem a Opinião Pública. Nas palavras de Olicshevis (2006, p. 95), “a mídia movimenta-se e nutre-se desse ambiente indefinido constituído pelo interesse e pela opinião privados, mas que se manifestam como públicos”.

Assim, de acordo com Kellner (2001), a mídia é o ambiente propício para que os diversos grupos batalhem pelo controle da sociedade. E acrescenta:

A mídia está intimamente vinculada ao poder e abre o estudo da cultura para as vicissitudes da política e para o matadouro da história. Ajuda a conformar nossa visão

de mundo, a opinião pública, valores e comportamentos, sendo, portanto, um importante fórum do poder e da luta social (KELLNER, 2001, p. 54).

No mesmo sentido, Azevedo (2006) destaca que a mídia de massa assume um papel estratégico na visibilidade de questões públicas, mormente em sociedades plurais e diversificadas. Conforme entendimento do autor, diversos temas (política, classe, gênero, etnia e outras) apenas se transformam em questões verdadeiramente públicas quando ganham visibilidade midiática.

Neste ponto, cabe ressaltar, dentre os meios de comunicação de massa, a relevância da televisão na mídia informativa e na formação da Opinião Pública. Para Azevedo (2006), somente a partir dos anos 1980 é que ela passou a assumir a centralidade no mercado nacional da mídia informativa, especialmente em razão da presença crescente dos aparelhos nas residências, o que tornou possível a mensuração da audiência e repercutiu no aumento dos investimentos publicitários.

Esta centralidade, todavia, tem sido ameaçada pelo crescente avanço da tecnologia, que faz com que a televisão concorra em igualdade com outros meios de comunicação de massa, impulsionados, sobretudo, pela internet.

Castells (2005) alerta para a existência de uma sociedade em rede, embora reconheça que a televisão e os meios de comunicação tradicionais ainda dominem o espaço midiático. Pierre Levy, em sentido similar, define ciberespaço ou rede como o “novo meio de comunicação que surge da intercomunicação mundial de computadores” (LÉVY, 1999, p. 17) e que representa “não apenas a infra-estrutura material de comunicação digital, mas também o universo das informações que ele abriga” (LÉVY, 1999, p. 17).

No entender do autor, o ciberespaço se apresenta como uma alternativa às mídias de massa clássicas e:

(...) permite que os indivíduos e os grupos encontrem as informações que lhes interessam e também que difundam sua versão dos fatos (inclusive com imagens) sem passar pela intermediação dos jornalistas. O ciberespaço encoraja uma troca recíproca e comunitária, enquanto as mídias clássicas praticam uma comunicação unidirecional na qual os receptores estão isolados uns dos outros. Existe, portanto, uma espécie de antinomia, ou de oposição de princípios, entre as mídias e a cibercultura, o que explica o reflexo deformado que uma oferece da outra para o público. O que não impede que alguns jornalistas utilizem apaixonadamente todos os recursos da Internet, e não proíbe de forma alguma que a maior parte das grandes mídias ofereça uma versão on-line dos serviços (LÉVY, 1999, p. 203).

Em suma, como é possível observar, a mídia exerce influência relevante na formação da Opinião Pública. Isso ocorre não apenas por meio das chamadas mídias tradicionais, como

televisão e jornais, mas é impulsionada pelos avanços tecnológicos. Com efeito, a internet e o desenvolvimento de computadores e telefones celulares cada vez mais modernos tornam possível o intercâmbio de informações em tempo quase que instantâneo. E mais: o surgimento de variadas redes sociais dão voz aos grupos que antes não possuíam visibilidade nos meios de comunicações clássicos.

Toda essa conjuntura, apesar de aparentemente trazer apenas benefícios, tem o seu lado obscuro, especialmente diante da crescente disseminação de informações falsas com o objetivo de interferir dolosa e negativamente na Opinião Pública. Não obstante, também existe o risco mesmo na propagação de informações verdadeiras, quando estas ferem direitos fundamentais, com a intenção de forjar uma imagem negativa no público em relação a determinada situação.

Decerto, quando se refere ao Direito Penal, a mídia – enquanto produto que é – tem explorado informações a respeito de crimes para manipular a Opinião Pública sobre os fatos e, com isso, repercutir no julgamento do processo, como se observará a seguir.

### **3.2 Populismo Penal Midiático e a Espetacularização do Crime**

A mídia tem um público. No âmbito penal, o produto oferecido é o crime, explorado em sua versão mais sensacionalista, como espetáculo, cujos atores principais são os participantes do Processo Penal, sobretudo as figuras da vítima, do acusado e do magistrado. Há, nesse contexto, uma exploração populista do crime com o objetivo de influenciar a Opinião Pública, situação que pode ser determinante na atuação do juiz.

Conforme lições de Gomes (2013), a palavra “populismo” comporta múltiplos significados, o que sugere uma conceituação um pouco difusa. O autor a divide, então, sob o aspecto de compreensão nos campos político e penal. No plano político, o populismo se manifestaria pela “manobra da vontade da massa, do povo, guiada por um líder carismático, que procura atender suas demandas e promover (tendencialmente) o exercício tirânico do poder” (GOMES, 2013, p. 28). A outro turno, no plano penal, a expressão populismo tem sido utilizada como instrumento de exercício do poder punitivo, com manipulação da vontade popular em torno do ideal de que a solução do problema criminal está na expansão do Direito Penal (GOMES, 2013, p. 29).

É nesse contexto de expansionismo:

(...) que se insere o discurso do populismo penal que, como vimos, passou a explorar o senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito assim

como pelo medo do delito, buscando o consenso ou o apoio popular para exigir mais rigor penal (mais repressão, novas leis penais duras, sentenças mais severas e execução penal sem benefícios), como “solução” para o problema da criminalidade. A criminalidade não diminuiu, a violência não cessou (nem se arrefeceu), mas o discurso populista continua (e o povo, de um modo geral, o aceita) (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 16).

Com efeito, a exploração social do crime objetiva interferir na Opinião Pública, criando uma sociedade amedrontada, “consciente” de que os atuais instrumentos de combate à violência ficam obsoletos com a diversificação das práticas criminosas.

De acordo com Andrade (2019), ao provocarem medo na população, a manipulação de notícias criminais direciona visões e opiniões do público para um discurso voltado ao combate ao crime. A partir disso, para o autor, instaura-se um cenário de benefício mútuo que serve, a um só tempo, aos governantes e à mídia: a aqueles porque, sob pretexto de guerra contra à violência, adotam medidas populistas para ocultarem diversas outras medidas contrárias aos interesses da população; e à esta, por utilizar o crime como produto, interferindo nas emoções do público para “alavancar o número de acessos, leitores e seguidores e, com isso, angariar patrocinadores e anunciantes” (ANDRADE, 2019, p. 91).

Por conseguinte, no crime, o populismo penal é explorado política e midiaticamente. Com efeito, a preocupação com a Opinião Pública se dá na busca pela legitimação para adoção de medidas criminais cada vez mais severas, como se o arcabouço penal e processual existente restasse insuficiente para lidar com o avanço da criminalidade.

Desse modo, ideias como a aprovação de penas mais severas e a criação de novos tipos penais são vendidas, na mídia, como medidas imprescindíveis à restauração da ordem e da paz social. Além disso, a mídia também interfere na Opinião Pública em situações pontuais em detrimento de determinados crimes que, pela gravidade, provocam um maior clamor social por justiça.

Ao público, enquanto destinatário do produto, é oferecido um verdadeiro espetáculo em torno dos acontecimentos do crime, em situações que, por vezes, vão além da simples comunicação objetiva dos fatos. Circunstâncias como a vida pessoal das vítimas e do acusado – e até mesmo a simulação dos fatos – são utilizadas, em tom dramático e apelativo, como mecanismos de sensibilização do público e de captação de audiência.

Sobre isso, Andrade alerta que “notícias e temas comoventes e com fortes tons de dramaticidade também são interessantes” (ANDRADE, 2019, p. 91), porquanto o interesse político e da mídia é apenas um: “atingir as emoções do espectador” (ANDRADE, 2019, p. 91).

É possível depreender dos estudos de Boaventura de Sousa Santos (2005) que a criação de espetáculos em torno do crime reverbera em uma situação de crise da justiça. Em interessante análise acerca desta situação em Portugal, o autor destaca que tem observado duas tendências seguidas no Judiciário daquele país, que desemboca em duas formas de justiça, a saber: a) a justiça de rotina, responsável por cerca de 99% dos casos e que, embora envolvam questões penais juridicamente complexas, não despertam o interesse público; b) e o que denomina de justiça dramática, que representa pequena fração da atividade jurisdicional penal e que diz respeito aos casos que demandam menor complexidade jurídica, mas que despertam o interesse dos meios de comunicação (SANTOS, 2005).

Assim, nas palavras do autor:

A justiça dramática tem lugar sempre que os tribunais "julgam para cima", ou seja, sempre que julgam arguidos económica, social ou politicamente poderosos. A justiça dramática traz os tribunais para a ribalta mediática e não envolve necessariamente problemas juridicamente complexos (SANTOS, 2005, p. 79)

Antoine Garapon (1999) vai além e observa que alguns processos deixam de ser realizados nos tribunais – como na justiça de rotina – e são deslocados para mídia. Para ele, há uma extrapolação do papel dos meios de comunicação, de maneira que não é mais suficiente relatar e criticar, quando necessário, a atuação da justiça (GARAPON, 1999). Ao contrário, a mídia, em algumas ocasiões, faz às vezes do juiz de instrução, copiando os métodos da justiça e reproduzindo elementos de inquéritos policiais, dos quais os jornalistas são participantes ativos (GARAPON, 1999). Tudo isso na intenção de estimular determinado comportamento social em reação a certos fatos criminosos.

Com efeito, a justiça dramática é parte do espetáculo oferecido pelo populismo midiático que diz respeito à maneira como o Judiciário vai reagir a determinadas situações que, pela gravidade que ostentam, acarretam pressões populares por punições mais severas. Para conseguirem esse apoio, os defensores do populismo penal utilizam técnicas de manipulação, por meio da mídia, para direcionar a Opinião Pública para a necessidade de medidas mais exageradas e desproporcionais. Nesse ambiente punitivista, uma das soluções encontradas é o encarceramento em massa como instrumento de enfretamento do crime, com segregação entre criminosos e sociedade.

Thomas Mathiesen (2006) analisa o papel da mídia sob o aspecto prisional. É possível extrair de seus ensinamentos que, conquanto não sejam os únicos responsáveis pelo crescimento das prisões, os meios de comunicação de massa – em especial a televisão –, com a ênfase no sensacionalismo e na capacidade de inserir elementos dramáticos ao noticiar os fatos

criminosos, contribuem para o aumento de número de presidiários (MATHIESEN, 2006). No entanto, para ele, a indústria do entretenimento criminal é impulsionada, nos termos aqui já tratados, pelas elites políticas, que se ajustam às agendas do mercado midiático, reforçando o ideal de prisão como uma das formas de combate à criminalidade (MATHIESEN, 2006).

