



# O SUPLÍCIO DO DIREITO PENAL

*Análise sobre o fortalecimento do punitivismo e seus reflexos sobre a dogmática constitucional-penal*

Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pesquisador voltado para as áreas do Direito Penal, Processual Penal, Criminologia e Direito Constitucional.

E-mail: [gui\\_reinaldo@hotmail.com](mailto:gui_reinaldo@hotmail.com)

## RESUMO

Este trabalho discute a forma como a Criminologia Midiática tem instigado o crescimento de movimentos na sociedade que defendem a flexibilização das garantias individuais como uma resposta ao problema da insegurança social. Diante da crescente pressão sobre os operadores do direito para que se distorçam as leis em prol da satisfação do sentimento coletivo de segurança, faz-se necessário atentar a uma rígida metodologia de interpretação das normas jurídicas no sistema constitucional. Neste sentido, conclui-se que tal fenômeno acaba por influenciar os agentes judiciais, apesar do dever de imparcialidade e respeito à legalidade que lhes são inerentes.

**Palavras-chave:** Garantias individuais. Criminologia Midiática. Direito Penal do Risco. Herança Inquisitória Lusitana.

*“Existem momentos na vida onde a questão de saber se se pode pensar diferentemente do que se pensa, e perceber diferentemente do que se vê, é indispensável para continuar a olhar ou a refletir”.*  
(Michel Foucault)

## 1. INTRODUÇÃO

Buscando testar a onisciência das divindades do Olimpo, Tântalo, um Rei mítico da Frígia - filho de Zeus com a ninfa Plouto - durante um dos banquetes que desfrutava na presença dos deuses, teve a audácia de servir, como refeição, o cadáver de seu próprio filho, que havia assassinado para esta ocasião. Todavia, como é de se esperar, os convidados, a quem oferecera o banquete se deram conta do crime que havia sido cometido, com exceção da distraída Demetra (deusa da agricultura) que comeu um dos braços do cadáver.

Zeus, horrorizado com tal comportamento aplicou a Tântalo um suplício singular e cruel: o rei foi jogado ao Tártaro, rodeado de água cristalina e pura até a altura do pescoço e que se estendia até onde seus olhos podiam enxergar, e acima de sua cabeça uma grande árvore com belos frutos espalhados por ramos que pendiam para baixo. Contudo, sempre que aproximava a boca para beber a água, esta recuava e se esvaia, e sempre que estendia suas mãos para a árvore onde pendiam os frutos, os ramos eram levados pelo vento e se moviam para longe, ficando fora de seu alcance. Deste modo, a água e os frutos lhe pareciam extremamente próximos, ao simples alcance da sua mão, mas, ao mesmo tempo, estavam infinitamente longes, e por toda a eternidade, Tântalo sentiu sede e não pôde beber, sentiu fome, e não pôde comer.

Do mesmo modo, o Direito Penal e Processual Penal sofre um fardo semelhante, com a única diferença de que este não foi imposto por nenhuma divindade, mas pela própria sociedade, que tomou a dogmática penal e processual penal – originariamente compreendida como limitações ao poder estatal de punir – e a afogou em meio ao problema socioeconômico da criminalidade, incumbindo-a de solucionar tal questão.

Todavia, assim como Tântalo está rodeado de água e frutos e não consegue saciar sua fome e sede, o sistema jurídico-penal tampouco consegue saciar sua sede de punição, tão perto e ao mesmo tempo tão longe do problema da criminalidade, buscando encontrar aprovação social, encontra apenas o seu esvaziamento científico.

Melhor aduzindo, temos que, ao menos no que tange à sua teoria científica, e mais especificamente, a história desta ciência, o ordenamento jurídico-penal compreende o conjunto de normas que buscam disciplinar, ordenar, e limitar o poder estatal de punir, limitações estas alcançadas ao longo de séculos de luta, opressão e sofrimento por parte de nossos ancestrais.

Contudo, no que pese estas conquistas alcançadas a um custo altíssimo, hoje, no Brasil, se vivencia o progressivo retrocesso destas garantias, curiosamente clamado pela própria sociedade, que embriagada pelo medo e pela paranoia, passa a compreender o Direito Penal como uma ferramenta para “pegar bandidos”, confundindo os limites epistemológicos entre Política Criminal e Direito Penal, duas ciências distintas.

Naturalmente, temos que todo fenômeno jurídico-social tem uma explicação, sendo objeto do presente artigo explicar como os movimentos contemporâneos de redução de garantias individuais em prol do aumento do sentimento de segurança têm sido instigados na sociedade através da Criminologia Midiática, influenciando os agentes judiciais a desvirtuar a aplicação das normas de direito penal e processual penal, bem como normas constitucionais.

Neste sentido, busca-se demonstrar que esse desvirtuamento epistemológico da dogmática penal tem graves consequências sobre os agentes judiciais, que ao aplicarem o direito, finda recaindo sobre eles sobre eles a administração do risco envolvendo as relações sociais.

A ideia central que se tenta desenvolver é a de que os anseios por mais segurança e menos impunidade existentes na sociedade são potencializados pela Criminologia Midiática que massifica o discurso de redução de garantias individuais em prol do aumento de segurança, sem, contudo, apresentar qualquer argumento científico para tanto, tendo como principal consequência disto o afrouxamento dos direitos fundamentais por parte dos agentes judiciais no exercício da prática forense, gradativamente adequando os grupos humanos a uma espécie de totalitarismo policialesco.

