

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

PAULO EDUARDO DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR

PROCESSO PENAL E MÍDIA:  
A CULTURA DO MEDO E A ESPETACULARIZAÇÃO DOS JUÍZOS  
CRIMINAIS

São Leopoldo  
2012

PAULO EDUARDO DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR

PROCESSO PENAL E MÍDIA:  
A CULTURA DO MEDO E A ESPETACULARIZAÇÃO DOS JUÍZOS  
CRIMINAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Pós-Doutor Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2012

O48p Oliveira Junior, Paulo Eduardo Duarte de  
Processo penal e mídia: a cultura do medo e a  
espetacularização dos juízos criminais / por Paulo Eduardo Duarte  
de Oliveira Junior. 2012.  
159 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São  
Leopoldo, RS, 2012.

Orientador: Pós-Doutor Leonel Severo Rocha.

1. Processo penal. 2. Controle Social. 3. Mídia. 4. Direitos  
fundamentais. 5. Globalização. 6. Hipermodernidade. 7. Inimigo.  
judiciário. 8. Publicidade. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 343.1

À minha avó, **LORI DUARTE**,  
minha primeira mestra, por todo o seu afeto e valorosos ensinamentos.

## **AGRADECIMENTOS**

### **Aos meus irmãos**

AMANDA e LUCAS  
por todo o amor e carinho.

### **À minha mãe**

JOANA D'ARC OLIVEIRA DOS SANTOS,  
por sua integral disponibilidade.

### **Aos Doutores**

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI  
DARCI GUIMARÃES RIBEIRO  
JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA  
LENIO LUIZ STRECK  
LEONEL SEVERO ROCHA  
LUCIANO BENETTI TIMM  
MAURICIO REIS  
THAYSA SCHIOCCHET  
WILSON ENGELMANN

Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
pelas valiosas lições.

### **Às amigas**

ELISANDRA ROSA CUNHA  
MICHELLE BRAGA LUZ  
SABRINA PAZ MERKEL  
SANDRA MENDONÇA SUELLO DA SILVA  
SUELEN PONSONI  
pelo incentivo constante.

### **Aos advogados**

AMIEL DIAS DE LUIZ  
CARLOS ALEJANDRO  
MAIQUE BARBOSA DE SOUZA  
pelo suporte bibliográfico e respeitáveis considerações.

À Universidade do Vale do Rio dos Sinos, **UNISINOS**,  
pela excelência de ensino

À **CAPES** pela concessão da bolsa de estudos que me oportunizou a  
concretização deste mestrado.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a relação existente entre mídia, processo penal e controle social. Isso para saber a razão que fundamenta a exploração da notícia sobre o crime e sobre o investigado, pelos meios de comunicação de massa, bem como os reflexos deste trabalho da imprensa no resultado do processo, na sociedade, na pessoa do investigado e na política criminal. O método escolhido para o desenvolvimento do estudo foi o fenomenológico-hermenêutico e o seu resultado foi verificação de que a mídia explora a notícia sobre o crime com o único objetivo de atrair consumidores para os produtos de seus anunciantes. Contudo, desta conduta resulta a violação de muitos direitos de quem faz parte do processo penal, uma vez que a mídia mitiga a presunção de inocência e os direitos e garantias individuais do acusado. Isso porque promove julgamentos antecipados, que resultam na estigmatização de determinados cidadãos e na seletividade operada pelo próprio Estado, através de uma legislação simbólica, desenvolvendo o que se denomina de processo penal do inimigo. Por fim, a única saída para minimizar os reflexos da atuação midiática no processo é a veiculação da notícia sempre com esteio na presunção de inocência, ampla divulgação das sentenças absolutórias e condenações para as hipóteses de ilícitos causados pelo abuso do direito de informar.

**Palavras-Chave:** Controle Social. Direitos fundamentais. Estigmatização. Globalização. Hipermodernidade. Inimigo. Judiciário. Medo. Mídia. Política-criminal. Presunção de inocência. Processo penal. Publicidade. Risco. Seleção.

## ABSTRACT

*The objective of this study is to analyze the relationship between media, criminal and social control. That to know the reason underlying the exploitation of the crime and the investigation by means of mass communication as well as the reflections of this work of the press in the process output, in society, in the person of the investigation and criminal policy. The method chosen for the development of the study was the phenomenological-hermeneutic. And the result was the finding that the media operates on news of the crime with the sole purpose of attracting consumers to the products of their advertisers. However, this behavior results in the violation of many rights who is part of the criminal proceedings, since the media mitigates the presumption of innocence and the rights and individual guarantees of the accused. This is because it promotes early trials, which result in the stigmatization of certain citizens and selectivity operated by the state itself, through a symbolic legislation, developing what is called the prosecution of the enemy. Finally, the only way to minimize reflections of the media work in process is the placement of news always stay with the presumption of innocence, full disclosure of convictions and acquittals sentences for cases of illicit caused by abuse of the right to inform.*

**Keywords:** *Social Control. Fundamental rights. Stigmatization. Globalization. Hypermodernity. Enemy. Judiciary. Fear. Media. Political-criminal. Presumption of innocence. Criminal proceedings. Advertising. Risk. Selection.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 O PAPEL DA MÍDIA NA SOCIEDADE GLOBALIZADA: DA EXPANSÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO AO ESPETÁCULO DO DELITO E FORMAÇÃO DE JUÍZOS PARALELOS .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 A EXPANSÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA SOCIEDADE GLOBALIZADA .....</b>	<b>10</b>
2.1.1 Os meios de comunicação e seus antecedentes históricos.....	10
2.1.2 A atualidade dos meios de comunicação de massa: informação em tempo real.....	12
2.1.3 A notícia como produto da publicidade .....	20
2.1.4 A mídia de massa como instrumento de manipulação social.....	22
<b>2.2 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DE JUÍZOS PARALELOS E OS SEUS REFLEXOS NA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR.....</b>	<b>26</b>
2.2.1 A liberdade de imprensa e a administração da justiça.....	26
2.2.2 A imprensa como porta-voz da opinião pública: a justiça periodística .....	29
2.2.3 A publicidade como princípio processual .....	31
2.2.4 Da necessidade de limites sobre a publicidade do processo.....	36
2.2.5 Sobre os direitos do suspeito.....	38
2.2.6 A influência da mídia sobre a imparcialidade do julgador .....	43
2.2.6.1 A pressão exercida pela opinião pública .....	43
2.2.6.2 A prisão preventiva como fundamento para a manutenção da ordem pública.....	46
2.2.6.3 O afã de figuração dos magistrados.....	49
2.2.6.4 A influência da mídia sobre o convencimento dos jurados.....	51
<b>3 A POLITICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DA GLOBALIZAÇÃO: PROCESSO PENAL, SELEÇÃO E ESTIGMATIZAÇÃO COMO FORMAS DE CONTROLE SOCIAL.....</b>	<b>56</b>
<b>3.1 DIREITO (PROCESSUAL) PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE CRIMINALIZANTE.....</b>	<b>56</b>
3.1.1 Sobre os inimigos sociais .....	56
3.1.2 O processo penal do inimigo .....	62
3.1.3 Criminalização e seleção no sistema penal .....	68
<b>3.2 PROCESSO PENAL E CONTROLE SOCIAL .....</b>	<b>78</b>
3.2.1 O processo penal no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o garantismo .....	78
3.2.2 Investigação criminal: seleção e estigmatização .....	85
3.2.3 O papel do juiz e do Ministério Público ante a reforma do Código de Processo Penal.....	91

<b>4 A RETÓRICA DO RISCO E DA (IN)SEGURANÇA COMO FATORES DA NOVA POLITICA CRIMINAL .....</b>	<b>97</b>
<b>4.1 SOBRE A SOCIEDADE DO RISCO .....</b>	<b>97</b>
4.1.1 Dos riscos sociais .....	97
4.1.2 A demarcação da política na sociedade do risco.....	105
<b>4.2 INSEGURANÇA E MEDO SOCIAL .....</b>	<b>116</b>
4.2.1 sobre a dinâmica do medo.....	116
4.2.2 Sobre o medo e o mal.....	122
4.2.3 O medo do crime e a criminalidade do noticiário .....	124
4.2.4 A espetacularização dos juízos criminais .....	126
4.2.5 A exploração do crime como alternativa para vencer a concorrência no mercado da comunicação.....	130
4.2.6 A cultura do medo na sociedade da informação .....	133
<b>4.3 RISCO, INSEGURANÇA E POLITICA CRIMINAL.....</b>	<b>137</b>
4.3.1 A legislação (processual) penal na sociedade do risco .....	137
4.3.2 da racionalidade da legislação (processual) penal .....	140
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>152</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A notícia da execução das penas sempre seduziu a população. Igualmente, os meios de comunicação de massa sempre tiveram especial interesse sobre o processo penal. Por esta razão, a relação existente entre mídia e direito<sup>1</sup> merece ser estudada. Isso porque, inúmeros são os problemas que advém da divulgação, pelos meios de comunicação de massa, das notícias sobre o processo penal. De forma especial, sobre as pessoas investigadas pelo cometimento de uma conduta delitiva, ainda mais quando pertencem às camadas hipossuficientes da sociedade ou a outros grupos excluídos determinados.

Assim, objetivando analisar criticamente o tema proposto, determinando estes problemas, compreendendo os seus reflexos na sociedade e propondo alternativas para a sua solução, é que se desenvolvem os seus capítulos.

No primeiro capítulo, intitulado, “O papel da mídia na sociedade globalizada: da expansão dos meios de comunicação ao espetáculo do delito e formação de juízos paralelos”, se discute: a) como se deu a expansão dos meios de comunicação na sociedade globalizada, o que se faz a partir de um estudo sobre: os meios de comunicação e seus antecedentes históricos, a atualidade dos meios de comunicação de massa e a informação em tempo real, a notícia como produto da publicidade e, também, sobre a mídia de massa como instrumento de manipulação social; b) a influência da mídia na formação de juízos paralelos e os seus reflexos na imparcialidade do julgador, ponto em que se dá destaque para temas como a liberdade de imprensa e a administração da justiça, a imprensa como porta-voz da opinião pública, a justiça periodística, a publicidade como princípio processual, a necessidade de limites sobre a publicidade do processo, os direitos do suspeito, a influência da mídia sobre a imparcialidade do julgador, a pressão exercida pela opinião pública, as decretações de prisões preventivas com fundamento na ordem

---

<sup>1</sup> Como bem explica FERRAZ JUNIOR, o *direito* é muito difícil de ser definido com rigor, razão pela qual, conforme define o autor, compreender o que ele seja não é tarefa fácil. Assim, o termo *direito* é aqui empregado no sentido conhecido pelos juristas (preocupados com a decidibilidade de conflitos com um mínimo de perturbação social possível), qual seja, de forma preponderantemente dogmática. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**. 6.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p. 9-16).

pública, o afã de figuração dos magistrados e a influência da mídia sobre o convencimento dos jurados.

No segundo capítulo, intitulado, “A política criminal na sociedade da globalização: processo penal, seleção e estigmatização como formas de controle social”, se analisa: a) o direito penal e o direito processual penal do inimigo e a seletividade criminalizante, através de uma análise sobre os inimigos sociais, o processo penal do inimigo, a criminalização e seleção no sistema penal; b) o processo penal e o controle social, por meio de um estudo sobre o processo penal no Estado Democrático de Direito e apontamentos sobre o garantismo, sobre a Investigação criminal, sobre a seleção e estigmatização e, também, sobre o papel do juiz e do Ministério Público ante a reforma do Código de Processo Penal.

Por fim, no terceiro capítulo, intitulado, “A retórica do risco e da (in)segurança como fatores da nova política criminal”, se discorre sobre: a) a sociedade do risco, especificamente no tocante aos riscos sociais e à demarcação da política: sobre a relação entre direção política e mudanças técnico-econômicas na sociedade do risco; b) a insegurança e o medo social, por meio da crítica sobre a dinâmica do medo, a relação entre o medo e o mal, a cultura do medo e a mídia policial como fonte de lucro, onde se verifica como se dá a exploração do crime como alternativa para vencer a concorrência no mercado da comunicação, a cultura do medo na sociedade da informação e a espetacularização dos juízos criminais; e, ainda, o medo do crime e a criminalidade do noticiário; c) risco, insegurança e política criminal, discussão pautada por um debate político-criminal na sociedade do risco, pela dinâmica da legislação (processual) penal, pela crítica acerca da racionalidade da legislação (processual) penal e, finalmente, sobre a atualidade da política criminal, tema inserido nos aspectos de seleção e estigmatização.

Assim, com a análise crítica sobre os temas propostos se pode compreender a dimensão dos reflexos sociais resultantes da relação existente entre mídia, processo penal e controle social, naquilo que se denomina de cultura do medo e espetacularização dos juízos criminais, para fim de que se faça possível a propositura de alternativas capazes de minimizar os problemas que advém do conflito existente entre direitos e garantias fundamentais.

## 2. O PAPEL DA MÍDIA NA SOCIEDADE GLOBALIZADA: DA EXPANSÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO AO ESPETÁCULO DO DELITO E FORMAÇÃO DE JUÍZOS PARALELOS

### 2.1 A EXPANSÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

#### 2.1.1 Os meios de comunicação e seus antecedentes históricos

A evolução dos meios de comunicação tem impactos significativos na vida do homem e da sociedade em que ele está inserido, porque o fundamento de toda sociedade de homens é a comunicação, e é por intermédio dela que o ser humano estabelece convivência de forma a compartilhar com a sociedade em que vive, suas ideias, valores, sentimentos, interesses e crenças.<sup>2</sup>

Neste contexto, conforme argumenta Tavares<sup>3</sup>

[...] é certo que a sociedade moderna não pode abstrair-se dos meios de comunicação, pois eles são fatores indispensáveis ao fluente atendimento das necessidades essenciais à vida singular ou plural no grupamento social.

Contudo, cabe referir que a necessidade humana de se comunicar não surgiu na era moderna, mas sim em um tempo muito anterior aos conhecidos avanços tecnológicos. Na verdade, a história da comunicação tem origem mais remota, tendo início com as mais primitivas mensagens visíveis conhecidas: as representações pictóricas do Paleolítico. Estas pinturas, entretanto, não tinham por função comunicar, mas expressar. Mesmo assim, esta “arte pré-histórica” é a base documentada sobre a qual se constrói a história, ainda que hipotética, do meio de comunicação primário denominado “linguagem”.<sup>4</sup>

A completa evolução da linguagem é desconhecida, mas entre os fatos de maior relevância no seu processo evolutivo pode-se citar o desenvolvimento da escrita pelos sumérios, o princípio técnico da escrita com o uso de pincel e tinta

---

<sup>2</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 26

<sup>3</sup>TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.478.

<sup>4</sup>GIOVANNINI, Giovanni. **Evolução na Comunicação: do sílex ao silício**. Tradução de Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.p. 25.

pelos egípcios, o desenvolvimento do sistema alfabético fenício, e, por fim, a invenção do papel pelos chineses.<sup>5</sup>

A tecnologia de fabricação do papel foi, posteriormente, transmitida dos chineses para os árabes, que o introduziram no Ocidente. No século XIV, quando o papel já tinha se difundido por toda a Europa (em torno de 1450), *Gutenberg* desenvolve a tipografia, dando início ao desenvolvimento da imprensa e abrindo novos horizontes para a divulgação da mensagem escrita.<sup>6</sup>

Foi através das inovações técnicas, ligadas à Revolução Industrial, que se consolidaram iniciativas editoriais mais vinculadas à contemporaneidade, como a revista e o jornal. Neste período, houve uma grande transformação social advinda da inovação de Gutenberg.<sup>7</sup>

A cultura oral se transformou em cultura escrita e, no início do século XIX, o exercício da atividade editorial estava consolidado. O livro já não era mais o único meio de transmissão da mensagem escrita e a necessidade de informação se impunha cada vez mais.<sup>8</sup>

Desde o início do século XVI, circulavam nas sedes das grandes companhias comerciais noticiários e boletins com informações de caráter político e econômico (até então manuscritos). Contudo, no final do século, por iniciativa de sagazes editores e impressores, tais informativos transformaram-se em “livros de notícias”.<sup>9</sup>

Os livros de notícias não tardaram em acrescentar uma limitada quantidade de conteúdo e a serem publicados com periodicidade, sendo eles a gênese dos jornais, que na Inglaterra foram batizados de *News Papers*.<sup>10</sup>

O telégrafo também exerceu um papel fundamental no desenvolvimento dos sistemas de comunicação, porque possibilitou a primeira forma de comunicação à longa distância, permitindo canais de transmissão e de difusão de notícias

---

<sup>5</sup>GIOVANNINI, Giovanni. **Evolução na Comunicação: do sílex ao silício**. Tradução de Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.p. 28. et seq.

<sup>6</sup> Ibid., p.28

<sup>7</sup> Ibid., passim.

<sup>8</sup> Ibid., passim.

<sup>9</sup> FURTADO, Ismael. Comunicação e novas tecnologias. **Heterotopias**, Fortaleza: Book editora, v.1, p. 59-63, 2005.

<sup>10</sup> Ibid.,p. 59-63.

compatibilizados a um sistema de mídia em evolução (que, posteriormente, com a criação e aperfeiçoamento do telefone, fez com que a mídia e os jornais deixassem de ser destinatários das notícias e passassem a se mobilizar para pedir informações, além de sugerir iniciativas e estimular aprofundamento sobre determinados assuntos).<sup>11</sup>

Com a utilização do telefone, a organização interna nas redações dos diários sofreu uma significativa transformação porque deu origem aos escritórios de correspondência, pelo que a estrutura dos diários se fortaleceu com a utilização de enviados e correspondentes no exterior para poder divulgar notícias em primeira mão.<sup>12</sup>

Contudo, apesar das facilidades tecnológicas existentes, os custos para a operacionalização dos jornais não podiam ser compensados exclusivamente com a venda dos periódicos e, por isso, fez-se necessária à criação de uma nova fonte de rendimentos: a publicidade (o que, por consequência, trouxe diversas alterações na função informativa da imprensa, refletindo de forma significativa na sociedade e na administração da Justiça, conforme se analisará oportunamente).<sup>13</sup>

### **2.1.2 A atualidade dos meios de comunicação de massa: informação em tempo real**

Os meios de comunicação sempre exerceram um importante papel social na difusão de ideias e na formação de opinião. Mas, foi com o advento da informática que se escreveu mais uma página na história da comunicação: a informação instantânea, a notícia *online*, que a partir da Segunda Guerra Mundial, com o

---

<sup>11</sup> GIOVANNINI, Giovanni. **Evolução na Comunicação: do sílex ao silício**. Tradução de Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987. passim.

<sup>12</sup> *Ibid.*, passim.

<sup>13</sup> De acordo com Giovanni Giovannini, em 1876 foi inserido o primeiro anúncio econômico em um jornal cotidiano e o exemplo não demorou a ser seguido. Logo o jornal se deixou de ser somente uma folha de apelos dirigidos à consciência e um instrumento de divulgação de novos acontecimentos, para se transformar em uma empresa. P.167.

surgimento dos computadores e outras mídias eletrônicas, têm mudado a forma das pessoas trabalharem, viverem e, quiçá, pensarem.<sup>14</sup>

Desde então a sociedade passou a se caracterizar pela aceleração e disseminação da diversidade do conhecimento, proporcionado pelo processo evolutivo dos instrumentos de transferência de informação.<sup>15</sup>

Como consequência, face à amplitude do alcance dos meios de comunicação, hoje é possível distribuir produtos e serviços nos mais diversos lugares, bem como reparti-los nos mais diversos pontos do mundo.<sup>16</sup>

Por isso é que alguns estudiosos definem esta como sendo a era da comunicação.<sup>17</sup> Tal definição surgiu justamente pelo fato de as pessoas viverem um ritmo de tempo e de vida extremamente acelerado, recebendo milhares de informações diárias na chamada aldeia global.<sup>18</sup>

Neste ponto, destaca Tavares<sup>19</sup> que

[...] a cada minuto milhões e milhões de computadores se interligam, via telefônica, por todo o planeta, transmitindo bilhões e bilhões de informações, que viabilizam movimentações financeiras, facilitando o intercâmbio cultural e o inter-relacionamento entre pessoas e instituições de todo o globo independentemente da qualidade de cultura de cada povo.

Assim, se faz relevante a análise do papel dos meios de comunicação de massa na era da globalização pelo poder que eles têm na formação de opinião de forma ampla, uniforme, massificada, onde, na opinião de Pedrinho Guareschi, não são mais possíveis iniciativas, onde não se fazem mais perguntas, onde todos respondem da mesma maneira aos estímulos da publicidade.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> PHILIPS, E. Barbara. **City Lights: urban-suburban life in the global society**. 2ª ed. New York: OxfordUniversity Press. 1996. p. 45.

<sup>15</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Sociedade da informação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemasjurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2008. p. 360.

<sup>16</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 17.

<sup>17</sup> PHILIPS, E. Barbara. **City Lights: urban-suburban life in the global society**. 2ª ed. New York: OxfordUniversity Press. 1996. Preface XVIII.

<sup>18</sup> GUARESCHI, Pedrinho. **Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 1991.p.20

<sup>19</sup> TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 631 e 632.

<sup>20</sup> GUARESCHI, Pedrinho. **Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 1991.p.21.

Corroborando com este entendimento, Danilo Zolo explica que nas sociedades pós-industriais “globalizadas” dominadas pela comunicação eletrônica, diminui a capacidade de orientação cognitiva e de autoidentificação dos sujeitos expostos à pressão da mídia. Nas palavras do autor, explicando este fenômeno<sup>21</sup>

*A partir de los primeros años de la segunda posguerra, la comunicación televisiva y, algunas décadas después, la informática digital se consolidaron en Estados Unidos y después se difundieron rápidamente a nivel mundial. El medio televisivo le dio un gran impulso a la difusión nacional y transnacional de la publicidad comercial y, por tanto, a la disposición a comprar y a consumir. Pero, la “revolución informática”, favorecida por las tecnologías satelitales, ha ejercido una influencia todavía más profunda sobre los medios de comunicación de masa, no sólo en los sectores de la emisión televisiva y de la comunicación digital, en sentido estrecho, sino en el universo multimediático de las películas, los cartoon, los videojuegos, los videocasetes, los CD, y en general de la industria musical, el entretenimiento y el deporte<sup>20</sup>. En particular en la última década el proceso de integración comunicativa ha sido tan intenso y rápido que ha legitimado la idea de un “globalismo cibernético” capaz de “poner el mundo en red”, es decir, de implicarlo en una trama global de conexiones informáticas y comunicativas. Muchos autores recurren a la expresión “cultura global” y recomiendan el uso del concepto. Sostienen que el archipiélago global de la emisión televisiva que promueve la interacción entre las diferentes civilizaciones y culturas del planeta está favoreciendo el establecimiento de un diálogo intercultural y de una pacífica integración de las actitudes intelectuales, de los valores éticos y de las propensiones políticas. Está tomando forma una auténtica koiné cultural planetaria al tiempo que se reducen los fenómenos de “pseudos especificación” y de un conflicto armado entre los grupos culturalmente diferenciados<sup>21</sup>. La “cultura global” – una cultura cosmopolita, rica y compleja- prevalecería sobre los localismos y tribalismos tradicionales y sería, por tanto, la premisa para la formación de una global civil society. En síntesis, sería sobre todo el medio televisivo el artífice de la transformación que ha hecho del mundo anárquico de los Estados soberanos la “aldea global” profetizada por Marshall McLuhan, en la cual se expresa también una “opinión pública mundial”. Pero uno se puede preguntar si los medios de comunicación de masa se encuentran en capacidad de producir una auténtica integración global de las civilizaciones y de las culturas. Las dudas se refieren sobre todo a la capacidad de los medios televisivos de favorecer como tal una comunicación transparente, simétrica e interactiva entre los sujetos que emiten y aquellos que receptionan<sup>22</sup>. Y también se refieren a su idoneidad para promover la formación de una “esfera pública” que se sustraiga a la influencia de las corporaciones transnacionales, las cuales, en su mayoría, están establecidas en Estados Unidos y que en su conjunto pertenecen a los países de la OCSE, que monopolizan la emisión televisiva: entre estas se encuentran AOL-Time Warner, Disney, Bertelsmann, Viacom, Tele-Communications Incorporated, News Corporation, Sony y Fox. La comunicación publicitaria difunde mensajes simbólicos fuertemente sugestivos por todo el mundo que exaltan el consumo, el espectáculo, la competencia, el suceso, la seducción femenina y estimula en general las pulsiones adquisitivas<sup>23</sup>. Estos valores, netamente caracterizados en un sentido individualista, contradicen la idea misma de una “esfera pública” global. Para Robert Fortner, por ejemplo, la comunicación televisiva o cibernética no sólo no produce intimidad civil y la confianza política que está*

---

<sup>21</sup>ZOLO. Danilo. **Ciudadanía y Globalización**. In: Análisis Político. N.61.Bogotá: 2007. P.45-53. Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br>. Acesso em: 21/03/2012.

*en la base de las relaciones orgánicas de una “aldea”, sino que está en el origen de la automatización social de las metrópolis contemporáneas, donde las personas viven una al lado de la otra, sin conocerse y sin ninguna sensibilidad de empatía: es el espacio de la débil o de la debilísima solidaridad de la “sociedad tecnocrática”. En segundo lugar, se sostiene que los imponentes flujos comunicativos, que partiendo de los países más industrializados se propagan por el mundo entero, tienen como efecto una drástica reducción de la complejidad lingüística y cultural, de aplanamiento de los universos simbólicos y de homologación de los estilos de vida. Se prevé que la hegemonía de los sistemas de emisiones occidentales, siempre más refinados y sofisticados en el plano técnico, se reforzarán ulteriormente, antes que atenuarse, con el transcurrir de la globalización. Vendrán acelerados, por consiguiente, también los procesos de occidentalización no sólo cultural sino también lingüística del planeta.*

Neste contexto, se define por meios de comunicação de massa todos os meios de comunicação que operam em grande escala, atingindo e envolvendo virtualmente quase todos os membros de uma sociedade.<sup>22</sup>

Estes veículos de informação, nas palavras de McQuail, têm como característica mais óbvia o fato de serem desenvolvidos para chegar a muitos, sendo que “o conteúdo simbólico da mensagem é tipicamente fabricado de forma *standardizada*”. Isso porque as audiências potenciais são vistas como grandes agregados de consumidores anônimos.<sup>23</sup>

Esse entendimento, a partir da compreensão de Sanz Mulas<sup>24</sup> é a fonte da discussão que se faz sobre a influência da mídia de massa sobre a formação da opinião pública e sua conseqüente pressão sobre o Poder Judiciário, porque o problema

*[...] es que se ha dotado a los medios de comunicación social de un status especial que les asegura una posición determinante en la expresión y en la formación de la opinión pública, sobre todo debido a su capacidad de atraer una mayor atención mediante las técnicas de comunicación de masas adquiriendo un enorme valor político y económico. Lógico, pues, que sea por todos conocido como “cuarto poder”.*

Logo, para melhor compreender o funcionamento deste processo de comunicação de massas, é fundamental que se analise a dinâmica iniciada e

<sup>22</sup> MCQUAIL, Denis. **Mass Communication Theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.4

<sup>23</sup> MCQUAIL, Denis. **Mass Communication Theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 42.