No Brasil, sob o pretexto de combate à criminalidade, Pastana (2009) assevera que a busca de legitimação da repressão desmedida flerta com o autoritarismo e enfraquece a democracia. Para a autora:

(...) no que se refere aos conflitos sociais, cria-se um círculo vicioso que produz um aumento exponencial da insegurança da população frente à violência e que legitima o aumento da repressão ainda que de forma autoritária. Sem alterar os ritos democráticos, o controle penal expande-se através da edição interminável de leis penais que incriminam novas condutas e do tratamento cada vez mais severo e seletivo destinado ao infrator. Isso significa dizer que o sistema penal brasileiro caminha, atualmente, menos para a consolidação democrática, e muito mais para a atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias processuais, endurecimento da execução penal, entre outras medidas igualmente severas. Tal sistema opera no sentido do “excesso de ordem”, único capaz de tranquilizar nossa atual sociedade de consumo hedonista e individualista. (PASTANA, 2009, p. 124)

Todavia, além de enfraquecer a democracia resgatada pela Constituição de 1988, o excesso penal não resolve o problema da criminalidade em terras brasileiras. Pelo contrário, é razão de seu aumento. A esse respeito, Loïc Wacquant (2004, p. 5) ressalta que “a insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente *agravada* pela intervenção das forças da ordem”. No entender do autor, o uso da violência e as práticas antidemocráticas apenas “geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado” (WACQUANT, 2004, p. 5), situação de que se valem as elites políticas e a mídia na espetacularização do crime.

No mesmo sentido, Gomes (2013) assevera que as promessas populistas de redução da criminalidade são absolutamente falsas. Para ele, a política criminal de expansão penal orientada pelo populismo penal não apenas não reduziu a violência, mas a aumentou e a agravou, em razão de os populistas venderem uma “falsa solução para um problema real” (GOMES, 2013, p. 82). Com efeito, o autor acrescenta que há anos se adota a mesma estratégia – ineficaz – de combate à violência (criação de mais leis penais, maior rigor das penas, mais presídios, aumento das prisões) e a sociedade continua a acreditar que a repressão é a melhor – talvez única – forma de enfrentamento, “mesmo observando e concordando com a ineficácia da pena de prisão” (GOMES, 2013, p. 83).

A razão do apoio popular para o recrudescimento penal, histórica e comprovadamente ineficaz, passa pelas sensações de medo e de insegurança disseminadas pela mídia, que alimenta o ideal de mais e mais repressão, em lugar de promover a conscientização social de que os motivos que acarretam a criminalidade comportam fatores de diversas ordens e que envolvem também o desenvolvimento de políticas públicas de medidas preventivas (GOMES, 2013).

Nesse sentido, Gomes alerta que:

(...) essa política de pura repressão está há anos em desenvolvimento e por meio dela não estamos conseguindo praticamente nada de positivo. Em todo momento o legislador edita uma nova lei, que significa puro simbolismo (sem eficácia prática), em termos de proteção de bens jurídicos. Para diminuir o homicídio cometido por grupo de extermínio, aumenta-se a pena. Para evitar a milícia, nova criminalização. A eficácia preventiva das leis continua sendo uma matéria pendente de comprovação (GOMES, 2013, p. 82).

Em síntese, o populismo penal midiático é um modo de enfrentamento ao crime que possui como principais características e desdobramentos: a) disseminação midiática das informações criminais de forma sensacionalista, com exposição da vida pessoal dos envolvidos no crime; b) relação simbiótica de benefício entre política e meios de comunicação, que serve aos governantes como instrumento de manutenção de poder e à mídia como captação de audiência; c) tentativa de manipulação do público, propagando medo e insegurança, com o objetivo de legitimar a adoção de medidas punitivas cada vez mais rigorosas; d) espetacularização do processo penal, com ênfase na justiça dramática; e e) adoção de política criminal voltada apenas ao enfrentamento e à repressão, que, ao contrário do que promete, não resolve o problema real da criminalidade.

Além destes desdobramentos e características, existe um outro aspecto específico da participação da mídia nos noticiários criminosos: a postura peculiar com que dissemina a imagem os acusados, situação que será analisada a seguir.

### **3.3 Sentença midiática: a degeneração da imagem do acusado como violação de sua presunção da inocência**

Em tópicos anteriores, restou evidenciado que a mídia interfere na Opinião Pública e que, no âmbito criminal, esta interferência alavanca política de recrudescimento do poder punitivo.

Para além disso, a situação se torna ainda mais sensível quando ocorre a exploração degenerativa da imagem do acusado, que carrega sentença midiática proferida antes mesmo do desenrolar do Processo Penal. Nesse sentido, ocorre a violação de diversos direitos do acusado, em especial a sua presunção de inocência, compreendida em seu aspecto extraprocessual.

Por certo, as liberdades de expressão e de imprensa, como conquistas da redemocratização brasileira, não podem ser suprimidas sob pena de censura e de violação do próprio Estado Democrático de Direito. Não obstante, o seu exercício está limitado pelo próprio arcabouço constitucional, mormente quando colocadas em conflito com outros direitos fundamentais.

Como visto em capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 consagrou uma série de direitos e garantias fundamentais aos acusados, incluído o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como decorrência do princípio da presunção de inocência, que, no entender de Vieira (2003, p. 168), “é um dos princípios mais violados pela mídia”. Ocorre que, no desenvolvimento da atividade informativa, os meios de comunicação de massa, por vezes, exercem seu direito informativo de forma parcial, cravando a culpa do acusado extrajudicialmente.

Para Vieira (2003), a mídia não distingue suspeito (ou acusado) e condenado. A autora destaca que as formas como os fatos são narrados e os suspeitos e acusados são estigmatizados resolvem o caso em definitivo, prescindindo de pena judicial. Nesse sentido, a sentença midiática, “inapelável, transita em julgado perante a opinião pública, tornando-se irreversível diante de qualquer decisão judicial que venha a infirmar a crônica ou crítica” (VIEIRA, 2003, p. 168).

Isso acontece em razão do espetáculo promovido em torno do fato criminoso, somado ao apelo emocional para alcançar a atenção do público. Cria-se, com isso, uma imagem de luta do bem contra o mal, ilustrando uma série de aspectos da vida do acusado para corroborar um caráter desviante.

Para Salo de Carvalho (2022), um dos principais recursos do jornalismo sensacionalista é acentuar essa dicotomia entre o bem e o mal. A título elucidativo, o autor destaca que, embora correspondam a uma parcela pequena dos casos denunciados e julgados, os crimes contra a liberdade sexual – e aqui não se está a minimizar a sua gravidade –, são explorados pela mídia como notícia espetacular (CARVALHO, 2022).

Assim, em seu entender, a representação do acusado (tratado como criminoso) construída pela mídia será sempre negativa, isto é, ele é encarado como um ser estranho e abjeto, que cometeu um ato de barbárie, contrariando valores comumente aceitos na sociedade

(CARVALHO, 2022). Com efeito, no âmbito criminal, a atuação sensacionalista da mídia é oferecida ao público como se decisão judicial fosse (CARVALHO, 2022).

Nesse diapasão, Garapon (1999) denuncia que a atuação da mídia não é imparcial. Apesar de exercer seu papel informativo, posiciona-se em favor de uma das partes (podendo mudar de ponto de vista em razão do desenrolar processual), publiciza elementos de prova que ainda não foram – ou que talvez não sejam – apresentados no curso do processo, analisa todo o conteúdo produzido e “julga em lugar dos juízes” (GARAPON, 1999, p. 77), constituindo, assim, a sentença midiática.

Em sentido similar, Nilo Batista ressalta a ausência de imparcialidade da mídia criminalista:

Na televisão, os âncoras são narradores participantes dos assuntos criminais, verdadeiros atores – e atrizes – que se valem teatralmente da própria máscara para um jogo sutil de esgares e trejeitos indutores de aprovação ou reproche aos fatos e personagens noticiados. Este primeiro momento no qual uma acusação a alguém se torna pública não é absolutamente neutro nem puramente descritivo. A acusação vem servida com seus ingredientes já demarcados por um olhar moralizante e maniqueísta; o campo do mal destacado do campo do bem, anjos e demônios em sua primeira aparição inconfundíveis (BATISTA, 2003, p. 14).

Com efeito, o maniqueísmo midiático promove a cisão da sociedade em dois lados opostos, instaurando um senso coletivo de guerra iminente, em que a um deles cabe lutar pela própria sobrevivência em detrimento da ameaça violenta que o outro representa. Nessa toada, o público consumidor aposta na ideia expansionista do poder punitivo na guerra contra o mal que o homem mau – já sentenciado pela mídia – representa.

Zaffaroni (2012) trabalha esta concepção quando defende que a criminologia midiática cria uma realidade de pessoas *decentes* contra uma massa de *criminosos*, “identificada através de estereótipos que configuram um *eles* separados do resto da sociedade, por ser um conjunto de *diferentes* e *maus*” (ZAFFARONI, 2012, p. 307).

Em tom seguramente crítico, Zaffaroni assevera ainda que os criminosos produzidos pela mídia:

(...) incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, *sujam* por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para *resolver todos os nossos problemas*. Para tanto, é necessário que a polícia nos proteja de suas ciladas perversas, sem qualquer obstáculo limite, porque *nós* somos limpos, puros imaculados (ZAFFARONI, 2012, p. 307).

Todavia, importante asseverar que é falsa a premissa de que a sentença midiática, por não possuir efeitos penais, não repercute, necessariamente, no estado de liberdade do acusado, sob o escopo de que ele terá todo o processo para realizar a sua defesa e, se for o caso, ratificar sua inocência. Contrariamente, a repercussão social impulsionada pela mídia pode vir a legitimar prisões cautelares quando degeneram a imagem do acusado, ressaltando seu caráter desviante.

Sobre este ponto, cabível a ressalva de que as prisões cautelares não configuram, por si sós, violação à presunção da inocência, por não representarem antecipação do cumprimento da pena. Não obstante, a presunção da inocência é violada pelo tratamento que a mídia confere ao acusado, como se culpado fosse, situação que, pela repercussão social que por vezes acarreta, pode desencadear em decretações de prisões cautelares.

Além disso, ainda que responda ao processo em liberdade, o acusado pode provar a sua inocência e, mesmo assim, conviver com os reflexos da exposição de sua imagem antes e no curso do processo. A esse respeito, Vieira (2003, p. 169-170) assinala que, “com o passar do tempo, a audiência esmorece, a notícia envelhece e a informação da sentença, aos olhos de todos, passa despercebida”.

Com efeito, para Dias e Peripolli (2015), acusações precipitadas, com o intuito meramente de produção de notícias, geram prejuízos mesmo quando o acusado consegue comprovar sua inocência, porquanto não consegue ser reinserido ao meio social em decorrência da degeneração da sua imagem.

Para as autoras:

(...) imprensa com sua cobertura sensacionalista acaba por criar uma cultura da suspeita acarretando prejuízos muito maiores ao acusado do que o próprio processo judicial, visto que por meio de exibição pública do mero suspeito haverá uma pena prévia não como consequência de condenação processual, mas da simples acusação, no qual o indivíduo ainda deveria estar sob a proteção do princípio constitucional da presunção de inocência (DIAS; PERIPOLLI, 2015, p. 11)

Como observado, a sentença midiática acarreta danos à imagem do acusado que estão além da relação processual. Mesmo que seja possível afastar a culpa no curso do processo, o tratamento midiático de culpado viola o direito fundamental de presunção da inocência.