Ademais, busca-se demonstrar como o respeito a uma metodologia de hermenêutica constitucional que obedece a critérios puramente científicos pode ser capaz de frear essa situação de distorção da norma jurídica para satisfação de valores estranhos à axiologia penal, tendo em vista que na prática, o que se tem é a aplicação de interpretações “a todo gosto” que muitas vezes vão além do simples dissídio intelectual, para se concretizarem em verdadeiras medidas *contra legem* travestidas de legalidade.

## **2. ELEMENTOS QUE INFLUENCIAM NA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO TOTALITARISMO POR PARTE DOS AGENTES JUDICIAIS**

Primeiramente, em respeito à lógica, quando se busca abordar as consequências de qualquer fenômeno, faz-se necessário identificar quais elementos influenciam e contribuem para o desenvolvimento da questão objeto de estudo, sob pena de se deixar passos perdidos nas informações apresentadas. Neste sentido, o presente artigo identifica principalmente dois gêneros destes elementos, quais sejam, a criminologia midiática e a herança inquisitória lusitana, que *prima facie*, poderiam ser considerados como causas do problema aqui abordado.

Todavia, quando se trata de qualquer estudo que envolva Criminologia, o pesquisador eventualmente se depara com um problema metodológico bem peculiar, pois geralmente conclui que as premissas básicas que tomou - através de conceitos previamente formados (ou preconceitos) - para definir elementos como “Causa” e “Consequência” são, na verdade, equivocadas, já que tais problemas jurídico-sociais assumem uma feição demasiadamente complexa e se mostram incapazes de ser decifrados através desta abordagem casualista.

Desta feita, como aduz Morin (2008, p. 108) “tudo o que é produzido volta sobre o que produziu num ciclo ele mesmo autoconstitutivo, auto-organizador e autoprodutor”, é o que chama de princípio da recursividade organizacional.

Logo, a relação entre a ação da criminologia midiática, a carga histórico-social de um país e o modo como operam os agentes judiciais ali vivendo não pode ser explicada sobre o modelo de causa e efeito. Nas palavras de Gloeckner (2009, p. 25-26), “A causa é ao mesmo tempo produtora do efeito que por seu turno gera a causa”.

Assim, a recursividade organizacional é a premissa básica que pauta o presente trabalho, e neste sentido, este alerta metodológico será dado novamente em outros momentos, tendo em vista que se busca construir a visão de uma série de elementos concorrendo de forma interligada, em detrimento de uma análise linear do problema.

## **2.1. Herança Inquisitória Lusitana**

Conforme indica Faria (2004, p. 104) o existente sistema de Justiça brasileiro passa por uma crise que pode ser identificada através da incapacidade da realização de certas funções consideradas essenciais. Ademais, explica que as raízes de tal fenômeno se encontram na própria formação histórica das instituições na justiça luso-brasileira e não em fatores contemporâneos.

Melhor explicando, temos que como herança da colonização lusitana, o Brasil incorporou um modelo idealizado de justiça, isto é, incorporou a organização e mentalidade portuguesa em uma sociedade cuja realidade era completamente diferente e incompatível com as instituições burocráticas europeias, verificando-se um profundo antagonismo entre a arquitetura do sistema jurídico e a realidade social e econômica que se propõe a regular.

Neste sentido, temos que historicamente falando, desde os primórdios do Brasil colonial, como instituição de feições inquisitórias forjada pelo Estado Nacional Português a partir das raízes culturais da Contrarreforma, com seus prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos, e, ademais, é sobretudo no campo da repressão ao crime e aos desvios que a mentalidade inquisitória se infiltra de forma mais vigorosa e produz seus mais consistentes efeitos (CARVALHO, 2010, p. 74-75).

Esta secular estrutura inquisitória identificou e caracterizou de forma precisa o papel dos agentes judiciais (principalmente magistrados e membros do Ministério Público). Nesta teia de poder, o protagonismo é exercido pelo Julgador, que deve aplicar a técnica necessária à obtenção da verdade, algo que do ponto de vista do discurso da teoria do sistema acusatório – supostamente adotado hodiernamente - seria inconcebível. Contudo, como nos informa Leonardo Boff (1993, p. 20) “mudam os sinais, mas não a lógica de um sistema totalitário e por isso repressivo de toda e qualquer diferença”.

Vale o alerta metodológico de que com a referência histórica que se faz ao período colonial e ao desenvolvimento das instituições luso-brasileiras não se busca criar qualquer ideia de linearidade do desenvolvimento histórico ou identificar raízes estáveis do problema, mas tão somente realizar a identificação destes elementos inquisitórios que perduram hodiernamente em nosso ordenamento.

### 2.1.1. O caráter estrutural do *Malleus Maleficarum*

Publicado em 1487, o *Malleus Maleficarum* (ou Martelo das Bruxas em português), obra de Jacob Sprenger e Heinrich Kramer é um manual escrito no auge da Inquisição Cristã, que tem seu conteúdo dividido em uma primeira parte que indica formas aos juízes de diagnosticar a ação de bruxas, uma segunda parte que se atém aos malefícios que bruxas são capazes de cometer, e uma terceira e última parte que se

configura como “um guia prático para acusar, processar e condenar a bruxa à morte” (SOUZA, 2014).

Este exaustivo manual de caça às bruxas se tornou um verdadeiro *Best Seller*, chegando a 29 edições publicadas entre 1487 e 1669, tendo vendido mais cópias do que qualquer outro livro à exceção da Bíblia no período. Nota-se que, apesar de ter sido banido pela Igreja Católica pouco após a sua publicação, uma nota falsa de aprovação do texto pela Universidade de Colônia inserida pelos autores foi o suficiente para dar à obra um caráter de oficialidade e se impregnar na crença popular daquela época, expandindo-se além da Alemanha para toda a Europa, mas, principalmente na Itália, Espanha e Portugal, daí, chegando a alcançar todo o mundo (KRAMER; SPRENGER, 2011, p. 8-9).