<sup>24</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Medios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005, p. 5.

sustentada por contínuos avanços na comunicação e transporte, definida como globalização.<sup>25</sup>

Este termo é utilizado para definir o processo social no qual as restrições geográficas sobre os regimes cultural e social recuam.<sup>26</sup> Em outras palavras, globalização é o conjunto de processos atuantes em escala global, que ultrapassam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo mais interconectado.<sup>27</sup>

Na definição de Ulrich Beck, “globalização significa a desnacionalização, a erosão, mas também a possível transformação do Estado nacional em transnacional”.<sup>28</sup>

Assim, conforme ensinamento do autor, globalização “é o processo em cujo andamento dos Estados nacionais veem sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais”.<sup>29</sup> Na síntese de Bedin, globalização “é a configuração do mundo como um sistema global”.<sup>30</sup>

Objetivamente, globalização é o fenômeno de maior integração global, iniciado na década de 1990, em que as relações intercontinentais foram estreitadas por avanços tecnológicos no campo das comunicações e transporte, permitindo, além de uma maior integração entre as mais diversas sociedades e economias do planeta, a mais expressiva transformação da produção, distribuição e processo de comunicação global.<sup>31</sup>

Em termos gerais, a sociedade globalizada, pós-industrial, ou pós-moderna é vista como uma nova forma de organização social, espacial e econômica. É o tipo de

---

<sup>25</sup> ROSENAU, James. **The Study of Global Interdependence**. New York: Nichols, 1980. p. 29.

<sup>26</sup> WATERS, Malcolm. **Globalization**. New York: Routledge, 1996. p. 3.

<sup>27</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e estado contemporâneo**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 54.

<sup>28</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 36.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>30</sup> BEDIN, G. A. Estado, Cidadania e Globalização do Mundo: Algumas Reflexões e Possíveis Desdobramentos. In: Odete Maria de Oliveira. (Org.). **Relações Internacionais e Globalização: Grandes Desafios**. 2ª ed. Ijuí - RS: Editora UNIJUÍ, 1999. p. 134.

<sup>31</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. passim.

sociedade em que riqueza é baseada na capacidade de fornecer, compreender e usar a informação.<sup>32</sup>

Tavares<sup>33</sup> afirma que “alguns consideram que a globalização define uma nova era da história humana” já que ela, como se sabe

(..) aplica-se à várias situações, como por exemplo a interligação acelerada dos mercados internacionais, a possibilidade de movimentar bilhões de dólares por computador em alguns segundos, como ocorreu nas Bolsas de todo o mundo e a “terceira revolução tecnológica” (processamento, difusão e transmissão de informações).

Justamente por esta relação entre globalização e difusão de informação é que importa a análise da influência dos meios de comunicação social de forma massificada, instantânea, já que, nos dizeres de Alastair Greig, “nunca antes a mudança tecnológica havia sido tão aparente até a expansão do poder e capacidade dos computadores”.<sup>34</sup>

Com a popularização da internet (em conjunto com a televisão e telefone) já na primeira década da era globalizada, os números do mercado mundial de informação já eram impressionantes.<sup>35</sup>

Logo, como resultado do grande fluxo de informações e a aceleração tecnológica, as mudanças sociais são incontroláveis. Isso porque circuitos infoeletrônicos e imagens geradas por satélites encurtam as distâncias do planeta, permitindo que a explosão digital introduza usos compartilhados e interatividades.<sup>36</sup>

Nesta tarefa, a internet é o principal fator de redefinição do significado do termo mídia de massa, porque é através dela que empresas e particulares disponibilizam informações, áudio, vídeos, publicidade, pesquisas científicas,

<sup>32</sup> PHILIPS, E. Barbara. **City Lights: urban-suburban life in the global society**. 2ª ed. New York: Oxford University Press. 1996. p. 130.

<sup>33</sup>TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 730.

<sup>34</sup> GREIG, Alastair. **Challenging global inequality: development theory and practice in the 21st century**. New York: PalgraveMacmillan, 2007.p. 162-168.

<sup>35</sup> De acordo com UlrichBeck, no final do século XX existiam no mundo 1,26 bilhão de telespectadores televisivos; 80 milhões de celulares e 200 milhões de computadores, com a previsão de aproximadamente 1 bilhão de pessoas com acesso à *internet* nos primeiros anos do século XXI. (BECK. p. 87-88).

<sup>36</sup> MORAES, Denis de. **O planeta mídia: tendências da comunicação na era global**. Campo Grande: Letra Livre, 1998. p.9.

notícias, jogos e entretenimento em geral, de forma instantânea para um grande público.<sup>37</sup>

De acordo com Tavares,<sup>38</sup>

[...] a internet, no que tange às suas características, no respeito à economia, anonimato e velocidade, indesmentivelmente, vem suplantando em preferência os inúmeros meios de comunicação na esteira do fenômeno da globalização, expandindo-se, a cada hora, de forma absolutamente galopante e vertiginosa, em todas as áreas e campos de seu aproveitamento nos tempos hodiernos.

De fato, as informações na era da informação são geradas a todos os instantes, com cada vez mais celeridade e transmitidas pelos mais diversos meios, tais como cabos, satélites, *wireless*, telefonia celular, *sites*, DVD, cinema, televisão por assinatura, e uma infinidade de outros instrumentos da tecnologia moderna que têm como uma das suas principais características a ultravelocidade, que permite a sucessiva difusão de dados, sons e imagens em extensão global.<sup>39</sup>

Tudo isso evidencia que este é um cenário de convergências, no qual o ritmo acelerado dos avanços tecnológicos interliga tecnologias digitais, multimídia e realidade virtual, ou seja, a conexão entre telecomunicações, mídia e informática, que potencializa a multiplicação de conteúdo.<sup>40</sup>

Neste sentido, a televisão, o rádio, o telefone, e computador se integram em sistema de fluxos hipervelozes de acesso à informação e entretenimento, razão pela qual a informatização ativa a economia que se baseia na troca de dados.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> DIZARD, Wilson P. **A nova mídia: a comunicação de massa na era da informação**. 2ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 24.

<sup>38</sup> TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.631.

<sup>39</sup> David Rothkopf, quando aborda a difusão dos valores norte-americanos no mundo capitalista, assevera que o fenômeno da mundialização acaba abalando valores e referenciais culturais, razão pela qual as antigas identidades por laço comunitário acabam se perdendo. ROTHKOPF, David. In Praise of cultural imperialism. **Foreign Policy**. Washington, n.107, p. 38, 1997.

Danilo Zolo, por sua vez, em diálogo com Ulrich Beck, igualmente versando sobre a disseminação dos valores ocidentais (especialmente norte-americanos) no mundo globalizado, entende ser *exagerado pensar que "aglobalização cultural seja um rolo compressor que produz a 'ocidentalização' do mundo"*, tese sustentada Serge Latouch. ZOLO, Danilo. BECK, Ulrich. **A sociedade global do risco**. In: prim@facie. Ano 1. N.1, julho/dezembro. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br>. Acesso em: 21/03/2012.

<sup>40</sup> MORAES, Denis de. **O planeta mídia: tendências da comunicação na era global**. Campo Grande: Letra Livre, 1998. p.29.

<sup>41</sup> MORAES, Denis de. **O planeta mídia: tendências da comunicação na era global**. Campo Grande: Letra Livre, 1998.p.29

Desta maneira, a informação, que até pouco tempo não ultrapassava os limites locais de onde era gerada, passa a ser difundida simultaneamente em vários países do globo e atualizada a cada minuto devido ao avanço da tecnologia. A *Cable News Network* (CNN), por exemplo, já no fim do século passado, era líder mundial em veiculação de notícias 24 horas por dia pela televisão.<sup>42</sup>

Por conta disso, as companhias de mídia alicerçam novos domínios numa economia organizada e norteadas por um limitado número de companhias transnacionais. A mídia impressa, por exemplo, agencia novas soluções competitivas e já se imprime a edição inteira de um jornal em várias cidades, simultaneamente, por controle remoto, sendo que os dados são enviados em alta velocidade por ondas de rádio.<sup>43</sup>

Portanto, não restam dúvidas sobre o alcance global da informação na atualidade e nem sobre o estreitamento de vínculo existente entre sociedade, política e cultura, a partir dos meios de comunicação massificados. Aliás, a expressão comunicação de massa evoca uma ideia de multidão, uma vasta audiência de milhões de indivíduos.<sup>44</sup>

Assim, os meios de comunicação de massa estão presentes no dia-a-dia de toda a sociedade, e o resultado é que quase todas as pessoas ouvem rádio, veem filmes, leem jornal ou acompanham séries de televisão ou novelas<sup>45</sup>. Ademais, revistas e livros também estão por todos os lados já que a mídia está em todos os

---

<sup>42</sup>Ibid., p.43.

<sup>43</sup>Ibid., p.40-41.

<sup>44</sup>Mas o termo *massa* não indica, de acordo com a doutrina de Ana Lúcia Menezes Vieira, apenas a ideia de pluralidade, mas também sugere que os destinatários da notícia que integram a audiência, são indivíduos passivos, indiferentes, empobrecidos em suas relações pessoais, facilmente controlados pelos meios de comunicação. Entretanto, numerosas pesquisas atribuíram ao termo massa, no contexto da comunicação, uma concepção diversa da analisada pela autora. Nelas, o público receptor da mensagem não é facilmente manipulável, pois cada um que integra a massa possui uma história de vida e personalidade própria, não sendo meros espectadores da mídia (VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. passim.)

<sup>45</sup>De acordo com Melvin Defleur e Everette Dennis, hoje as pessoas estão fazendo mais uso da mídia do que nunca antes registrado. Somente a televisão desempenha um papel cada vez maior na vida das pessoas, sendo que o aparelho chega a ficar mais de 7 horas em funcionamento em cada lar americano. Por isso a televisão é mais lucrativa que o jornal impresso, já que os patrocinadores compram espaço na TV, baseados na lei dos grandes números (de audiência e lucro). DEFLEUR, Melvin L.; DENNIS, Everette E. **Understanding Mass Communication**. 2.ed. Boston, 1983. preface IX e p. 119.

lugares para suprir necessidades, vender produtos e serviços, trazer conhecimento, ou simplesmente oferecer entretenimento.<sup>46</sup>

### 2.1.3 A notícia como produto da publicidade

Efetivamente, os meios de comunicação de massa atingem hoje proporções nunca antes imaginadas, facilitando a integração entre as pessoas e facilitando o acesso à informação. Mas nada é de graça. Assim, uma vez definido o seu papel na sociedade globalizada e compreendida a grande extensão da difusão de informações pela mídia, cumpre ressaltar o papel desempenhado pelos anúncios publicitários na sociedade da informação, já que, conforme ensinamentos de Clifford Christians, “a publicidade é o interesse principal da comunicação”, já que “os anunciantes pagam na esperança de ter um retorno financeiro maximizado do seu investimento”.<sup>47</sup>

Como consequência da adoção desta nova fonte de recursos, os jornais, que tinham o escopo informativo, passaram a ter fim comercial e passaram a ser feitos pelo interesse de lucro, o que os tornou extremamente dependentes da publicidade.<sup>48</sup>

Corroborando com esta afirmação, a partir de uma análise histórica, Melvin Defleur e Everette Dennis destacam que, em 1880, vinte e cinco por cento do espaço total do jornal era destinado à publicidade. À época da Primeira Guerra Mundial este percentual já havia se elevado para cinquenta por cento e, hoje, o espaço publicitário reservado nos periódicos é superior a sessenta por cento.<sup>49</sup>

Na concepção de Maria Frascaroli “a notícia se converteu em mercadoria e como tal é tratada, o que significa que os meios de comunicação, em princípio, só se

---

<sup>46</sup>DEFLEUR, Melvin L.; DENNIS, Everette E. **Understanding Mass Communication**. 2. ed. Boston, 1983. p. 4.

<sup>47</sup> CHRISTIANS, Clifford G. **Media Ethics**. New York: Longman, 1983. p. 200.

<sup>48</sup> MCQUAIL, Denis. **Mass Communication Theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 23.

<sup>49</sup>DEFLEUR, Melvin L.; DENNIS, Everette E. **Understanding mass communication**. 2. ed. Boston, 1983. p. 112.

interessam pela informação que vende e descartam a informação essencial”.<sup>50</sup> Isso porque, de acordo com Edmund Carpenter, com o tempo, todos os meios de comunicação passaram a se utilizar da publicidade.<sup>51</sup>

Esta constatação vai ao encontro da lição de Eugene Goodwin<sup>52</sup>, quando, ao discorrer sobre a discussão da ética no jornalismo, afirma que

[...] ao contrário de muitos outros negócios, a mídia obtém seus lucros não diretamente do consumidor ou do público, mas, indiretamente, através dos anunciantes, que contribuem com 60 a 100 por cento da receita da maioria da mídia nos Estados Unidos. O consumidor não ganha nada de graça. O pagamento é feito através da compra dos produtos e dos serviços anunciados, cujos preços incluem o custo dos anúncios.

O resultado é que, ao assumir este modelo publicitário de caráter comercial, o objetivo principal dos meios de comunicação (agora com fim predominantemente econômico) deixou de ser a transmissão da informação, e passou a ser a captação e manutenção da atenção do público, já que alcançando elevados índices de audiência fica mais fácil vender esta probabilidade de atenção de potenciais consumidores aos anunciantes. Razão pela qual, na sociedade contemporânea, prender a atenção para atrair a publicidade é o fim imediato dos meios de comunicação de massa (grifo nosso).<sup>53</sup>

Exatamente neste sentido, Eugene Goodwin<sup>54</sup> conclui que

[...] o segredo do sucesso de qualquer meio de comunicação é conseguir uma audiência que, pelo menos, alguns anunciantes queiram ou precisem atingir. Não é necessário, nem mesmo desejável, conseguir atingir todas as pessoas ou todas as famílias de determinada comunidade, região ou nação. Se você tem uma audiência de algum tipo que certos anunciantes estejam interessados em explorar e pagar por isso, aí você pode conseguir singrar no negócio de comunicação.

Ademais, o que acaba impulsionando a tarefa de captação de anunciantes pelos meios de informação é justamente o fato de que hodiernamente todo o

<sup>50</sup>FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 211.

<sup>51</sup>CARPENTER, Edmund. Los nuevos lenguajes. In: CROWLEY, David; HEIER, Paul (Org.). **La comunicación em la história: tecnología, cultura, sociedad**. Barcelona: Bosch casa editorial, S.A, 1997. p. 331.

<sup>52</sup>GOODWIN, Eugene H. **Procura-se ética no jornalismo**. Tradução de Álvaro Sá. Rio de Janeiro: Editora Nórdica, 1993. P. 41.

<sup>53</sup>Denis McQuail explica que para muitos fins práticos, atenção é igual a (provável) consumo. <sup>53</sup>MCQUAIL, Denis. **Mass Communication Theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.56 e 57.

<sup>54</sup>GOODWIN, Eugene H. **Procura-se ética no jornalismo**. Tradução de Álvaro Sá. Rio de Janeiro: Editora Nórdica, 1993. P. 41.

empresário que pretende vender seus bens e serviços acaba se tornando dependente da publicidade.<sup>55</sup>

Este fenômeno, explicado por Marshall McLuhan, se verifica na medida em que “os próprios bens de consumo assumem cada vez mais o caráter de informação, sendo eles os maiores responsáveis pela manutenção dos meios de comunicação em geral”.<sup>56</sup> E, justamente por ter adquirido esta característica comercial, a mídia se tornou um indispensável elo entre a economia e o setor produtivo.<sup>57</sup>

Portanto, face a esta dependência econômica adquirida pela venda de produtos nos seus meios de difusão é que se tem a certeza de que sem publicidade a mídia dificilmente sobreviveria<sup>58</sup> já que a publicidade move o mundo da mídia e a torna poderosa.<sup>59</sup>

#### 2.1.4 A mídia de massa como instrumento de manipulação social

Uma vez que meios de comunicação de massa se tornaram dependentes da publicidade, tendo a sua existência condicionada ao patrocínio recebido, a estratégia utilizada pela mídia para alcançar o seu objetivo sofreu algumas interferências. Assim, para manipular o seu público (no intuito de condicioná-lo aos interesses dos anunciantes) a mídia passou a dissimular a mensagem para tornar maiores as possibilidades de manipulação.<sup>60</sup>

Partindo desta concepção, não restam dúvidas de que a mídia de massa passou a exercer considerável influência sobre a sociedade contemporânea,

---

<sup>55</sup>MCLUHAN, Marshall. **Understanding Media: the extensions of man**. Tradução de Décio Pignarati. São Paulo : Editora Cultrix, 1971. p. 55.

<sup>56</sup>Ibid., p.55.

<sup>57</sup>DEFLEUR, Melvin L.; DENNIS, Everette E. **Understanding mass communication**. 2.ed. Boston, 1983. p. 3.

<sup>58</sup>Ibid., p. 112.

<sup>59</sup>POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Sociedade da informação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre : EDIPUCRS. 2008. p. 363.

<sup>60</sup>SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 11.

exercendo um grande poder sobre ela,<sup>61</sup> qual seja, o poder de formação e controle da opinião pública, o poder de manipulação social.<sup>62</sup>

De fato, como bem observam André Callegari e Maiquel Wermuth, “uma das características da sociedade globalizada é a influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos”.<sup>63</sup>

De acordo com os autores,<sup>64</sup>

[...] na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam.

É neste mesmo sentido que Frascaroli afirma que os meios de comunicação efetivamente influem de uma forma significativa na formação da opinião pública,<sup>65</sup> que no entendimento de Sanz Mulas, é o espaço em que as ideias, crenças e sentimentos relacionados à sociedade, são recebidos, projetados, condicionados e, às vezes, determinados.<sup>66</sup>

Tais argumentos encontram fundamento na medida em que os espectadores vivem em um mundo de realidade mediada. Cada vez mais falam e pensam sobre gente que não conhecem e de lugares onde nunca estiveram.<sup>67</sup> Isso porque a comunicação constrói a imagem das pessoas, cria identidade pessoal e social. A coisa existe ou deixa de existir na medida em que é comunicada, veiculada. Por isso é que se afirma que aquele que detém a comunicação, detém o poder, na medida

---

<sup>61</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública.** Comares, Granada, 2005. p. 5.

<sup>62</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales.** Madrid: Trutta, 2003. passim.

<sup>63</sup> CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

<sup>64</sup> Ibid. p. 43.

<sup>65</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 194.

<sup>66</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública.** Comares, Granada, 2005, p. 5.

<sup>67</sup> CARPENTER, Edmund. Los nuevos lenguajes. In: CROWLEY, David; HEIER, Paul (Org.). **La comunicación em la história: tecnología, cultura, sociedad.** Barcelona: Bosch casa editorial, S.A, 1997. p. 362.

em que quem detém a informação define quais grupos sociais são melhores e piores, qual produto é bom e qual é ruim, qual é a ideia certa e qual é a errada.<sup>68</sup>

Desta forma, a posse do poder comunicador pode se tornar instrumento de manipulação, porque permite dominar a partir da interioridade da consciência do outro, criando adesões que interiorizam a verdade e a evidência do mundo do dominador, condenando e estigmatizando a prática e verdade do oprimido como prática anti-social.<sup>69</sup>

Este fenômeno se verifica porque os meios de comunicação, mais do que refletir o processo social sobre o qual informam, intervêm no processo para instigar reações às suas notícias e depois informar sobre estas reações.<sup>70</sup>

Neste contexto, não restam dúvidas que o crescimento e abrangência dos meios de comunicação são tão fortes que a mídia está desbancando e relativizando o controle exercido por outras instituições, como a escola, as igrejas, a família etc.<sup>71</sup>

Isso porque, parafraseando Pedrinho Guareschi, na medida em que a comunicação eletrônica aumenta, a fala diminui. Ademais, a mídia apresenta, de forma célere e sofisticada, a solução eficiente para todas as necessidades, respostas prontas para todos os questionamentos.<sup>72</sup>

Neste contexto, denunciando esta influência dos *mass media*, Sanz Mulas caracteriza como grave as maiores possibilidades de manipulação advindas dos novos veículos técnicos de informação de massa e alerta sobre o perigo da dissimulação da mensagem pela mídia.<sup>73</sup>

Tal preocupação se justifica porque, citando Maria Frascaroli, “os meios de comunicação não apenas se limitam a refletir a opinião pública, mas pelo contrário, são responsáveis por construí-la”.<sup>74</sup> Assim, a abordagem tendenciosa de assuntos

---

<sup>68</sup> GUARESCHI, Pedrinho. **Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 1991. 14 e 15.

<sup>69</sup> GUARESCHI, Pedrinho. **Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 19.

<sup>70</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 195.

<sup>71</sup> GUARESCHI, op. cit., p. 19 e 21.

<sup>72</sup> Ibid. p. 19 e 21.

<sup>73</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005, p. 11.

<sup>74</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 194.

de interesse geral, bem comum e problemas coletivos, de forma simples e espontânea vai gerando consciência insensível de sentimentos acerca de um determinado assunto ou acontecimento determinado.<sup>75</sup>

No mesmo sentido, Díez Ripollés<sup>76</sup> argumenta que

*[...] por opinión pública ha de entenderse, en el plano operacional en el que nos movemos, la opinión de un colectivo cualificado de personas, más concretamente, de aquellas que determinan los contenidos de los medios creadores de opinión. Me refiero, entre otros, a los redactores, guionistas o editorialistas, a los articulistas y monetaristas habituales y, en general, a todos aquellos que tienen capacidad significativa para seleccionar las materias a tratar y para decidir el modo de aproximación y énfasis en ellas; y no se puede olvidar, desde luego, a los diferentes sectores privados, corporativos, políticos... que, en el entorno de esos medios, se las arreglan para condicionar o influir en sus contenidos.*

Esta é motivação que fundamenta o entendimento daqueles que veem a relação entre os meios de comunicação de massa e o Poder Judiciário como um problema moderno que atinge a independência dos que julgam, sendo eles juízes técnicos ou jurados. Porque a mídia influencia a opinião pública massiva e esta, como consequência, - nos casos de interesse social - pressiona o julgador, que pode acabar decidindo por parâmetros equivocados.<sup>77</sup>

Esta influência se dá, conforme ensinamentos de André Callegari e Maiquel Wermuth<sup>78</sup>, por interesses mercadológicos que estimulam a mídia a um

*[...] falseamento de dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o “crime” como rentável produto, respondendo às expectativas da audiência ao transformar casos absolutamente *sui generis* em paradigmas, aumentando assim, o catálogo dos medos e, conseqüentemente e de forma simplista como convém o discurso vendável, o clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva.*

Por fim, comentando acerca do processo de construção da realidade, indispensável à manipulação midiática, Antoine Garapon denuncia a tarefa de seleção de imagens e textos, além de fazer referência a este obscuro trabalho de

<sup>75</sup> Ibid., p. 192.

<sup>76</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p. 28 e 29.

<sup>77</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 182 e 183.

<sup>78</sup> CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.46.

montagem onde o sentido é pré-preparado e o julgamento induzido no sentido de controlar a sociedade.<sup>79</sup>

## 2.2 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DE JUÍZOS PARALELOS E OS SEUS REFLEXOS NA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

### 2.2.1 A liberdade de imprensa e a administração da justiça

A liberdade de expressão e informação é de extraordinária relevância em uma sociedade democrática, pois faz possível a opinião pública e plural, sem a qual dificilmente se pode falar em democracia. De acordo com Sanz Mulas “tal libertad tiene como función prioritaria la de garantizar la existencia del pluralismo político y el ejercicio del control político por el pueblo”.<sup>80</sup>

É neste sentido que se entende a imprensa como imprescindível para a sociedade, já que sem ela não se poderia sequer cogitar da liberdade, razão pela qual os meios de comunicação são indispensáveis na sociedade moderna.<sup>81</sup>

Por isso, ainda ressaltando as qualidades dos veículos de comunicação de massa é que Tavares<sup>82</sup> afirma que

[...] a Imprensa tem importantes funções, tais como a divulgação de informações e a formação da opinião pública sendo valiosa a participação da Imprensa, através dos seus diversos setores, na difusão de assuntos relativos à cultura em geral, o que consubstancia uma inestimável contribuição ao aprimoramento intelectual dos povos.

Ademais, a liberdade de imprensa é um direito fundamental, constitucionalmente protegido, sendo expressa a proteção à liberdade de manifestação do pensamento e vedada qualquer restrição ao seu exercício<sup>83</sup>. Isso

<sup>79</sup> GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.p. 285.

<sup>80</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 03.

<sup>81</sup> TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p. 478.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 481.

<sup>83</sup> O caput do artigo 220 da Constituição Federal, dispõe que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer

porque, como afirma Ana Vieira, os meios de comunicação exercem a indispensável função social de informar, esclarecer, propor debates, sendo impossível imaginar uma sociedade democrática que prescindia de informações.<sup>84</sup>

Assim, neste contexto, uma vez que a liberdade de informação é imprescindível à sociedade e considerando que os cidadãos querem e devem conhecer mais diretamente o funcionamento de seus tribunais, Sanz Mulas defende a necessidade de se facilitar aos meios de comunicação seu trabalho mediador da informação com os cidadãos, já que, conforme a autora, a mídia pode decodificar a complicada e rebuscada linguagem judicial.<sup>85</sup>

Por isso, explica Maria Frascaroli, “há quem defenda que os magistrados devem conviver com a imprensa administrando a informação para que esta seja dada corretamente à comunidade, o que não se trata somente de contar a notícia, mas dá-la abertamente”.<sup>86</sup>

Assim, Justiça e imprensa estão condenadas a viver em conjunto e a existência desta relação é absolutamente indispensável em uma sociedade democrática.<sup>87</sup>

Contudo, cabe lembrar que os meios de comunicação também estão subordinados ao Direito, motivo pelo qual devem respeitar certos limites.<sup>88</sup> Isso porque os tribunais devem suportar a publicidade, mas isso não significa que a liberdade de expressão e informação não se sujeite a uma série de exigências com o fim de não alterar o normal desempenho da atividade jurisdicional.<sup>89</sup>

---

restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. In: Vademecum Saraiva. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

<sup>84</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.33.

<sup>85</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p.17.

<sup>86</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p.180.

<sup>87</sup> MULAS, op.cit.,p.17.

<sup>88</sup> TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002.p.481.

<sup>89</sup>MULAS, op.cit.,p. 08.

Assim, faz-se essencial que se tenha cautela em relação aos informes noticiados nos meios de comunicação, face à grande influência que exercem na formação da opinião pública.<sup>90</sup>

Esta cautela se justifica em razão de que a exploração comercial das notícias sobre o processo, sobre o crime e sobre o acusado, pode prejudicar a independência do julgador para decidir livremente e trazer prejuízos também à sua imparcialidade.<sup>91</sup>

Ademais, por impulso da imprensa a opinião pública aparece como um fiscal que sai a caçar culpados, de modo que o juízo penal parece converter-se em um processo público, inquisitorial, onde, nas palavras de Frascaroli, “o veredicto da imprensa é considerado mais inquestionável que os ditames da própria justiça”.<sup>92</sup>

Tudo isso evidencia um modelo próprio de investigação em que os conflitos são definidos, ajuizados e castigados pela mídia, que acaba por influenciar a opinião pública consideravelmente.<sup>93</sup> Nestes casos, a presunção de inocência faz-se praticamente impossível, já que a influência midiática age no sentido de inverter este princípio.<sup>94</sup>

Portanto, no sentido de restabelecer o equilíbrio existente entre o direito de informar e o direito que se tem a um processo justo, é necessário que se evitem os juízos paralelos, especialmente das causas penais, porque não obstante a sociedade tenha direito de receber informação sobre os julgados, o procedimento jurisdicional não pode receber influências do espetáculo, sob o risco violação às garantias constitucionais.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> GUARESCHI, Pedrinho. **Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 1991.p. 15.

<sup>91</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 182-183.

<sup>92</sup> Ibid., p. 196.

<sup>93</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 06.

<sup>94</sup> Ibid., p.11.

<sup>95</sup> Ibid., p.15.