Com efeito, defender um tratamento extraprocessual que assegure a dignidade do acusado não significa compreender que as liberdades de informação e de imprensa não possam ser exercidas em plenitude. Ao contrário, o que se critica é a utilização de aspectos do crime com viés puramente manipulador, partindo-se da concepção de que o papel da mídia é relatar fatos criminosos de maneira objetiva, sem julgamentos ou condenações prévias.

Em verdade, a sentença midiática é apenas parte da engrenagem de um sistema penal que já é naturalmente seletivo. Desta seletividade, impulsionada pela ênfase que a mídia confere a determinadas situações, decorrem duplos padrões de julgamentos para casos similares, que serão mais bem analisados a seguir.

### **3.4 As duas faces da seletividade: duplo padrão e duplo padrão reverso de julgamentos**

A problemática da seletividade no âmbito criminal é questão intrínseca ao próprio sistema penal. No entanto, uma vez enraizada na sociedade pela mídia, passa a ser por ela influenciada. Com efeito, são os meios de comunicação que definem quais criminosos merecem maior rigor da lei. A eles, é declarada uma verdadeira guerra movida pela política de punição a todo custo. Deveras, na visão populista midiática que a sociedade absorve, o sistema falha quando não encarcera.

Em momento anterior deste estudo, observou-se que a redemocratização brasileira culminou na promulgação de uma Constituição dirigente e principiológica, com uma série de direitos e garantias fundamentais, que tem por base a dignidade da pessoa humana, erigida ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil. Juntamente com o princípio da legalidade, constituem o sustentáculo do sistema garantista adotado pela Constituição de 1988.

Por evidente, existente a lei penal, o texto constitucional determina a sua aplicação igualitária a todos, sem distinção de qualquer natureza, nos termos de seu artigo 1º (BRASIL, 1988). Na esfera criminal, a igualdade na aplicação da lei se dá tanto em relação a aspectos materiais quanto a aspectos processuais. Assim, deve ser assegurado a qualquer acusado, independentemente do crime cometido ou de sua posição social, todos os direitos e garantias penais e processuais.

Ocorre que a seletividade do sistema penal representa uma quebra desta igualdade. Motivada por um suposto maior grau de periculosidade de determinados acusados, a aplicação da lei se dá com maior rigor, muitas vezes com supressão de direitos e/ou, inclusive, com violação ao devido processo legal. A esta aplicação desigual a acusados que estão na mesma situação, convencionou-se denominar duplo padrão de julgamento.

Nas palavras de Cardoso e Nascimento (2021, p. 257), “o duplo padrão de julgamento pode ser identificado quando duas ou mais pessoas, grupos, organizações, circunstâncias ou eventos são tratados de forma diferente, embora deveriam ser tratados da mesma forma”. No

que respeita à segurança jurídica processual, há evidente retrocesso que remete os acusados a algo similar ao Direito Penal da vingança dos antigos.

De acordo com Foucault (1999), o sistema penal é naturalmente seletivo, e a lei, que obriga a todos, apenas a alguns se aplica, geralmente a aqueles pertencentes às classes mais numerosas e menos esclarecidas. Diante disso, além de romper com a igualdade no Estado Democrático de Direito, a seletividade do sistema se espraia ideologicamente pela sociedade, influenciada pela mídia, fazendo com que determinados direitos fundamentais sejam questionados e algumas classes, estereotipadas.

Além de questões de ordens sociais e morais, a criação de estereótipos é impulsionada pela atuação da mídia ao propagar o medo na sociedade, reforçando a marginalização de diversos grupos por meio de sua associação ao cometimento de determinados crimes. Nesse cenário, é construída a imagem do criminoso, verdadeiramente selecionado com todas as suas características étnicas e econômicas, geralmente pertencente às camadas mais baixas.

Sobre isso, depreende-se dos ensinamentos de Alessandro Baratta (2002) que a figura do criminoso é um rótulo, um *status* social, cuja efeito estigmatizante decorre de seleção que é influenciada por aqueles tem o poder de criar e de aplicar as leis penais.

De acordo com o autor:

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos (...) revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído (BARATTA, 2002, p. 165).

Interessante destacar que esta parcela estereotipada constitui, em termos quantitativos, a minoria em relação ao universo de crimes cometidos, de sorte que assumem o *status* de criminalizados a partir de fatores de risco que acarretam sua maior ou menor vulnerabilidade em se adequar à seleção do sistema penal (CARVALHO, 2022).

Nesse diapasão, Gomes (2013) observa que a seletividade do sistema punitivo tem um viés político. Infere-se, dos seus ensinamentos, que o sentimento de insegurança social causada pela criação de um criminoso estereotipado é manejado politicamente, com a difusão da concepção de que a prisão é a solução mais imediata para o problema e que grande parte dos inimigos da sociedade se encontra recolhida nos presídios (GOMES, 2013).

Tal situação, além de mascarar a face seletiva do sistema penal, traduz-se em meia verdade. Para o autor, o percentual de pessoas que cometem crimes e são encarceradas é baixo

e não chega a 5%, o que ressalta que a prisão não é para quem comete crime, mas é, a outro turno, para pessoas de determinados segmentos sociais (os criminosos estereotipados) que cometem crimes (GOMES, 2013). Assim, os presídios são apenas simbólicos e não existem para resolver o problema da criminalidade, mas “para criar a sensação de segurança na população crédula, impotente e fiel a qualquer tipo de promessa messiânica populista” (GOMES, 2013, p. 88-89).

Tomando por base essa premissa, é possível deduzir duas situações que reforçam a seletividade do sistema penal: existem criminosos que não são denunciados porque seus crimes não são tratados como tal e nem chegam a ser registrados pelas instâncias oficiais de controle, o que configura a chamada cifra oculta da criminalidade (CARVALHO, 2022); e existem criminosos que, mesmo denunciados, não são presos porque, em razão de determinadas questões de cunho político-social, não se enquadram no estereótipo social. Como observado, as duas situações representam, em termos quantitativos, a maioria dos crimes cometidos, do que decorre a concepção de que, contrariamente ao que se vende pela política e pela mídia, a regra é a impunidade (CARVALHO, 2022).

A esse respeito, Baratta dispõe que:

(...) o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típica dos indivíduos pertencentes às classes no poder (BARATTA, 2002, P. 165).

Não obstante isso, Cardoso e Nascimento (2021, p. 258) alertam que esse duplo padrão parece conviver com uma realidade que vem se alterando no Brasil: o chamado “duplo padrão reverso”. Em razão da evidente impunidade, passam a ser travadas verdadeiras guerras contra grupos tradicionalmente não estereotipados. Nesse cenário, é adotada uma política de vale-tudo contra determinados segmentos privilegiados, em que os crimes de colarinho branco (*white collar crimes*) assumem o espetáculo no palco mídia.

A título elucidativo, são considerados crimes de colarinho branco aqueles cometidos: contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, contra a ordem econômica,

contra a Administração Pública e em procedimentos licitatórios, contra a ordem previdenciária, e de lavagem de dinheiro (CARDOSO, NASCIMENTO, 2021). Nesse universo, a mídia tem como principal alvo o crime de corrupção, denunciado como mal a ser combatido em razão da impunidade que, historicamente, tem beneficiado aqueles que o cometem.

Com efeito, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, especialmente a pena de prisão, tem a função simbólica de cobrir um maior número de crimes que permanecem imunes ao processo de criminalização (BARATTA, 2002).

Callegari, Dias e Zaghout (2020, p. 275) também tratam do duplo padrão reverso, quando denominam de “inversão da seletividade” a punição aos grupos não estereotipados de sempre. Para eles, a inversão da seletividade é uma tentativa de o sistema legitimar a criminalização dos grupos estereotipados.

Ainda sobre isso, os autores acrescentam que:

Enfrentar a corrupção (proposta já um tanto inquietante), custe o que custar, segundo o que se argumenta, tornou-se fundamental para os rumos políticos, econômicos, jurídicos e sociais do país, e, não por acidente, as operações policiais desse jaez costumam receber títulos metafóricos, com duplo sentido, geralmente relacionados a questões de ordem bélica ou de guerra contra o crime (CALLEGARI; DIAS; ZAGHLOUT, 2020, p. 275)

Em sentido similar, Gomes (2013) destaca que o duplo padrão reverso (que ele denomina de “populismo disruptivo”) é manifestação de uma forma de populismo penal que é, no entanto, um pouco diferente da tradicional concepção adotada. Para o autor, além de manter quase todas as características do populismo clássico, o populismo disruptivo é “voltado para a punição de alguns poderosos (dos iguais ou mais ou menos iguais), sobretudo por corrupção, “lavagem” de dinheiro, evasão de divisas etc” (GOMES, 2013, p. 154). Aqui, importa a defesa da legalidade, da moral e da probidade da vida pública, lesadas por pessoas tradicionalmente privilegiadas que gozam de impunidade (GOMES, 2013).

Com efeito, para que esse cenário tenha sido criado, em meio a um ideário sedimentado – e ainda forte – na Opinião Pública de guerra contra o criminoso estereotipado, foi fundamental a presença da mídia nesse processo. Conforme salientam Callegari, Dias e Zaghout (2020), situações de populismo disruptivo não teriam tomado a respectiva proporção sem a interferência da mídia, “cada vez mais difusora e interessada em prisões, ainda que de duvidosa constitucionalidade, e demais atos processuais penais” (CALLEGARI; DIAS; ZAGHLOUT, 2020, p. 276).

Em verdade, no momento em que pessoas que sempre estiveram em posições de privilégio “se encontram na posição de criminalizados, a repercussão midiática do fato é

tamanha que, tem-se a impressão de que tais pessoas são as maiores vítimas do Estado repressor” (CALLEGARI; DIAS; ZAGHLOUT, 2020, p. 270).

Para Gomes (2013), a mídia contribui para as duas formas de seletividade, mas se utiliza de mecanismos distintos de manipulação:

No plano político-criminal essa grande imprensa ora (a) se lança conservadora e duramente contra a criminalidade clássica (violenta, sexual ou patrimonial) cometida em geral por jovens marginalizados ou por crimes organizados privados, ora (b) dá preferência para o jornalismo investigativo, que tem como alvo predileto a corrupção e seus protagonistas estatais ou privados. De qualquer forma, em ambas as situações, ela atua de forma seletiva (Fonseca: 2012, p. 22): não dá destaque para toda a criminalidade da *underclass* nem tampouco escandaliza toda a criminalidade do colarinho branco (tudo é selecionado com muito critério) (GOMES, 2013, p. 101)

Como evidenciado, a mídia reforça a seletividade do sistema em ambas as ocasiões. Em relação ao criminoso estereotipado, o duplo padrão de julgamento é algo tradicionalmente entronizado na sociedade. Conquanto este grupo represente a maioria da população carcerária, seus crimes representam a minoria, no universo de todos os delitos cometidos. Disso decorre a compreensão de que a balança da seletividade pesa mais para o lado dos segmentos marginalizados, enquanto a impunidade tem configurado regra para os poderosos e privilegiados.