Devido a sua riqueza de detalhes e informações seria impossível resumi-lo neste trabalho, todavia, existem estudos<sup>1</sup> em que se detalha a constatação de aspectos estruturais do *Malleus* que se perpetuam na sociedade, e, sobretudo nos ordenamentos jurídico-penais.

Tais aspectos estruturais do *Malleus Maleficarum*, por mais mórbidos e sinistros que possam parecer, continuam presentes na realidade da prática forense, bem como são fortemente instigados pela Criminologia Midiática, vez que funcionais às suas intenções de enrijecimento do punitivismo.

Em detalhes, primeiramente temos que o *Malleus Maleficarum* estabelece o paradigma da “maximização da ameaça criminal”, algo fortemente presente no *modus operandi* da Criminologia Midiática. Nesta perspectiva, a altíssima frequência do delito exige medidas emergenciais, logo, da mesma forma que a necessidade de não permitir que a bruxaria se estendesse impune pela Europa impõe o comportamento emergencial dos inquisidores, hodiernamente se exige do operador do Direito a emergência contra o crescimento da criminalidade. Os noticiários e os jornais reproduzem uma situação de desordem, de ineficiência na atuação das autoridades, e os culpados imediatos são os juízes (as), promotores (as) e advogados (as), que operam a máquina punitiva.

Outra característica estruturante do poder punitivo registrada nesta obra e presente atualmente é o “uso de uma linguagem bélica”, que abertamente propõe a guerra do “nós” contra o “eles”. Esta forma de comunicação é amplamente utilizada pela Criminologia Midiática para chocar e intimidar os indivíduos, principalmente em programas

---

<sup>1</sup> Neste sentido, para detalhes conferir a conferência intitulada “As primeiras palavras da academia” de autoria de Eugênio Raúl Zaffaroni (2012, p. 48-58), no qual o autor aborda exaustivamente a questão.

policialescos – que possuem boa audiência, salienta-se - que incitam a violência política e até mesmo física contra determinados grupos específicos.

Naturalmente, mais do que simplesmente informar a apresentação da notícia, desta maneira se acaba por disseminar na sociedade este tipo de linguagem agressiva e bélica, polarizando ainda mais a guerra do bem contra o mal.

Contudo, é importante salientar que, no que pese a norma jurídica impor um papel de imparcialidade e respeito aos cidadãos, os agentes judiciais também reproduzem essa linguagem beligerante no exercício de suas funções. Naturalmente é fácil constatar que isso se dá de uma maneira bem mais sutil que no seio da sociedade – tendo em vista que a linguagem midiática é bem mais agressiva e que expressões obscenas podem ser excluídas dos autos pelo magistrado – mas por meio de uma linguagem igualmente violenta, pois revela que nem mesmo dentro da realidade virtual dos autos de um processo, que possui rígidas regras próprias, consegue-se conter a ânsia por retaliação.

Diante disto, estando impregnado na sociedade o armamentismo discursivo e a maximização da ameaça criminal, torna-se o pior criminoso aquele que se opõe à emergência, sendo comum visualizarmos na mídia severas críticas a juízes (as) e promotores (as) que atendem a critérios técnicos ou que privilegiam as garantias constitucionais em detrimento da satisfação do sentimento de segurança, bem como aos advogados (as) que buscam garantir direitos fundamentais fazendo uso do devido processo legal.

Da mesma forma que aquele que negava a capacidade das bruxas de voar era considerado herege, o agente judicial que não se submete aos anseios da criminologia midiática deve igualmente ser purgado do sistema jurídico pela sua incompetência bélica.

Outra característica estrutural ainda funcional é a neutralização de fontes de autoridade, isto é, quando o discurso de alguma autoridade se encontra em harmonia com os preceitos da criminologia midiática e da guerra contra o “eles”, então nada há de errado com tal declaração ou atitude, todavia, se em algum momento alguma dessas figuras assume uma postura em prol das garantias individuais, ou pelo menos de questionamento lógico sobre as falsas verdades disseminadas pela mídia, então essa pessoa certamente é um agente da desordem que torce pelo sucesso da impunidade e da criminalidade.

Kramer e Sprenger apesar de não deixarem claro qual a finalidade das bruxas ao fazer bruxarias afirmam que estas atendem a uma funcionalidade específica, qual seja a de criar o pânico moral instaurando o medo nos corações das pessoas. Da mesma forma, a criminologia midiática não indica de forma clara os motivos dos crimes, geralmente

passando a mensagem de decisão individualmente tomada pelo criminoso, haja vista que explicar toda a conjectura que circunda o fato demanda tempo, isto é, segundos valiosíssimos na grade da programação. Assim, de forma contraditória, afirmando a individualidade da decisão criminógena, ao mesmo tempo em que transfere os caracteres do criminoso a certas coletividades, rotulando-as, tem-se o crime como algo imprevisível, inevitável e sobre o qual estamos todos em constante ameaça.

Contudo, a pedra fundamental estabelecida com o *Malleus Maleficarum* e reproduzida até os dias de hoje com forte apoio de movimentos em prol do aumento da segurança em detrimento das garantias individuais é a “infalibilidade dos inquisidores”, que nunca erravam, não havendo registro de uma só bruxa que tenha se comprovado inocente – provavelmente devido ao fato de que cadáveres não se comunicam.