## 2.2.2 A imprensa como porta-voz da opinião pública: a justiça periodística

Na contemporaneidade, se verifica não somente um crescente interesse da sociedade por conhecer das decisões dos processos penais, mas também um grande número de informações e opiniões sobre eles, o que tem estreitado a relação existente entre o processo e a opinião pública, sendo a imprensa o seu elo de ligação.<sup>96</sup>

Esta questão, abordada sob a perspectiva de Maria Frascaroli,<sup>97</sup> expressa um modelo de controle social sobre a atividade judicial, constituindo para alguns uma fonte de riscos, porque consideram que

[...] publicidad del proceso y distanciamiento respecto de la opinión pública son dos fuerzas si no antagónicas, al menos contrastantes. Lo fundamentan diciendo que como en la moderna sociedad de masas casi nadie va a controlar los juicios penales, el aludido control social queda reducido a lo que la prensa quiera publicar, con mayor o menor cuota de amarillismo; entonces, este traslado del control ciudadano sobre la justicia a la prensa, puede convertirse en un gran medio de *distorsión* de la opinión social en el caso de que la prensa no cumpla con su código ético más hondo, que es informar sin manipular.

Isso porque o poder persuasivo da mídia de massa forma um convencimento do público, que é filtrado até chegar na pessoa do juiz.<sup>98</sup> Como resultado o controle social passa a possuir novos contornos, já que a tarefa de administração da justiça passa a ser cada vez mais controlada pela imprensa, transformando-se no que Sanz Mulas classifica como sendo “*justicia periodística*”.<sup>99</sup>

Por isso, a opinião da imprensa, como porta-voz da opinião pública, configura uma pressão que pode condicionar o âmbito de aplicação da lei e também orientar a decisão dos juízes, razão pela qual as interferências dos meios de comunicação de massa, através de juízos de valor que tendem a pré-formar ou substituir a sentença

<sup>96</sup> FRASCAROLI, op.cit. p. 193.

<sup>97</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 193 e 194.

<sup>98</sup> Ibid., p. 183.

<sup>99</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005.

judicial, têm sido conceituadas por alguns como “absolutamente inaceitáveis”, já que não podem levar a horrível tentação de suplantar aos juízes, pela imprensa.<sup>100</sup>

Díez Ripollés<sup>101</sup>, discorrendo acerca das atividades realizadas pela mídia para a formação da opinião pública sobre a criminalidade, assevera que

[...] los medios realizan diversas actividades para lograr el reconocimiento y a la delimitación sociales del problema. Ante todo, trazan los contornos de éste, lo que llevan a efecto tanto reiterando informaciones sobre hechos similares, actividad que con frecuencia ya vienen ejecutando desde la etapa anterior, como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso realizando concepciones nuevas de hechos criminales ya conocidos; todo ello puede originar, incidental o intencionalmente, una percepción social de que existe una determinada ola de criminalidad, lo que refuerza la relevancia del problema. En segundo lugar, destacan los efectos perjudiciales de la situación existente, dañosidad que pueden referir ámbitos sociales muy distintos y desenvolver simultánea o alternativamente en planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales.

Assim, o veredicto da imprensa é aceito como incontestável pela opinião pública, já que, frente aos poderosos meios de comunicação de massa, o indivíduo é facilmente orientado e torna-se objeto passivo que recebe um enorme número de informações, ficando exposto e vulnerável à opinião da mídia.<sup>102</sup> Resultado disso é que uma forte condenação ou absolvição social antecipada põe em risco a imparcialidade dos juízes, que podem sentir-se motivados (quando não pressionados) a resolver segundo o sentido dessa opinião pública.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> FRASCAROLI, op.cit., p. 183 e 197.

<sup>101</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.28.

<sup>102</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 97 e 200.

<sup>103</sup> Ibid. p. 202.

### 2.2.3 A publicidade como princípio processual

O Estado Democrático é fundado no princípio da soberania popular e pressupõe a efetiva participação dos cidadãos na atividade dos poderes estatais. Portanto, a participação do povo na condução das decisões governamentais é da própria essência caracterizadora do regime democrático. Logo, para que a democracia se realize - para que os cidadãos possam de fato participar do processo político, ou seja, da discussão dos fins e de tudo que possa envolver o Estado - é preciso que haja publicidade<sup>104</sup> dos atos de governo.<sup>105</sup>

No mesmo sentido, Sanz Mulas<sup>106</sup> afirma que a publicidade dos atos de governo é característica da democracia, sendo que a publicidade se aplica tanto aos atos do Executivo, quanto aos atos do Legislativo e Judiciário, visto que

*[...] en un Estado democrático como el nuestro, la publicidad es sin duda un principio esencial en la actuación de los poderes públicos; puesto que el Estado no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de los ciudadanos. Esto es, tanto desde el punto de vista político como desde el jurídico, la transparencia es una exigencia fundamental en una organización en la que el poder procede del pueblo y, tanto, la legitimidad de los gobernantes descansa en el consentimiento libremente expresado y periódicamente renovado de los gobernantes.*

Fauzi Choukr corrobora com este entendimento, e leciona que a publicidade, entendida como garantia inarredável para a consecução de um processo democrático, foi matéria na Constituição Imperial (art.159), na Republicana de 1934

---

<sup>104</sup>Publicidade é a “qualidade do que é público”. Público (do latim *publicu*) é aquilo “que pertence ou é destinado ao povo, à coletividade [...] conhecido de todos, manifesto, notório [...] que se realiza em presença de testemunhas, em público; não secreto: sessão pública”. Por conseguinte, publicar pressupõe fazer notória uma coisa, divulga-la ao conhecimento geral, manifestá-la publicamente, em face de todos. De acordo com Ana Vieira, publicidade processual é o atributo daquilo que deve ser divulgado, “assegura o conhecimento e a presença em todos os atos do processo não só daqueles que tenham interesse direto no resultado da decisão, mas também dos demais membros da coletividade, é dizer, de qualquer um do povo”. Portanto, qualquer pessoa, mesmo que não tenha interesse imediato ou direto no fato, no resultado ou decisão final, poderá tomar conhecimento da matéria tratada. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 73.

<sup>105</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 63 e 73.

<sup>106</sup>SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 07.

(art. 113, § 35) e, igualmente, no texto da Constituição da República de 1988 (art. 5º, LX).<sup>107</sup>

Neste diapasão, Ana Vieira complementa dizendo que<sup>108</sup>

[...] no Poder Judiciário, os magistrados – representantes de uma parcela do poder estatal – não são eleitos pelo povo, portanto há a necessidade de esses magistrados se legitimarem por meio da publicidade, da divulgação de seus atos, para serem acessíveis e encontrarem respaldo na opinião pública.

A partir do momento em que o público conhece a atuação judicial, as questões discutidas nos tribunais, interessa-se mais pelos resultados, portanto fiscalizam os juízes, exigindo deles uma reta aplicação da lei. Daí a importância da publicidade dos atos de governo para o exercício da democracia. Esta pressupõe o direito dos cidadãos à informação e ao conhecimento, sem os quais não existe consciência de vontade soberana e possibilidade de controle do poder.

Entretanto, não satisfaz a simples informação do processo penal para as partes envolvidas, mas aquela informação cujo fim é efetivar a participação popular no fenômeno jurisdicional. A publicidade não deve servir apenas à realização de uma exigência legal de forma dos atos do processo, deve visar à transformação do mundo externo pelo povo que é seu principal destinatário.

Assim, modernamente, a publicidade processual, mais que uma característica intrínseca e necessária à realização dos atos jurisdicionais, tem o objetivo de propiciar aos membros da comunidade a manifestação e efetiva fiscalização dos órgãos administradores da Justiça.

Segundo a autora, especificamente sobre a publicidade dos atos processuais, é necessário manter sempre acesa a ideia de que todo o procedimento deve ser feito a “portas abertas”.<sup>109</sup> Por esta razão, se referindo à publicidade dos atos processuais nos casos submetidos ao Tribunal do Júri, sentencia: o processo deve ser público, desde o sorteio dos jurados até a publicação da sentença, sendo<sup>110</sup>

Inconcebível admitir a restrição da publicidade na instituição do júri. Os atos praticados no tribunal popular, como o sorteio e a recusa dos jurados, o compromisso, a formulação definitiva da acusação, a produção de provas, os debates, a discussão oral entre as partes, a publicação da sentença são

<sup>107</sup>No rol dos direitos e garantias fundamentais (art.5º) da Carta Magna brasileira se verifica a norma do inciso LX, prevendo a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social indicarem o sigilo, apesar de a emenda constitucional 45/04 dar margem à ampliação dessa denominada “publicidade externa” de atos de investigação. De acordo com o autor. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal. 3ª ed.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.105.

<sup>108</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 87.

<sup>109</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 231.

<sup>110</sup>Ibid.

características peculiares desse órgão, e, portanto, a compreensão da publicidade deve estar em harmonia com esses atos. Ademais, a imagem do júri está diretamente relacionada com a “presença das pessoas do povo que encarnam os protagonistas essenciais do processo”.

Assim sendo, o juiz-presidente do Tribunal do Júri não poderia determinar o segredo da sessão de julgamento, ou de qualquer ato do procedimento, impedindo o ingresso do público na sala de audiências, com fundamento em grave inconveniente ou perigo da perturbação da ordem (art. 792), § 1º, do CPP). Esse é o entendimento de José Frederico Marques, para quem não é possível que a sessão se realize a portas fechadas sob pena de desnaturar o julgamento popular, no qual a publicidade é inata. E, ademais, nem mesmo os poderes de polícia atribuídos ao presidente do júri (art. 497, I do CPP) podem sacrificar a publicidade dos atos processuais.

Cumprido destacar que, até bem pouco tempo, os meios de comunicação de massa dedicavam pouquíssima atenção ao Poder Judiciário. Porém, esta situação se alterou enormemente, haja vista que os programas que se centram em informar sobre casos mais ou menos escabrosos são os que alcançam os mais altos índices de audiência.<sup>111</sup>

Assim, contemporaneamente o Judiciário está acostumado a ser objeto permanente de notícias nos periódicos. E estes estão acostumados a informar e opinar sobre a atuação judicial. Por isso, de acordo com Sanz Mulas<sup>112</sup>,

*[...] vemos como los medios se arrogan ciertas funciones que antes permanecían petrificadas en los tribunales; y como los magistrados se pasean displicentemente por la televisión para decir aquello que ni se le ocurriría siquiera balbucear en el expediente judicial. Se ha producido, en definitiva, un cambio en las reglas del juego que aún no están del todo definidas, pues ni el Poder Judicial esta acostumbrado a ser objeto permanente de noticias ni los periodistas están acostumbrados a informar u opinar sobre su actuación.*

Entretanto, no **plano garantista**, a publicidade abusiva<sup>113</sup> dos atos da investigação (preliminar ou judicial) é, desde o ponto de vista do sujeito passivo, o mais grave prejuízo que pode sofrer um inocente (e assim se presume a todos, até sentença definitiva), pois coloca-o prematuramente no banco dos acusados e, por consequência, no rol dos culpados. Como resultado<sup>114</sup>

<sup>111</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública.** Comares, Granada, 2005. p. 06.

<sup>112</sup> Ibid. p. 07.

<sup>113</sup> Muito embora Aury Lopes Jr esteja a se referir especificamente sobre a publicidade dos atos da investigação preliminar, entende-se que a publicidade abusiva em qualquer fase do processo penal acarreta ao acusado os mesmos efeitos aqui destacados pelo autor.

<sup>114</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P. 110.

Essa situação leva a que, principalmente nos delitos graves, a imprensa induza a opinião pública a condenar sem prévio juízo. Uma eventual absolvição posterior – ao cabo de alguns anos – não tem o poder de “restabelecer” na sociedade uma situação que jamais poderia ter sido abandonada: a de inocente.

Como definiu Gomez de Liaño, a imprensa é pródiga em criar uma *cultura da suspeita e os juízos de papel* são capazes de produzir maiores prejuízos que o próprio processo judicial. É muito mais fácil formular uma acusação que destruí-la, da mesma forma que *é mais simples abrir uma ferida que fechá-la, sem pontos nem cicatrizes*.

Assim, resta claro que desta publicidade decorrem efeitos diretamente na pessoa “acusada”, na medida em que ainda se prolatam decisões permitindo a exposição pública, mesmo quando da inexistência de propositura de ação penal.<sup>115</sup>

Por esta razão, Aury Lopes Jr., versando sobre a investigação preliminar, defende a possibilidade de se impor limites à publicidade em nome do garantismo, justificando o seu entendimento na Constituição da República, para fins de preservar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do sujeito passivo.<sup>116</sup>

Neste mesmo sentido é que Luís Vidal - partindo da análise de Márcio Thomaz Bastos - discorre sobre a possibilidade de restrição da publicidade do processo<sup>117</sup>, com esteio na necessidade de conciliação entre valores<sup>118</sup> fundamentais. Assim, leciona o autor:<sup>119</sup>

É intuitivo que a discussão a que nos propomos coloca em questão dos valores absolutamente imprescindíveis para o Estado de Direito, que são,

<sup>115</sup>CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.113.

<sup>116</sup>LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P. 106-107.

<sup>117</sup> Aqui o autor está a se referir ao processo do júri especificamente, mas seus aportes refletem no processo penal submetido ao juízo monocrático (togado), na medida em que a publicidade abusiva em qualquer dos procedimentos viola direitos fundamentais.

<sup>118</sup>Sobre o tema, FauziChoukr aduz que: “Por certo, existe a argumentação que repousa no suposto choque entre os valores constitucionais da informação e da intimidade no caminhar da investigação. O tema é tormentoso e de solução ainda distante, muito embora sua discussão entre nós não tenha alcançado a dimensão que deveria. Isto porque existe um confronto explícito entre uma parcela da mídia, que se alimenta da invasão do direito à intimidade do ‘indiciado’ (a imprensa adora esta expressão, embora raramente saiba extrair seu conteúdo jurídico, que é praticamente nenhum) em nome da ‘informação’, sendo este último valor constitucional, tão importante quanto o primeiro. Há, por certo, normas correccionais coibindo a indevida exposição do preso. A autoridade somente poderia expô-lo nessas circunstâncias com a anuência daquele. Como exemplo de norma nesse sentido, veja-se a Portaria nº 3/92, da Corregedoria dos Presídios e da Polícia Judiciária de Santos, de 26 de maio de 1992, que trilha exatamente o caminho indicado”.CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.106.

<sup>119</sup>VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Mídia e Júri: Possibilidade de restrição da publicidade do processo. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11. Ed.41. São Paulo: 2003, p.225-235.

de um lado a liberdade de imprensa, e conseqüentemente o direito à informação, e de outro o direito ao julgamento justo, e conseqüentemente ao devido processo legal e ao juiz natural.

De ordinário tenta-se a conciliação de ambos os valores, o que se é possível no plano abstrato, torna-se extremamente difícil realizar. Não há critério fixo e seguro que permita a priori a determinação de uma regra condutora desta tarefa.

John Rawls reduz as liberdades fundamentais a dois casos básicos que designa liberdades políticas iguais e liberdade de pensamento, que relaciona à aplicação livre e bem informada dos princípios de justiça à estrutura da sociedade. Segundo o autor, tudo pode ser resumido a isto e a definição da importância de uma liberdade ou de outra deve obedecer ao critério segundo o qual ela se vincula em maior ou menor grau à aplicação livre e bem informada dos princípios de justiça à estrutura social. Conclui ele afirmando que “o peso de reivindicações específicas de liberdade de expressão, de imprensa e discussão deve ser avaliado de acordo com esse critério”.

Este raciocínio lança luzes sobre a discussão na medida em que vincula o exercício das liberdades à realização da finalidade a que se destinam.

Por outro lado, Miguel Wedy ensina que a liberdade de informação e opinião é uma das maiores garantias a serem preservadas no Estado Constitucional de Direito. Por isso conclui: “onde não há liberdade de imprensa não há liberdade política”.<sup>120</sup>

Para o autor, no Brasil, os meios de comunicação têm servido de forma extraordinária para a busca constante de implantação de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, capaz de garantir os direitos fundamentais. Mesmo assim, muito embora reconheça a indeclinável e imperiosa necessidade de uma imprensa livre, alerta<sup>121</sup>

O que se discute, e não é de hoje, é a forma de abordagem do *mass mídia* sobre a violência. Em geral, têm-se um discurso generalizador que enfoca a violência como questão de polícia tão-somente. Refere-se apenas a uma luta, tenaz e implacável, entre bandidos e mocinhos, entre Estado e “inimigos do Estado e da Sociedade”, sem diferenciar violência e criminalidade. (sic).

Nesta linha de raciocínio, José Afonso da Silva, citado por Luís Vidal, anota que a liberdade de informação jornalística se vincula à ideia de função social consistente num instrumento de defesa frente ao poder e fiscalização do poder. Por sua vez<sup>122</sup>

<sup>120</sup>WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.17.

<sup>121</sup>Ibid.

<sup>122</sup>VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Mídia e Júri: Possibilidade de restrição da publicidade do processo. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11. Ed.41. São Paulo: 2003, p.225-235.

a publicidade dos atos processuais e julgamentos é característica essencial que objetiva de igual forma a defesa frente ao poder e o controle do mesmo poder. É um valor essencial aos regimes democráticos.

Como pois conceber a restrição da publicidade dos atos processuais e julgamentos mediante a exclusão da imprensa, sem prejuízo à realização dos princípios? A resposta, aqui singela e de acordo com Rawls, consiste na aferição da prevalência de um ou outro interesse na medida em que a restrição de um e o privilégio ao outro atendam a aplicação dos princípios de justiça à estrutura da sociedade.

Assim visto o problema, não há risco abstrato de violação do sistema de liberdades inerentes ao sistema democrático, pois as liberdades, mais que valores em si, são instrumentos de realização do pacto político.

Logo, da análise que se faz acerca da publicidade dos atos judiciais se verifica que inexistem dúvidas de que a Justiça deve ser transparente, podendo ser comentada e criticada, como o são os outros poderes do Estado. O que não pode acontecer é a substituição do Judiciário pelos meios de comunicação social, sob pena de subversão do Estado de Direito, haja vista que o juiz não pode ser substituído pela comunicação.<sup>123</sup>

Portanto, a partir deste entendimento conclui-se que o princípio da publicidade de atuação dos poderes públicos é aplicável ao Poder Judiciário, mas isso não significa que a atuação do Poder Judiciário, apesar de pública, deva converter-se em um espetáculo.<sup>124</sup>

#### **2.2.4 Da necessidade de limites sobre a publicidade do processo**

O problema acerca da relação entre Poder Judiciário e meios de comunicação é que “determinados setores da imprensa se imaginam como um poder de governo em paridade com os três poderes clássicos e, ao invés de aproximar o serviço da justiça às pessoas, tomam partido e se convertem em juízes, interferindo nas funções próprias de um tribunal”.<sup>125</sup> Isso porque, por causa da sua natureza

---

<sup>123</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública.** Comares, Granada, 2005. p. 15.

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p.205.

altamente competitiva “os sistema da mídia tolera, e até mesmo encoraja, exageros (em busca do negócio publicitário)”.<sup>126</sup>

É por isso que se entende que a pressão da mídia, mais do que comprometer o prestígio dos tribunais (essencial à democracia) dificulta o cumprimento eficaz das novas responsabilidades e demandas que se dirigem ao Poder Judiciário. Porque existe diferença entre a disponibilidade da atuação judicial à opinião pública e submissão desta atuação as ditados daqueles que formam opinião.<sup>127</sup>

Assim, alertando sobre as possíveis interferências do abuso no direito de informar, Hugo Aznar, lembra que, apesar de a informação e a comunicação constituírem bens essenciais para a sociedade, para a cultura e para a vida das pessoas, elas não podem ser tratadas como mercadoria. Razão pela qual, sugere o autor, “devem ser estabelecidas medidas de auto-regulação que limitem os possíveis efeitos desta desfiguração”,<sup>128</sup> visto que uma justiça independente e eficaz é tão essencial para a democracia quanto a comunicação livre e pluralista<sup>129</sup>

O alerta feito por Hugo Aznar está vinculado ao caráter sensacionalista que a informação adota na sociedade globalizada, uma vez que os efeitos diretos da pressão competitiva, estimulada pela concorrência empresarial, são a falta de ética, acusações falsas, manipulação de informação para induzir interpretações errôneas, campanhas de desprestígio etc.<sup>130</sup>

Por isso é que se argumenta sobre a necessidade de certos limites éticos na liberdade de informar sobre o processo penal. Isso porque, além de respeitar a independência dos juízes, a cobertura informativa das causas judiciais há de respeitar a proteção dos interesses das vítimas, a fim de não maximizar necessariamente os efeitos do delito sobre elas e a presunção de inocência dos

---

<sup>126</sup> CHRISTIANS, Clifford G. **Media Ethics**. New York: Longman, 1983.p. 193.

<sup>127</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 09.

<sup>128</sup> AZNAR, Hugo. **Comunicación Responsable**. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.p. 57.

<sup>129</sup> MULAS, op.cit., p. 17.

<sup>130</sup> AZNAR, op.cit., p. 55.

acusados, assim como os direitos fundamentais à honra, intimidade e imagem dos demais sujeitos processuais.<sup>131</sup>

Neste sentido é que Sanz Mulas argumenta que a presença vigilante da imprensa durante a instrução, durante um processo penal, impõe ao juiz um maior rigor, uma maior imparcialidade, ou seja, uma maior qualidade em seu comportamento e sua decisão.<sup>132</sup> De acordo com Maria Frascaroli, em geral, as opiniões da imprensa, expressando ou formando a opinião pública, dizem respeito muito mais com condenações antecipadas do que absolvições prévias.<sup>133</sup>

### 2.2.5 Sobre os direitos do suspeito<sup>134</sup>

A publicidade dos atos processuais e julgamentos é indispensável aos regimes democráticos.<sup>135</sup> Contudo, da relação entre a mídia e a administração da justiça, resultam inúmeros conflitos entre normas constitucionais e, ainda, dúvidas sobre a aplicabilidade e primazia entre o direito à informação e os direitos do suspeito/investigado.<sup>136</sup>

Isso porque, por conta dos julgamentos antecipados da mídia, mesmo ante a ausência de sentença definitiva, os suspeitos da prática de atos delitivos são

---

<sup>131</sup> MULAS, op.cit., p. 18.

<sup>132</sup> Ibid., p. 16.

<sup>133</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p.173.

<sup>134</sup> Não obstante possível incorreção terminológica, aqui se adota os termos *suspeito, investigado* e *acusado* como sinônimos, optando-se pela forma coloquial, leiga e não técnica, na medida em que aquele que é “investigado” pela prática de uma conduta delitiva (investigado pela autoridade policial na investigação preliminar ou investigado pela autoridade judiciária no decurso do processo penal) somente adquire este *status* porque é “suspeito” do cometimento de um crime e, logo, “acusado” (mesmo durante a investigação) de tê-lo praticado.

<sup>135</sup> VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Mídia e Júri: Possibilidade de restrição da publicidade do processo. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11. Ed.41. São Paulo: 2003, p.225-235.

<sup>136</sup> Conforme já dito “por conta da situação supra retratada é inegável que quando se trata de mídia, deve-se ponderar um aparente conflito entre direitos fundamentais, na medida em que de um lado se colocam o direito à privacidade, à imagem, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal antes da divulgação dos dados de quem é presumido inocente pela Constituição (art. 5º, LVII); e de outro, o direito à manifestação do pensamento (art. 5º, IV), à liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX), bem como garantias fundamentais”.POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, Direito Penal e Garantias. In: Gauer. Ruth Maria Chittó (Org.).**Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.pg. 366.

publicamente expostos e os seus direitos de personalidade devastados, em total desrespeito às normas constitucionais.<sup>137</sup>

Por conta disso, deve-se encontrar um ponto de equilíbrio que assegure a liberdade de informar sem violar os direitos da pessoa que é suspeita do cometimento de uma conduta delitiva.<sup>138</sup> E o justo meio somente pode ser encontrado à luz dos direitos fundamentais, na medida em que o direito à informação jamais pode se sobrepor aos direitos do acusado.<sup>139</sup>

Isso porque, é comum a existência de condenações antecipadas pelos meios de comunicação de massa, o que acarreta inúmeros prejuízos à **intimidade, à vida privada, à honra e à imagem** dos investigados. Por isso é que se afirma que a proteção dos direitos da personalidade, sob o ponto de vista da crônica judiciária, tem relevante interesse na medida em que, geralmente, há invasões desmedidas na INTIMIDADE e NA VIDA PRIVADA das pessoas, pela mídia. Neste sentido leciona Ana Vieira:<sup>140</sup>

Todo ser humano, nas suas relações sociais, tem o direito de reservar para si um espaço próprio, que seja só seu, no qual ele possa resguardar-se de uma exposição pública, do conhecimento alheio, aquilo que só a ele interessa. Tem o direito de resguardar-se em uma esfera privada, distante da vida pública. Preleciona Hannah Arendt: “A distinção entre as esferas pública e privadas, encarada do ponto de vista da privatividade e não do

<sup>137</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Passim.

<sup>138</sup> Isso porque, muitas vezes, os danos causados aos direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra, imagem), derivados da exposição abusiva do suspeito, são irreversíveis, mesmo nas hipóteses de posterior absolvição, na medida em que prevalece a estigmatização social sobre a pessoa do investigado. Até mesmo porque a notícia da absolvição (quando é veiculada) não recebe o mesmo destaque (em número de publicações, tempo de exposição e abrangência de divulgação) dispensado à notícia dos atos de investigação (preliminar ou processual) e aos juízos de valor proferidos em razão da personalidade e conduta da pessoa acusada. Inexistem retratações capazes de restabelecer o *status quo* do cidadão “condenado” pela mídia. Advogados, delegados, especialistas, juízes, pareceristas, promotores e “testemunhas” em raras hipóteses são chamados, após o juízo absolutório, para justificar suas “certezas” e condenações prévias e tampouco para proferir qualquer tipo de retratação pública às “vítimas do processo”.

<sup>139</sup>Direito fundamental, leciona Luciano Feldens, é um direito enunciado pela Constituição, aplicável diretamente, dotado de garantias jurisdicionais e de uma especial resistência frente ao legislador. Segundo o autor, os direitos fundamentais nascem com as Constituições. FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.54.

<sup>140</sup>Neste sentido, se a *persecutio criminis*, por si só, já é uma ameaça concreta à individualidade do ser humano, pois limita aqueles bens personalíssimos, entendidos como o conjunto das condições das quais dependem a conservação, a liberdade e a dignidade da pessoa, maior é a necessidade de preservá-los dos abusos que a imprensa comete quando divulga os atos judiciais. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.139-147.

corpo político, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Somente a era moderna, em sua rebelião contra a sociedade, descobriu quão rica e variegada pode ser a esfera do oculto nas condições da intimidade”.

No mundo contemporâneo, as novas relações sociais de consumo e a massificação das comunicações são realidades que levam a uma interferência na vida privada das pessoas, não somente por parte do poder público, mas também por particulares, enfatizando, aqui, a invasão da mídia no cotidiano dos indivíduos. Daí a razão premente da tutela, pelo ordenamento positivo, da intimidade e dos demais bens personalíssimos da pessoa. É fundamental que toda pessoa, sem apreensão ou temor de interferências externas, possa usufruir de uma esfera mínima de privacidade, da companhia de seu mais profundo “eu”.

[...]

Para fins do presente estudo, importante notar que a Constituição Federal protege o direito do indivíduo de não ser importunado pelos meios de comunicação, de se manter afastado da curiosidade pública, bem como impede indiscrições na divulgação de fatos ocorridos ou atos realizados no âmbito mais restrito de sua vida privada e íntima.

Tal como a intimidade, a HONRA é direito fundamental que impõe limites à liberdade de informação dos atos judiciais. Isso porque, é um valor pessoal originário da dignidade do ser humano, que reflete socialmente e faz com que o indivíduo goze do respeito adquirido na sociedade. Artur Santoro, citado por Ana Vieira<sup>141</sup>

Conceitua honra como a consideração das qualidades morais do indivíduo, feita por ele mesmo ou pelos outros. Honra é um juízo moral, o qual se exprime como autoconsciência da própria moralidade ou como favorável estima por parte da comunidade social.