Todavia, nos últimos anos, a mídia brasileira tem disseminado a bandeira do combate à corrupção, denunciando a gravidade deste crime e alertando a sociedade para a impunidade que, historicamente, impera nessas situações. Com o espetáculo formado, a Opinião Pública é manipulada no sentido de que a punição deve ocorrer a todo custo, ainda que seja necessária a adoção de mecanismos que violem direitos e garantias assegurados a qualquer acusado. Nesse cenário, o duplo padrão dá lugar a um duplo padrão de julgamento reverso – punitivismo disruptivo ou inversão da seletividade –, em que mais uma vez é vendida a imagem de que o sistema penal é efetivo quando pune.

Em contrapartida, Rui Cunha Martins (2013) destaca que o sistema penal não é efetivo quando pune e porque pune – atendendo ao clamor social – aqueles que fazem parte das classes altas. Para o autor, “o Estado de Direito só é salvo cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal” (MARTINS, 2013, p. 77). E acrescenta que “o sistema jurídico tem de decidir se quer ser o redentor de promessas incumpridas patrocinando a vingança popular face à desigualdade econômica persistente por intermédio do sacrifício dos privilegiados” (MARTINS, 2013, p. 77).

Com efeito, em qualquer hipótese, a efetividade do sistema é observada quando as medidas adotadas, no curso da investigação e do processo, estejam de acordo com a Constituição, ainda que isso signifique ir de encontro ao apelo midiático e às pressões populares. Não obstante, com o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, a justiça dramática tem alavancado o Processo Penal como instrumento de provimento das expectativas sociais punitivistas, situação que será analisada a seguir.

### **3.5 O Processo Penal como instrumento de provimento das expectativas sociais: o Garantismo sob ameaça**

Até então, observou-se como a mídia interfere na sociedade, manipulando, por meio de informações, a Opinião Pública na direção desejada, muitas vezes em consenso com as elites políticas.

Criminalmente, a mídia ajuda a consolidar a ideia do criminoso estereotipado (figura naturalmente marginalizada), contra quem o sistema penal deve lutar, disseminando a (falsa) ideia de que o encarceramento em massa é imprescindível à restauração da paz social. Outrossim, nos últimos anos, a mídia brasileira tem adotado uma postura de denúncia da impunidade das elites historicamente privilegiadas, o que alavancou o combate à corrupção. Em um e em outro caso, o instrumento encontrado para a materialização das expectativas midiáticas, fortemente arraigadas na sociedade, é o Processo Penal.

Rui Cunha Martins (2013) analisa a relação entre o Processo Penal e as expectativas da sociedade contemporânea. Existe, para o autor, uma necessidade de reavaliação dos mecanismos normalizadores disponíveis para responder aos desafios emergentes da contemporaneidade, mormente em face dos crescentes níveis de complexidade da sociedade (MARTINS, 2013).

De acordo com ele, historicamente, a tarefa de redução da complexidade tem sido entregue aos *mecanismos de estabilização das expectativas sociais e normativas*, em que agentes como a religião, a política, a ciência e o direito, que, embora não atuassem de maneira idêntica, tinham em comum o paradigma de simplificação, com a ampliação dos níveis de confiança de forma generalizada, a redução da percepção do mundo a códigos binários (bem e mal, verdadeiro e falso) e “uma particular vocação para administrar o horizonte de expectativas em termos morais e normativos” (MARTINS, 2013, p. 46).

No cenário contemporâneo, os tradicionais mecanismos de estabilização têm convivido com modalidades concorrenciais, dentre os quais os meios de comunicação de massa – ou os *mass media* – despontam como eficientes produtores de códigos binários e, portanto, redutores de complexidade. Nesse mister, os *media* se valem de duas estratégias, que o autor denomina de *esquematização* e *generalização* (MARTINS, 2013).

Por *esquematização*, depreende-se que “os *mass media* produzem antecipadamente o real que eles mesmos depois simulam trabalhar a *posteriori*” (MARTINS, 2013, p. 47). Dessa maneira, com o objetivo de reduzir a complexidade, os meios de comunicação de massa propagam, rotineiramente, esquemas ou *scripts* prévios, estereotipados, de como o mundo deve ser compreendido e, a partir de então, “acolhem a informação e a moldam ao efeito que dela se pretende enquanto notícia” (MARTINS, 2013, p. 47). No que concerne à *generalização*, Martins entende que esta estratégia deriva de uma tentativa de superação do caráter temporal ou instantâneo das informações, que exige o trabalho de “noções de binarização, digitalização ou redução do complexo” (MARTINS, 2013, p. 47), sob o escopo de sedimentar as expectativas.

Por conseguinte, torna-se possível afirmar que o funcionamento dos meios de comunicação de massa tem como ponto de partida critérios de valor que dizem respeito a expectativas que são suas (MARTINS, 2013). Dessa maneira, a redução das complexidades promovidas por eles não se dá pela estabilização de expectativas normativas (em sentido jurídico), mas pela possibilidade de oferecimento de *preenchimento* para as suas próprias expectativas, enquanto produtos que são (MARTINS, 2013). Com efeito, quando a maquinaria das expectativas da mídia entra no âmbito do Processo Penal – que o autor denomina de “*maquinaria processual das expectativas*”, é em meio de uma lógica de consumo que o sistema jurídico se encontra (MARTINS, 2013, p. 50).

Por certo, a *maquinaria processual das expectativas* está em um ambiente de redução de complexidades, de encurtamento de distâncias ou de promoção da “maneira mais fácil”, de modo que a celeridade processual passa a ser disseminada, pelos meios de comunicação, como sinônimo de efetividade do Processo Penal. Por essa razão é que Martins assevera que, quando se coloca sob o signo da celeridade, o Processo Penal se dirige às expectativas, delas se tornando refém (MARTINS, 2013).

Não obstante, quando o Processo Penal se volta ao preenchimento das expectativas, há sério risco de que assuma caráter inquisitorial e corroa o próprio Estado de Direito. E isso se manifesta de duas maneiras.

Em primeiro lugar, ao assumir aberto combate à criminalidade, os meios de comunicação propagam a ideia de que os direitos e garantias penais constituem entraves à segurança da sociedade, vez que limitam o objetivo maior do punitivismo, que é a prisão daqueles que já foram sentenciados pela mídia.

De acordo com Gomes:

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

Nesse ambiente de mácula do devido processo legal, direitos e garantias – não apenas a presunção da inocência – passam a ser compreendidos como sinônimos de impunidade, de privilégios para aqueles que não estão aptos à convivência social, de maneira que o Judiciário adota, no entender enraizado na Opinião Pública, o caminho mais longo no preenchimento das expectativas de encarceramento em massa.

Assim é que o interesse dos meios de comunicação de massa não é conscientizar a sociedade sobre o Direito, mas é, como observado, puramente econômico, em que as notícias de crimes são geralmente distorcidas em direção a um caráter altamente desviante, violento, sexual do acusado (MATHIESEN, 2006).

Em segundo lugar, existe o risco quando o Processo Penal, para preencher as expectativas sociais e da mídia, entra na esfera da evidência, produzindo uma vontade alucinada de fazer justiça (CARDOSO, 2021), tratada por Rui Cunha Martins (2013) sob a ótica de um ponto cego no Direito. Para sustentar essa ideia, o autor contrapõe as esferas do visível e do não visível, demonstrando que uma decisão proferida na vontade de fazer justiça a qualquer custo pode acarretar uma injustiça imperceptível.

Para Martins (2013), o ponto cego representa um excesso de confiança no privilégio de quem o vê e nas capacidades conjugadas dos sentidos e da razão para, a partir da visão, poder decidir. O autor destaca que o referido excesso é dividido com base em dois critérios estéticos: a ostensão, ou a “alucinação dos materiais”, que representa a pressão exacerbada sobre as propriedades e funções do Direito – resultando em fenômenos como “tolerância zero, redução das garantias, pressão punitiva, obsessão securitária, crispação probatória” (MARTINS, 2013, p. XVI) – e a dispersão, ou “turbulência de escalas”, que representa um “deslocamento multidirecional dos sujeitos e dos referentes da ordem jurídica (daí resultando um tipo de que a sobreposição de escalas constitucionais ilustra perfeitamente)” (MARTINS, 2013, p. XVI). Em

um e em outro caso, o excesso de visibilidade cede, em determinado momento, à perda da visão do objeto de justiça em meio ao ponto cego, tornando-se, então, um injusto não visto.

No cenário de pontos cegos no Processo Penal, em que impera a vontade incontida de fazer justiça, a evidência se contrapõe à prova e dela prescinde, porquanto se satisfaz com o mero juízo de plausibilidade (MARTINS, 2013).

Por certo, na medida em que a prova é produzida sobre o crivo do contraditório, a evidência seria, a outro turno, um “desamor do contraditório”, constituída ao arrepio da legalidade, de maneira que o Estado Democrático de Direito será tanto mais democrático de Direito quanto os “mecanismos destinados a segurar os seus princípios basilares apresentem, pela sua parte, um grau tão mínimo quanto possível de contaminação pelas expressões da evidência” (MARTINS, 2013, p. 2).

Ainda de acordo com Martins (2013), é possível observar a existência de verdades simultâneas na evidência e na prova. A verdade da evidência é externa ao processo, de modo alucinatório, e a verdade da prova, interna, de sorte que a ela cabe trabalhar a verdade de modo não alucinatório (MARTINS, 2013).

Tomando por base essa premissa, o autor destaca:

(...) a maquinaria produtora das convicções é o mecanismo onde, em matéria de contaminação, o risco de uma “evidência apressada” (isto é, de uma matéria probatória que tende a satisfazer-se com meros indicadores de plausibilidade e que aspira a subtrair-se ao contraditório) se manifesta a nível interno, correspondendo a uma contaminação da prova por dentro, interna à fronteira jurídica classicamente entendida; já a maquinaria agenciadora das expectativas é o mecanismo responsável por movimentos daquele tipo de “evidência apressada” a partir do exterior, correspondendo a uma contaminação da prova vinda de fora para dentro daquela putativa fronteira jurídica (MARTINS, 2012, p. 10).

Prossegue, ainda, o autor destacando que as expectativas se movem na esfera do desejo, segundo mecanismos sociais, epistêmicos e processuais, que são *potenciais máquinas desejantes* (MARTINS, 2013).

Ao se voltar às expectativas, o Processo Penal fica refém dos desejos sociais e da mídia, que tentam direcionar o magistrado a um julgamento por evidência. À mídia e à sociedade não importa a prova, mas o preenchimento de suas expectativas, isto é, o resultado que decorrerá de uma decisão proferida pela vontade incontida de fazer justiça.

A condenação por evidências é a falência do sistema de provas. Ela atropela o contraditório e, com ele, todas as demais garantias processuais. É a consagração do sistema inquisitivo por excelência.

Tecnicamente, evidente é o fato que se tem por sabidamente verdadeiro e que, por isso, dispensa comprovação. No âmbito processual penal, diversamente do que comumente brada a defesa nos noticiários, o acusado não precisa provar sua inocência. Tem o direito de defesa no exercício do contraditório, mas, até o momento de formação da culpa – cujo ônus é da acusação –, o acusado é presumidamente inocente ou não culpado.