Logo, sendo a Acusação infalível, todos os meios para se alcançar a verdade são permitidos, neste sentido, a criminologia midiática prega a degradação ética do agente judicial, através da banalização da prisão preventiva, principalmente como forma de se estimular colaborações, flexibilização de direitos, violência discursiva, omissão de informações que possam favorecer o réu, e o principal, que é a adoção de uma hermenêutica notoriamente equivocada do ponto de vista técnico-jurídico, com o claro fim de se aumentar a punição a ser aplicada, transformando o Ministério Público em mera parte processual e o Magistrado em carrasco.

Por último, mas não menos importante, o *Malleus* trabalha com o reforço dos preconceitos sociais. Enquanto na época em que foi escrito se valia da ignorância das pessoas sobre bruxaria e sobre mulheres que não ocupavam a posição que lhes era dada pelo patriarcado, hoje a criminologia midiática se vale da ausência de conhecimento da população sobre as normas jurídicas.

Esses núcleos temáticos são reiterados até a atualidade em todas as criminologias legitimadoras do poder punitivo mais ou menos ilimitado, se bem que isso é feito com outros conteúdos culturais. Trata-se de algo assim como um programa de computação que se esvazia de informação e torna a se alimentar com outra: varia o conteúdo, mas o programa é sempre o mesmo. Daí o caráter estruturalmente fundacional do *Malleus*. (ZAFFARONI, 2012, p.54)

Ante o exposto, passa-se a discorrer sobre como esta estrutura inquisitória encontra graves semelhanças com o sistema jurídico-penal atual.



### **2.1.2. Semelhanças entre o sistema inquisitório lusitano e o sistema jurídico atual**

Primeiramente, é importante informar que não é o objetivo deste trabalho exaurir o debate sobre a manifestação de elementos inquisitórios no ordenamento jurídico nacional, pois o autor reconhece que tais elementos estão dissolvidos por toda a sociedade e merecem, portanto, estudo próprio, *exempli gratia*, a manifestação da herança inquisitória no ensino jurídico ou através da legislação penal.

Neste sentido, o que se busca com este tópico é apontar as principais semelhanças entre o sistema inquisitório lusitano inspirado na Contrarreforma, e o sistema penal brasileiro atual, para que se possa indicar em detalhes como tal herança tem se manifestado sobre os agentes judiciais.

Diante disto, o primeiro fator a ser tratado é a concepção ontológica do desvio, o que pode ser criticado em um primeiro momento, uma vez que, para muitos, as doutrinas moralistas que enxergam o crime como um pecado e as utilitaristas que afirmam o crime como um sintoma de periculosidade do autor, principais desdobramentos da perspectiva ontológica, estariam há muito superadas.

Todavia, a partir do momento em que se olha para a realidade e se leva em consideração que tais visões sobre o desvio potencializam modelos de direito penal do autor, que reprime comportamentos/condições individuais em detrimento da violação à bens jurídicos, percebe-se que estas ainda são ideias plenamente vivas e produzindo efeitos sobre a realidade, evidência disso, em termos de política criminal, são os constantes projetos de direito penal máximo (aumento das penas, criminalização de novas condutas) e tolerância zero com certos grupos de indivíduos, que propõe uma resposta rápida e eficiente contra o aqueles que passam a ser considerados inimigos da sociedade.

Prosseguindo, há de se reconhecer que o ensino jurídico clássico transmite a lição de que o sistema inquisitório seria caracterizado pelo sigilo, pela escritura, e principalmente pela concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única figura, enquanto que no sistema acusatório estas funções estariam divididas entre três figuras distintas, e estariam presentes a oralidade e a publicidade.

Todavia, no que pese o bom recebimento de parte do meio acadêmico a esta definição, este trabalho adota a perspectiva desenvolvida pelo Professor Franco Cordero (1986, p. 51), para o qual o estilo inquisitivo é identificável a partir de duas constatações: a) a sobrevalorização da imputação em relação à prova, configurando o primado da

hipótese sobre os fatos; e b) a conversão do processo em psicoscopia, ao estabelecer rito fatigante e isento de forma rígida.

Desta feita, ao se analisar o cenário atual do sistema jurídico penal, mais especificamente o grave problema da banalização e ausência de fundamentação dos decretos de prisão preventiva, os famosos modelos computadorizados de decisões, concretizando a medida extrema em pedaços de papel que mais parecem um despacho que uma decisão, percebe-se o preenchimento dos requisitos apontados por Cordero.

Isto porque, primeiramente, a banalização da prisão preventiva, constatada pelos índices quantitativos de presos provisórios - 41% da população carcerária composta de presos provisórios em 2013 segundo INFOPEN do Ministério da Justiça (DIPP, 2015, <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/02/05/prende-primeiro-pergunta-depois-41-dos-presos-no-brasil-sao-provisorios.htm>) - e objeto de vários trabalhos acadêmicos<sup>2</sup>, via de regra se concretiza graças à distorção dos conceitos jurídicos existentes nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, conceitos genéricos, mas que exigem, para sua correta aplicação, a identificação de fatores concretos, existentes nos autos.

Contudo, aqueles que atuam no sistema penal dizem que a ausência de fundamentação se tornou regra, revelando o primado das hipóteses sobre fatos, já que a prisão preventiva se consubstanciou em um verdadeiro adiantamento da pena (DIPP, 2015, <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/02/05/prende-primeiro-pergunta-depois-41-dos-presos-no-brasil-sao-provisorios.htm>).