Toda pessoa é portadora de valores pessoais e morais que compõe sua auto-estima. É o sentimento de sua própria dignidade (honra interna, subjetiva). Todavia, como ser social necessita que os demais membros da comunidade o prestigie em razão de sua integridade moral, por saberem ser ela possuidora daqueles valores. Esta (honra externa, objetiva) é entendida como “apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos mercedores perante os nossos concidadãos”. Podemos dizer que honra é o respeito que os membros da sociedade têm pelo nosso comportamento, nossa honestidade, nossos valores pessoais e morais. É a nossa reputação social.

Igualmente, sempre quando da veiculação da notícia, deve ser observado o respeito à IMAGEM de todos os envolvidos no processo penal, especialmente à do sujeito investigado, evitando a exposição pública indevida. Isso porque<sup>142</sup>

A imagem só pode ser publicada e deve ser “permitida dentro de objetivos lícitos”.

[...]

<sup>141</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.148.

<sup>142</sup>Ibid.p.153.

Por conseguinte, poderíamos afirmar no âmbito do processo penal que a reprodução pública da imagem de pessoas envolvidas em crime deve ser vedada “se ela resulta de modo anti-social, aflitivo ou degradante”, a não ser que haja autorização do titular da imagem, ou se necessária à administração da justiça.

A fotografia ou a reprodução da imagem do acusado, da vítima ou testemunhas, portanto, para ser lícita sem o consentimento deles, deve vir dentro do contexto da publicidade mediata do processo penal, com um fim social e que não seja divulgada apenas com o objetivo de explorar a imagem da pessoa.

Neste contexto, resumidamente<sup>143</sup>

Esse direito à imagem “é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentários etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior”. É “toda expressão formal e sensível da personalidade do homem [...] A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela parte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução de manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. Portanto, a garantia da imagem abrange o aspecto da fisionomia – “ o conjunto das feições do rosto: aspecto, ar, cara, rosto, conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo”, denominada *imagem-atributo*, decorrente da vida social do homem.

Por esta razão, justamente para a preservação de todos estes valores, toda notícia sobre o cometimento de uma conduta delitiva deve ser, sempre, dada em observância a outro princípio de fundamental importância, consagrado no art. 5º LVIII, da Constituição da República: a presunção de inocência.<sup>144</sup>

Este princípio, também aplicável à fase investigativa, constitui verdadeira matriz para a compreensão global do sistema instrumental penal, requerendo, inegavelmente, um compromisso não apenas técnico, mas também, ético do modelo utilizável. Segundo magistério de Fauzi Choukr<sup>145</sup>

<sup>143</sup>Esta tutela deve abranger, necessariamente, a proibição de captação e divulgação da imagem à revelia da pessoa. Do contrário, a disposição constitucional restaria ineficaz e frustrada. Assim entendendo, o titular da imagem tem o “direito exclusivo de autorizar a reprodução ou pública exposição do retrato”. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.151-152.

<sup>144</sup>E este controle deve se dar internamente, pelos próprios agentes da mídia, como os editores, revisores, repórteres, em respeito à sua autonomia e liberdade de expressão e de pensamento, sendo eles responsabilizados na medida em que o abuso no exercício do direito resultar em ato ilícito, acarretando a violação do direito de outras pessoas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. In: Vademecum Saraiva. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>145</sup>Tal princípio determina que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.97. Ao versar sobre este princípio, Miguel

Uma de suas consequências mais sensíveis é o deslocamento da figura do ser humano da condição de objeto do processo ou da investigação para a condição de sujeito, com direitos e deveres adequados a essa atividade (ESER: 1998, PP.20-21). Ao lado dessa característica de fundo, o princípio também é auto-aplicável, decorrendo de imediato a não receitação ou perda da eficácia das normas infraconstitucionais e anteriores ao texto máximo em vigor que a ele não se adaptem.

Corroborando com este entendimento, Ana Vieira concorda que a presunção de inocência, entre nós, é um dos princípios mais violados pela mídia. A narração dos fatos e a estigmatização do investigado ou acusado resolvem o caso criminal, não havendo sequer a necessidade da aplicação da pena pelo juiz, já que <sup>146</sup>

A sentença dada pelos meios de comunicação, inapelável, transita em julgado perante a opinião pública, tornando-se irreversível diante de qualquer decisão judicial que venha a infirmar a crônica ou crítica.

Com efeito, uma mera possibilidade de acusação formal de crime, divulgada indevidamente pela imprensa, assume perante o público um valor de efetiva responsabilidade, mormente se o indivíduo é preso preventivamente.<sup>147</sup>

Assim sendo, todas as garantias de defesa do acusado inocente precisam ser asseguradas no decurso do processo penal e apenas com a confirmação da culpa pode ele ser condenado. Logo<sup>148</sup>

---

Wedy diz que a primeira questão que deve ser colocada é sobre a sua existência na Carta Magna de 1988. De acordo com o autor há julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam do princípio da presunção de inocência, fazendo-lhe expressa referência (HC nº 81.685/SP de 26/03/2002) e outros julgados da mesma Corte Constitucional que tratam do princípio da não-culpabilidade (HC nº 80.719/SP de 26/03/2001). WEDY. Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.113-114. Já Ana Vieira entende que “o princípio da presunção de inocência “pouco tem a ver com a noção de não culpabilidade. Possui um valor ideológico que é a garantia dos interesses do acusado no processo penal. É antes de tudo, um princípio de justiça pelo qual se veda considerar culpável o acusado antes da sentença definitiva. É uma presunção política, já que garante de maneira específica a posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo da justa repressão penal.” VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 171. Neste sentido, encerrando a discussão terminológica, conclui Miguel Wedy: “quer se trate de presunção de inocência ou de presunção de não culpabilidade, faz-se referência a um direito fundamental da pessoa humana, assegurado na Constituição Federal de 1988 e nas Cartas Universais referentes aos Direitos Humanos (art. 11, inciso I, da “Declaração Universal dos Direitos Humanos; “Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis Políticos de 1966”; “Convenção Europeia dos Direitos do Homem de Roma/1950”; e a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica/1969”). Portanto, trata-se de um direito fundamental, expressamente previsto, que deve ser entendido como uma garantia da pessoa humana. WEDY. Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.113-114.

<sup>146</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 168.

<sup>147</sup>Ibid.p.169. Justamente por esta razão é que Miguel Wedy, assevera que somente se pode admitir a prisão e a violação da garantia constitucional da presunção de inocência em caso extremo, que caracterize sem sombra de dúvida uma situação efetivamente cautelanda, na qual a medida cautelar seja de fato o instrumento chamado processo. WEDY. Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.118-119.

É importante frisar que nas fases investigatória ou inicial do processo o jornalista deve conter-se nos limites dos fatos ou dos atos judiciais. Ao referir ele sobre o conteúdo de qualquer ato, mormente da denúncia, deve fazê-lo de maneira a não induzir a opinião pública à crença de uma definitividade inexistente, ou seja, deve narrar sem confirmar, ou sustentar a responsabilidade ainda não haurida, do investigado ou acusado, que somente pela sentença definitiva poderá ser proclamada.

Portanto, o conteúdo e a forma da notícia do processo penal devem respeitar o princípio da presunção de inocência, evitando todos os excessos que impliquem considerar culpável o acusado antes da decisão condenatória definitiva, evitando, inclusive expressões, imagens, fotografias – além das estritamente necessárias à informação – que possam ter caráter de antecipada responsabilidade do indivíduo processado.

Ademais, no caso de arquivamento das investigações ou absolvição do acusado, é dever da imprensa (já que explorou o processo criminal enquanto em andamento) dar destaque à sentença, para fins de garantir a certeza da inocência do indivíduo julgado.<sup>149</sup>

## 2.2.6 A influência da mídia sobre a imparcialidade do julgador

### 2.2.6.1 A pressão exercida pela opinião pública

A Justiça só se legitima com a participação popular e o controle público de seus atos, e a conexão entre eles forma o núcleo da democracia representativa.<sup>150</sup> Neste contexto, a administração da justiça é um tema de relevante interesse social, e a possibilidade de se obter informação sobre os processos, ou de se opinar sobre o que acontece em sede judicial, deve ser vista com absoluta naturalidade, pois, em

---

<sup>148</sup>“Isso não significa dizer que deve ser abolida a liberdade de informar dos meios de comunicação, mas exige destes cautela e reserva na divulgação dos atos judiciais. As notícias de um crime atribuído a uma pessoa devem ser verdadeiras e possuir um conteúdo e uma forma de advertir o público de que a pessoa acusada ainda não foi considerada culpável. Toda a cautela é necessária na difusão de nomes, imagens e informações sobre pessoas envolvidas em investigação ou processo-crime”.VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.172-175.

<sup>149</sup>Isso porque, complementa Ana Vieira, o princípio da presunção de inocência é uma garantia que opera no âmbito das normas, porém não tem a virtude mágica de atuar no psiquismo das pessoas de uma comunidade impondo também a elas uma determinada convicção de inocência do acusado.

<sup>150</sup>Op.cit. p. 86.

definitivo, os cidadãos devem ser informados de tudo o que acontece no setor público.<sup>151</sup>

Desta maneira, certamente o Poder Judiciário assume que a sua atuação pode e deve ser controlada pelos meios de comunicação, mas de igual modo os meios de comunicação devem saber opinar e informar o que acontece em sede judicial. Isso porque “a tranquilidade e serenidade de ânimo que exige a função de administrar a justiça e os direitos das partes, tais como o direito a um juiz imparcial e o direito a presunção de inocência não combinam com o espetáculo”.<sup>152</sup>

Neste sentido, o risco da pressão externa sobre o Judiciário está na possível influência que os meios de comunicação podem ter sobre as resoluções adotadas pelos magistrados face à forte pressão da opinião pública influenciada pela mídia.<sup>153</sup>

Conforme explica Maria Frascaroli, “a opinião pública massiva, havendo prejudgado o caso, pressiona a independência dos juízes para julgar livremente”.<sup>154</sup> Conforme a autora

*[...] las relaciones entre prensa y administración de justicia penal constituyen un problema moderno relativo a la independencia de quienes juzgan, sean ellos jueces técnicos o jurados, pues hay temor que los medios de comunicación, con su opinión largamente difundida (y en ocasiones fundada en elementos imposibles de valorar por quienes administran justicia) sobre los mismos hechos que juzgan el jueces, sobre la decisión de un tribunal o sobre la valoración realizada por un juez, al infundir prevención y hasta temor en quien juzga, “puede conducir su decisión según parámetros equivocados.”*

Por esta razão, os magistrados acabam enfrentando o dilema de, ou ficarem presos à pressão da opinião pública, tendo que usar o espaço de decisão num sentido determinado, ou acabarem eles próprios, submetidos a um processo de criminalização por parte da imprensa.<sup>155</sup>

Conforme entendimento de Sanz Mulas “o juízo definitivo já não se estabelece segundo a destreza dos operadores jurídicos, mas pela capacidade de a

---

<sup>151</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública.** Comares, Granada, 2005. p. 08.

<sup>152</sup>IBID., p. 15 e16.

<sup>153</sup> FRASCAROLI, op.cit., p.182.

<sup>154</sup>Ibid. p.183.

<sup>155</sup>Ibid., p.184.

mídia produzir efeitos de realidade na medida em que podem transformar a opinião pública”.<sup>156</sup>

Contudo, não se pode esquecer que, como ensina Eugênio Zaffaroni, “a imparcialidade é a essência da jurisdicionariedade e não seu acidente”. Logo, a jurisdição<sup>157</sup> não existe se não for imparcial. Conforme o autor, “a chave de poder judiciário se acha no conceito de independência” (que importa a garantia de que o magistrado não será submetido às pressões de poderes externos à magistratura e nem mesmo dos órgãos colegiados da própria judicatura).<sup>158</sup>

Na ótica de Zaffaroni<sup>159</sup>, dentro do marco do modelo democrático,

[...] o juiz requer independência – externa e interna – na medida em que é pressuposto indispensável da imparcialidade, que é caráter essencial da jurisdição. Aquele que não se situa como terceiro “supra” ou “inter” partes, não é juiz.

Por fim Maria Frascaroli sentencia que “a independência do Judiciário é condição necessária de sua imparcialidade e por isso deve ser preservada”.<sup>160</sup> Neste sentido, a doutrinadora argumenta que os juízes apenas podem condenar se a culpabilidade do acusado está plenamente demonstrada e se a sua íntima convicção está isenta de dúvidas pela existência de provas que arrazoem esta certeza.<sup>161</sup>

A independência do juiz, de acordo com a autora, deve ser preservada não somente frente a outros juízes e órgãos do Estado, mas também em relação aos meios de comunicação, visto que eles têm exercido significativo papel no

<sup>156</sup>SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 12.

<sup>157</sup>GIUSEPPE CHIOVENDA define jurisdição como sendo a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. p.8). Corroborando com este entendimento, HUMERTO THEODORO JÚNIOR define jurisdição como sendo o *poder* que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p.32).

<sup>158</sup>ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1995.p.86 à 88.

<sup>159</sup>Ibid., p.90 e 91.

<sup>160</sup>FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p.187 e 188.

<sup>161</sup>Ibid., p.201.

condicionamento do funcionamento prático do sistema penal e, em certa medida, em relação a critérios de política criminal.<sup>162</sup>

#### 2.2.6.2 A prisão preventiva como fundamento para a manutenção da ordem pública

Conforme lições de Antônio Filho, dentre as todas as formas de prisão cautelar conhecidas no ordenamento processual penal brasileiro, a prisão preventiva é a mais importante, não só por sua maior abrangência, mas também – e principalmente – porque seus fundamentos devem servir de pressuposto a todas as demais espécies de segregação cautelar do acusado.<sup>163</sup>

Segundo dispõe o art. 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva somente é cabível nos crimes dolosos: punidos com reclusão (inciso I), punidos com detenção, quando se apurar que o acusado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (inciso II), se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (inciso III), se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da legislação específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso IV).<sup>164</sup>

Conforme magistério de Antônio Fernandes, esta é uma medida cautelar que se faz necessária na medida em que, no intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado.<sup>165</sup>

Por esta razão, através do provimento cautelar se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais realize a finalidade instrumental do processo, sendo que, em regra, tal medida dependa da presença de dois pressupostos

---

<sup>162</sup>Ibid., p.187 e 188.

<sup>163</sup>GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P.220.

<sup>164</sup>BRASIL. **Código de Processo Penal**. In: Vademecum Saraiva. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>165</sup>FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P.278-279.

essenciais: o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) e o *fumus boni iuris* (ou *fumus comissi delicti*).<sup>166</sup>

De acordo com o art. 312 do CPP, poderá ser decretada a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.<sup>167</sup>

Aqui nos atemos à prisão por garantia da ordem pública, geralmente, invocada para casos em que o acusado vem reiterando a prática de infrações penais.<sup>168</sup> Mas também para inúmeras outras situações em que se faça necessária a justificação da prisão cautelar, como por exemplo, nos casos de maior repercussão midiática.<sup>169</sup> Nesta hipótese a reincidência ou risco de fuga do acusado, são menos importantes do que o clamor público, derivado da notícia do processo, o que somente se compreende pelo fato de *ordem pública* ser um conceito vazio (ao qual se pode atribuir o sentido na medida da sua conveniência).<sup>170</sup>

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete, o conceito de ordem pública, como vem sendo usado, não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.<sup>171</sup> Contudo, como bem sustenta Antônio Fernandes, não se pode invocar a garantia da ordem pública para autorizar, largamente a prisão preventiva, utilizando-se como fundamentos a gravidade do crime, a necessidade de ser preservada a credibilidade da justiça.<sup>172</sup>

Neste mesmo sentido, cabe aqui referir entendimento da Desembargadora Federal Maria Helena Cisne, quando da apreciação do Habeas Corpus impetrado em favor de Salvatore Alberto Cacciola (processo n.2000.02.01.035760-5), julgado pela Terceira Turma, do Tribunal Federal Regional da 2ª Região, no Rio de Janeiro,

---

<sup>166</sup>Ibid.

<sup>167</sup>BRASIL. **Código de Processo Penal**. In: Vademecum Saraiva. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>168</sup>FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. passim.

<sup>169</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2007.p.391.

<sup>170</sup>Sobre a atribuição de sentido ver: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2010.

<sup>171</sup>MIRABETE. op.cit.

<sup>172</sup>FERNANDES, op.cit. 285.

em 21/08/2001, no qual a magistrada assevera que a isenção do Poder Judiciário, na prática de seu mister, está acima dos julgamentos promovidos pela imprensa.

Corroborando com este posicionamento, como já se decidiu no STF<sup>173</sup>, está o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete de que a conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Isso porque<sup>174</sup>

Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória a simples repercussão do fato, sem outras consequências, não constitui circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva. **Não se pode confundir “ordem pública” com o “estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado crime”**. Nem mesmo a prática de crime definido como hediondo justifica a prisão preventiva se não estão presentes os pressupostos previstos no art. 312 do CPP. **Grifo nosso.**

De fato, o clamor público ou a necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça, conforme precedente do STJ, não são motivos, por si sós, aptos à decretação da prisão preventiva sob o pálio da garantia da ordem pública.<sup>175</sup> Porém, em muitos casos é o que de sói ocorrer, quando magistrados julgam de acordo com repercussão do caso.<sup>176</sup>

Logo, o que se verifica é a falta de padronização da jurisprudência, uma vez que existem divergências sobre a utilização de uma expressão tão vaga e sem qualquer referencial semântico como “ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva, conceito este que fica extremante ao sabor de interpretações ocasionais,

<sup>173</sup>De acordo com o Ministro Carlos Velloso “o conceito de ordem pública é variável no tempo e no espaço e deve ser examinado no contexto em que o julgador é obrigado a com ele deparar, sendo certo que a sociedade evolui no sentido de abandonar alguns critérios e optar por outros”. HC 80288 reconsideração, Decisão Proferida pelo Ministro CARLOS VELLOSO, julgado em 19/07/2000, publicado em DJ 02/08/2000 PP-00021.

<sup>174</sup> MIRABETE, op.cit.

<sup>175</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 110.175** - SP (2008/0145884-9) Impetrante: Marco Polo Levorin e outros. Pacientes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 9 de setembro de 2008.

<sup>176</sup> Para exemplificar a assertiva, se colaciona fragmento de acórdão do TJ/SP, no qual se verifica o esforço argumentativo para justificar o emprego da ordem pública como alternativa de aplacar o clamor social gerado pela ampla divulgação de fato criminoso na mídia: “No conceito da ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face de gravidade do crime e de sua repercussão.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito nº 990.08.196361-2**. Recorrentes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Recorrido: Ministério Público. Relator: Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO. 24 de março de 2009.

referendando esta forma inequívoca da manifestação autoritária do Código de Processo Penal<sup>177</sup>

### 2.2.6.3 O afã de figuração dos magistrados

É verdade que, não raras vezes, os meios de comunicação de massa interferem significativamente no processo e atrapalham a tranquilidade e independência que os magistrados devem ter para decidir, tornando-os sensíveis à opinião pública. Contudo, justiça seja feita, não é só a pressão externa exercida pela mídia que pode afetar a imparcialidade do julgador.<sup>178</sup>

Neste contexto, Maria Frascaroli observa que da relação entre a magistratura e os meios de comunicação surgem de imediato diversos aspectos que podem comprometer a imparcialidade da justiça penal. Assim, além da pressão da opinião da opinião pública (influenciada pelos meios de comunicação) sobre as decisões judiciais e mais do que a insistência da imprensa de informar sobre todos os aspectos do processo e a ausência de limites sobre a informação que os magistrados devem disponibilizar à mídia, existe um outro aspecto que merece ser citado: nas palavras de Maria Frascaroli, *“elafán de figuración de algunos magistrados”*<sup>179</sup>

Isso porque a forma moderna de divisão do poder, nos dizeres de Garapon, é o fato de uns terem visibilidade e outros não, o que resulta na busca sequiosa por visibilidade nos meios de comunicação, independentemente das razões, importando somente ter um momento de glória na televisão.<sup>180</sup>

Por esta razão alguns juízes apelam aos meios de comunicação quando intuem que a imprensa é capaz de falar bem deles. Neste contexto, Maria Frascaroli

---

<sup>177</sup>CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.13.

<sup>178</sup>FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p.184.

<sup>179</sup>Ibid., p.175.

<sup>180</sup>GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 289.

estabelece uma relação entre a questão do desejo de visibilidade, por parte de alguns magistrados e a história de Narciso, referindo que ele - se vivesse - não se consumiria de amor por ele mesmo frente ao reflexo de sua imagem na água, mas muito provavelmente o faria vendo a sua imagem na televisão e revistas adornadas com sua imagem.<sup>181</sup>

Neste mesmo sentido Pierre Bourdieu refere que a televisão se tornou hoje uma espécie de “espelho de Narciso”, ou um lugar de exposição narcísica.<sup>182</sup>

Assim, apesar de ser ínfima a porcentagem de magistrados que desfrutam aparecendo na mídia, cumpre referir que este desejo de alguns juízes de querer aparecer na mídia falando sobre suas sentenças é um grande risco sobre a sua imparcialidade, haja vista que eles passam a perseguir mais o juízo da sociedade sobre a sua atuação do que o desfecho de um julgamento equitativo.<sup>183</sup>

Esta é a classe de juízes que Maria Frascaroli denomina “juezefectivista”, ou seja, aquele que segue os clamores sociais e que se preocupa com a popularidade. Um juiz frágil ante a pressão da opinião pública e que condiciona suas decisões às pressões populares, e que, atendendo a exigência de notícias diárias passa a produzi-las, colocando em risco os princípios regentes do processo e da justiça penal.<sup>184</sup>

Contudo, para se ser um bom juiz, recomenda-se a receita de silêncio, para evitar más interpretações ou para evitar que incorram em pré-julgamentos que colaborem na configuração do espetáculo midiático. Além disso, às vezes, para que possa refletir serenamente, o juiz deve evitar inúteis aparições públicas, já que agindo desta forma o magistrado estará observando a prudência necessária e inerente à função de julgar.<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup>FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p.177.

<sup>182</sup>BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p.17.

<sup>183</sup>FRASCAROLI, op.cit., p.176, 177e 206.

<sup>184</sup>Ibid, p.186 e 206.

<sup>185</sup>Ibid..178 e 179.

#### 2.2.6.4 A influência da mídia sobre o convencimento dos jurados

Embora seja possível a divulgação pela imprensa dos inquéritos penais em curso, a publicidade é exceção nessa fase pré-processual, sendo que a garantia da publicidade, como regra, atinge seu ápice na audiência de debates e julgamento.<sup>186</sup>

Entretanto, como toda a regra, a publicidade da fase processual do julgamento também se sujeita às exceções, uma vez que não se pode admitir irrestrita publicação e divulgação de tudo o que se passa nas audiências, nem tampouco possibilitar que a ampla publicidade dada ao processo durante seu desenvolvimento possa influir nas decisões. É neste contexto que Ana Vieira demonstra o surgimento do problema específico da mídia no procedimento do júri, uma vez que<sup>187</sup>

Enquanto nas audiências dos processos julgados pelo juiz monocrático ou singular a publicidade “reduz-se a um nível meramente teórico” porque raríssimas vezes o público ou a imprensa têm interesse no desenvolvimento daqueles atos – satisfazem-se, apenas, com a informação das decisões judiciais -, no tribunal do júri a publicidade no plenário potencializa-se, não somente pela participação ativa do cidadão comum que é chamado a julgar, mas também pelo grande interesse popular e dos meios de comunicação de massa no ritual que se estabelece no julgamento de uma pessoa pública, ou em um caso de intensa repercussão social.

Por consequência, não obstante a imprensa divulgue a ocorrência dos fatos, as investigações policiais e o desenvolvimento da primeira fase do processo, é dada com ênfase a informação de que o acusado será julgado perante o Tribunal do Júri, uma vez que é inegável o interesse dos meios de comunicação no julgamento em plenário, onde se desenvolve a audiência de instrução – colheita de provas consistente no interrogatório do acusado, inquirição das testemunhas e peritos, além dos debates quando acusação e defesa sustentam as provas hauridas, seguindo-se o julgamento com a decisão dos jurados na votação dos quesitos e a sentença proferida pelo juiz-presidente.<sup>188</sup>

Ocorre que, muito embora os meios de comunicação assumam uma posição de *garantidores naturais* das regras que regem o processo penal, tais como o

---

<sup>186</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 229.

<sup>187</sup>Ibid.

<sup>188</sup>Ibid.p. 230.

contraditório, oralidade e publicidade, dada a peculiaridade do ritual simbólico do procedimento do júri popular, que aguça a curiosidade pública, os *mass media* acabam por transformar as partes, os jurados, o acusado em verdadeiros atores protagonistas de uma, “justiça-espetáculo”, a qual<sup>189</sup>

é compreensível somente pela aparência, pelas impressões colhidas das informações transmitidas pela imprensa. Assim, procedendo, os meios de comunicação contribuem mais para entreter por meio da ilusória ou até da falsa noção de que transmitem sobre o julgamento popular do que, efetivamente, cumprir o poder-dever de informar corretamente a sociedade sobre os atos do Poder Judiciário.

Ressalte-se, também, que um dos grandes problemas da publicidade prévia e das transmissões das audiências de debates e julgamento no Tribunal do Júri reside não se limita à possibilidade de agressão aos bens personalíssimos do acusado, das testemunhas, mas também na relevante influência da mídia sobre os jurados, afetando-lhes a imparcialidade necessária à decisão da causa.<sup>190</sup>

Por tal motivo, a publicidade prévia do fato criminoso ou dos atos do desenvolvimento do processo pela mídia, nos casos de competência do Tribunal do Júri é, nos dizeres de Ana Menezes, particularmente preocupante.<sup>191</sup>

De acordo com a autora<sup>192</sup>, ao discorrer sobre a influência que os meios de comunicação de massa podem exercer sobre julgamentos de sua competência, o jurado

[...] é mais permeável á opinião pública, à comoção que se criou em torno do caso em julgamento, do que os juízes togados, e por sentirem-se pressionados pela campanha criada na imprensa, correm o risco de se afastarem do dever da imparcialidade e acabam julgando de acordo com o que foi difundido pela mídia.

O juiz leigo no júri decide por íntima convicção, sem fundamentar o veredicto. A imprescindibilidade de exposição das razões que levaram à decisão é imposta apenas aos juízes togados [...] Aos integrantes do Conselho de Sentença, basta que respondam sim ou não aos quesitos formulados pelo juiz-presidente. [...] Logo, os jurados não se obrigam às provas do processo, à verdade obtida na instrução contraditória da sessão plenária, podendo agir com liberdade de consciência ao proferirem seus votos.

---

<sup>189</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 230-231.

<sup>190</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 230-231.

<sup>191</sup>Ibid, p. 246.

<sup>192</sup>Ibid.

O problema acerca do julgamento por íntima convicção por parte dos jurados, neste contexto, é que a imprensa representa hoje um dos principais meios de informação sobre o crime, possuindo quase um monopólio de poder sugestivo sobre a massa, pela repetição de sua aparição cotidiana.<sup>193</sup>

Assim, aproveitando-se desta condição privilegiada propiciada pelo poder de comunicar em grande escala, veículos informativos, em busca do sensacionalismo que nada constrói, criam uma dinâmica que direciona a julgamentos antecipados, fazendo denúncias pessoais, apresentando dossiês e fazendo campanhas, com o objetivo único e exclusivo de aumentar e manter o interesse do público, reservando, assim, informações de interesse da opinião pública para usá-las conforme as necessidades exigidas pela prática comercial e pelas necessidades da concorrência.<sup>194</sup>

No entanto, cabe lembrar que a liberdade de atuação que é conferida aos jurados não os exime de decidir com isenção e imparcialidade, alheios às influências da imprensa, já que são responsáveis pela função que exercem, não podendo a sua soberania ser prejudicada pelos excessos da mídia.<sup>195</sup>

Ana Menezes, ao tratar sobre esta problemática, discorre acerca do desaforamento como alternativa para assegurar a imparcialidade do julgamento pelo júri. Concluindo, contudo, ser inútil a aplicação deste instituto na prevenção de processos de ampla repercussão midiática. Desta forma, as garantias processuais – sigilo das votações e incomunicabilidade dos jurados – de acordo com a autora<sup>196</sup>

[...] são insuficientes para evitar a influência da atividade desenvolvida pelos meios de comunicação sobre o jurado, cidadão que vai julgar no Tribunal do Júri. Ademais, diante da ausência de motivação dos veredictos, fica difícil demonstrar, no caso concreto, que a publicidade negativa pela mídia violou o princípio da imparcialidade dos jurados.