Ocorre que, em um cenário de espetacularização dos crimes, os meios de comunicação de massa assumem o ônus da prova, colhem elementos de informação e proferem sentenças extrajudiciais. Decerto, ainda que existam “dúvidas sobre o delito, suas circunstâncias e a autoria, mesmo que fundadas em elementos de prova, na mídia tornam-se certezas” (VIEIRA, 2003, p. 168).

Para Garapon (1999 p. 79), “a igualdade de armas não existe na mídia. Ela oferece um prêmio àquele que não só conta a melhor história, mas também a conta melhor. Ela reforça o efeito da verdade em detrimento da verdade; a sedução, em detrimento da argumentação”. Assim é que, por vezes, a estratégia da defesa tem sido, não raras vezes, convencer juízes e jurados de que a sua versão é verdadeira, e não a disseminada pelos meios de comunicação (GARAPON, 1999).

As sentenças midiáticas, proferidas fora do processo judicial, na expectativa de produzir justiça, objetivam inclinar o magistrado a uma condenação por evidência. Com isso, o Garantismo é colocado em xeque, e sua existência passa a depender da atuação dos juízes, que podem ceder às pressões por medo de também se tornarem alvo da mídia inquisidora.

Apesar da realidade apontada, cabível um adendo: a relação entre Opinião Pública, mídia e atividade judicial nem sempre ocorre de forma a violentar o Estado de Direito. Sobre isso, o próprio Ferrajoli reconhece a existência da responsabilidade social dos juízes, “que se exprime na mais ampla sujeição dos provimentos judiciais à crítica da opinião pública” (FERRAJOLI, 2002, p. 481).

Com efeito, é plenamente possível, em uma democracia, o controle do Poder Judiciário pela mídia e sociedade, desde que isso não represente uma tentativa de usurpação da atividade jurisdicional e legislativa.

Nesse sentido,

A crítica pública das atividades judiciárias - não aquela genérica dos males da justiça, mas a argumentada e documentada voltada aos juízes singulares e com seus provimentos concretos - exprime de fato o ponto de vista dos cidadãos, externo à ordem judicial e legitimado pelo fato de que sua força não se funda no poder, mas unicamente na razão; (...) É por essa via, bem mais que por sanções políticas ou jurídicas, que se exercita o controle popular sobre a justiça, que se rompe a separação do papel judiciário, que os juízes são emancipados de vínculos políticos, burocráticos

e corporativos, que se deslegitimam os maus magistrados e a má jurisprudência, que se elabora e se refunda continuamente a deontologia judiciária (FERRAJOLI, 2002, p. 481).

Em sentido similar, Vieira (2003) entende que juízes, membros do Ministério Público e advogados não se isentam, por serem pessoas públicas, da crítica jornalística em relação ao exercício de suas funções.

E acrescenta:

É possível ao jornalista criticar, ainda que de forma dura, qualquer ato do Poder Judiciário, do Ministério Público, e dos seus integrantes, não somente no seu conteúdo, mas também na escolha ideológica e cultural que o fundamenta. Além disso, é lícita a crítica sobre a conduta ou fatos da esfera privada do juiz ou promotor de justiça, desde que não ultrapasse aquela esfera protegida da honra e integridade moral da pessoa pública que não pode ser indiscriminadamente atingida. Portanto, a adoção de expressões críticas voltadas a diminuir a reputação da pessoa pública não é abrangida pelo direito de informar (VIEIRA, 2003, p. 167).

Não obstante, esse contexto é vislumbrado em uma situação em que os meios de comunicação atuam de forma imparcial e objetiva, limitando-se a cumprir sua função principal: informar. Como cediço, a mídia livre e sem censura é uma conquista da redemocratização brasileira que deve ser comemorada.

Todavia, na medida em que a liberdade é utilizada para cometer excessos, acentuar desigualdades ou violar direitos igualmente constitucionais, torna-se um problema que precisa ser denunciado e combatido. Quando isso se transfere para o Processo Penal, encarnado socialmente como mecanismo de preenchimento das expectativas, o garantismo fica sob ameaça, dependente da postura que o juiz irá adotar. O problema é quando este sucumbe às pressões, comprometendo sua imparcialidade na vontade incontida de fazer justiça, como será analisado a seguir.

### **3.6 Ativismo e Direito Penal do Inimigo: quando a vontade incontida de fazer justiça alcança o Poder Judiciário**

Por meio da propagação do medo e da sensação de insegurança crescente, a mídia apresenta a expansão do Direito Penal como solução imediata do problema da criminalidade. Dessa forma, as expectativas sociais, forjadas pelos meios de comunicação de massa, voltam-se para o Processo Penal, transformado em um espetáculo em que o único final feliz aceito é a prisão do acusado. Da vontade incontida de fazer justiça, decorre um encarceramento sem

medidas, onde, por vezes, em nome da celeridade, diversos direitos e garantias constitucionais são desrespeitados.

No Processo Penal, a última fronteira entre o garantismo e a barbárie das expectativas é o Poder Judiciário. Ocorre que o juiz, como humano que é, não está imune a pressões alheias ao processo. Todavia, a imparcialidade é o pressuposto de um julgamento justo (no sentido de respeito ao devido processo legal) e, por essa razão, a Constituição de 1988 assegura algumas prerrogativas ou garantias aos membros da magistratura – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (BRASIL, 1988) –, com o objetivo de resguardá-los de pressões externas, sejam elas institucionais, dos meios de comunicação ou da sociedade.

No entanto, Silva (2011) ressalta que nem mesmo essas prerrogativas escapam ilesas ao poder devastador da mídia, que estimula a crítica e a censura popular na direção de considerá-las privilégios abusivos. Para o autor, as garantias não são reconhecidas para deleite pessoal, mas para preservação da independência e da dignidade do Judiciário, para assegurar a eficácia dos seus atos jurisdicionais e para a proteção do juiz. As prerrogativas servem, portanto, como pressuposto de uma atuação imparcial (SILVA, 2011).

A imparcialidade do Judiciário é um dos bens mais caros em uma democracia. É, a um só turno, direito das partes e dever do magistrado. Para Marinoni e Mitidiero (2020), a imparcialidade é requisito anímico do juiz que se manifesta na ausência de interesse em relação ao resultado do processo para qualquer das partes. É dizer, “sem imparcialidade não há possibilidade de tratamento isonômico entre as partes” (MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 864).

Para Souza (2018, p. 43), “o princípio/direito/garantia da imparcialidade reclama que o juiz atue no processo de forma objetiva, ou seja, sem que se deixe influenciar por considerações de ordem subjetiva, pessoal e antijurídica”. Em seu entender, a independência do Poder Judiciário não torna certa a atuação imparcial, mas garante “que o juízo possivelmente será imparcial” (SOUZA, 2018, p. 87).

O agir imparcial do juiz é tal que, mesmo diante de eventuais perturbações externas, possa conduzir o processo de maneira objetiva, assegurando todos os direitos e garantias às partes, inclusive ao acusado, que é inocente até a formação de sua culpa. Somente por meio de uma atuação imparcial é possível imunizar o processo de um julgamento que acolha o duplo padrão ou o duplo padrão reverso sedimentados pelos meios de comunicação.

Por certo, em um cenário de pressões da mídia e da sociedade em relação a determinados crimes, a legitimação dos juízes não pode estar fundada na busca do consenso e da representação popular (GOMES, 2013).

Todavia, a outro turno,

A função jurisdicional se legitima (como sublinha Ferrajoli) (a) quando o juiz busca a verdade dos fatos de forma imparcial e independente e (b) quando o juiz se posiciona como garante dos direitos e das liberdades das pessoas. E o que o juiz deve buscar com sua função não é o consenso da maioria, sim, a confiança, ainda que julgando contra a maioria (em muitos casos). (GOMES, 2013, p. 127)

No entanto, essa tarefa não é fácil. Como observado em tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 trouxe como reflexo de superação das amarras de um regime antidemocrático o protagonismo do Poder Judiciário. Com o desenvolvimento de novos instrumentos do controle, em meio a uma série de direitos e garantias fundamentais que reclamam concretização, a jurisdição constitucional se expandiu.

Como tratado, um desdobramento do contexto de aumento pela efetivação judicial de demandas foi a consolidação de um Judiciário ativista, em que o magistrado passa não mais a atuar para concretizar a Constituição, mas assume o papel de protetor da sociedade e projeta, unilateralmente, seus valores e convicções nas decisões que profere, em nome de uma vontade incontida de fazer justiça.

Nesse sentido, o ativismo judicial decorre de um rompimento no equilíbrio processual, em que concepções prévias ou fatores alheios ao processo – ou axiológicos e internos ao juiz – impedem ou limitam um julgamento imparcial. Por essa razão, é possível afirmar que ativismo e parcialidade, conquanto não sejam expressões sinônimas, andam juntos no processo.

De acordo com Almeida (2013, p. 413), os juízes, “como seres humanos, insertos no meio social, absorvem as demandas do seu entorno, razão pela qual não seria equivocados dizer que sofrem influência dos *mass media*”. Prossegue a autora destacando que “valores, idiosincrasias e pré-juízos exalados pelo material midiático podem restar introjetados pelo homem-juiz, interferindo, de alguma forma, em sua atividade jurisdicional” (ALMEIDA, 2013, p. 413).

Em interessante análise, Garapon (1999) observa existir uma relação entre o ativismo judicial e a assunção de uma postura populista pelo juiz. A tentação do populismo, segundo ele, acontece como uma pretensão de acesso direto à verdade, que se manifesta, para todos os efeitos, na Opinião Pública. Assim, toda vez que um juiz se sente prejudicado hierarquicamente, com decisões anuladas por instâncias superiores, apela para a arbitragem da Opinião Pública (GARAPON, 1999).

Ainda de acordo com o autor, o protagonismo judicial de determinados magistrados não ocorre sem o suporte da mídia:

A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por instinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião é proveniente, além disso, do aumento de descrédito do político. O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais de mediação processual (GARAPON, 1999, p. 66).

Nesse cenário, o magistrado populista é tratado como celebridade e esse *status* não decorre de seus méritos, mas de sua inclinação ao preenchimento das expectativas, muitas vezes utilizada, na visão de Garapon (1999), como mecanismo para trampolim político.

Para ele, essa relação simbiótica entre juízes populistas e mídia acarreta uma desordem na democracia, em que “cada um encontra absolvição de sua transgressão na transgressão do outro – a mídia se faz juiz, alguns juízes se aventuram sobre o terreno político, e os políticos denunciam a conspiração...para se isentarem.” (GARAPON, 1999, p. 68). E prossegue o autor, observando que “o direito começa aí a ser esquecido, na transgressão da regra em nome de uma pretensa moral superior. A justiça passa a ser feita em praça pública, fora da mediação da regra e de um espaço adequado à discussão” (GARAPON, 1999, p. 69).

Assim é que a mídia destrói a base da instituição judiciária:

a ameaça que a mídia faz pairar sobre o embasamento simbólico da justiça pode revelar-se talvez mais perigosa que os atentados contra algumas liberdades públicas. O símbolo, na verdade, distancia. Ora, a mídia abole as três distâncias essenciais em que se baseia a justiça: a delimitação de um *espaço* protegido, o *tempo* diferenciado do processo e a qualidade oficial dos personagens do seu drama social. Ela desloca o espaço judiciário, paralisa o tempo e destitui a autoridade (GARAPON, 1999, p. 76).