Ademais, isto nos permite enxergar também uma sensível alteração no rito processual, caracterizado pela prisão do réu no início do processo e não ao final, confirmando a presença dos dois elementos tidos por Cordero como capazes de identificar um sistema penal como inquisitório, quais sejam, o primado das hipóteses sobre os fatos e transformação do rito processual. Assim, levando em consideração que no sistema inquisitivo o resultado é determinado *ex ante*, pois a conclusão posta em sentença deriva de prova antecipada à sua realização (CARVALHO, 2010, p.82), constata-se que o sistema inquisitório se faz mais presente do que ensinam os manuais.

No sistema inquisitório, portanto, os atos atribuídos ao juiz devem ser compatíveis com o citado objetivo. Em linguagem contemporânea equivale a dizer que o juiz cumpre função de segurança pública no exercício do magistério penal (PRADO, 2005, p. 105)

---

<sup>2</sup> Neste sentido, faz-se referência à Gloeckner (2009, p. 209-329) e Salo de Carvalho (2010, p. 27-58).

Desta feita, tentou-se demonstrar como o ordenamento jurídico atual carrega uma forte herança inquisitória oriunda da colonização portuguesa, para que mais adiante se possa indicar como este fator, somado à criminologia midiática tem influenciado os agentes judiciais a aplicar a lei de forma distorcida, com o fim de satisfazer o crescente sentimento de insegurança e impunidade.

## **2.2. Informação, desinformação e subinformação: Criminologia midiática e o espetáculo de marionetes**

Prosseguindo, o segundo gênero a ser tratado é um conjunto de elementos denominados pela doutrina de Criminologia Midiática, que pouco tem a ver com a Criminologia Acadêmica. Poder-se-ia dizer, que paralelo às palavras da academia, há outra criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada no que Zaffaroni (2012, p. 303) chama de “causalidade mágica”.

Este fenômeno, porém, não é recente. Desde que surge o poder punitivo, surgem as criminologias midiáticas, que apesar de não se basearem em fatos concretos ou argumentos que necessariamente obedeçam a critérios lógicos, acabaram por desempenhar um papel crucial na forma como as sociedades enxergaram e enxergam o crime e a repressão ao desvio ao longo da história.

Através do bombardeio de imagens, sem tempo para o pensamento reflexivo abstrato, a criminologia midiática constrói uma hierarquia de riscos da vida que em nada tem a ver com a real, um conceito de segurança bem peculiar, que abarca principalmente a prevenção ao delito patrimonial violento e ao tráfico de drogas, ignorando as estatísticas de mortes em acidentes de trânsito, suicídios, e até mesmo os homicídios praticados dentro do lar familiar, para identificar neles, no “inimigo”, a fonte de nossos males (ZAFFARONI, 2012, p. 308).

A velocidade e forma com as quais a informação é transmitida impossibilita qualquer tipo de reflexão mais profunda sobre a questão, não raro, o receptor da mensagem acaba por tomar como certo o que lhe foi dito, já que não lhe foi dada a oportunidade de pensar a respeito, sob pena de perder os detalhes da próxima catástrofe televisada.

Desta feita, o problema de tomar como certas tais premissas trazidas pela criminologia midiática é que esta cria uma realidade zoroástrica, no qual pessoas decentes estão sendo ameaçadas por uma horda de criminosos, que configuram um grupo separado do resto da sociedade, reivindicando maior repressão com base em uma causalidade mágica, segundo a qual maiores penas e maior arbítrio policial produzem maior prevenção dos delitos.

Os eles da criminologia midiática 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 (e o Judiciário) nos proteja de suas ciladas perversas, sem qualquer obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros, imaculados. (ZAFFARONI, 2012, p. 307)

Assim, neste cenário, a própria sociedade embriagada pelo medo e pela paranoia, clama por uma resposta imediata ao caso concreto - que como se sabe é impossível - aumentando, portanto, o sentimento de insegurança e a fome por punição.

Para a Criminologia Midiática, o juiz que respeita as garantias individuais é um obstáculo à luta eficaz contra o crime, pois nesta perspectiva, os criminosos são os dejetos do corpo social, produto normal de descarte do organismo social, que deve ser canalizado através de uma cloaca<sup>3</sup>, que é o sistema penal.

Neste sentido, a sociedade brasileira, influenciada pela criminologia midiática e pela herança inquisitória lusitana, cobra dos agentes judiciais que sejam meros limpadores destes dejetos. Juízes (as), promotores (as), advogados (as), policiais, deveriam todos abandonar o dever de zelo pelo ordenamento jurídico e se regozijar no combate sanitário ao inimigo.

Como um sinistro show de marionetes sem mestre de marionetes, agentes judiciais eventualmente abdicam da técnica e hermenêutica jurídico-constitucional para atender aos anseios da população, pois como seres humanos que são não querem carregar em si o peso e o fardo da insegurança e da impunidade, tão fortemente disseminado pelos jornais, que estampam diariamente a ineficiência do poder judiciário, sobretudo na seara penal.

Todavia, é importante ressaltar que este fenômeno não pode ser atribuído a uma entidade abstrata como “Estado” ou “Imprensa”, pelo contrário, é preciso ter em mente

---

<sup>3</sup> Para mais detalhes sobre a metáfora organicista do Direito Penal, conferir Zaffaroni (2012, p. 312)

que não há um “trono” para ser tomado ou uma “instituição” a ser destruída, mas na verdade uma interligada teia que envolve relações, sobretudo econômicas, apesar sua patente funcionalidade política.