Logo, como alternativa para amenizar o problema (o que, contudo não o soluciona) a autora propõe a possibilidade de suspensão do processo durante o

---

<sup>193</sup> ALBERGARIA, Jason. **Criminologia**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 213.

<sup>194</sup> AZNAR, Hugo. **Comunicación Responsable**. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 56.

<sup>195</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 247.

<sup>196</sup> *Ibid.*, 251.

auge da exploração midiática, reconhecendo, entretanto que a imprensa costuma reacender o caso perante a opinião pública, quando há novo julgamento.<sup>197</sup>

Desta maneira, os meios de comunicação exploram o que Silva Sánchez classifica como “a identificação da maioria com a vítima do delito” usando a punição do autor como forma de compensar o trauma sofrido pela vítima, incitando a opinião pública através da representação social que faz com que a maioria das pessoas se contemple como vítimas em potencial (instigando-as a reivindicar pela condenação dos acusados).<sup>198</sup>

Acerca desta temática, Harold Sullivan já escrevia, em 1961, que a mídia sempre se viu atraída por matérias sensacionalistas acerca de processo criminais, no intuito de vender notícia. Como resultado, quando do julgamento pelos jurados, o seu convencimento já está feito, uma vez que suas mentes estão expostas às fotos, gravações sobre o crime, confissões, testemunhos, teorias do caso, reconstituições do crime, entrevistas, discussões, etc.<sup>199</sup>

Entretanto este entendimento, acerca do convencimento dos jurados, não é pacífico. conforme se denota do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento do recurso de apelação de Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá, condenados pela morte da menina Isabela Nardoni. De acordo com aquele Tribunal, concordar com o questionamento acerca da influência da mídia sobre o convencimento dos jurados é admitir que<sup>200</sup>

todos os crimes divulgados pela mídia estariam irremediavelmente contaminados, e nunca seriam julgados. O que seria de todo irrazoável admitir, *data venia*. Entretanto, sabe-se, desde há muito, que *alegação de dúvida pura e simples* quanto à imparcialidade e à neutralidade dos jurados, desacompanhada de qualquer elemento probatório de tanto, não é capaz de nulificar todo um procedimento complexo e sem quaisquer vícios, como o presente. Veja-se. Não há como se aferir *se houve*, ou mesmo *até que ponto teria havido - se é que houve* - contaminação do juízo de valor dos Srs. Jurados, em virtude da divulgação dos fatos pela imprensa pátria.

<sup>197</sup>Ibid., 251.

<sup>198</sup>SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002. – (série as ciências criminais no século 21; v.11). p. 50 à 54.

<sup>199</sup>SULLIVAN, Harold W. **Trial by newspaper**. Hyannis: The Patriot Press, 1961. . p. XIII à XXIV e 1 à 19.

<sup>200</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n.0251309-33.2010.8.26.0000**. Apelantes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina TrottaPeixoto Jatobá. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Luís Soares de Mello.3 de maio de 2011.

Segundo o TJ/SP, no corpo do mesmo acórdão, “A verdade é que não se deve subestimar a capacidade de autodeterminação dos leigos julgadores, por simples exposição do fato a ser julgado pela imprensa - nada obstante eles também serem humanos, seres viventes e sensíveis, habitantes de sociedade onde as coisas boas e ruins sempre acontecem.”

Neste sentido, buscando esteio para a sua fundamentação, a respeito da influência da mídia no corpo de jurados no caso Nardoni, o TJ/SP colacionou entendimento do Desembargador Walter de Almeida Guilherme, integrante da 3ª Câmara Criminal do TJ/SP. Ao discorrer sobre esta problemática, o magistrado faz um questionamento, por ele mesmo respondido.<sup>201</sup>

"Jurados juiz são influenciados pela mídia?  
Inegável que eles vêem televisão, ouvem rádio, leem jornais e revistas e, a partir do captado, vão formando convicção a respeito da culpabilidade ou não de um réu. Não poderia mesmo ser de outro modo, pois inerente ao espírito humano. Para eliminar esse efeito que as inserções da mídia têm na mente do julgador, somente proibindo a ela que faça qualquer referência ao processo e ao julgamento, medida inviável nos termos do direito constitucionalmente garantido de liberdade de expressão. O jurado consciente, todavia, não pode se permitir levar pelo estardalhaço dos meios de comunicação social a respeito dos fatos. Se não acreditarmos que o jurado não é capaz de formar convicção em face das provas debatidas em plenário, deixando-se levar pelo que é divulgado, então há que se eliminar o tribunal do júri. Mas e o juiz? Também não se influenciará pela imprensa? Extirpar-se-á o Poder Judiciário...?"

Assim, tanto nos casos em que a imparcialidade do julgador é comprometida pela pressão externa exercida pela opinião pública, seja pressionando o magistrado ou manipulando o convencimento dos jurados, ou ainda nos casos em que as vaidades servem como condicionantes do *decisum*, verifica-se que a mídia exerce uma grande influência na imparcialidade do julgador, motivo pelo qual alternativas se fazem necessárias para que se restabeleça o equilíbrio entre Judiciário e mídia, garantindo à sociedade o retorno da segurança jurídica por um julgamento justo, com a observância de todas as garantias constitucionais.

---

<sup>201</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Desaforamento n.º 359.406.3/8. Relator: Walter de Almeida Guilherme. 04 de dezembro de 2001.

### 3. A POLITICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DA GLOBALIZAÇÃO: PROCESSO PENAL, SELEÇÃO E ESTIGMATIZAÇÃO COMO FORMAS DE CONTROLE SOCIAL

#### 3.1. DIREITO (PROCESSUAL) PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE CRIMINALIZANTE

##### 3.1.1 Sobre os inimigos sociais

Como bem assevera Günter Jakobs, todos os seres humanos estão ligados entre si como pessoas por meio do direito. Assim, por vivermos em uma sociedade juridicamente ordenada se possui uma expectativa de comportamento social que, quando frustrada, dá ensejo ao surgimento daquele indivíduo a quem se denomina inimigo<sup>202</sup>, ou seja, o indivíduo perigoso.<sup>203</sup> Por conta disso, doutrinariamente, existe a distinção entre o direito penal do cidadão, com o intuito de prevenir riscos futuros, e o direito penal do inimigo, para afastar o que oferece risco à esfera cidadã, sendo este último fundamentado pela necessidade de segurança, ante aquele que não participa da vida de um estado comunitário legal.<sup>204</sup>

Pode-se afirmar que a reação do ordenamento jurídico frente à criminalidade se caracteriza pela circunstância da eliminação de um perigo e, por esta razão, quando o outro é visto como fonte de perigo ele passa a figurar na categoria de inimigo (não só por conta de um determinado feito, mas por outros elementos que servem para a sua caracterização).<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup>Inimigo é aquele que reincide persistentemente nos delitos, que são uma irritação na comunidade ordenada. JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal delenemigo**. Madrid: Civitas, 2003.p. 35.

<sup>203</sup>Ibid..p. 14.

<sup>204</sup>Neste contexto, a partir de alguns esboços jusfilosóficos, poder-se-ia justificar este afastamento, com o argumento de que o "inimigo" é assim denominado como consequência da quebra do contrato social, razão pela qual não poderia ele igualmente participar dos seus benefícios. Em outras palavras, aquele que viola o contrato social perderia os direitos de cidadão, caracterizando-se pela ausência de direitos. Entretanto, tal fundamento não se sustenta ante o argumento Hobbesiano de que não se pode perder o *status* de cidadão. Ibid.p. 21-22 e 26.

<sup>205</sup> Portanto pode-se dizer que o direito penal do inimigo não é um direito penal do feito, mas sim um direito penal do autor, na medida em que ele põe em risco a existência da sociedade, mesmo que os riscos sejam mais simbólicos do que fáticos. Ibid.p. 40, 88, 94 e 96.

Como exemplo, se pode referir julgado do Supremo Tribunal Federal versando sobre a adjetivação negativa acerca da personalidade do infrator como critério para fixação da pena. Isso porque, consoante entendimento extraído do relatório da Ministra Carmem Lúcia, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107.213 – RS, em alguns casos de verificam condenações claramente desprovidas de fundamentação idônea, “refletindo a aplicação do inaceitável Direito Penal do Autor”.<sup>206</sup>

O problema, nos termos do voto proferido, é que valorar excessivamente a pessoa acusada, em detrimento do próprio crime, significa a violar os princípios da dignidade da pessoa humana e da própria lesividade. Neste sentido, assevera Nilo Batista<sup>207</sup>

o que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida etc). Levada às últimas consequências, essa função do princípio da lesividade implica excluir do campo do direito penal, as medidas de segurança, uma vez que como acentua Zaffaroni, um direito penal fundamentado na perigosidade (sic), é um direito penal do autor.

De fato, o direito penal do inimigo cumpre função distinta do direito penal do cidadão. Assim, na medida em que este praticamente reconhece a competência normativa (capacidade de questionar a norma) do infrator, aquele tem por função a criação (artificial) de critérios de identidade entre os que excluem, pela própria exclusão.<sup>208</sup>

Neste diapasão, a atuação estatal no combate a criminalidade, passa a apresentar configurações distintas de acordo com determinados critérios caracterizadores do agente praticante da conduta delitiva, o que, nas palavras de André Callegari e Maiquel Wermuth, permite afirmar que “o sistema penal está

---

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107.213 - RS**. Recorrente: Defensoria Pública da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 7 de junho de 2011.

<sup>207</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

<sup>208</sup> JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

estruturalmente montado para atuar de forma *seletiva*". No contexto brasileiro, uma seleção orientada, muitas vezes, por etnia e classe social.<sup>209</sup>

Como consequência desta seletividade (qualitativa), a clientela do sistema penal é composta quase que exclusivamente por pessoas que pertencem aos estratos sociais economicamente hipossuficientes, demonstrando, assim que "existe não um processo de criminalização de condutas criminosas, mas sim de pessoas que receberão o rótulo de "delinqüentes". Neste sentido:<sup>210</sup>

Dado o caráter seletivo com que se dá a atuação das agências que integram o sistema penal, pode-se afirmar que o seu exercício de poder visa, antes do combate à criminalidade, á contenção de determinados grupos humanos que, diante da atual configuração socioeconômica, traduzem-se em inconvenientes sociais, sendo esta seletividade pautada em estereótipos que, geralmente associados às pessoas mais pobres, reforçam as desigualdades sociais, uma vez que operam "claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da associabilidade e do crime".

É neste contexto que o pobre, especialmente o morador da favela e o negro, passa a ser associado, de forma quase que imediata, à figura do bandido, do violador das regras sociais, do causador do mal. Assim, pouco importa se o morador do morro (estereotipado como inimigo) incorre ou não no cometimento de condutas delitivas. E, mais do que isso, a conduta deste "inimigo" é sempre analisada a partir de uma teoria volitiva da delinquência, ou seja, como resultado de decisões racionais e livres do delinquente (aquele que viola a lei porque assim o deseja, de forma consciente e espontânea).<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup>CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

<sup>210</sup>Ibid. 38.

<sup>211</sup> Segundo leciona JOSÉ RIPOLLÉS, quando da análise das visões estruturais da delinquência (aquelas que buscam em fatores sociais ou ambientais), analisar este problema (a delinquência) a partir de um enfoque estrutural tem graves inconvenientes para alguns atores sociais. Um enfoque estrutural da delinquência coloca o Poder Executivo e o Poder Legislativo, frente às suas próprias responsabilidades, visto que o delito encontra boa parte de sua explicação em causas sociais e, portanto, estes Poderes são os primeiros responsáveis pela correção das políticas existentes (ou adoção de novas iniciativas). Assim, uma explicação contrária, ou seja, uma explicação volitiva do delito, permite ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo transmitir (desavergonhadamente) a sua própria responsabilidade a um terceiro, o delinquente. Como consequência deste enfoque volitivo (de que todos os cidadãos estão em iguais condições de responder plenamente por suas decisões) resulta uma ampla margem para medidas legislativas – e executivas, como no caso do Rio de Janeiro - de natureza simbólica, carregadas de força comunicativa e eleitoralmente proveitosas (a sua eficácia ou efetividade sempre pode estar mascarada pelo argumento de que "a culpa da persistência da delinquência é sempre daquele que delinque"). RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007. p.117

Como consequência, considerando as tentativas do Estado de legitimar a sua seleção qualitativa prévia, o pobre e o negro - agora associados com a figura do delinquente (que age de forma consciente, visto que poderia abster-se da conduta criminosa) - deixam de ser somente vistos como inimigos e passam a, também, ser tratados como tal. Afinal, com base em uma teoria contratualista, aquele que delinque infringe o contrato social, não participando dos seus benefícios (porque perde o seu *status de cidadão*).<sup>212</sup>

Neste contexto, pertinentes os ensinamentos de Cancio Meliá, que - ao discorrer acerca do punitivismo e sobre o direito penal simbólico - assevera que este (o direito penal simbólico) não só identifica um determinado feito, mas também (e sobretudo) identifica um específico tipo de autor, que não é definido como um igual, mas sim como outro. Nas suas palavras:<sup>213</sup>

*Es decir, que la existencia de la norma penal - dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos - persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como "otros" no integrados en esa identidad, mediante la exclusión del "otro". Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los razos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo.*

Portanto, resta evidente, que muitos dos abusos perpetrados pelo Estado contra as pessoas que pertencem aos estratos sociais economicamente hipossuficientes (e aqui os favelados merecem destaque) se dão com base nesta seleção qualitativa feita pelo próprio Estado, que os reduz a categoria de inimigo como estratégia de encobrimento dos problemas estruturais (de responsabilidade estatal) da delinquência. Assim<sup>214</sup>

O sistema penal seleciona algumas condutas sociais e as erige à condição de ações perigosas à sociedade, definindo, assim, o que chama de crime e

<sup>212</sup> JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p.26.

<sup>213</sup> Ibid. p. 78.

<sup>214</sup> Segundo o autor, o sistema penal realiza a reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, colocando em ação processos marginalizadores e criando contraestímulos à integração de setores mais baixos e marginalizados do proletariado. Tal processo se verifica na chamada criminalização primária, quem vem estabelecida nas normas jurídicas, e também na secundária, a cargo das instituições sociais, como a Polícia, o Ministério Público e a Justiça Penal. MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.25.

criminoso. Mais do que isso, tal sistema seleciona o refugio humano da sociedade como alvo do arranjo da própria ordem jurídica penal. Como sustenta Zygmunt Bauman, a norma precede a realidade e o que seria uma ontologia do ser humano, criando “uma categoria universal de marginalizados/excluídos, e o direito de estabelecer um ‘fora dos limites’, fornecendo assim o lugar de despejo dos que foram excluídos, reciclados em refugio humano”. LoïcWacquant aprofunda a mesma imagem, apontando a transformação histórica de uma comunidade includente do estado social em passagem para um estado penal excludente, com a formação de guetos urbanos como depósitos de lixo para o refugio humano.

Michael Foucault, leciona Mellim Filho, situa a seletividade no interior da própria legalidade, “mercê da criação de uma proibição em seu entorno”, ou seja, “um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência”.<sup>215</sup>

Em tal organização, os operadores do Direito e as agências oficiais de controle possuem papel destacado. Para Foucault, resulta claro que a ação seletiva consiste em atender à demanda para a criação de uma delinquência, diferenciando as ilegalidades. A justiça criminal desempenha o papel de caução legal e de princípio de transmissão. Com efeito,<sup>216</sup>

num primeiro momento de atuação do sistema penal, a seleção é estabelecida pelas leis. São as normas estatais que definem, em primeiro plano, as condutas que irão classificar como crimes e quais as consequências propostas. As técnicas jurídicas usadas nas classificações, por exemplo, costumam agravar as soluções penais para as condutas normalmente atribuídas a membros das camadas populares, o que ocorre nos crimes patrimoniais como furto e roubo, que deixam de pouco espaço para soluções absolutórias ou de baixa punibilidade. Já os crimes contra a ordem tributária, por exemplo, trazem, na própria lei, vias alternativas e estratégicas de despenalização. Em segundo lugar, o processo de seleção é feito pelas instituições incumbidas da aplicação das leis, a começar pela Polícia, que realiza seleção considerada de pequeno calibre, com filtragem grossa, muito embora, em um contato inicial com as condutas humanas, não deixe nunca de interpretá-las a seu modo e realizar uma primeira seleção penal, relevando ações que, em tese, estão contidas nas normas penais, e sobrevalorizando outras, a incluir a adoção de mecanismos punitivos colocados claramente à margem da lei. A seletividade mais apurada das condutas humanas aumenta a partir do transcurso da investigação pela Polícia, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pelos órgãos incumbidos da execução penal. Daí porque é questionável que se estabeleçam como objeto da pesquisa social as pessoas que cumprem pena em presídios ou delegacias como amostragem dos comportamentos criminosos, uma vez constituírem elas próprias produto de processos de seleção social em diversos estágios mediante procedimentos variados, a incluir o próprio universo da vida no cárcere. Tais procedimentos, seja no

---

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Ibid. p.25-26.

âmbito das ações policiais, seja no interior do processo criminal, em que dispositivos dos sistema penal são colocados à disposição do Ministério Público e do Poder Judiciário, é que irão demonstrar de que maneira se realizará a seleção de condutas e pessoas, subtraindo algumas destas do sistema e incluindo outras, a serem, controladas ou descartadas como refugio humano.

Deste modo, de acordo com a concepção de Jakobs<sup>217</sup> de Direito penal do inimigo, se relativizam (e muitas vezes se suprimem) as garantias desses “cidadãos selecionados” - selecionados na categoria de inimigos - o que, segundo a análise de Díez Ripollés, já não causa receios na população, que acaba “aceitando” determinados excessos e abusos contra direitos individuais.<sup>218</sup>

A explicação para este fenômeno (em sociedades democráticas, com um amplo elenco de liberdades individuais legalmente reconhecidas e efetivamente exercidas) de renuncia às cautelas existentes, encarregadas de prevenir os abusos dos poderes públicos contra os direitos individuais, é a busca por uma maior efetividade na persecução do delito.<sup>219</sup>

O problema, entretanto, desta progressiva ausência de receio sobre o uso de instrumental punitivo é que, além de permitir reformas impensáveis até pouco tempo (como, por exemplo, a generalização da vigilância de espaços públicos), está prestigiando modos de operar juridicamente que desrespeitam os direitos e liberdades individuais, deixando-os em segundo plano, razão pela qual.<sup>220</sup>

**en la policía, superado el distanciamiento popular que arrastraba desde los años de la dictadura, la eficiencia y prontitud que se le demanda en la persecución del delito y descubrimiento de los culpables permite disculpar fácilmente actuaciones apresuradas que inciden sobre objetivos equivocados;** el legislador ha de mostrar una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social; los jueces han de ser capaces de sortear los obstáculos de derecho material y procesal que puedan surgir, con tal de asegurar una justicia acorde, en tiempo y forma, a las demandas populares; y **la principal misión de los funcionarios de ejecución de penas es garantizar, en todo momento, que el delincuente no sea tratado de un modo demasiado generoso. Grifo nosso.**

<sup>217</sup> JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p.81-81.

<sup>218</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007. p. 90-93.

<sup>219</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007. p. 90-93

<sup>220</sup> Ibid.

Neste diapasão, cumpre referir, ainda, outros elementos que contribuem sobremaneira para a severa atuação estatal na mitigação de direitos e garantias fundamentais do cidadão (excluído) e para a majoração do papel desempenhado pelo direito penal, quais sejam: o papel da mídia e a sensação de insegurança que vige na sociedade hipermoderna.

### 3.1.2 O processo penal do inimigo

Considerando esses elementos, se tem claro que o inimigo não é somente aquele quem quebra o contrato social. O inimigo já está previamente escolhido mesmo antes do cometimento de qualquer conduta delitiva, dada a sua “periculosidade”.<sup>221</sup>

Por esta razão, mesmo antes de se poder atribuir a autoria de uma conduta a um indivíduo ou a um grupo determinado de pessoas, já se faz a distinção entre aquele que pode ser tratado como cidadão e aquele que deve ser tratado como inimigo, o que fica claro, quando da análise do sistema processual penal na sociedade do risco.<sup>222</sup>

Corroborando com este entendimento, Lenio Streck explica que, pelo fato de vivermos em uma sociedade atravessada por contrastes dos mais variados, do plano cultural ao econômico, não poderia o “legislador” especificar, no contexto da lei, formalmente, que<sup>223</sup>

por exemplo, matar alguém seria diferente para quem pertencesse a uma camada social “mais elevada” e para quem pertencesse de uma camada menos favorecida da sociedade. Isso seria ilógico, levando-se em conta o processo ideológico, cuja eficácia depende da exata medida em que não é percebida a “intenção do legislador”.

---

<sup>221</sup> JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p.43.

<sup>222</sup> Ibid. Passim.

<sup>223</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.100.

Por esta razão, complementa o autor, criou-se, então, no âmbito da dogmática jurídica, a distinção informal entre *direito penal do fato* e *direito penal do autor*. Dessa forma, aduz,<sup>224</sup>

Acusa-se, defende-se e julga-se o indivíduo não pelo fato criminosos que cometeu, mas pelo que ele representa, de forma efetiva, na tessitura da sociedade na qual está inserido. É o papel social do acusado que definirá a maneira como será tratado/julgado. Registre-se que essa tese – que é antiga – surgiu como alternativa entre a teoria realística (tradicional e dominante) e a teoria sintomática. Infiltrou-se no pensamento jurídico com o advento do nacional-socialismo alemão, chamada então de teoria voluntarista, ou Direito Penal da vontade (Willensstrafrecht), segundo a qual, o crime seria, antes de mais nada, “a violação do dever de fidelidade para com o Estado”. Foi estruturada pelo chamado grupo de Kiel, liderado por Shaffstein e Dahm, penalistas do fatídico regime nazista, sendo que, para ele, concorreu, de certa forma, o próprio Gallas, embora em posição mais moderada.

Tal assertiva encontra fundamento quando se parte para o exame das funções do direito processual penal e se verifica que o “inimigo” não goza das mesmas garantias processuais do cidadão, razão pela qual se pode falar na existência de um verdadeiro “**processo penal do inimigo**”, destinado a eliminação de riscos. Assim, ante este lado pessoal de sujeito processual<sup>225</sup>

*aparece en múltiples formas la desnuda coacción, sobre lo todo en la prisión preventiva (§§ 112,112 a StPO); al igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco significa nada para el imputado, sino que frente a él se agota en una coacción física. Y no porque el imputado deba asistir al proceso – también participa en el proceso una persona imputada, y por convicción -, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho – ésta ni oculta pruebas ni huye-, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos puede en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§ 81 a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución porque las medidas sólo funcionan mientras el imputado las conozca. En este sentido, hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones (+100 a StPO), otras investigaciones secretas (+100 c StPO) y la intervención de investigadores encubiertos (§ 110 a StPO) Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tiene lugar fuera del Derecho, pelos imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho : el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.*

<sup>224</sup> Ibid.p.100-101.

<sup>225</sup> JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p.45.

Outrossim, pode-se referir as reformas introduzidas na Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), pela edição da Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que deixaram mais explícito o tratamento processual diferenciado (como se verá a seguir) para o cidadão e para o inimigo.<sup>226 227</sup>

Com a referida inovação legislativa resta evidente a atuação estatal no combate ao “inimigo”, através de instrumentos processuais penais, mesmo quando inexistente certeza sobre o cometimento de delito, violando assim um dos princípios mais basilares do processo penal (partindo de um pressuposto processual garantista), qual seja, a presunção de inocência.<sup>228</sup>

De fato, o cometimento do delito pouco importa, na medida em que o mero pertencimento a determinadas organizações “inimigas” já é suficiente para que direitos e garantias individuais sejam violados de forma “lícita”.

Assim, de acordo com o que dispõe o texto do artigo 52 da LEP, mais especificamente nos seus parágrafos 1º e 2º, pode-se submeter o preso provisório<sup>229</sup> ao regime disciplinar diferenciado (RDD), impondo-lhe, com base no seu risco potencial, sanções idênticas aquelas aplicadas aos presos já condenados.<sup>230</sup>

---

<sup>226</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

<sup>227</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

<sup>228</sup> Consoante ensinamentos de Aury Lopes Junior, a pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, existindo uma íntima e imprescindível relação entre o delito, pena e processo, de modo que são complementares. Nas palavras do autor, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”. Neste sentido, considerando esta íntima relação entre o direito penal e o processo penal, destacada pelo insigne professor, deve-se apontar que ao atual modelo de direito penal mínimo corresponde um processo penal garantista, haja vista que só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder. Por esta razão, considerando a evolução do processo penal, no sentido de monopólio estatal na aplicação de sanções penais, bem como a instrumentalidade do processo penal como fundamento de sua existência, se conclui que o processo deve servir para proteger os direitos e garantias individuais. Nesta linha, cumpre destacar que o sistema garantista se sustenta em seis princípios basilares, entre os quais se destaca a presunção de inocência, derogada de forma expressa quando da redação dos parágrafos do artigo 52 da Lei de Execuções Criminais. LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.1-17.

<sup>229</sup> O preso provisório é aquele submetido a uma das modalidades de prisão provisória (que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e não tem por objetivo a punição do indivíduo, mas sim o impedimento de que ele possa cometer delitos, interferir na apuração de fatos investigados no processo penal ou ainda prejudicar a aplicação da sanção correspondente ao fato praticado). AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2008. p.223.

<sup>230</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Entre as sanções mais severas (ainda mais considerando a inexistência de qualquer prova de cometimento de delito e a imposição ao regime diferenciado pelo “simples risco” para a ordem e segurança) pode-se citar a manutenção do preso no RDD pelo período de até trezentos e sessenta dias (inciso I); o isolamento em cela individual (inciso II); a limitação de visitas (inciso III) e a restrição aos banhos de sol (inciso IV).<sup>231</sup>

Não bastasse o flagrante perigo de aplicação de um regime tão severo (dada discricionariedade dos agentes do Estado ao definir o que venha a ser o “risco” a ordem e segurança), causa mais espanto submeter a este mesmo regime disciplinar diferenciado, os presos provisórios sob os quais recaiam “suspeitas” de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.<sup>232</sup>

A estranheza que aqui se refere é justamente pela possibilidade de uma “suspeita” (tal como o “risco” hipotético) servir de fundamento para que o preso provisório (até então cidadão “inocente”, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, LVII da Constituição da República) possa cumprir “pena”<sup>233</sup> antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>234</sup>

Outro exemplo que merece ser apontado, na medida em que permite verificar as mesmas características anteriormente destacadas, é o artigo 10 da Lei 9.034 de 3 de maio de 1995, haja vista que preceitua que “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”.<sup>235</sup>

---

<sup>231</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> Não obstante o sofrimento físico e psicológico a que está sujeito o preso (provisório ou condenado) pode-se definir como “pena” a sua estigmatização. Isso porque, conforme leciona Miguel Wedy, na prisão provisória, têm-se os mesmos efeitos da prisionalização ocorrida com o apenado: a adoção de um *modus vivendi* totalitário e pan-óptico e a sua conseqüente estigmatização social. Neste sentido o autor assevera que os reflexos sociais e econômicos decorrentes da estigmatização oriunda das prisões cautelares são inúmeros, sendo, também, reduzidas as oportunidades do sujeito em buscar a sua reinserção social (que significa condições ideais para que o sujeito passivo possa retomar minimamente o seu *status* anterior). WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.2-3.