Em verdade, é possível observar decisões ativistas sendo tomadas em todos os ramos do Direito, vez que isso decorre do conjunto de transformações introduzidas pela Constituição de 1988. Não obstante, no Processo Penal, quando impulsionadas pela mídia e por pressões sociais, assumem dimensões ainda mais catastróficas.

Por certo, se o ativismo com o pretexto de concretização da Constituição não tem lugar por macular o Estado de Direito, na esfera criminal, ele viola o próprio ser humano em sua dignidade e põe em evidente retrocesso a trajetória do Direito Penal em sua busca por maior segurança jurídica. Ao se entregar às pressões populares e da mídia, o juiz se torna instrumento de vingança em ramo do Direito que já é, naturalmente, desigual. É a institucionalização velada do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs.

De acordo com Alessandro Baratta (2022), existe um mito de que o Direito Penal é igualitário, que se manifesta na crença de que ele protege igualmente todos os cidadãos contra

ofensa a bens jurídicos nos quais todos estão interessados. Além disso, para o autor, a lei penal seria igual para todos, isto é, todos os cidadãos têm a mesma possibilidade de se tornarem violadores e, caso isso aconteça, sofrerão as mesmas consequências do processo de criminalização (BARATTA, 2002).

Essa visão de igualdade é rompida em detrimento dos tratamentos diferenciados que derivam do duplo padrão e do duplo padrão reverso de julgamento, de sorte que a aplicação do Direito Penal não é, em essência, igualitária:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2002, p. 162).

Com a influência da mídia e as pressões sociais em meio a esse cenário, o juiz decide determinadas questões sem respeito ao devido processo legal. O acusado, detentor de direitos, é alçado à condição de inimigo que precisa ser combatido, mesmo que isso custe a integridade do Estado de Direito. Não há imparcialidade. Importa, no compromisso de fazer justiça, antes de tudo, vestir a capa do ativismo para preencher as expectativas.

Gomes (2013) observa que o populista – e o da vez, é o juiz – incorpora o desejo de vingança da população, irradia a vitória do extremismo sobre a moderação e identifica o bode expiatório – o inimigo –, a quem culpa pela insegurança e, por isso, deve ser vencido ou eliminado, nos mesmos moldes da situação de guerra preconizada por Jakobs.

Para Vieira (2003), não restam dúvidas de que os juízes sofrem influência dos meios de comunicação. Apesar de a imparcialidade configurar – além de direito das partes – um dever no julgamento, é impossível pretender serenidade absoluta no exercício da função, sobretudo em razão de integrarem ambiente com pressões de ordem política, econômica e social (VIEIRA, 2003). Nesse sentido, é evidente a impossibilidade de que o magistrado (ser humano com valores, ideias sobre a vida e a conduta criminosas das pessoas) esteja completamente alheio a influências externas e adote uma postura de neutralidade (VIEIRA, 2003).

Ainda de acordo com a autora:

(...) uma campanha feita pela imprensa sobre um caso criminal não deve, por si só, influir negativamente no ânimo do juiz togado, atingindo sua imparcialidade. Cabe a ele, como técnico, com formação profissional voltada para a decisão de conflitos a coragem de subtrair-se ao estrépito midiático e não se deixar levar, no seu mister,

pelos ímpetos alimentados no clamor popular, pelas paixões contidas no eco da voz corrente da opinião pública, a qual se sustenta por impressões perfunctórias que lhe transmitiu a imprensa (VIEIRA, 2003, p. 180).

Com efeito, a imparcialidade pressupõe olhar objetivo sobre os autos e a capacidade de decidir conforme determinam lei e Constituição, a partir do que foi produzido processualmente e respeitado o devido processo legal. Ou seja, uma decisão é conforme, ainda que vá de encontro aos desejos sociais ou que o juiz, em razão dela, seja também alçado à condição de inimigo pela mídia. Não obstante, repise-se: manter a imparcialidade em meio a pressões externas é necessário, porquanto da essência do Estado de Direito, mas não é tarefa simples.

Se o juiz comporta, naturalmente, valores e crenças que são influenciados pela mídia, na esfera criminal, algumas situações são ainda mais superdimensionadas pelo poder que ostentam as redes sociais. Esses espaços constituem meio propício para propagar o ideal de vingança contra o cometimento de determinados tipos de crimes.

Os usuários, inseridos no contexto do punitivismo como regra, fazem uso das redes para divulgação de informações e manifestação de opiniões a respeito de crimes. Com isso, as redes sociais constituem instrumento de reforço do ideário social de que direitos e garantias são privilégios do inimigo e de que o Judiciário é ineficaz no combate à criminalidade, como se fosse atribuição sua agir com parcialidade. Desse modo, busca-se a justiça com a exposição da figura do acusado ou do suspeito, demonizado a sua imagem em uma verdadeira “política do cancelamento”, a fim de que isso repercuta, de alguma, maneira no processo.

Sobre isso, Vieira (2003) destaca que não são raras as hipóteses de decisões judiciais que decretam prisão cautelar ou, até mesmo, que indeferem liberdade provisória em decorrência da repercussão que foi dada ao fato. Essas decisões, ainda que fundamentadas, não expressam as razões internas e subjetivas que levaram o juiz a decidir de determinada maneira (VIEIRA, 2003), muitas vezes ao arrepio da lei, em atenção ao clamor social e na vontade de fazer justiça.

Conforme ensinamentos de Baratta (2002), pesquisas empíricas têm colocado em evidência as diferenças de atitude valorativa dos juízes nos julgamentos de indivíduos pertencentes a diferentes classes sociais. Em seu entender, há uma tendência, inconsciente, de julgamentos diversos, a depender da posição social do acusado, que repercutem na análise dos elementos subjetivos do crime, bem como na projeção de futura possibilidade do cometimento de novas transgressões. Somente a partir da análise desses critérios subjetivos é que ocorrem a individualização e a mensuração da pena.

Como visto, essa realidade, devidamente manipulada pela mídia, convive hoje com o julgamento enviesado aplicado a segmentos sociais, tradicionalmente, gozam de prestígio. Com

efeito, o duplo padrão reverso ou populismo disruptivo alcança a conduta dos poderosos, especialmente nos casos de corrupção. Consoante leciona Gomes (2013, p. 110), com exceções honrosas, “a política está se transformando em pura corrupção” e os políticos têm assumido o “centro das investigações, acusações e condenações penais e morais”.

No entanto, é preciso destacar que, seja em um ou em outro caso, é possível identificar juízes que têm assumido a postura de paladinos da justiça e proferido decisões ativistas, com a mera intenção de preenchimento das expectativas. Essas decisões decorrem de visões pessoais a respeito dos fatos, sob influência da mídia e da Opinião Pública, que tendem a aproximar a aplicação da lei e da Constituição ao Direito Penal do Inimigo.

Nesse contexto punitivista, o ativismo judicial penal tem se manifestado de diversas maneiras, como, por exemplo, na criação de crimes sem expressa previsão legal, em violação ao princípio da legalidade (sustentáculo da teoria garantista de Ferajolli), ou na supressão de direitos e garantias do acusado, em desrespeito ao devido processo legal. Em qualquer situação, a sentença judicial tem como escopo corroborar a sentença proferida pela mídia, com a materialização do encarceramento em massa.

Para Gomes (2013), a estigmatização dos juízes pelo populismo penal midiático coloca em risco a garantia de justiça imparcial e independente. Com a fragilidade cada vez maior das instituições oficiais, a mídia ganha ainda mais força e pressiona o espaço jurídico, de maneira a dificultar uma análise judicial isenta e imparcial, consoante ditames da justiça (GOMES, 2013). De acordo com ele, a influência da mídia é maior e cada vez mais evidente no primeiro grau, em que os juízes têm receio de liberar as pessoas presas nas situações em que não cabe mais prisão, relegando essa tarefa, por receio de enfrentar a pressão da mídia, para os tribunais (GOMES, 2013).

Nesse diapasão, Salo de Carvalho (2010) alerta para o fato de que inúmeras pesquisas de opinião realizadas no âmbito do Judiciário nacional têm demonstrado uma tendência político-criminal conservadora, especialmente nos juízes de primeiro grau. Para o autor, há uma presença marcante de adesão às correntes punitivistas no senso comum prático-teórico dos operadores do direito (CARVALHO, 2010). O efeito mais evidente dessa compreensão é a permanência da concepção da pena de prisão em regime fechado como resposta mais imediata ao delito, ainda que diante de “ferramentas infraconstitucionais descarcerizantes e de normas constitucionais dirigidas ao deslocamento do carcerário para a margem do sistema de penas no Brasil” (CARVALHO, 2010, p. 104)

Em suma, como ser humano que é, o juiz não está isento de pressões das mais variadas ordens. Se uma atuação imparcial já é dever em qualquer caso, quando se encontra diante de

crimes com grande repercussão, deve zelar, ainda mais, pela observância da lei e da Constituição. A justiça não está em entregar a aqueles grupos o que eles esperam, mas em assegurar, de maneira igualitária, direitos e garantias a todos os acusados legal e constitucionalmente contemplados, com o objetivo de que, ao final, seja possível proferir uma decisão objetiva, ainda que desagrade parcela da sociedade. Nisso a justiça se manifesta. Quando, ao contrário, o juiz cede às pressões pela vontade incontida de fazer justiça e desrespeita direitos e garantias dos acusados, tem a imparcialidade comprometida e adentra na esfera do ativismo.

## CONCLUSÕES

O presente estudo analisa as interferências da mídia e da Opinião Pública no Processo Penal. Para isso, foi necessário percorrer toda a trajetória do Direito Penal até a sua concepção mais moderna, além de demonstrar os desdobramentos jurídicos das Constituições Contemporâneas, especificamente no que concerne à aplicação dos direitos e garantias fundamentais. A intenção foi demonstrar como essa conjuntura pode remeter os acusados a tratamentos similares aos que eram conferidos pelos antigos.

Como observado, o Direito Penal é fruto de longa trajetória por que passou a compreensão da aplicação da pena, tendo enfrentado várias concepções e conformações ao longo da história. Se hoje é inconcebível que o Estado de Direito esteja alheio aos direitos e às garantias penais, isso decorre de longa batalha do homem na busca por maior segurança jurídica e por uma aplicação mais humanizada das penas.

Por certo, em qualquer momento da trajetória, a aplicação da pena corresponde à reprovação social de uma conduta. É dizer, determinados comportamentos abalam a convivência pacífica do grupo e a maneira encontrada para demonstrar a reprovação – e tentar evitar que se repitam – é constringer a uma punição aquele que adotou a conduta intolerável.