Logo, no que pese os interesses dos grupos midiáticos serem de cunho notoriamente financeiro, a necessidade de defesa contra o eles criada pela criminologia midiática acaba por afetar drasticamente as relações de poder, a partir do momento em que a própria sociedade clama por aumento do controle e redução do espaço de liberdade social.

Diante disto, não há como evitar que se venha à mente a máxima foucaultiana de que o poder punitivo mais importante é o que se exerce sobre o nós.

Portanto, os movimentos contemporâneos de redução de garantias individuais em prol do aumento da segurança, instigados pela criminologia midiática, reclamam e exigem uma maior segurança, uma maior proteção contra o eles, sem perceber que com isso, estão “jogando pelo ralo” séculos de lutas de nossos ancestrais para a conquista das mesmas garantias que hoje se busca combater.

A partir deste ponto, passará a se discutir neste trabalho como esta conjectura tem influenciado os agentes judiciais, que, apesar do dever de zelo pelo ordenamento jurídico-penal, acabam por sistematicamente violá-lo para alcançar os fins deste neopunitivismo.

### **3. A CONFUSÃO ENTRE POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO PENAL: OS AGENTES JUDICIAIS COMO ADMINISTRADORES DO RISCO**

Uma grave distorção provocada pelo fenômeno explicado alhures se dá no campo da epistemologia do Direito Penal, mais especificamente, passa pela confusão que se faz entre Direito Penal e Política Criminal, seus conceitos e funções.

Melhor aduzindo, temos que quando um programa policiaisco apresenta a notícia de um crime grave e violento, geralmente - logo após anunciar a epidemia desta espécie delituosa - atribui aos agentes judiciais e ao sistema legal a corresponsabilidade pelo crime, sempre anunciando o delito como um fator que demonstra a incompetência do Poder Judiciário e a fragilidade das leis.

Todavia, ao se analisar em detalhes estas opiniões disseminadas pela mídia, percebe-se uma série de passos perdidos neste raciocínio. Primeiramente, porque os agentes judiciais nada podem fazer para prevenir crimes, tendo em vista que, via de regra,

a instauração de uma ação penal pressupõe a existência ou tentativa de um delito, caso contrário, estaríamos diante de um direito penal esquizofrênico, que combateria o autor antes mesmo do cometimento do crime (qualquer semelhança com o poder punitivo nazifacista não é mera coincidência).

Em segundo lugar, temos que, em suas raízes, conforme demonstrado no tópico anterior, o Direito Penal tem como função primordial a regulação do poder estatal de punir, principal desdobramento do monopólio “legítimo” da violência, tendo em vista que por muito tempo se puniu de forma irrestrita, tendo nossos ancestrais chegado a conclusão de que isso era indesejável e lutaram (e muitos morreram) para que isso fosse alcançado. Logo, essas críticas feitas pela mídia, apesar de representarem a opinião de grande parte da sociedade, não obedecem à lógica principalmente porque ignoram que o Direito Penal não é um meio de vingança privada da sociedade contra o delinquente, mas sim o conjunto de normas que disciplinam e mantêm (ou tentam manter) a dignidade do cidadão acusado, inocente ou condenado durante a persecução criminal.

Na verdade, os indivíduos que estão ferozmente criticando os agentes judiciais e o Direito Penal, estão emitindo opiniões sobre questões relacionadas exclusivamente ao campo da Política Criminal, mas, como esses propagadores de opinião raramente tem algum conhecimento concreto do ponto de vista científico sobre dogmática jurídico-penal, não conseguem reconhecer os passos perdidos em seus próprios raciocínios.

Assim, caso tivessem qualquer compromisso, ou interesse em informar de maneira precisa seus espectadores e ouvintes buscando o avanço da sociedade, poderiam de maneira legítima emitir sua opinião e propor mudanças na Política Criminal, direcionando sua crítica às autoridades que poderiam fazer de fato alguma coisa a respeito, todavia, no jogo midiático não há nenhum interesse senão o interesse financeiro, que se traduz in casu em audiência para os programas, que morbidamente são mais bem sucedidos quando feitos dessa forma, com pouca ciência e muito sangue.

Tal postura acaba por dar aos agentes judiciais uma nova tarefa: além de participar de audiências, redigir petições e tratar com os envolvidos, a Criminologia Midiática exige destes homens e mulheres a administração de todos os riscos envolvendo as relações humanas.

Melhor aduzindo, ao olvidar os demais elementos que circundam o crime e indicar o delito como uma decisão individual se está revestindo a conduta criminosa com o manto da incerteza, pois nunca se sabe quando e como eles irão agir; qualquer um pode ser a

próxima vítima, e alta repetição do delito indica que, mais cedo ou mais tarde, você será o próximo.

Todavia, basta que sejam feitos dois questionamentos para constatar a maximização dos riscos e da ameaça criminal: Quantas pessoas eu conheço se machucaram gravemente ou morreram em virtude de acidentes automobilísticos ou em virtude do uso de cigarro? E quantas pessoas eu conheço se machucaram gravemente ou morreram em virtude de delitos patrimoniais violentos? Não é preciso muito esforço para chegar à resposta.

Concretizando a concepção da sociedade de risco, uma sociedade pautada por crises relativas à política, ciência, Direito, para ficar em apenas alguns pontos de notável destaque. Essa sociedade autoconfrontada com seus medos passa então a conviver com a ansiedade, angústia, paranoias e histerias (GLOECKNER, 2009, p.107).