<sup>234</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** : promulgada em 05 de outubro de 1988. In: Vademecum Saraiva. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>235</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.

Isso porque, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado.

Neste sentido, considerando que o artigo 59, inciso III, do CPP, assevera que o juiz - atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima - estabelecerá (conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, se verifica que, de acordo com o artigo 10 da Lei 9.034, de fato, o pertencimento do condenado ao grupo inimigo, no caso à organização criminosa, é causa suficiente para que seja tratado de forma evidentemente distinta, haja vista que lhe seja vedado o início de cumprimento de pena em regime diverso ao fechado.

De igual maneira, se percebe a existência de uma flagrante seleção e um verdadeiro **processo penal do inimigo** quando da apreciação do art. 34 da Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995. Isso porque, de acordo com o referido dispositivo legal, extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990<sup>236</sup> e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965<sup>237</sup>, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.<sup>238</sup> O que significa dizer que inclusive o início do processo penal pode ser evitado dependendo da camada social a que pertença o criminoso.<sup>239</sup>

De acordo com Luciano Feldens, a causa extintiva da punibilidade sob comento, como *prima facie* se percebe, é restrita aos crimes de sonegação fiscal, mas, dentro dessa categoria, foi abrangente o bastante para abarcar inclusive aquelas condutas criminosas praticadas mediante grotescas fraudes. Neste sentido, explica o autor, com referência a manifestação ministerial lançada nos autos da ação

---

<sup>236</sup> Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

<sup>237</sup> Crime de sonegação fiscal.

<sup>238</sup> BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.249**, de 26 de dezembro de 1995. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.729**, de 14 de julho de 1965. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990.

<sup>239</sup> FELDENS. Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma legitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p.190.

penal nº 95.015.03557-0, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Caxias do Sul/RS (fl.s445-447):<sup>240</sup>

A regra questionada, ferindo o princípio da igualdade, cria **duas castas de criminosos**, a primeira constituída pela grande maioria, em regra oriundos das camadas mais miseráveis da pirâmide social, aos quais a consequência do crime é o processo penal e o provável encarceramento, e, a segunda, formada por *sonegadores fiscais*, logicamente egressos da classe economicamente dominante, aos quais é concedida a oportunidade de, usando mais uma vez de seu poder econômico, pagar em dinheiro pela extinção de sua punibilidade [...]. **grifo nosso.**

Assim, como bem destaca o autor, estamos diante da seguinte situação: “**o ladrão de galinhas será processado e julgado** pelo Estado mesmo que devolva à vítima um galinheiro inteiro”. Enquanto isso, “**o sonegador fiscal** – que prejudicou com seu ato toda a sociedade, em especial a classe economicamente mais carente, sempre dependente da situação dos cofres públicos para ver implementada a ações assistenciais governamentais – **livrar-se-á imaculado** caso devolva os valores surrupados”.<sup>241</sup>

Neste diapasão, a manifestação do Procurador da República Carlos Augusto da Silva Cazarré, o primeiro a questionar a constitucionalidade do art. 34 da Lei 9.249/95<sup>242</sup>

[...] Percebe-se, desde a mera leitura do dispositivo, que o pagamento do débito, inclusive dos acessórios, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade dos delitos previstos nas leis ali mencionadas. Ora, para pagar e, assim, obter a extinção da punibilidade, é necessário que o agente do delito tenha capacidade econômica, isto é, deve ter recursos suficientes e disponíveis para quitar o valor cobrado. Caso contrário, sofrerá a persecução criminal em sua inteireza. **Extrai-se daí que o elemento essencial, definidor exclusivo de quem sofrerá a ação penal, é a capacidade econômica do contribuinte. Se rico**, com recursos suficientes para pagar, inclusive os acessórios, sabidamente pesados, com multas de até 300%, juros e correção, fulminará a pretensão punitiva no seu nascedouro, não sofrendo qualquer assédio criminal. **Se pobre**, sem recursos para arcar com os vultosos encargos, oriundos provavelmente de dificuldades para atender às exigências do fisco, será processado criminalmente, e mesmo que venha a ser absolvido por, estado de

---

<sup>240</sup>Ibid.

<sup>241</sup>FELDENS. Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma legitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p.190.

<sup>242</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso Criminal n. 1998.04.01.028177-3 -RS** (ação penal nº 96.1002072-0). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: Marilda Rodrigues de Oliveira. Relator: Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas. 2 de dezembro de 1998.

necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa, o que terá que provar, com a imensa dificuldade inerente a esse tipo de prova, ainda assim terá sofrido o amargo ônus de ser réu.

Portanto, tal como ocorre com o direito material penal, também o direito processual penal, merece ser estudado de forma crítica, sob a ótica das transformações sociais características da sociedade do risco, que lhe impõe adaptações capazes de se adequar a complexidade do surgimento de novos riscos.

### 3.1.3 Criminalização e seleção no sistema penal

A partir de meados do século XX, a ênfase do estudo criminológico se deslocou da análise da conduta ou da ação considerada delituosa do agente e sua personalidade, assim classificada pela sociedade, para o processo de criação das normas e sua aplicação, uma vez que é o sistema penal que formula o conceito de crime e estabelece suas consequências, que são as penas. Segundo Mellim Filho<sup>243</sup>

A chamada criminologia da reação social expressão que, na verdade, contém diversas correntes teóricas, difere da criminologia tradicional, cuja função implícita, como esclarece Lola Aniyar de Castro, “é a de dar suporte de aparência científica às atividades de controle social formalizado”. A nova abordagem criminológica, ainda segundo a mesma autora, objetiva conhecer como se dá a criminalização de condutas lícitas mediante a criação de normas penais e como tal operação interfere na criminalidade dos indivíduos e perpetuação do papel delitivo, contendo em si algumas teorias, como da rotulação, do estigma e do estereótipo.

Essa perspectiva, em termos gerais, acaba por constituir importante ferramenta de análise crítica do sistema penal, principalmente sob o ponto de vista de sua seletividade, o que permite compreender o estado atual da política criminal, hoje caracterizada pelo processo de “expansão” do direito penal.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup>MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.22.

<sup>244</sup>Ibid.

Isso porque nas sociedades ocidentais contemporâneas se tem notado um trabalho legislativo em matéria penal muito superior ao que até agora já viu na atividade de reforma de tipos penais.<sup>245</sup>

O elemento nuclear dessas reformas é um conjunto de tipos penais que, vistos do ponto de vista dos bens jurídicos clássicos, constituem pressupostos de criminalização em estado prévio à lesões de bens jurídicos cujos marcos penais estabelecem sanções demasiadamente severas. Em outras palavras, a evolução do direito material penal e do direito processual penal se caracteriza por tendências que em seu conjunto fazem aparecer no horizonte políticocriminal características de um direito penal derivado da sobrevalorização do risco.<sup>246</sup>

Para fim de compreender este fenômeno, Manuel Cancio Meliá parte da análise concreta da evolução da política criminal atual, resumindo o seu desenvolvimento em dois pontos principais, quais sejam: o direito penal simbólico e o ressurgir do punitivismo.<sup>247</sup> Neste sentido se adverte a existência de um debate político de um verdadeiro “clima punitivista”, nas palavras de Cancio Meliá<sup>248</sup>

*El recurso aún incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego no carece de antecedentes. Pero estos procesos de criminalización – y esto es nuevo – en muchas ocasiones se producen coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podrían resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política – demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización. En este sentido, parece que se trata de un fenómeno que supera, con mucho el tradicional “populismo” en la legislación penal.*

De fato estes dois fenômenos não podem ser separados nitidamente, uma vez que o direito penal simbólico não diz respeito a um grupo bem definido de infrações penais, mas sim identifica a especial importância que o legislador outorga aos aspectos de comunicação política em curto prazo decorrente da promulgação de tais normas.<sup>249</sup>

---

<sup>245</sup>JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.p.62-64.

<sup>246</sup>Ibid.

<sup>247</sup>O primeiro diz respeito ao fenômeno de neocriminalização, merecendo a crítica de possuir efeitos tão somente simbólicos, que, em regra servem para dar uma impressão tranquilizadora de que o legislador está atento às necessidades sociais de segurança, promulgando normas claramente elaboradas para não serem aplicadas, ao passo que o segundo se refere à criação de regramentos capazes de serem aplicados ou, também, de se promover o endurecimento das penas das normas já existentes.

<sup>248</sup>Op.cit. 65-71.

<sup>249</sup>JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.p.76.

Igualmente o direito penal simbólico faz uma distinção muito importante de ser referida que é a do autor definido não como um igual, mas sim como “o outro”, ou seja, aquele que não se adequa com as regras sociais e merece ser excluído.<sup>250</sup>

Assim, o objeto da ação dos juízes e tribunais passa a ser, pois, o outro, o inimigo, o indivíduo perigoso construído a partir de elementos biográficos, tal como aparece, com alguma clareza, nos exames psiquiátricos de insanidade, realizados nos processos criminais.<sup>251</sup>

Assim, quando se faz um estudo sobre a sociedade, se percebe que existem pessoas e grupos que são classificados como sendo impróprios à convivência social. Como consequência, estes seres humanos acabam excluídos, quando da elaboração e execução de projetos sociais. Neste sentido, Mellim Filho disserta que<sup>252</sup>

Na elaboração e execução dos projetos sociais, sobram seres humanos refugados, o que se vê com maior nitidez no movimento da modernização, como efeitos de uma nova ordem mundial. Citando Mary Douglas, sustenta Bauman que nenhum objeto é refugio por suas qualidades intrínsecas nem tampouco por sua lógica interna: “é recebendo o papel de refugio nos projetos humanos que os objetos materiais, sejam eles humanos ou inumanos, adquirem todas as qualidades misteriosas, aterrorizantes assustadoras e repulsivas”.

Com esteio em Bauman, explica o autor que, para o desenvolvimento do lixo humano, se faz necessária a construção de novas prisões, o aumento do número de delitos, o endurecimento de sentenças e prolongamento de penas, requisitos indispensáveis para a manutenção da atividade industrial de intensa criminalização dos problemas sociais.<sup>253</sup>

Neste contexto, Michel Foucault, assevera que este é um ritual político, na medida em que faz parte das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. Isso

---

<sup>250</sup> Isso torna clara a ideia de direito penal do inimigo (surgido da união do punitivismo com o direito penal simbólico) JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.p. 78.

<sup>251</sup> MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.22.

<sup>252</sup> MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.21.

<sup>253</sup> Ibid.

porque, o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano pessoalmente, uma vez que a lei representa a sua vontade. Por isso, assevera<sup>254</sup>

O suplício tem uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstruir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito deve ser bem proporcionada, se a sentença deve ser justa, a execução da pena é feita para dar não o espetáculo da medida, mas do desequilíbrio e do excesso; deve haver, nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade intrínseca. E esta superioridade não é simplesmente a do direito, mas a da força física do soberano que se abate sobre o corpo de seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe: ela – ou pelo menos aqueles a quem ele delegou sua força – se apodera do corpo do condenado para mostrá-lo marcado, vencido, quebrado. A cerimônia punitiva é “aterrorizante”. Os juristas do século XVIII, ao entrarem em polêmica com os reformadores, darão uma interpretação restritiva e “modernista” da crueldade física das penas: se são necessárias penas severas, é porque o exemplo deve ficar profundamente inscrito no coração dos homens. Na realidade, entretanto, o que até então sustentara essa prática dos suplícios não era a economia do exemplo, no sentido em que isso era entendido na época dos ideólogos (de que a representação da pena é mais importante do que o interesse pelo crime), mas a política do medo: tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano. O suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder. No século XVII, e ainda no começo do XVIII, ele não era, como todo o seu teatro de terror, o resíduo ainda não extinto de uma outra época. Suas crueldades, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmesurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade.

Na mesma linha, Mellim Filho assevera que o surgimento do excedente populacional advindo do crescimento do desemprego, para o que contribuíram o progressivo ingresso da mulher no mercado de trabalho e a queda dos regimes socialistas do leste, trouxe à tona a questão de como controlar as classes perigosas e os que não possuem trabalho.<sup>255</sup> Sobre este assunto, Nils Christie, ao versar sobre o excedente populacional explica que<sup>256</sup>

“As mãos vazias” têm sido um problema desde os primeiros estágios da industrialização. Os desocupados eram vistos como criadores de, pelo menos, dois tipos de problemas: por seu poder para causar distúrbios e o

<sup>254</sup>FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1997. P.42-43.

<sup>255</sup>MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.21.p.22.

<sup>256</sup>CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P.54

outro derivado da contradição entre essa vida de desemprego forçado e a moral oficial da dedicação ao trabalho. Poder-se-ia suspeitar que o desempregado gostasse de seu destino. As casas de “trabalhos forçados” representavam uma solução para os dois problemas. Mas esta solução era apenas temporária; os Estados eram pobres, as casas de trabalho precisavam de capital privado, e o lucro era maior em outro tipo de investimentos. Na Europa, a emigração para os Estados Unidos aliviava grande parte da pressão. As casas de trabalho foram abolidas. E, finalmente, duas guerras mundiais, com toda a sua brutalidade, também proporcionaram um alívio temporário.

Mas o problema básico não desapareceu. Pelo contrário, novas categorias querem conseguir o que é visto como vida plena. As mulheres estão voltando ao mercado de trabalho assalariado – onde estavam no início da industrialização. Se a parcela da população que desejava trabalho assalariado em 1992 fosse a mesma que o desejava em 1965, não haveria desemprego em países como a Dinamarca ou a Noruega. Ser justo em relação às mulheres, em sociedades organizadas como as nossas, cria complicações para os homens das classes mais baixas.

Neste diapasão, uma das formas de controle, referidas por Mellim Filho, se dá por meio das drogas, na medida em que “a guerra contra as drogas abriu caminho para a guerra contra as pessoas tidas como menos úteis e potencialmente mais perigosas da população”.<sup>257</sup> Corroborando com este entendimento, Nils Christie, comenta que o controle de drogas serve como controle de classe. Segundo o autor<sup>258</sup>

Para a polícia, como para a maioria das pessoas, não há respostas fáceis para enfrentar esta situação. O número de denúncias à polícia está crescendo rapidamente nas sociedades industrializadas. Alguns as chamam de crimes, outros apenas de queixas. Num caso ou no outro, atrás dessas denúncias estão atos que vão de pequenos incômodos a perigos sérios e sofrimento de pessoas que não vêem outra solução que não seja dar queixa à polícia. Mas, na realidade, a polícia pouco pode fazer. [...]

Foi nesta situação que a guerra contra as drogas surgiu e criou possibilidades alternativas de controle de classes perigosas. Deixem-me porém acrescentar uma coisa: por trás desta visão não há uma teoria conspiratória. Existem alguns argumentos racionais que sustentam o desejo de que haja algum tipo de controle, tanto da importação, quanto do uso das drogas, mesmo que os meios utilizados sejam discutíveis. O fato de a guerra contra as drogas também dar oportunidades para o controle das classes perigosas em geral, não desacredita nem seus objetivos originais, nem os personagens centrais dessa guerra. Consequências são diferentes de razões.

Neste sentido, vale destacar que esta forma de controle é muito eficiente, pelo fato de o problema das drogas resultar em reflexos sociais múltiplos, uma vez que, de acordo com o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODOC), o

<sup>257</sup> MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.21.p.22.

<sup>258</sup> CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P.58

Tráfico de drogas financia o crime organizado, o terrorismo e, ainda, prejudica o desenvolvimento.<sup>259</sup>

Por esta razão os governos de diversos países, tentam limitar a produção, distribuição e consumo de drogas para fins medicinais e científicos.<sup>260</sup> Isso porque o uso imoderado de substâncias entorpecentes é causa de inúmeros problemas de saúde pública e outros problemas sociais, tais como aumento nas taxas de prostituição, mortalidade, suicídio, mortes violentas e infecções, em muitos países.<sup>261</sup>

O Brasil não é exceção a esta regra. O País há muito tempo enfrenta os problemas advindos do tráfico e consumo de drogas ilícitas, razão pela qual é signatário dos principais tratados internacionais de cooperação contra a produção, distribuição e consumo de drogas.<sup>262</sup>

O Rio de Janeiro, dentre todos os estados da Federação, é o estado onde o problema das drogas fica mais evidente, haja vista os constantes confrontos entre policiais e narcotraficantes e a repercussão destes enfrentamentos na mídia, nacional<sup>263</sup> e internacional<sup>264</sup>, com destaque para a distribuição e consumo nas comunidades mais carentes - como ocorreu há algum tempo, com a ocupação do Complexo do Alemão, em operação conjunta das polícias do Rio de Janeiro, Exército e Marinha<sup>265</sup>.

Na referida ação policial, após buscas domiciliares, arrombamentos de possíveis pontos de tráfico, prisões diversas, barreiras policiais, revista aos

---

<sup>259</sup>UNODOC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About\\_UNODC\\_.pdf](http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About_UNODC_.pdf)>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

<sup>260</sup>UNODOC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About\\_UNODC\\_.pdf](http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About_UNODC_.pdf)>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

<sup>261</sup>BENFICA, Francisco Silveira. VAZ, Márcia. **Medicina Legal Aplicada ao Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2008. p. 113-119.

<sup>262</sup>Single Convention on Narcotic Drugs (1961), Convention on Psychotropic Substances (1971) e United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988).

<sup>263</sup>UPPs devem permanecer em comunidades do Rio por 25 anos. **Valor Econômico**, São Paulo, 22 de Dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.valoreconomico.com.br/online>> Acesso em: 20 Dec. 2010.

<sup>264</sup>*ORGANISED crime in Brazil: Conquering Complexo do Alemão*. **The Economist**, Londres, 2 de Dezembro. 2010. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/17627963>> Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

<sup>265</sup>COMEÇA movimento para ocupar o Complexo do Alemão. **Veja**, São Paulo, 26 de Novembro 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/veja-acompanha/violencia-no-rio/comeca-movimento-para-ocupar-o-complexo-do-alemao/> Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

moradores e prisão de alguns dos possíveis chefes do tráfico, finalmente o Estado pode celebrar, de acordo com o *The New York Times*, a vitória de uma operação “bem sucedida” na luta contra a violência e contra as drogas.<sup>266</sup>

Após a ocupação do morro pela polícia e pelas forças armadas, publicou o periódico norte-americano, “um ar de calma e alívio percorreu a favela, encorajando as pessoas a caminhar pelas ruas e as crianças a brincar alegremente”. Entretanto, notícia menos recorrente nesta verdadeira “guerra contra o crime”<sup>267</sup>, é a que trata sobre as violações constitucionais perpetradas pelo Estado e a afronta aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que moram no Complexo do Alemão e em outras favelas cariocas.<sup>268</sup>

Durante a celebrada operação muitos moradores foram surpreendidos pela ação do Estado e tiveram os seus lares invadidos pela polícia (que prescindiu de mandados para fazer invasões, buscas e arrombamentos). Mesmo assim, pouco se falou sobre a garantia (constitucional, frize-se) daqueles cidadãos (em grande

---

<sup>266</sup> *BRAZILIAN Forces Claim Victory in Gang Haven. The New York Times*, New York, 28 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.nytimes.com> > Acesso em: 28 de novembro de 2010.

<sup>267</sup> Aqui não caberia expressão mais apropriada, dado o envolvimento das forças armadas na missão de “pacificação” e, também, pela utilização de aparato militar (fuzis, tanques de guerra, soldados especializados) nas ruas do Rio de Janeiro. Sobre o emprego do termo “guerra” contra os que infringem as regras do Estado, ver *Derecho Penal Del enemigo*. JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 26 e 33.

<sup>268</sup> Neste sentido, cabe referir que, o desrespeito aos direitos dos moradores das favelas é tão grande que, em algumas situações o próprio Estado, incide nas práticas criminosas que deveria combater, conforme se pode verificar em matéria publicada no Jornal Estado de São Paulo em 30 de novembro de 2010, na qual moradores da favela ocupada denunciam a entrada indiscriminada de policiais nas suas residências. De acordo com o periódico “a elogiada ação das forças de segurança na retomada do Complexo do Alemão também deixou um rastro de destruição e revolta entre moradores atingidos pela operação. Não faltaram reclamações em relação às tropas. Sem mandados de busca para o conjunto de favelas, a polícia garantiu que só procuraria armas, drogas e criminosos em locais onde sua entrada fosse autorizada, mas parte da população denunciou invasão indiscriminada. Outros moradores que deixaram as favelas, por causa dos tiroteios, contam que voltaram para casa e perceberam que haviam tido pertences roubados. Testemunhas ainda relatam que ladrões aproveitaram o arrombamento das portas feito pela polícia para invadir as casas. Um comerciante conhecido como Edilson, de 46 anos, acusou os policiais de terem arrancado a porta de sua mercearia, no bairro da Fazendinha, e furtado mercadorias. ‘Beberam cerveja, refrigerante e levaram sacolas com biscoitos’, disse. Segundo ele, os vizinhos impediram que o saque, ocorrido às 10h40, continuasse. ‘Meus amigos disseram que eu era trabalhador, mas (os policiais) falaram para irem embora, senão sobraria para eles.’”. POPULAÇÃO reclama que casas foram arrombadas. *Estadão*, São Paulo, 30 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br> > Acesso em: 20 de dezembro de 2010. O problema também recebeu atenção da imprensa internacional, que passou a noticiar os atos abusivos e criminosos cometidos pela polícia na ocupação do Complexo do Alemão. *AFTER Operation, Rio’s Forces Greeted by Wariness, The New York Times*, New York, 10 de dezembro de 2010. Disponível em: < <http://www.nytimes.com> > Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

maioria sem qualquer envolvimento com o tráfico de drogas) à inviolabilidade dos seus domicílios.<sup>269</sup>

Tampouco se discutiu o cerceamento do direito de locomoção daquelas pessoas que se viram impedidas de retornar para os seus lares, de levar os seus filhos para a escola ou de sair para o trabalho com tranquilidade. E, de igual maneira, mesmo após denúncias sobre furtos e outros crimes perpetrados por policiais (durante a operação de “pacificação”), não houve qualquer referência, quanto ao dispositivo constitucional que veda o tratamento degradante, e muito menos à violação de direitos humanos<sup>270</sup> que, cumpre destacar, têm (ou deveria ter) como seu primeiro garantidor o Estado<sup>271</sup>.

Pouco se falou sobre as referidas violações por um simples motivo: os atingidos pelas arbitrariedades policiais pertencem à parcela marginalizada da população. São eles pessoas pobres, desempregadas (ou subempregadas), negras em sua maioria, sem instrução e (infelizmente) acostumadas a sofrer todo tipo de injustiça e ilegalidade por parte do Estado, já que, passados 20 anos da Constituição Cidadã, ainda enfrentamos inúmeras dificuldades para assegurar cidadania e dignidade à grande parte dos brasileiros, como bem leciona LUIZ BAHIA, ao destacar que<sup>272</sup>:

Segundo o Relatório Mundial da *Human Rights Watch* (2006), a violência policial é um dos problemas humanos mais sistêmicos, difundidos e

---

<sup>269</sup> Nos termos do artigo 5º, inciso XI da Constituição da República Federativa do Brasil: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

<sup>270</sup> “Os direitos humanos (chamados igualmente de direitos da pessoa) foram proclamados, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações. A Declaração constitui um diploma jurídico privilegiado e que abarca desde os direitos e garantias individuais até os direitos difusos e coletivos. Ela se constitui como base e fundamento do direito internacional de natureza humanitária e consagra três aspectos fundamentais, a saber: a certeza dos direitos, a segurança dos direitos e a possibilidade dos direitos”. Ademais a Declaração Universal dos Direitos Humanos mantém-se como referência normativa essencial quando se trabalha no campo dos direitos humanos, sendo prova disso o fato de ter ela servido como matriz das emanações jurídicas fundamentais da Constituição de 1988, razão pela qual a Carta Política brasileira é reconhecida pelos avanços na proteção dos direitos individuais, coletivos e difusos, e por dar tratamento especial aos direitos humanos, reconhecendo a sua universalidade e necessidade de proteção imediata. BAHIA, Luiz Henrique. Entre o legal e o real: dilemas dos direitos humanos no Brasil. In: STRECK, Lenio; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 143-145

<sup>271</sup> Ibid. p.145.

<sup>272</sup> Ibid. p.143.

duradouros no Brasil, que afeta, sobretudo, os mais pobres; os crimes cometidos por milícias e esquadrões da morte nas favelas e bolsões de pobreza do país contribuem para a elevação das estatísticas de homicídios e se mantêm na impunidade.

Neste contexto, para melhor compreender a dimensão do problema, bastaria indagar qual seria a repercussão de uma atuação policial igualmente rigorosa, não mais no Complexo do Alemão, mas, sim, em bairro nobre da Zona Sul do Rio. Nesta hipótese, provavelmente a atenção para o efetivo cumprimento dos direitos e garantias fundamentais seria muito maior.

Se, tal como ocorreu na favela, tanques de guerra estivessem “embelezando” as ruas do Leblon, e se os seus moradores fossem vitimados pela truculência e intolerância policial, vendo os seus lares invadidos, os seus filhos maltratados e seus direitos ignorados pelo Estado, certamente haveria clamor pelo respeito aos direitos humanos e punições aos excessos cometidos. Mas não é isso que sói ocorrer, já que, geralmente a classe alta tem os seus direitos respeitados - até mesmo quando algum dos seus integrantes incorre na prática de atos criminosos (diferentemente do que ocorre com as camadas desfavorecidas socialmente).<sup>273</sup>

Por esta razão, se de acordo com a Carta Magna brasileira todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, caberia analisar os fundamentos que justificam tamanha diferenciação entre cidadãos que, em tese, deveriam receber tratamento isonômico.<sup>274</sup>

Justamente por esta razão é que se faz adequado analisar o sistema penal (através de suas ferramentas alimentadoras e legitimadoras, quais sejam o direito penal e o direito processual penal) como um dos responsáveis pela seleção dos

---

<sup>273</sup> A fim de evitar mal-entendidos, adaptando a ressalva do professor LENIO STRECK, quando escreveu sobre a criminalização da pobreza, cabe destacar que não é inadequado ou incorreto o tratamento cauteloso (e respeitoso) dispensado aos cidadãos que integram as classes altas da sociedade. De acordo com o professor “o que devemos discutir – e todo o presente texto aponta nessa direção – são as razões pelas quais esse tratamento jamais foi pensado em favor das camadas desfavorecidas socialmente”. STRECK, Lenio Luiz. *Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 101.

<sup>274</sup> A partir de uma análise histórica, facilmente se chegaria à uma primeira conclusão, qual seja, “a circunstância de que criminalizar a pobreza é um eficaz meio de controle social”, uma vez que “Já é de certa forma um lugar-comum qualificar o Direito Penal (e em especial o Direito Penal brasileiro) como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção de leis (e do Direito em geral) segregava a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas “de bem”?), a pretexto de garantir a almejada ‘paz social’”. Ibid. p. 92.

seres humanos sobre quem recairá a qualificação de criminosos e perigosos, (dignos de serem afastados do convívio social e controlados de qualquer maneira). Para tanto<sup>275</sup>

impõe-se a análise da seleção que se faz nas duas grandes frentes dessa batalha surda que se trava no interior do sistema penal, que são a criação da legislação penal e sua aplicação pelos operadores do Direito, como instancias de construção do conceito de crime e da punibilidade de seus agentes.