No Direito Penal dos povos mais primitivos, a crueldade das penas era tal que se configuravam uma vingança cometida em face daquele que violasse alguma divindade (vingança divina) ou o próprio clã (vingança privada). Inicialmente, as leis, por terem origem divina, provocavam o temor de que a conduta desviante de alguém provocasse a ira dos deuses. Nesse cenário, a pena era uma forma de penitência ou castigo, que objetivava libertar o grupo de eventual reação divina. Na vingança privada, a pena adquiriu caráter familiar, de modo que a infração cometida contra alguém era uma ofensa a todo o clã. Predominava, nesse momento,

o ideal de “justiça com as próprias mãos” e a lei do mais forte, de maneira que a punição não estava imune a arbitrariedades e, por vezes, ultrapassava a pessoa do próprio infrator.

Ainda nesse momento, o Estado tomou para si o monopólio da punição, em nome da manutenção da ordem e da segurança. Não obstante, seguia o predomínio do Direito Penal como instrumento de vingança e as penas permaneciam cruéis e degradantes. O objetivo, aqui, passou a ser a garantia da segurança do soberano, prosseguindo, portanto, distante de uma aplicação humanitária.

Avançando na história, demonstrou-se que foi no Período Medieval que a insegurança jurídica na aplicação do Direito Penal teve seu estopim. Nesse momento, em que prevaleceu o denominado direito comum, as penas alcançaram suas feições mais degradantes. Forças, esartejamentos e fogueiras eram, por vezes, penalidades aplicadas de maneira arbitrária, de forma que, aos indivíduos, era imprescindível encontrar mecanismos de proteção em detrimento das arbitrariedades do Estado.

A partir desse cenário, é constituído o Estado Moderno, fundado da noção contratual desenvolvida por Rousseau, momento em que foi erigido, após um período absolutista, o Estado Constitucional de Direito. No campo penal, o criminoso, embora violador do pacto social, passou a ser encarado como sujeito de direitos. Consolidou-se a legalidade penal, com a materialização de aspectos como a proporcionalidade entre crime e punição, a igualdade e a submissão de todos à lei, a liberdade (manifestada no livre arbítrio) e a subjetividade, que firma, definitivamente, a importância da análise dos elementos subjetivos do crime.

As características do Direito Penal desenvolvido a partir desse período muito se aproximam do garantismo de Luigi Ferrajoli, que busca estabelecer critérios limitadores ao exercício do poder punitivo do Estado, além de promover uma aplicação indistinta do Direito penal. Ganha ênfase o princípio da legalidade penal, sustentáculo de toda a teoria garantista, por meio do qual não há crime sem lei que assim o defina. Nesse contexto, aspectos como a presunção da inocência e a necessária imparcialidade do julgador tornam-se pressupostos para um julgamento objetivo e justo.

Apesar de representar a consolidação da histórica busca pela segurança jurídica na aplicação do Direito Penal, o estudo demonstrou a existência de um contraponto à teoria garantista: o Direito Penal do inimigo, idealizado por Günther Jakobs. Para ele, a aplicação do Direito Penal deve ocorrer de duas formas distintas: o Direito Penal do cidadão, garantista, voltado para delinquentes que cometem delitos menos graves e que, por isso, não ostentam elevada periculosidade; e o Direito Penal do inimigo, que adota uma postura de enfrentamento e de guerra do Estado em relação ao delincente, compreendido como um perigo a ser

combatido. Por sua elevada periculosidade e propensão a delinquir, o inimigo não é considerado detentor de direitos e, portanto, não lhe devem ser estendidos determinados direitos e garantias aplicáveis aos delinquentes cidadãos. Com isso, abandona-se a esfera garantista de segurança jurídica do acusado em detrimento da efetividade na aplicação da pena, situação que se justificaria, no entender de Jakobs, em um cenário de guerra.

Conquanto seja muito difundida e possua bastante adeptos, a teoria de Jakobs não se sustenta em um contexto em que Constituições dirigentes, compromissórias, intervencionistas e principiológicas assumem vertente nitidamente garantista. Com efeito, no Constitucionalismo Contemporâneo, são reconhecidos o caráter normativo e a supremacia da Constituição em relação às demais leis, de modo que suas disposições reclamam concretização.

No âmbito criminal, a Constituição Federal de 1988 representa o momento atual da trajetória do Direito Penal na busca por uma aplicação mais humanizada, disciplinando direitos e garantias que consolidam um sistema penal garantista. Com o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento, a Constituição de 1988 elenca praticamente toda a base principiológica correspondente à teoria de Ferrajoli. Assim, não há espaço, segundo critérios constitucionais, para uma aplicação do Direito Penal que, à margem da legalidade, pretenda punir determinadas condutas com base em preceitos puramente morais ou por pressões sociais.

Não obstante, é preciso ressaltar um aspecto do conjunto de mudanças introduzidas pela redemocratização brasileira, que repercute também na aplicação do Direito Penal. Ocorre que a compreensão da normatividade de direitos e garantias transformou o Poder Judiciário em campo propenso para efetivação das disposições constitucionais. Assim, o aumento da judicialização transferiu grande responsabilidade para aquele Poder, que assumiu inédito protagonismo na história do Constitucionalismo brasileiro.

Por evidente, o protagonismo judicial não representa, por si só, um problema. Quando o Judiciário atua no estrito limite de suas atribuições e em respeito efetivo às disposições constitucionais e legais, o Estado de Direito se fortalece. Por outro lado, quando o juiz se utiliza de critérios e valores puramente pessoais para proferir decisões ativistas, ainda que sob pretensa intenção de concretizar a Constituição, promove um julgamento enviesado que macula o Estado de Direito.

Como observado, o ativismo judicial decorre de uma vontade incontida de fazer justiça, motivada por critérios pessoais que decorrem de influências externas de várias ordens, dentre as quais o poder que a mídia possui na formação da Opinião Pública.

Por evidente, não se olvida que as liberdades de expressão e de imprensa são vitórias da redemocratização brasileira. Porém, na esfera criminal, seu exercício deve ser tal que não

configure violação a direitos e garantias constitucionais do acusado, a exemplo de sua presunção da inocência e de seu direito a um julgamento imparcial.

Todavia, o que se tem observado é uma atuação dos meios de comunicação de massa tendente a sedimentar concepções punitivistas na sociedade. Por meio da disseminação do medo e da insegurança crescente, o populismo penal midiático manipula a Opinião Pública em direção a uma compreensão de que os mecanismos de combate à criminalidade estão sempre obsoletos. Para isso, cria-se a visão de que a expansão do Direito Penal é a única forma de restauração da paz social, com a criação de novas leis e o endurecimento das penas.

Na mídia, o crime é explorado como produto, oferecido ao público em forma de espetáculo. A intenção não é informar, mas captar audiência com a transmissão de informações de maneira apelativa, na intenção de estimular a sensibilidade do espectador. Há, inclusive, a exploração da imagem dos envolvidos, com a demonstração, quase sempre, de aspectos de suas vidas íntimas e pessoais.

Tratando-se de crimes, raramente se vislumbra imparcialidade dos meios de comunicação de massa. A mídia adota um lado e a notícia é transmitida como sentença ao acusado, muitas vezes sem sequer ter iniciado processo judicial. Aqui, a degeneração de sua imagem é regra e ele é apresentado como culpado, de modo que a única decisão judicial justa e aceita será aquela que o condene, sem espaço para qualquer presunção de sua inocência.

Acentua-se a seletividade. O duplo padrão de julgamento, aplicado tradicionalmente a segmentos mais humildes e estereotipados da sociedade, passa a conviver com o duplo padrão de julgamento reverso (ou populismo disruptivo), e a mídia assume a luta no combate aos crimes cometidos pelos poderosos e privilegiados, especialmente a corrupção. O vale-tudo da punição desenfreada é enraizado na sociedade, que adota a compreensão de que a impunidade decorre do excesso de direitos e garantias. E isso vale tanto para os grupos estigmatizados quanto para os privilegiados, devidamente eleitos inimigos pela mídia.

Para mídia e sociedade, a efetividade do sistema penal é medida pela capacidade de encarceramento. Quanto mais prisões, mais efetivo é o sistema, embora, irônica e numericamente, isso nunca seja suficiente, porquanto o clamor social por maior rigor das penas sempre vai existir.

No entanto, a sentença midiática não é suficiente, pois ela não encarcera. Ao menos, não diretamente. Por essa razão, as expectativas da mídia e da sociedade em torno da “justiça” se voltam para o Processo Penal. Está instalada a justiça dramática e a estratégia é interferir no juízo, reduzindo as complexidades do processo, devorando o sistema de provas e o contraditório, com o direcionamento a um julgamento célere e com base em evidências.

Os fenômenos resultantes dos excessos, ou da ostensão, tentam penetrar no Processo Penal, que passa a ser instrumento de preenchimento das expectativas sociais e da mídia. Definitivamente, não há lugar para garantismo quando o processo é contaminado pela vontade de fazer justiça.

Nesse cenário, o juiz passa a ser a última barreira entre o garantismo e a barbárie punitivista. Em casos de grande repercussão, as pressões são voltadas para sua figura, com o objetivo de persuadi-lo em sua decisão. Ocorre que, como ser humano inserido no meio social, nem mesmo o juiz mais garantista está alheio a tentações, por mais que seja comprometido com a lei e com a Constituição. Além disso, há o receio de que sua decisão, por não preencher as expectativas, o transforme também em vítima de perseguição pela mídia.

A opção garantista, com o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e a presunção de inocência, fortalece o Estado de Direito por assegurar a aplicação humanizada do Direito Penal, ainda que em meio a pressões. No entanto, nem sempre isso acontece e o juiz pode vir a flertar com o populismo, demonstrando-se mais sensível às vozes das ruas, em uma tendência que tem a ver com o protagonismo natural assumido a partir da Constituição de 1988.

Quando a vontade de fazer justiça chega ao juiz, a justiça dramática cede ao ativismo judicial e ao Direito Penal do Inimigo. Com a imparcialidade prejudicada, posto que importa mais atender às expectativas, prisões são decretadas ao arrepio da lei, liberdades provisórias não são decretadas quando a lei autoriza e, quando pior, crimes são criados pelo Judiciário, em evidente desrespeito aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes.