Assim, ao adotar a perspectiva organicista explicada alhures, do sistema penal como cloaca do organismo social, temos que os movimentos contemporâneos de redução de garantias individuais em prol do aumento do sentimento de segurança disseminados por toda a sociedade passam a exigir do Poder Judiciário a resolução de todos os problemas oriundos dos riscos das relações entre os indivíduos.

#### **4. DIREITOS DE STATUS NEGATIVUS OU PRETENSÃO DE RESISTÊNCIA À INTERVENÇÃO ESTATAL**

Estando construída e delimitada em detalhes a problemática em estudo, apresenta-se como inevitável o seguinte questionamento: diante do fortalecimento dos movimentos de redução de garantias individuais em prol do enrijecimento da resposta penal e do gerenciamento do problema da criminalidade por parte do Poder Judiciário, qual postura deve ser tomada pelo agente judicial que se opuser a esta forma de se operar o direito?

Melhor aduzindo, temos que, no que pese a expansão de tal fenômeno, ainda é possível aos agentes preservarem sua liberdade pessoal e profissional, pois possuem o direito e o dever de resistir a tais pressões midiáticas e populares. Neste sentido, a dogmática constitucional entrega a estes indivíduos uma poderosa arma na luta contra as coisas antijurídicas, qual seja a oportunidade de se proceder pela aplicação de uma rígida hermenêutica das normas constitucionais e infraconstitucionais, amplamente explorada pela doutrina e que se passará a abordar a seguir.

Conforme trazido por Martins e Dimoulis (2012, p. 51), os direitos de resistência correspondem à concepção liberal clássica que procura impor limitações à atividade do Estado, para preservar a liberdade pessoal, que inclui a atuação econômica, o usufruto da propriedade, e certamente, a liberdade de locomoção. Dessa forma, objetiva-se afastar quaisquer possibilidades de intervenções arbitrárias na esfera individual.

Neste mesmo sentido, aduzem que:

A essência do direito está na proibição imediata de interferência imposta ao Estado. Trata-se de um direito negativo, pois gera a obrigação negativa endereçada ao Estado, a obrigação de deixar de fazer algo. Trata-se de uma obrigação de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*) (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 50)

Em outras palavras, os direitos de resistência são aqueles que permitem aos indivíduos resistir à atuação Estatal diante de uma violação à esfera constitucionalmente garantida a todo cidadão, isto é, trata da possibilidade do titular do direito se defender da arbitrariedade estatal. Todavia, não é apenas o titular do direito que tem a capacidade para impedir a ação estatal violadora de direitos fundamentais, igualmente aptos são, também, os agentes judiciais, e em detalhes, temos que cabe ao Ministério Público a função de *custus legis* ou fiscal da lei, ao advogado (a) garantir que todos os direitos de seu cliente serão respeitados, e ao Magistrado, em função do artigo 93, IX da Constituição Federal, cabe o dever de fundamentação das decisões em conformidade com a ordem jurídica.

Portanto, estas figuras mencionadas acima tem o dever legal de atuar no sentido de coibir e impedir qualquer manifestação estatal em desacordo com o ordenamento jurídico, e o meio de se auferir isto se obtém através da observância a uma rígida metodologia de interpretação constitucional.

#### **4.1 Metodologia de exame de constitucionalidade de medida administrativa ou judiciária que limita direitos negativos (de resistência)**

Neste momento, faz-se necessário trazer a este estudo o roteiro de exame de constitucionalidade de medida administrativa ou judiciária que limita direitos negativos (de resistência) trazido pelos Professores Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis na obra “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais” (2012, p. 231 – 234) extraídos e adaptados da dogmática constitucional alemã.



Neste sentido, tem-se que cada um dos itens apresentados a seguir deve ser respondido na ordem em que aparecem, confirmando-se a violação a um direito fundamental quando se responder “sim” às duas primeiras questões e “não” a pelo menos um dos itens da terceira (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 234):

1. O comportamento ou status jurídico contemplado pela medida situa-se na área de proteção de um direito fundamental?
2. A medida intervém na área de proteção do direito fundamental contemplado pela medida?
3. A intervenção verificada é justificada constitucionalmente (intervenção permitida)?
  - 3.1. A medida tem fundamento legal?
  - 3.2. A medida aplica a lei (fundamento legal) em conformidade com a Constituição?
  - 3.3. A medida é clara e concreta?
  - 3.4. A medida respeita o critério da proporcionalidade?
    - 3.4.1. O propósito da intervenção é constitucionalmente admitido (lícito)?
    - 3.4.2. O meio de intervenção é constitucionalmente admitido (lícito)?
    - 3.4.3. O meio de intervenção é adequado ao alcance do propósito almejado?
    - 3.4.4. O meio de intervenção é necessário para o alcance do propósito almejado?

Assim, temos que o único caminho ao operador do direito prudente, que deseja zelar por uma práxis forense penal técnica, e em harmonia com a ordem jurídico-constitucional, é o de proceder por uma rígida hermenêutica das normas constitucionais em todos os atos e manifestações processuais e extraprocessuais - tendo em vista que também deve o agente judicial se postar de maneira respeitosa no meio social – como a sugerida acima.

Naturalmente, tem-se que o roteiro citado não é a única metodologia de hermenêutica constitucional existente, nada impedindo que o próprio operador a aperfeiçoe e detalhe em seu cotidiano, mas em essência, estas são as perguntas que devem ser feitas diante de toda e qualquer possibilidade de interferência no âmbito dos direitos fundamentais de resistência de um cidadão.