Ocorre que o estudo do Direito como ciência tem-se limitado ao exame do mundo das normas e do ordenamento jurídico, tomados sob o prisma lógico, técnico ou deontológico, cingindo-se, basicamente, às fontes legislativas. Nesse contexto<sup>276</sup>

a chamada dogmática jurídica, constituída por um corpo de regras, doutrinas e de teorias que visam a uma proposta de solução técnica dos conflitos interpessoais, parece não levar em conta a dinâmica da realidade social que subjaz às normas jurídicas, fazendo pouco da continua criação do Direito, formada pelo trabalho de sua interpretação e aplicação pelos operadores jurídicos.

Assim, haja vista que, seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro, não pode o jurista limitar-se ao estudo do universo normativo, sem considerar a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam. Neste sentido<sup>277</sup>

No âmbito das instituições penais, a seletividade, a incidir sobre as pessoas, opera com diversas variáveis, como classe social e "raça", por exemplo, demonstrando preferência por pobres, miseráveis, desempregados, negros e mulatos, além de jovens, contestadores e rebeldes, que fornecerão um perfil pessoal, racial, político e profissional apropriado a receber as etiquetas do sistema penal.

A seleção se dá mediante a influência de múltiplos fatores que se harmonizam com as variáveis indicadas, como, por exemplo, a maior ou menor visibilidade da ação humana, as circunstâncias do fato, a aparência das pessoas e

---

<sup>275</sup> MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.22.

<sup>276</sup> Ibid.

<sup>277</sup> MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.28.

sua posição social, bem como a habilidade em evitar o registro da ocorrência na Polícia.<sup>278</sup>

## 3.2 PROCESSO PENAL E CONTROLE SOCIAL

### 3.2.1 O processo penal no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o garantismo

De forma simplificada, pode-se dizer que o Direito processual penal<sup>279</sup> é o ramo do ordenamento jurídico interno de um Estado, cujas normas instituem e organizam os órgãos públicos que cumprem a função judicial penal estatal e disciplinam os atos que integram o procedimento necessário para impor e atuar uma sanção<sup>280</sup> ou medida de segurança penal, regulando, desta forma, o comportamento de quem nele intervém.<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> Ibid. p..28.

<sup>279</sup> De acordo com os ensinamentos de Julio Maier, uma definição de Direito processual penal deve partir, necessariamente, do objeto regulado por suas normas e não de suas estruturas ou termos. Isso porque, explica o autor “es claro que el Derecho procesal penal comparte con varias ramas jurídicas la estructura e función fundamentales de sus reglas (...): disciplinar actos que producen consecuencias jurídicas determinadas dando a conocer así el valor de ciertos comportamientos humanos permitidos. Por el contrario, se identifica al Derecho procesal penal cuando se explica que su objeto es, por un lado, disciplinar los actos jurídicos que integran el procedimiento para llegar eventualmente a una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él y sus efectos jurídicos, y, por el otro, instituir y organizar los órganos públicos que cumplen la función penal del Estado. De aquí emerge el contenido principal del Derecho procesal penal, que usualmente se divide en dos ramas internas muy conectadas entre sí: el *Derecho de organización judicial* y el *Derecho procesal penal propiamente dicho o en sentido estricto.*” MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004. p.79-81.

<sup>280</sup> FRANCESCO CARNELUTTI define *sanção* como aquela conseqüência que deriva da inobservância do preceito. Nas palavras do autor, “a sanção tem de estimular a observância do preceito” e por isso “tais conseqüências têm de ser, como é natural, desagradáveis, ou seja: têm de consentir em um mal”. Isso porque, segundo explica, “as medidas repressivas têm maior importância histórica e prática do que as preventivas, consistindo as repressivas na irrogação de um mal a quem tem violado o preceito. Nessa forma, a imposição do preceito se produz por meio do temor do dito mal, o qual atua como estímulo para sua observância, ou o que conduz ao mesmo resultado, de contra-estímulo frente a sua violação. Sem essa ameaça, e enquanto não existam medidas preventivas, o preceito em si só não serviria de nada ou, ao final, valeria como conselho (*lex imperfecta*)”. Complementando, assevera que “quem quiser tentar uma síntese mesmo das mais vastas dos fenômenos jurídicos, poderia construir a sanção como designação das conseqüências que derivam da observância ou da inobservância do preceito, porque o estímulo para seguir a conduta indicada no preceito poder derivar tanto do dano ameaçado pela inobservância quanto da vantagem prometida pela observância”. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 72). Nas palavras de DARIO RODRIGUEZ, introduzindo a sociologia luhmanniana, “*elderechotiene como funciónasegurarla expectativa, em vistas a decepciones*

Este é um ramo do ordenamento jurídico que não se esgota na disciplina da atividade estatal tendente a solucionar conflitos sociais que pretendem a aplicação da lei penal, na medida em que também compreende a regulação de certas atividades que cumpre o Estado, quando, por intermédio de seus órgãos, decide aplicar uma pena ou medida de segurança.<sup>282</sup>

A sua função (material) pode ser resumida: a) na **realização do Direito penal material**<sup>283</sup> (na medida em que o Direito penal somente define o injusto penal e o Direito processual penal – ante a transgressão de uma norma penal – indica o caminho necessário para verificar o conteúdo de verdade desta transgressão, para fins de dispor da reação concreta correspondente, uma vez que o Direito processual penal é o único meio legítimo para a realização penal); b) na **proteção pessoal**<sup>284</sup> (uma vez que foi superada a vingança do ofendido ou seus parentes, graças à uma evolução social determinada por uma organização política central, que também evoluiu no sentido de proteger o cidadão contra o arbítrio estatal na persecução

---

*previsibles. Para esto, el derecho tiene que contar con mecanismos que permitan hacer más probable el cumplimiento de la expectativa, tales como la sanción – y la capacidad de sancionar – al comportamiento disidente.* RODRIGUEZ, Dario. Invitación a la Sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002. (Colección Teoría Social). p. 53.

<sup>281</sup> Aqui se fala de um ramo jurídico porque se trata de uma porção delimitada do conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico (interno) de um Estado e que, na atualidade, possui autonomia **legislativa** (resultado de um longo processo de separação do Direito penal material), **científica** (que começou com o encontro, através da lei positiva, de certos princípios e máximas, próprios do Direito processual, e com o desenvolvimento e afirmação de seu próprio objeto e função frente à lei material, refletindo também, no tipo de normas jurídicas com que estes âmbitos jurídicos se expressam; e continuou com a inserção dos princípios processuais penais frente àqueles vigentes no Direito processual civil) e **acadêmica** (que se configura na separação do Direito processual penal do Direito penal e aproximação com o Direito processual civil, que, conforme adverte Julio Maier, parte de princípios políticos positivos muito diferentes. MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004. p.75-77.

<sup>282</sup> Ibid. p.81.

<sup>283</sup> O Direito penal é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, **não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente**. Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo. E o processo, como instrumento para a realização do Direito penal deve realizar sua **dupla função**: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais**, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.5 e 20.

<sup>284</sup> A titularidade do direito de punir por parte do Estado surge no momento em que é suprimida a vingança privada e são implantados os critérios de justiça. O Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e também o dever) de proteger a comunidade e inclusive o próprio “delinquente”, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal, por causa da conduta delitativa. Ibid. p.6.

penal, o que assegurou uma ampliação de garantias de liberdade e segurança na solução de conflitos, limitando os poderes do próprio Estado para fins de evitar condenações injustas e assegurar a manutenção da dignidade daquele que é “perseguido” penalmente); c) na **recomposição da paz e segurança jurídica** (isso porque toda a regulação do procedimento objetiva a obtenção do ato que resolva definitivamente o conflito social fazendo a coisa julgada, após se esgotarem todos os meios de impugnação decisional – recursos).<sup>285</sup>

Outrossim, o Direito processual penal também possui uma função formal, na medida em que todas as normas do Direito processual penal são “normas potestativas”, uma vez que elas disciplinam os atos que integram necessária ou eventualmente um procedimento, dispondo sobre<sup>286</sup>

*el modo, tiempo y forma en los cuales deben ser llevados a cabo para obtener ciertas consecuencias jurídicas, sobre la competencia de los órganos públicos que ejercen la función penal del Estado para realizar algunos de ellos o las facultades de los particulares intervinientes en el procedimiento para llevar a cabo otros.*

Suas normas conectam, portanto, um ato validamente levado a cabo com uma consequência jurídica precisa, delimitando as ações juridicamente indiferentes daquelas que possuem sentido preciso no procedimento, razão pela qual, sem estas regras<sup>287</sup>

*no podríamos distinguir una sentencia de la opinión de un juez, un recurso de la queja de un interviniente en el proceso contra la injusticia de la decisión, un testimonio o una peritación valorable en la decisión de una opinión vulgar o científica sobre el asunto.*

Isso posto, delimitada a extensão deste ramo do ordenamento jurídico e, também a íntima relação entre o Direito penal e o processo penal (na medida em que, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”)<sup>288</sup>, deve-se apontar que o atual modelo de Direito penal mínimo, corresponde a um processo garantista<sup>289</sup>,

<sup>285</sup> MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004. p.84-92.

<sup>286</sup> Ibid. p.93-94.

<sup>287</sup> Ibid. p.93-94.

<sup>288</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.6

<sup>289</sup> Com esteio nos ensinamentos de Ferrajoli se faz possível dizer que o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais. A partir deste entendimento se verifica que, superado o tradicional conflito entre direito natural e direito positivo, tendo em vista a constitucionalização dos direitos naturais pela maioria das constituições modernas, o problema centra-se agora na divergência entre o que o Direito

traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos.<sup>290</sup>

Nesta senda, Aury Lopes Jr., esclarece que somente um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado<sup>291</sup>, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder. De acordo com o autor<sup>292</sup>

---

é e o que ele deve ser, no interior de um mesmo ordenamento jurídico, ou seja, o problema está entre *efetividade* e *normatividade*. Com isso a efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, **o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais** inseridos ou resultantes da Constituição. Neste contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal. LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.6 e 14.

<sup>290</sup>Neste sentido, destaca Lenio Streck: “garantias tanto liberais como sociais expressam os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas”. STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.27.

<sup>291</sup> O sistema garantista está sustentado por seis princípios básicos, sobre os quais deve ser erguido o processo penal. São eles: **1º Jurisdicionalidade** – *Nullapoena, nulla culpa sine iudicio*: Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei. **2º Inderrogabilidade do juízo**: No sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição. **3º Separação das atividades de julgar e acusar** – *Nullum iudicium sine accusatione*: configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal. Esse princípio também deve ser aplicado na fase pré-processual, abandonando o superado modelo de juiz de instrução. **4º Presunção de inocência**: A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença. **5º Contradição** – *Nulla probatio sine defensione*: é um métodos de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). **6º Fundamentação das decisões judiciais**: para o controle da contradição e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência, também é fundamental que as decisões judiciais (sentença e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder. LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.15-16.

<sup>292</sup> Importante destacar, parafraseando Aury Lopes Jr., que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Ele consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios, que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.6 e 14-15.

No garantismo, o juiz passa a assumir uma relevante função de *garantidor*, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. **O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria.** Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal). **Grifo nosso.**

No prólogo da obra de Ferrajoli, Bobbio define **as grandes linhas de um modelo geral de garantismo**: *Antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.*

Corroborando com este entendimento e asseverando que o Direito não pode mais ser visto como uma mera racionalidade instrumental, Lenio Streck se reporta a Luigi Ferrajoli<sup>293</sup>, autor cuja perspectiva garantista se apoia em um projeto de Democracia social, que forma um todo único com o Estado social de Direito, o que significa dizer, em outras palavras, que<sup>294</sup>

consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado na maximização das liberdades e na minimização dos poderes, o que pode ser representado pela seguinte fórmula: Estado e Direito mínimo na esfera penal, graças à minimização das restrições de liberdade do cidadão e à correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; Estado e Direito máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas

---

<sup>293</sup> Fábio Lopes, objetivando esclarecer o sentido dado ao termo garantismo, tal como Lenio Streck, busca esteio em Ferrajoli cuja teoria, nas palavras do autor, possui três significados. Por primeiro, significa um modelo normativo de direito, que serve para limitar a função punitiva do Estado e para assegurar a legalidade estrito direito penal. Por segundo, designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas, ou seja, exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no direito. Sintetizando, é uma teoria que evidencia a divergência entre normatividade e práticas operacionais (realidade, efetividade). Por fim, o garantismo indica uma “filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”, pressupondo a “separação entre direito e moral, entre validade e justiça”. LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.19-20. No mesmo sentido, Salo de Carvalho, assevera que o modelo garantista busca a racionalidade do sistema jurídico, baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo as pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. CARVALHO, Salo de. Apud.Ibid.p.19

<sup>294</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.27.

materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.

Neste contexto, pertinentes as observações de Fauzi Choukr quando afirma que não é necessário mais que uma batida de olhos no atual texto constitucional para se verificar a maximização do número de dispositivos “garantidores” na atuação do aparelho repressivo, buscando com isto a adequação do processo penal aos valores democráticos que vingaram no trabalho constituinte.<sup>295</sup> Assim, no modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena:<sup>296</sup>

sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.

Neste ponto, cumpre destacar que a onda de reconstrução do Estado de direito, que inspirou as atividades parlamentares constituintes, e teve como uma das principais consequências a adoção de uma nova ordem instrumental<sup>297</sup> penal, é bem distinta do sistema que inspirou o Código de Processo Penal vigente, desenvolvido sob a égide de outro momento sociopolítico e de uma estrutura altamente autoritária<sup>298</sup>, além de mal construído tecnicamente”.<sup>299</sup>

<sup>295</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal. 3ªed.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.5.

<sup>296</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.16-17.

<sup>297</sup> O processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc. Ibid. p.20.

<sup>298</sup> De acordo com Nereu Giacomolli, o Código de Processo Penal, concebido na década de 40, tem perfil essencialmente inquisitorial, inclusive no que tange a prova. Aliás, destaca o autor que é justamente na gestão da prova que se revela a essência da opção pelos modelos processuais. GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.5. FauziChoukr, define como curioso o caso brasileiro, na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção e inspirado em um modelo igualmente autoritário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante. Vê-se na prática a consequência dessa postura quando se encontra no Código de Processo Penal o interrogatório do acusado como meio de prova, e não de defesa, ou mesmo quando se observa a possibilidade de sancionar diretamente o réu por ter utilizado seu direito ao silêncio. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal. 3ªed.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.13.

<sup>299</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal. 3ªed.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.5.

Em razão disso, conforme leciona Fábio Lopes, torna-se imperioso que a investigação criminal assuma um papel constitucional e garantista importante:<sup>300</sup>

evitar acusações injustas e infundadas contra alguém sem que o fato com a aparência de infração penal esteja comprovado e se que haja indícios suficientes de autoria, pois a simples instauração de um processo penal já gera efeitos indesejáveis aos acusados da prática de crimes, mesmo que sejam, ao final, absolvidos.

Por esta razão, afirma, a investigação criminal deve ser um instrumento constitucional e garantista, assegurando a todos os indivíduos, principalmente àqueles que sejam acusados da prática de uma infração penal, os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, considerando, sempre, a proteção da dignidade da pessoa humana e a limitação do poder estatal.<sup>301</sup> Limitação essa, na acepção de Antônio Filho, da qual decorre a noção de garantia, que acompanha todas essas *dimensões fundamentais*: as *garantias*, num primeiro e mais abrangente sentido, constituem as *barreiras de proteção*, as *defesas* contra a utilização arbitrária do poder.<sup>302</sup>

Este é, também, o entendimento de Antônio Fernandes, quando leciona que o íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional.<sup>303</sup>

Sob essa ótica, complementa o autor, as normas constitucionais do processo não são mais vistas como “simples princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formada pelo processo constitucionalmente previsto”.<sup>304</sup>

Isso porque, hoje, “tende por quase toda a parte a ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do

---

<sup>300</sup> LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.19.

<sup>301</sup> Ibid. p.19.

<sup>302</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p.24.

<sup>303</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.22-23.

<sup>304</sup> Ibid.

núcleo essencial daquele direito”. Nesse contexto, desponta o Direito Processual Constitucional, como a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo.”<sup>305</sup>

### 3.2.2 Investigação criminal: seleção e estigmatização

Apesar de todas as garantias constitucionalmente previstas, é certo que a mera instauração do processo penal é suficiente para causar ao réu uma grande sensação de desconforto, na medida em que pode ser comparado à uma pena ou punição, colocando em risco a liberdade das pessoas acusadas do cometimento de uma infração penal. A respeito do assunto, já lembrava Carnelutti<sup>306</sup>

que o processo criminal nunca acaba, principalmente nas hipóteses em que o réu seja absolvido por insuficiência de provas. Para o autor, o denunciado continua a ser acusado por toda a vida, recebendo da sociedade o estigma de criminoso.

Além disso, também são cargas do processo a angústia causada no réu, os gastos, a perda de tempo e de trabalho, bem como a humilhação e o descrédito a que são submetidos os acusados. Por isso, qualquer processo penal “traz consigo uma carga de dor e sofrimento” que não mais será apagada pela sentença pela qual o inocente não deverá sofrer com “uma acusação manifestamente injusta”.<sup>307</sup>

Dessa forma, a persecução penal em juízo deverá ser precedida de uma fase preparatória, destinada a comprovar a existência de um fato que se apresenta como infração penal e a identificar a sua autoria. Isso porque a investigação criminal deve assumir um caráter garantista, na medida em que busca a restaurar um fato típico, “evitando que acusações levianas arrastem inocentes às barras dos tribunais”.<sup>308</sup>

---

<sup>305</sup> Ibid..

<sup>306</sup> CARNELUTTI, Francesco. Apud. Ibid. p.21.

<sup>307</sup> LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.21.

<sup>308</sup> Ibid. p. 22.

É uma garantia contra juízos “apressados e errôneos”, servindo como um instrumento de garantia para evitar acusações injustas contra os investigados e agindo como um filtro processual.

Então para a abertura de um processo criminal contra alguém, faz-se necessário um juízo de probabilidade da autoria e da materialidade. Surge, pois a essencialidade de uma fase pré-processual, em que sejam levados ao órgão acusador, após uma investigação preliminar, elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo, evitando-se que alguém seja submetido ao processo penal sem prova da existência da infração penal e sem indícios suficientes de autoria.

Em outras palavras, deve haver um suporte probatório mínimo para que seja instaurado um processo criminal contra alguém, com o objetivo de evitar acusações infundadas em juízo e gastos desnecessários. Isso pouparia eventual suspeito “das agruras de um processo açodadamente instaurado sem um mínimo de elementos a justificarem a persecução penal em juízo”.<sup>309</sup>

Exatamente por estas razões é que a Lei Processual Penal prevê a “possibilidade” de uma investigação preliminar para que sejam levados ao órgão acusador os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo.<sup>310</sup>

Este sistema de investigação (denominado pelo Código de Processo Penal de 1941 de “inquérito policial”<sup>311</sup>, em clara alusão ao órgão encarregado da atividade), se caracteriza por encarregar à Polícia Judiciária o poder de mando sobre os atos destinados a investigar os fatos e a suposta autoria.<sup>312</sup>

Por esta razão se pode afirmar que a Polícia Judiciária não age como auxiliar, mas, sim, como titular do sistema policial, tendo autonomia para dizer as

---

<sup>309</sup> Ibid.

<sup>310</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.127.

<sup>311</sup> A expressão inquérito policial apareceu no direito brasileiro, pela primeira vez, no Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentava a Lei 2.033/1871. Já a sua função no âmbito processual penal surge no Código de Processo Penal de 1832, embora não haja referência expressa ao termo *inquérito policial*. Nele existe instrução criminal provisória ou definitiva e os seus atos podem possuir relevância na futura relação processual, principalmente, porque em muitos casos, influenciam, subjetivamente, o magistrado que irá decidir se condena ou absolve o réu. LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.26 e 39.

<sup>312</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.57.

formas e os meios empregados na investigação, sem que haja subordinação funcional em relação aos juízes e promotores.<sup>313</sup>

Ocorre que este é um sistema superado, na medida em que oferece uma infinidade de aspectos negativos contra alguns poucos argumentos que o justifiquem. De fato<sup>314</sup>

Delegar à polícia a titularidade real e efetiva de toda a fase pré-processual tem poucas vantagens e quiçá as principais sejam a amplitude da presença policial, a teórica celeridade e a economia para o Estado. Não há dúvida que a polícia tem condições de atuar em qualquer rincão do país, desde os grandes centros até os povoados mais afastados e isolados. Isso confere, principalmente, em países de grandes dimensões territoriais como o Brasil, uma nota de efetividade da persecução, pois a polícia está em todos os lugares. Definitivamente, sua abrangência é maior que a dos juízes de instrução ou dos promotores investigadores. Esse foi o principal argumento do legislador brasileiro de 1941 para justificar a permanência do inquérito policial, pois, segundo o pensamento da época, era o modelo mais adequado à realidade e às grandes dimensões territoriais de nosso país. Naquele momento, foi rechaçada a instrução preliminar judicial pela impossibilidade de que o juiz de instrução pudesse atuar de forma rápida nos mais remotos povoados, que, naquela época, exigiam vários dias de viagem. Em teoria, a atividade policial é mais célere, não só porque a polícia chega mais rápido ao local do delito (está em todos os lugares), senão também porque, ao estar “mais próxima do povo”, conduz a investigação de forma mais dinâmica. Sob o ponto de vista puramente econômico, a investigação preliminar policial é mais barata, pois demanda recursos humanos com menor grau de especialização. Com o salário de um juiz ou promotor, o Estado tem condições de manter uma equipe de policiais (que igualmente existiriam se a instrução estivesse a cargo do juiz ou do MP, pois, em última análise, nenhum dos dois pode realizar sua atividade sem o auxílio policial). Por fim, para o Governo, a investigação preliminar policial é mais vantajosa, simplesmente porque ele detém o poder de mando, o total controle do órgão e da atividade.

Neste diapasão, muitas são as desvantagens advindas da sua manutenção. No mesmo sentido<sup>315</sup>

Como apontam Figueiredo Dias e Costa Andrade, polícia é o símbolo mais visível do sistema formal de controle da criminalidade, e, em regra, representa a *first-line enforcer* da norma penal. Por isso, dispõe de uma poderosa discricionariedade de fato para selecionar as condutas a serem perseguidas. Esse espaço de atuação está, muitas vezes, na zona cinza, no pueril limite entre o lícito e o ilícito.

<sup>313</sup>Ibid. No mesmo sentido, versando sobre a autonomia da Polícia nos atos de investigação, ver CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal. 3ªed.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.78.

<sup>314</sup>Op.cit.

<sup>315</sup>LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.58-59.

No mesmo contexto, se pode afirmar que eficácia da atuação policial está associada, basicamente, a grupos diferenciais, isto é, ela se mostra mais ativa, como bem lembra Aury Lopes Jr., quando atua contra determinados escalões da sociedade (obviamente os inferiores)<sup>316</sup>, distribuindo impunidade para a classe mais elevada.<sup>317</sup>

Aqui, se retoma a discussão sobre a seletividade - que, partindo da análise de Michael Foucault, está situada no interior da própria legalidade, mercê da criação de uma proibição em seu entorno, ou seja, “um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência”. Em tal organização<sup>318</sup>

exercem papéis importantes os operadores do Direito e as agências oficiais de controle. Para Foucault, resulta claro que a ação seletiva consiste em atender à demanda para a criação de uma delinquência, diferenciando as ilegalidades. A justiça criminal desempenha o papel de caução legal e de princípio de transmissão. Com efeito, num primeiro momento de atuação do sistema penal, a seleção é estabelecida pelas leis. São as normas estatais que definem, em primeiro plano, as condutas que irão classificar como crimes e quais as consequências propostas. As técnicas jurídicas usadas nas classificações, por exemplo, costumam agravar as soluções penais para as condutas normalmente atribuídas a membros das camadas populares, o que ocorre nos crimes patrimoniais como furto e roubo, que deixam de pouco espaço para soluções absolutórias ou de baixa punibilidade. Já os crimes contra a ordem tributária, por exemplo, trazem, na própria lei, vias alternativas e estratégicas de despenalização.

De tal forma, acertadas as considerações de Mellim Filho, ao afirmar que “o processo de seleção é feito pelas instituições incumbidas da aplicação das leis, a começar pela Polícia” (que realiza seleção considerada de pequeno calibre, com filtragem grossa, muito embora, em um contato inicial com as condutas humanas, não deixe nunca de interpretá-las a seu modo e realizar uma primeira seleção penal,

---

<sup>316</sup> Segundo Alessandro Baratta, o sistema penal realiza a reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, colocando em ação processos marginalizadores e criando contraestímulos à integração de setores mais baixos e marginalizados do proletariado. Tal processo se verifica na chamada criminalização primária, quem vem estabelecida nas normas jurídicas, e também na secundária, a cargo das instituições sociais, como a Polícia, o Ministério Público e a Justiça Penal. MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.25-26.

<sup>317</sup> Também a subcultura policial possui seus próprios modelos pré-concebidos: estereótipo de criminosos potenciais e prováveis; vítimas com maior ou menor verossimilitude; delitos que “podem” ou não ser esclarecidos etc. op.cit. P.59.

<sup>318</sup> MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.25.

relevando ações que, em tese, estão contidas nas normas penais, e sobrevalorizando outras, a incluir a adoção de mecanismos punitivos colocados claramente à margem da lei”. Segundo o autor<sup>319</sup>

A seletividade mais apurada das condutas humanas aumenta a partir do transcurso da investigação pela Polícia, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pelos órgãos incumbidos da execução penal. Daí porque é questionável que se estabeleçam como objeto da pesquisa social as pessoas que cumprem pena em presídios ou delegacias como amostragem dos comportamentos criminosos, uma vez constituírem elas próprias produto de processos de seleção social em diversos estágios mediante procedimentos variados, a incluir o próprio universo da vida no cárcere.

Tais procedimentos, seja no âmbito das ações policiais, seja no interior do processo criminal, em que dispositivos do sistema penal são colocados à disposição do Ministério Público e do Poder Judiciário, é que irão demonstrar de que maneira se realizará a seleção de condutas e pessoas, subtraindo algumas destas do sistema e incluindo outras, a serem, controladas ou descartadas como refugio humano.

Por conseguinte, o tratamento dispensado pela polícia ao imputado é diferenciado e, conforme ele se encaixa ou não no perfil pré-fixado, o tratamento policial será mais brando e negligente ou mais rigoroso, sendo que essa última situação é constantemente noticiada, na medida em que<sup>320</sup>

A polícia, frente ao “perfil de autor ideal” daquela modalidade de delito, atua com excessivo rigor e inclusive age ilicitamente para alcançar todos os meios de incriminação (muitas vezes inexistentes). Assim são cometidas as maiores barbáries, refletindo as elevadas cifras da injustiça da atuação policial.

A discricionariedade de fato da polícia é uma realidade que viola completamente qualquer ideal de igualdade jurídica, na medida em que ela está muito mais suscetível de contaminação política e de sofrer a pressão da mídia.<sup>321</sup>

Como resultado, dois grandes problemas se destacam: a possibilidade do seu uso para a perseguição política e as graves injustiças cometidas no afã de resolução célere dos casos de maior repercussão midiática.<sup>322</sup>

---

<sup>319</sup> MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010. p.26.

<sup>320</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.60-61.

<sup>321</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.62.

<sup>322</sup> O baixo nível cultural e econômico dos agentes policiais faz com que a polícia seja um órgão facilmente pressionável pela imprensa, por políticos e pelas camadas mais elevadas da sociedade.