Por todo o exposto, é possível afirmar que a participação da mídia e da sociedade no Processo Penal, especialmente em casos que acarretam grande repercussão, tem se demonstrado negativa, porquanto tendente a suprimir o garantismo, compreendido – erroneamente – como o grande responsável pela impunidade. Por certo, está socialmente enraizada a visão de que as garantias beneficiam os que cometem crimes e que isso repercute no crescimento dos índices de criminalidade. Quando o juiz adota postura tendente a essa ideia, endossa práticas que retrocedem a aplicação do Direito Penal a uma espécie de vingança, nos mesmos moldes em que era promovida pelos antigos. Não há mais segurança jurídica. Viola-se a Constituição. Viola-se o Estado de Direito. Está institucionalizado o Direito Penal do Inimigo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista dos Tribunais**, v. 242, p. 21-47, abr. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 12/01/2023.
- AGRA, Walber de Moura. A expansão da jurisdição constitucional. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 29 dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/207>. Acesso em: 09/01/2023.
- ALMEIDA, Clarice de Mendonça e. Agregados sociais: público, multidão e massa. In: SILVEIRA, Guaracy Carlos da. et al. **Teoria da opinião pública [recurso eletrônico]**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.
- ALMEIDA, Debora de Souza de. Populismo Midiático. In: GOMES, Luiz Flavio; ALMEIDA, Debora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ANDRADE, André Lozano. **Populismo Penal: o uso do medo para recrudescimento penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/22574/2/Andr%c3%a9%20Lozano%20Andrade.pdf>. Acesso em: 16/01/2023.
- AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **OPINIÃO PÚBLICA**, Campinas, v. 12, n. 1, abr./mai., 2006, p. 88-113. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/TzJkgQBnG64hk5QyKCCv5NR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13/01/2023.
- 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: Revan, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10/01/2023.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 04/01/2023.
- BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 42, jan.-mar, 2003. Disponível em: <http://bocc.ufp.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 17/01/2023.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I., 2. ed. rev., 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral – arts. 1 a 120. v. 1, 27 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 127-150, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10003>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 15/07/2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 15/07/2022.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luís; DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. Mídia, Seletividade e (Des)considerações de direitos fundamentais: o combate à corrupção no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 6, n. 5, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020\\_05\\_0259\\_0301.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_0259_0301.pdf). Acesso em: 19/01/2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil**: um ponto cego do Direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; NASCIMENTO, Bruna Barbosa de Góes. Medidas Jurídicas Provisórias e Justiça Dramática: a crise na comunicação entre a atividade jurídico-persecutória no Estado e a opinião pública no contexto da sociedade em rede. IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2021, Florianópolis, **Anais**, Florianópolis: 2021.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 7. ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Belém: Imprensa Nacional, 2005.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta Para uma Discussão Conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.49, nº 193, jan./mar. 2012, p.141-149. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496925/RIL193.pdf?sequence=1&isAllo>  
. Acesso em: 11/01/2023.

COSTA, Álvaro Mayrink da. O Direito Penal na Constituição (1988-1998). **Revista da EMERJ**, v.3, n.9, 2000. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista09/Revista09\\_141.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_141.pdf).  
Acesso em: 25/12/2022.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. **Minn. L. Rev.**, v. 91, p. 1752, 2006. Disponível em:

<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=mlr>. Acesso em: 11/01/2023.

CUPPINI, Fernanda Inês Muller; AHMAD, Nidal Khalil. Vigência e validade da norma penal sob o enfoque do garantismo positivo e da proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais constitucionalizados. **Revista de Direito Dom Alberto**, Santa Cruz do Sul, v.1, n.1, jun, 2010. Disponível em:

<https://revista.domalberto.edu.br/revistadedireitodomalberto/article/view/510>. Acesso em: 10/07/2022.

DAHER, Roberto José. História do Direito Penal. **Revista Eletrônica FACP**, Ano I, nº 01, Jan., 2012. Disponível em: <http://revista.facp.com.br/index.php/reFACP/article/view/2>.  
Acesso em: 06/12/2021.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. **Universidade Federal de Santa Maria: Observatório de Direitos Humanos**, 2022. Disponível em:

<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 30/12/2022.

DIAS, Monia Peripolli; PERIPOLLI, Suzane Catarina. Colisão de Direitos: Liberdade de Imprensa e Presunção de Inocência. In: 3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, **Anais**, Santa Maria, 2015. Disponível em:

<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-9.pdf>. Acesso em: 17/01/2022.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?," 73 **University of Colorado Law Review** 1403(2002). Disponível em:

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2135&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2135&context=journal_articles). Acesso em: 30/01/2023.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve História do Direito Penal e Evolução da Pena. **Revista Eletrônica Jurídica**, n. 1, p. 60-69, jan./jun, 2012. Disponível em:

<http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/redir/article/view/362>. Acesso em: 06/12/2021.

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

FERNANDES, Hélène Marine Serra. **O Direito Penal do Inimigo**: Reconfiguração do Estado de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito: Ciências Jurídico-Políticas) - Faculdade de Direito, Universidade de Porto. Porto, 2011. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/84854/2/24705.pdf>. Acesso em: 02/07/2022.

FERNANDES, Taty Ferraz. **Jurisdição Constitucional**: a interpretação no contexto do Supremo Tribunal Federal. Artigo Científico (Bacharelado em Direito) - Faculdade Independente do Nordeste de Vitória da Conquista, Vitória da Conquista, 2016. Edição do Kindle.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Penal: avanços e desafios. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, v.1, n. 1, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/rdcic/article/view/24823>. Acesso em: 31/01/2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramallete, 20ª Edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas, Tradução: Maria Luiza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. Tradução de Mathias Lambert. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 2004, p.4.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov 2010, 07:45. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 03 jul 2022.

GOMES, Luiz Flavio. Teoria Geral do Populismo Penal. In: GOMES, Luiz Flavio; ALMEIDA, Debora de Souza de. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, Ano VI, Nº 7, dez., 2005. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/07.pdf>. Acesso em: 08/07/2022.

GUAZINA, Liziane. O conceito de mídia na Comunicação e Ciência Política: desafios interdisciplinares. **Revista Debates**, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 49-64, jul.-dez. 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/303962811.pdf>. Acesso em: 13/01/2023.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários do Código Penal**: Volume I, tomo I, arts. 1º ao 10. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

INGLATERRA. **Magna Charta Libertatum**, 1215. Disponível em: [http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf). Acesso em: 12/07/2022.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal Do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª ed, Organização e Tradução: André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas de Direito? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal Do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª ed, Organização e Tradução: André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. V. 1, Atualização André Estefam, 37ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. V. 1, 32ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

KELLNER, Douglas. **A Cultura da Mídia** – estudos culturais: identidade e política entre o moderno e o pós-moderno. Tradução: Ivone Castilho Benedetti, Bauru: EDUSC, 2001.

KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**, vol. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359>. Acesso em: 11/01/2023.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa, 1ª ed., São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIPPMANN, Walter. **Opinião Pública**. Tradução e Prefácio: Jacques A. Wainberg, Petrópolis: Vozes, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Revista e Atualizada, São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. Expectativa, senso comum e decisão (uma incursão teórica a montante da moral). **Revista Duc In Altum-Caderno de Direito**, vol. 4, nº 1, jan-jun. 2012. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/110/102>. Acesso em: 21/01/2023.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2013

MARTINS, Sussane Araújo. Mídia e opinião pública: estudo de caso sobre o mensalão nas ópticas dos jornais Folha de S. Paulo e o Estado de S. Paulo. **Universitas: Arquitetura e Comunicação Social**, v. 11, n. 2, p. 47-58, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/arqcom/article/view/2891>. Acesso em: 13/01/2023.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). V. 1, 13.ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

MATHIESEN, Thomas. **Prison on trial**, 3. ed., Winchester: Waterside Press, 2006.

MECUCCI, Fernando Corrêa de Carvalho. **Introdução ao Direito Penal do Inimigo**: Aspectos da atuação extravagante dos Poderes da República e institutos legislativos pátrios. [s.l.]: [s.n.], 2020.

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal Do Inimigo**: Noções e Críticas. 6ª ed, Organização e Tradução: André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais**: a inexigibilidade de conduta diversa como *topos* e solução. Tese (Doutorado em Direito), Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8001/1/Carlos%20Alberto%20Menezes.pdf>. Acesso em: 06/12/2021.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 1**: introdução e parte geral. 38. ed., rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLICSHEVIS, Giovana. Mídia e Opinião Pública. **Revista Vernáculo**, n. 17 e 18, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/vernaculo/article/view/20423>. Acesso em: 14/01/2023.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária de consolidação do Estado punitivo no Brasil, **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/28601/18814>. Acesso em: 17/01/2023.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint, **Indiana Law Journal**: Vol. 59: Iss. 1, Article 1, 1983. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1/>. Acesso em: 30/01/2023.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. tradução: Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

RUIZ, Ivan Aparecido; SENGIK, KENZA Borges. O acesso à justiça como direito e garantia fundamental e sua importância na Constituição da República Federativa de 1988 para a tutela dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 13, n. 1, p. 209-235, jan./jun. 2013. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2887/1915>. Acesso em: 10/01/2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas**. Revista Manifesto, n. 7, p. 76-87, mar., 2005. Disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/33133/3/A%20justi%C3%A7a%20em%20Portugal%20diagn%C3%B3sticos%20e%20terap%C3%Aauticas.pdf>. Acesso em: 16/01/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição em perspectiva histórico-evolutiva: Dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Unisul de Fato e de Direito: **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, v. 8, n. 14, p. 19-51, 2017. Disponível em:

[http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/4662](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/4662). Acesso em 12/06/2021.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SÉLLOS, Viviane; KNOERR, Fernando Gustavo. O estado prestador de serviços e o controle judicial: um estudo comparativo entre Brasil e Portugal. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 3, p. 559-588, 2017. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233938>. Acesso em: 30/01/2023.

SILVA, João Baptista da. O juiz aposentado e os predicamentos da magistratura. **Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros**, Belo Horizonte, Ano III, n. 5, jan./jun., 2011. Acesso em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/183/152>. Acesso em: 22/01/2023.

SILVA, Leonardo Victório da; TEMELJKOVITCH, Kime. **Direito Penal do Inimigo**. Selo Editorial: Independently Published, 2018.

SILVA, Lucas Gonçalves da; MELO, Ana Patricia Vieira Chaves. Limite da Judicialização da Política: fundamentação das decisões judiciais sob o prisma da compreensão hermenêutica de

Friedrich Müller. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 21, n. 8, p. 274-291, Set./Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3936/4249>. Acesso em: 30/01/2023.

SIMÕES, Edson. **Constitucionalismo e Constituição de 1988**. Ed.1, São Paulo: Almedina, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7277465>. Acesso em: 10/01/2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis (SC), v. 1, n. 2, p. 27–41, 2014. Disponível em: <https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/view/64>. Acesso em: 05/01/23.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 32–47, 2012. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/623>. Acesso em: 4 jan. 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. 5.ed, Tradução: Wagner de Oliveira Brandão, Revisão da tradução de Leonardo Avritzer, Petrópolis, Vozes: 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica de la Modernidad**. Traducción de Alberto Luis Bixio, Primera edición electrónica, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2015.

VALE, Eliara Bianospino Ferreira do. A evolução do Direito Penal, a finalidade da pena e os direitos fundamentais do ser humano encarcerado. **Revista JurisFIB**, v. V, ano V, p. 13-36, Dez.2014. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/issue/view/18>. Acesso em: 07/125/2021.

VESTENA, Carla Luciane Blum. O papel da mídia na formação da opinião pública: a contribuição de Bourdieu. **Guairicá – Revista de Filosofia**, Paraná, v.1, n. 24, p. 9-22, 2008. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guairaca/article/view/1144>. Acesso em: 14/01/2023.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. **Interpretação constitucional no Brasil**, coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

VIEIRA, Ana Lúcia Vieira. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles, Coletivo Sabotagem, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. v. 14, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZANONI, Péricles Jandyr. Sociedade Moderna, Direito Penal Clássico e Descriminalização. **Revista Uniandrade**, v. 11, n. 1, jan./jun., 2010. Disponível em: <https://revista.uniandrade.br/index.php/revistauniandrade/issue/view/1>. Acesso em: 06/12/2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Processo**, n. 98, p. 275-294, abr./jun. de 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058208.pdf>. Acesso em: 09/01/2023.