Quando se lança mão de uma técnica sistematizada resta pouco espaço para impressões pessoais e influências externas, tendo em vista que a resposta, do ponto de vista jurídico, é inevitavelmente atenta à sistematização da ordem constitucional não precisando de outros elementos que venham a lhe legitimar, muito menos quando tais elementos são oriundos de uma lógica corrompida, que é a lógica de uma sociedade embriagada pelo medo e pela paranoia.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO INEVITÁVEL ESVAZIAMENTO CIENTÍFICO

Piramo e Tisbe eram os dois jovens mais belos de toda a Babilônia, e coincidentemente moravam em casas contíguas, ambos muito apaixonados, queriam muito casar, porém seus pais não permitiam.

A casa dos dois era separada apenas por uma parede, na qual havia uma fresta produzida por alguma falha na construção, através da qual os apaixonados podiam se ver e trocar declarações de amor. Até que certo dia, não se controlando mais de tanto amor, os jovens decidem se encontrar e para isso combinam de fugir de casa à noite e se encontrarem próximo a uma amoreira que havia fora dos limites da cidade.

Tisbe chegou primeiro ao local e de repente uma leoa chegou bem próximo com a boca ensanguentada querendo se molhar na fonte. Ela então se escondeu em uma gruta, deixando seu véu cair sobre a terra. O felino viu o véu e o rasgou com os dentes ensangüentados. Quando Píramo chegou e não achou Tisbe, viu as pegadas do felino e o véu de sua amada todo rasgado e ensangüentado, se desesperou e decidiu morrer por causa da amada, desembainhou sua espada e feriu o próprio coração. Retornando ao local, Tisbe se deparou com o amado morto, entendeu a situação e decidiu também morrer junto com ele. Segundo a mitologia, foi por causa do sangue dos apaixonados que foi derramado aos pés da amoreira que os deuses se comoveram e decidiram dar a cor vermelha às amoras (DANTAS, 2015, <http://www.brasilecola.com/mitologia/piramo-tisbe.htm>).

Aqui, mais uma vez, se faz uso de um breve conto para ilustrar metaforicamente o cenário em que se encontra a dogmática penal e processual penal. Explicando, Píramo e Tisbe representam claramente Direito Penal e Política Criminal, que separados por uma parede e imposições externas – no caso, o abismo epistemológico que separa um campo do outro – ao buscar a todo custo se encontrarem encontrarão apenas a morte, isto é, o esvaziamento científico.

Isto porque, como se demonstrou ao longo deste trabalho, o Direito Penal para encontrar legitimidade enquanto monopólio legítimo da violência precisa obedecer a uma série de princípios norteadores, sob pena de se transformar em mera arbitrariedade estatal.

Todavia, a crescente influência de movimentos populares instigados pela criminologia midiática que clamam por uma maior repressão e menos garantias sobre os agentes judiciais acaba por produzir uma situação de distorção sistemática das normas

jurídicas com o fim exclusivo de combater a crescente criminalidade e, desta forma, encontrar aprovação social.

Assim sendo, somando esse fenômeno à forte herança inquisitória da colonização portuguesa, percebe-se um número cada vez maior de agentes judiciais incorporando na prática forense a luta contra a criminalidade em detrimento dos respeito às normas jurídicas, o que é revelado pelas altas taxas de encarceramento, sobretudo, de presos provisórios, dentre outros elementos.

Assim, como forma de combater tal cenário, buscou-se demonstrar como a obediência a critérios exclusivamente técnicos, no momento da hermenêutica das normas jurídicas é capaz de viabilizar a análise e aplicação do direito sempre em conformidade com o sistema jurídico-constitucional. Sendo este o único caminho juridicamente seguro a ser seguido por aquele aplicador do direito que privilegia os direitos fundamentais em detrimento dos anseios populares.

## REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. **Inquisição: Um Espírito que Continua a Existir**. In Manual dos Inquisidores. EYMERICH, Nicolau. Rio de Janeiro. Rosa dos Tempos; Brasília: EdUnB, 1993.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 290 p.

CORDERO, Franco. **Guida Alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986. 876 p.

DANTAS, Tiago. **"Píramo e Tisbe"**; Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/mitologia/piramo-tisbe.htm>>. Acesso em 26 de outubro de 2015.)

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 320 p

DIPP, Andrea. **Prende primeiro, pergunta depois: 41% dos presos no Brasil são provisórios**. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/02/05/prende-primeiro-pergunta-depois-41-dos-presos-no-brasil-sao-provisorios.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

FARIA, José Eduardo. **O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios**. In Estudos Avançados, v. 18, n. 51, 2004

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Juspodivm, 2009. 481 p

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 4 ed. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, 177p.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Ed. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 986 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012. 536 p. (Saberes Críticos). Organizado por Luiz Flávio Gomes

## **CRIMINAL LAW'S BURDEN: ANALYSIS ON THE STRENGTHENING OF PUNITIVISM AND ITS CONSEQUENCES ON THE DOGMATIC OF CRIMINAL AND CONSTITUTIONAL LAW**

### **ABSTRACT**

This paper discusses how the Mediatic Criminology has incited the growth of movements in society who advocate easing of individual rights as a response to the problem of social insecurity. Given the increasing pressure on operators of the law so that they can distort the laws in favor of the satisfaction of the collective feeling of security, it is necessary to pay attention to a strict methodology of interpretation of legal norms in the constitutional system. In this sense, it is concluded that this phenomenon turns out to influence the judicial officers, despite their duty of impartiality and respect for legal standards imposed on them by the constitutional order.

**Keywords:** Individual guaranties. Mediatic Criminology. Risk Criminal Law. Judicial Officers.