A título de exemplo dessas injustiças se pode citar a estigmatização decorrente de uma prisão temporária (da mesma forma como ocorre com qualquer prisão cautelar), decretada mais pelo seu caráter simbólico - de empenho da autoridade policial em elucidar as circunstâncias do ato delitivo - do que propriamente por sua utilidade ao inquérito policial.<sup>323</sup>

Neste contexto, leciona Miguel Wedy, diferentemente de outrora, quando o estigma decorria da marca física que afetava o sujeito passivo, hodiernamente, o preso provisório é destroçado na sua moralidade, o que gera sérias prevenções na vida social. A par disso, da depauperação social do sujeito passivo<sup>324</sup>

tem-se um movimento da sociedade, com o fito de afastar do convívio social o indivíduo rotulado. Tal postura é claramente sentida no dia-a-dia, por intermédio de ações de exclusão e condenação moral e social do sujeito passivo. O resultado é a desumanização do sujeito passivo, a fim de descrevê-lo como diferente. No caso da prisão provisória após a estigmatização, o indivíduo é visto com o um pária, um ser merecedor da repugnância da coletividade, um cidadão de classe inferior.

Aliás, a estigmatização do sujeito passivo, quando se fala em prisão provisória, é constatável empiricamente, prescindindo de complexos estudos sobre o tema, bastando - para isso - a leitura dos dados oficiais acerca do número de presos provisórios no Brasil.<sup>325</sup>

De acordo com o autor, os reflexos sociais e econômicos decorrentes da estigmatização oriunda das prisões cautelares são inúmeros, uma vez que o sujeito passivo vê reduzidas suas oportunidades e suas alternativas para buscar reinserção social ficam escassas, o que compromete seriamente a sua vida comunitária. Segundo leciona<sup>326</sup>

---

Também é responsável pelo embrutecimento da polícia e o completo desprezo dos direitos fundamentais do suspeito, que de antemão já é considerado como culpado pela subcultura policial. Por fim, a credibilidade de sua atuação é constantemente colocada em dúvida pelas denúncias de corrupção e de abuso de autoridade. Ibid.

<sup>323</sup> Sobre estigmatização e prisão temporária ver: Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

<sup>324</sup> Ibid.

<sup>325</sup> “No ano de 2001, segundo FauziChoukr, um em cada quatro presos no Brasil tinha sua liberdade cerceada em virtude de medida cautelar. Nada menos do que 75 mil pessoas estavam presas sem julgamento, segundo a revista *Isto É*, comprovando a assertiva de que no Brasil primeiro se prende, depois se julga”. Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

<sup>326</sup> No espectro social, a principal consequência sofrida pelo sujeito passivo é a redução total de oportunidades legítimas, em virtude da desconfiança da sociedade, como também o surgimento de

É comum que setores médios da população visualizem o desviante não como um ser comum, mas sim como o **inimigo potencial da sociedade**, como aquele que ameaça a “ordem pública” e a segurança das instituições jurídicas. **Grifo nosso.**

Por conseguinte, nenhuma qualidade positiva se incorpora ao retrato social do indivíduo preso. A desconfiança latente acerca de sua personalidade aniquila sua auto-estima.

Por fim, não se pode esquecer do papel da mídia no decurso deste processo, haja vista que “no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário”. Assertiva que se sustenta na medida em que os meios de comunicação de massa julgam os supostos autores de crimes e lhes impõe rótulos, de forma a estigmatizá-los.<sup>327</sup>

### 3.2.3 O papel do juiz e do Ministério Público ante a reforma do Código de Processo Penal

No processo investigativo, além da Polícia Judiciária, outros atores estatais merecem destaque, dada a relevância de suas atuações para a persecução penal. Aqui faz referência, em breves linhas, ao papel exercido pelo Juiz e, também, pelo Ministério Público nos atos de investigação criminal.

Inicialmente, cumpre referir que, nos sistemas que incorporam uma investigação preliminar judicial, o juiz instrutor é a máxima autoridade, sendo dele a responsabilidade por impulsionar e dirigir oficialmente a investigação. O juiz, então, é principal responsável pelo desenvolvimento da instrução preliminar e<sup>328</sup>

---

um verdadeiro fosso ético entre ele e a comunidade em que vive, decorrente do estigma. O indivíduo passa a ser um cidadão de última categoria, até chegar ao cúmulo de sua desumanização. Ibid. p.. P.3-35.

<sup>327</sup> Assim, a pressão da mídia, como sendo opinião pública equilibrada e independente, acaba por afetar de forma veemente a seara jurídica, fazendo com que muitos operadores do Direito (juízes, promotores, delegados) acabem por cercear a liberdade individual e desrespeitar a presunção de inocência a fim de assegurar a “integridade das instituições estatais”Ibid. p..17-35.

<sup>328</sup> Originariamente, a figura do juiz instrutor estava intimamente relacionada com a figura do inquisidor. Atuava como parte, investigando, dirigindo, acusando e julgando. Com relação ao procedimento, costumava ser escrito, secreto e não-contraditório. Com relação à prova, vigorava o sistema de valoração taxada (tarifa probatória), a sentença não produzia coisa julgada e o estado de prisão do acusado era a regra geral. Atualmente, o panorama mudou e o modelo atual não permite

Como protagonista, o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar, e a ele decidir, na fase intermediária, pela admissão ou não da acusação. Não se pode afirmar que seja um sujeito ativo, pois a imparcialidade que a lei impõe a ele faz com que sua posição seja distinta daquela que ocupam os demais sujeitos. Será um sujeito imparcial, ainda que responsável por impulsar e dirigir a investigação.

No Brasil, diferentemente do que ocorre em modelos adaptados à estrutura acusatória do processo penal, inexistente a figura de um juiz exclusivo para o andamento das investigações. Como consequência, se permite que o julgador que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, inclusive para o juízo de admissibilidade da inicial. Desta forma <sup>329</sup>

Se essa influência surge quando do recebimento da inicial acusatória, também faz-se sentir quando de sua rejeição, situação que se afigura tão grave quanto a primeira. Na hipótese de denúncia ou queixa-crime rejeitada, a legislação processual faculta a utilização do recurso em sentido estrito (art.581, I), para que se reverta a decisão e seja a inicial recebida. Ao ser provido o recurso, o Tribunal imporá ao magistrado a aceitação da exordial e fica no ar a questão da preservação da imparcialidade, na medida em que um julgador que já se manifestou eventualmente até quanto ao mérito da conduta, tendo concluído que não havia a mínima base para o recebimento da inicial, se vê obrigado a processar o réu.

Nesta senda é que se situa o problema de imparcialidade do juiz instrutor, uma vez que, influenciado pelo autos do inquérito, passa a ter a sua imparcialidade comprometida, sendo este o fundamento para o questionamento acerca da possibilidade de o juiz instrutor ser o prolator da sentença no processo penal. <sup>330</sup>

Aliás, sobre este tema já se manifestou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEHD), entendendo que a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador supõe uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no artigo

---

que o juiz instrutor seja considerado como um puro inquisidor, especialmente pelo fato de ele não acusar. LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.63-64.

<sup>329</sup> Por esta razão se sustenta a necessidade de uma reforma estrutural no sentido de cindir o juiz responsável pelo acompanhamento das investigações, daquele que efetuará o juízo de admissibilidade para o recebimento e, por fim, do que verdadeiramente instruirá a ação penal. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.93.

<sup>330</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.67-68.

6.1 do Tratado para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950.<sup>331</sup>

Por esta razão é que a posição do juiz frente ao inquérito policial deve ser a de garante e não a de investigador, uma vez que a efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência<sup>332</sup>

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal. O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal).

Tradicionalmente, no processo penal brasileiro<sup>333</sup>, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor –, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc). Assim, o juiz

334

Não orienta a investigação policial e tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não investiga nada, não existe a figura do juiz instrutor e por isso mesmo não existe a distinção entre instrutor e julgador.

Entretanto, com as reformas introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 11.690, de 9 de julho de 2008, o juiz passou a ter possibilidade de atuação *ex officio*, mesmo antes de iniciada a ação processual penal, situação não prevista

---

<sup>331</sup> Ibid. p.68-69.

<sup>332</sup> Ibid. p.150.

<sup>333</sup> Quando se fala em processo penal subentende-se o seu referencial vinculado ao modelo acusatório, de um procedimento em contraditório, fundado na presunção de inocência, com todas as garantias constitucionais e humanitárias. GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.35.

<sup>334</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.151.

na redação anterior do artigo 156 do CPP, a qual autorizava o juiz a buscar provas durante a instrução do processo.<sup>335</sup>

Não se trata, conforme alerta Nereu Giacomolli, de mera atuação subsidiária, mas de atuação típica de parte no processo penal, incompatível com a orientação constitucional de um processo acusatório<sup>336</sup> (art. 129, I, CF). Nesse modelo acusatório, incumbe à acusação e não ao magistrado a proposição e a produção de prova condenatória. A única admissibilidade válida é a da atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades. Isso porque<sup>337</sup>

A função do juiz no processo é analisar a admissibilidade dos meios de prova e da metodologia probatória, avaliando o que for produzido nos autos. No momento em que o magistrado ordena a produção antecipada de provas, antes do início da ação processual penal, mesmo quando urgentes e relevantes (art. 156, I, CPP), ou quando determina diligências, no curso da instrução, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, CPP) está atuando como parte, exercendo uma atividade que não é sua.

Nesta fase de investigação o titular exclusivo da ação processual penal pública é o Ministério Público, sendo dele o interesse em requerer a produção

---

<sup>335</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.35.

<sup>336</sup> O sistema acusatório é o sistema que dominou todo o mundo antigo, caracterizando-se, basicamente, pela divisão dos poderes exercidos no processo: de um lado, o acusador, quem persegue penalmente e exerce o poder requerente; do outro, o imputado, quem pode resistir à imputação, exercendo o direito de defender-se; e, finalmente, o tribunal, que detém o poder de decisão. Todos estes poderes, conforme magistério de Julio B.J MAIER, se vinculam e condicionam uns aos outros. Seu princípio fundamental, que dá o nome ao sistema, se afirma na exigência de que a atuação de um tribunal para decidir o pleito e os limites de sua decisão está condicionada ao pedido (ação) de um acusador e ao conteúdo desta pretensão, e por outro lado, a possibilidade de resistência do imputado frente à imputação que lhe é atribuída. MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004. p.443-446. “O modelo acusatório, estabelecido constitucionalmente, impõe a repartição de funções entre as agências públicas ligadas a persecução, tem no Juiz um ponto de equilíbrio equidistante das partes, e acompanhando as observações de MIRANDA COUTINHO (1998), o destaque do aspecto do ‘gerenciamento da prova’ pelas partes e não pelo magistrado, fechando-se o modelo na constatação de que o suspeito/acusado deve ser tratado como um sujeito de direitos e não como mero objeto de persecução. Com efeito, no plano do gerenciamento da prova parece residir a maior resistência da dogmática pátria (BADARÓ: 2003), apegada a uma tradição europeia-continental que não abre mão da atividade judicial na busca da ‘verdade real’, este também um dogma a ser superado na construção de um processo democrático”. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.183.

<sup>337</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.35-36.

antecipada de provas e não ao órgão que analisará estes elementos no momento de receber ou rejeitar a denúncia. Igualmente, vale lembrar que<sup>338</sup>

As diligências *ex officio*, previstas no art. 156, II, do CPP, também não encontram sustentação num processo penal acusatório, pois na dúvida sobre ponto relevante aplica-se o *in dubio pro reo*, com a solução absolutória. A determinação de diligências, nessas hipóteses significa produzir prova acusatória, em prejuízo do acusado. Diferentemente é determinar o magistrado, como garante dos direitos fundamentais do acusado, a realização de diligências para proteger o *status libertatis* (necessidades formadas na realidade endo e extraprocessuais brasileiras).

Por fim, cumpre destacar que este entendimento não é unânime, encontrando alguma dissidência doutrinária. Mesmo assim, os entendimentos que vergastam a possibilidade de atuação *ex officio* do magistrado, valorando o princípio do *in dubio pro reo*, ainda são majoritários.<sup>339</sup>

Já no que se refere à atuação do Ministério Público durante os atos investigativos, cumpre lembrar que é ele o titular da investigação preliminar, sendo o promotor de justiça o diretor da investigação, cabendo-lhe receber a notícia-crime e investigar os fatos nela constantes. Para isso<sup>340</sup>

Poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional) ou praticar por si mesmo os atos que julgue necessários para formar sua convicção e decidir entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento (visto como não-processo em sentido lato).

A investigação preliminar realizada pelo Ministério Público surge como uma resposta às diversas críticas feitas ao modelo de juiz instrutor, sendo ela uma atividade preparatória que deve servir somente para a formação da *opinio delicti* por parte do titular da ação penal pública (o MP), a quem incumbe a decisão sobre a

<sup>338</sup> Neste sentido vale lembrar a necessidade do contraditório (na medida em que se está a falar sobre a produção de provas) e da obrigatoriedade de fundamentação na hipótese da ordenação dessa produção antecipada (art. 93, IX, CF). GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.35-36.

<sup>339</sup> Em defesa das reformas introduzidas pela Lei 11.690, de 9 de julho de 2008, no que tange à atuação *ex officio* do magistrado na apuração dos fatos e produção de provas, ver: MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In: CALLEGARI, André Luís. WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 9-23.

<sup>340</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.77-78.

propositura da ação penal, razão pela qual se pode afirmar ser este o melhor sistema<sup>341</sup>

pois não implica na reiteração de atos judiciais na medida em que os atos praticados pelo promotor são administrativos e de limitado valor probatório. Como aponta Gomes Colomer, a investigação preliminar a cargo do MP implica uma notável aceleração do processo penal, ademais de que centra o autêntico valor da prova na fase processual, deixando que os atos de investigação realizados pelo promotor sirvam exclusivamente para fundamentar o exercício da acusação ou o pedido de arquivamento.

Na maior parte dos sistemas modernos, o Ministério Público é o titular da ação penal pública, o que torna incongruente a realização da instrução pelo juiz para que, posteriormente, o promotor possa acusar, haja vista que, se o que se pretende é a verificação de indícios suficientes para a acusação, ninguém pode suprimir do promotor a sua titularidade, não podendo ele ser limitado pelo juiz ou tampouco pela polícia, na busca dos elementos que servirão para formar a sua convicção, o que justifica o apartamento do juiz da investigação preliminar para fins de fortalecer a sua imparcialidade.<sup>342</sup>

Feitas estas considerações, cumpre destacar que a investigação preliminar está – basicamente – dirigida a decidir sobre o processo ou o não-processo. Por isso, deve ser uma atividade administrativa a cargo do titular da ação penal, uma vez que não há<sup>343</sup>

Ninguém melhor do que o promotor para preparar o exercício da futura acusação. [...]. Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública – atividade fim –, obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando.

Logo, o MP pode e deve assumir o mando da fase pré-processual. Contudo, para que isso ocorra é indispensável a definição da subordinação funcional da

<sup>341</sup> LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.77-81.

<sup>342</sup> Ibid. p. 80.

<sup>343</sup> “O MP no Brasil é independente, gozando das mesmas garantias da Magistratura. Possui poderes tanto no plano constitucional, como também orgânico, para participar da investigação ou realizar seu próprio procedimento administrativo pré-processual. Sem embargo, é imprescindível que a polícia judiciária esteja a serviço do MP, com clara subordinação funcional (ainda que não orgânica)”. “Isso não significa que todos os fatos devam ser, obrigatoriamente, noticiados diretamente ao MP e tampouco que o promotor deva ficar 24h por dia na delegacia. Caberá ao MP definir instrumentos para um controle periódico de tudo que chegar ao conhecimento da polícia, estabelecendo delitos – por sua gravidade ou complexidade – que devam ser imediatamente levados ao seu conhecimento, para que *ab initio* controle toda a investigação”. LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.246-247.

polícia, através de uma mais eficiente regulamentação acerca do controle externo da atividade policial, matéria que está timidamente disciplinada pela Lei Complementar nº 75/93 e não corresponde aquilo que se faz necessário. Corroborando com este entendimento, Aury Lopes Jr., faz um alerta, ao afirmar que<sup>344</sup>

Continua faltando um dispositivo que diga de forma clara que o *Ministério público exercerá o controle externo da atividade policial*, dando instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito policial, às quais estarão vinculadas aos agentes da polícia judiciária. As **instruções gerais** correspondem às grandes linhas da investigação preliminar, de forma genérica e abstrata, conforme os critérios de política criminal traçados pela instituição. Um dos maiores problemas que enfrenta o MP para acompanhar o IP é a falta de informação, mais especificamente, o fato de não canalizar a notícia-crime. Através das instruções gerais, o MP poderia, por exemplo, determinar que todos os “Boletins de Ocorrência” relacionados com determinados tipos de delito – crime organizado, homicídio etc. – fossem imediatamente enviados à promotoria correspondente, para que definisse a linha de investigação ou simplesmente tivesse *ab initio* plena ciência da investigação. No segundo caso, o Ministério Público reservar-se-ia o poder de intervir diretamente em um caso concreto, isto é, dando **instruções específicas** sobre como deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, atendendo a suas especiais circunstâncias.

#### 4. A RETÓRICA DO RISCO E DA (IN)SEGURANÇA COMO FATORES DA NOVA POLITICA CRIMINAL

##### 4.1.SOBRE A SOCIEDADE DO RISCO

###### 4.1.1 Dos riscos sociais

Conforme leciona Ulrich Beck, na modernidade a produção social da riqueza é acompanhada, sistematicamente, pela produção social de riscos. Assim, os problemas e conflitos de divisão social da *carência* são substituídos pelos problemas e conflitos que surgem com o desenvolvimento, definição e divisão dos riscos produzidos de forma técnico-científica.

---

<sup>344</sup>LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. P.246.

Esta mudança na lógica da divisão da riqueza na sociedade da carência para a lógica da divisão dos riscos na modernidade desenvolvida está vinculada, historicamente, a pelo menos, duas condições<sup>345</sup>

*En primer lugar, este cambio se consuma (como sabemos hoy) allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización se liberen los riesgos y los potenciales de auto-amenaza en una medida desconocida hasta el momento.*<sup>346</sup>

Na medida em que se apresentam estas condições, um tipo histórico do pensamento e da atuação é relativizado ou substituído por outro. O conceito de “sociedade industrial de classes” girava em torno da questão sobre como se poderia fazer a divisão da riqueza produzida socialmente, de uma forma desigual e ao mesmo tempo “legítima”, o que coincide com o novo paradigma da sociedade do risco, que possui em seu cerne problema similar.<sup>347</sup>

*¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de “efectos secundarios latentes” de tal modo ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo “soportable” (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?*

*Así pues, ya no se trata (o ya no exclusivamente) del aprovechamiento de la naturaleza, del desprendimiento del ser humano respecto de obligaciones tradicionales, sino que se trata también y esencialmente de problemas que son consecuencia del desarrollo técnico-económico mismo. El proceso de modernización se vuelve reflexivo, se toma a sí mismo como tema y problema. Las cuestiones del desarrollo y de la aplicación de tecnologías (en el ámbito de la naturaleza), la sociedad y la personalidad) son sustituidas por cuestiones de la “gestión” política y científica (administración, descubrimiento, inclusión, evitación y ocultación) de los riesgos de tecnologías a aplicar actual o potencialmente en relación a horizontes de relevancia a definir especialmente. La promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública*

<sup>345</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: EdicionesPaidós Ibérica, 2002.

<sup>346</sup> Destaca o autor que *Modernización* se refere aos impulsos tecnológicos de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, mas também muitas coisas mais, como por exemplo, a mudança dos caracteres sociais e das biografias normais, dos estilos de vida e das formas de amar, das estruturas de influência e de poder, das formas políticas de opressão e participação, das concepções da realidade e das normas cognoscitivas. Para a compreensão sociológica da modernização, explica Ulrich Beck, o arado, a locomotiva a vapor e o microchipsão indicadores visíveis de um processo que engloba e transforma toda a estrutura social, na qual se transformam, em última instância, as *fontes da certeza* que se nutre a vida.

<sup>347</sup> Op.cit. p. 26.

*alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico.*

Como se pode observar, os paradigmas da desigualdade social se referem sistematicamente a períodos distintos no processo de modernização. Portanto, se antes o problema era a fome, em grande parte dos países ricos e desenvolvidos do ocidente, atualmente o problema é a obesidade e a contaminação das fontes de riqueza pelas crescentes ameaças dos efeitos secundários.<sup>348</sup>

Argumentando sistematicamente, considerando a história social, Ulrich Beck, assevera que *“en la continuidad de los procesos de modernización más tarde o más temprano comienzan a solaparse las situaciones y conflictos sociales de una sociedad ‘repartidora de riqueza’ con las de una ‘sociedad repartidora de riesgos’”*.

Neste sentido cumpre indagar qual é o conceito de risco para o autor. A definição de risco, na história social, possui o mesmo significado por ele empregado? Estas são questões respondidas pelo próprio Ulrich Beck, quando afirma que os riscos não são um invento da Idade Moderna. Isso porque, desde as grandes navegações, com o objetivo de descobrir novos países e continentes, já existiam riscos.

Ocorre que estes eram riscos *personais*, com conotação de coragem e aventura, e não riscos advindos de situações globais, com possibilidade de, parafraseando o autor, autodestruição da vida terrestre (como consequência explícita da industrialização e repercussões sociais e políticas completamente diferentes).

Obviamente se entende que os riscos do desenvolvimento industrial são antigos e diversos, mas o cerne da questão que aqui se apresenta é a nova configuração dos riscos, que acabam por comprometer a vida na Terra, em todas as suas formas de manifestação.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 26.

<sup>349</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 28.

Neste sentido, cabe referir que a história do desenvolvimento econômico sempre esteve ligada ao desenvolvimento de formas mais intensas de exploração de recursos naturais, razão pela qual um dos problemas que mais preocupa em matéria de desenvolvimento é a questão ambiental, na medida em que o livre mercado resulta em impactos ecológicos de grande dimensão.<sup>350</sup>

Em outras palavras, o que importa compreender é a arquitetura social e a dinâmica política de tais potenciais de autoameaça civilizatória, o que se faz a partir da análise das cinco teses elaboradas por Ulrich Beck<sup>351</sup>

A primeira tese por ele elaborada é aquela que defende a ideia de que

*Los riesgos que se generan en nivel más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas (con ello me refiero sobre todo a la radiactividad, que se sustrae por completo a la percepción humana inmediata, pero también a las sustancias nocivas y tóxicas presentes en el aire, en el agua y en los alimentos, con sus consecuencias a corto y largo plazo para las plantas, los animales y los seres humanos) se diferencian esencialmente de las riquezas. Estos riesgos causan daños sistemáticos y a menudo irreversibles, suelen permanecer invisibles, se basan en interpretaciones causales, por lo que sólo se establecen en el saber (científico o anticientífico) de ellos, y en el saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición. Con ello, los medios y las posiciones de la definición del riesgo se convierten en posiciones sociopolíticas clave.*

A segunda tese é aquela que explica que com a divisão e incremento dos riscos surgem situações sociais de perigo. Certamente, em algumas dimensões estas seguem a desigualdade das situações de classes, mas fazem valer uma lógica de divisão essencialmente diferente, uma vez que

*los riesgos de la modernización afectan más tarde o más temprano también a quienes los producen o se benefician de ellos. Contienen un efecto bumerang que hace saltar por los aires el esquema de clases. Tampoco los ricos y poderosos están seguros ante ellos. Y esto no sólo en tanto que peligros para la salud, sino también en tanto que peligros para la legitimación, la propiedad y la ganancia: al reconocimiento social de los riesgos de la modernización van unidas desvalorizaciones y expropiaciones*

<sup>350</sup>Sobre a relação do desenvolvimento econômico com o meio-ambiente, modernidade, neoliberalismo e globalização, ver, GREIG, Alastair. **Challenging global inequality: development theory and practice in the 21st century**. New York: PalgraveMacmillan, 2007. p. 187-194. E sobre a sua dinâmica com o ordenamento jurídico ver: OLIVEIRA JUNIOR, Paulo Eduardo Duarte de. **The relation between an efficient legal system and economic development**. In: Revista Iuris Tantum. Ano XXV. n.21. **Huixquilucan**: 2010. Por fim, para uma análise crítica sobre política, economia e ecologia, ver "The Fragile Ecology of Mother Earth". In: BLACK, Jan Knippers. **Development in Theory and Practice: paradigms and paradoxes**. Second edition. Boulder: Westview Press, 1999.p. 152-163.

<sup>351</sup>Op.cit. 28.

*ecológicas que se encuentran en contradicción sistemáticamente con los intereses de ganancia y de propiedad que impulsan el proceso de industrialización. Al mismo tiempo, los riesgos producen nuevas desigualdades internacionales, por una parte entre el Tercer Mundo y los Estados industrializados, por otra parte entre los mismos Estados industrializados. Esas desigualdades no respetan el tejido de competencias del Estado nacional. A la vista de la universalidad y supranacionalidad del tráfico de sustancias nocivas, la superveniencia de los bosques de Baviera depende en última instancia de la firma y cumplimiento de tratados internacionales.*

A terceira ideia é a de que a expansão dos riscos<sup>352</sup> não rompe em absoluto com a lógica do desenvolvimento capitalista<sup>353</sup>, mas sim a eleva a um novo nível. Isso porque os riscos da modernização são um “*big business*”. São

*las necesidades insaciables que buscan los economistas. Se puede calmar el hambre y satisfacer las necesidades, pero los riesgos de la civilización son un barril de necesidades sin fondo, inacabable, infinito, autoinstaurable. Siguiendo a Luhmann, podríamos decir que con los riesgos la economía se vuelve autorreferencial, independiente del entorno de la satisfacción de las necesidades humanas. Pero esto significa que la sociedad industrial produce con el aprovechamiento económico de los riesgos causados por ella la situaciones de peligro y el potencial político de la sociedad del riesgo.*<sup>354355</sup>

Na sequência de suas formulações, o autor assevera que mesmo aqueles que possuem riquezas estão afetados pelos riscos. Ou, dito de outra maneira, rápida e esquemática<sup>356</sup>

*en las situaciones de clases y capas, el ser determina a la conciencia, mientras que en las situaciones de peligro la conciencia determina al ser. El saber adquiere un nuevo significado político. Por consiguiente, hay que se desplegar y analizar el potencial político de la sociedad del riesgo en una sociología y en una teoría del surgimiento y difusión del saber del los riesgos.*

<sup>352</sup>Consoante ensinamentos de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Ao promover o capitalismo, o Estado produziu ou sancionou muitos dos riscos sociais (fome, desemprego, criminalidade, doença, falta de habitação) que, paulatinamente e por acção de múltiplas lutas sociais, foi chamado a prevenir ou a atenuar nas suas consequências mais corrosivas”. E “ao promover a passagem do capitalismo nacional para o capitalismo global, o Estado aumentou a sua capacidade de produzir riscos sociais na mesma medida em que perdeu capacidade para proteger contra eles”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Ciência e o Risco Social**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao>. Acesso em: 12/01/2012.

<sup>353</sup>Sobre as origens e desenvolvimento do capitalismo, sua relação com os ritmos da atividade econômica, com os poderes constituídos, desenvolvimento, características e contraposições ver JESSUA, Claude. **Capitalismo**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

<sup>354</sup>LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

<sup>355</sup>Sobre a referência a teoria dos sistemas sociais ver: ROCHA, Leonel Severo et al. **Introdução à Teoria do Sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

<sup>356</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nuevamodernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenez e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: EdicionesPaidós Ibérica, 2002. p. 29.

Por fim, cumpre destacar, e esta é a quinta tese, que os riscos, reconhecidos socialmente, tem um conteúdo político explosivo muito peculiar.<sup>357</sup>.

*lo que hasta el momento se había considerado apolítico se vuelve político: la supresión de las “causas” en el proceso de industrialización mismo. De repente, la opinión pública y la política empiezan a mandar en el ámbito íntimo del management empresarial, en la planificación de la producción, en el equipamiento técnico, etc. Ahí queda claro de una manera ejemplar de qué se trata propiamente en la disputa pública sobre la definición de los riesgos: no sólo de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino los efectos secundarios sociales, económicos y políticos de estos efectos secundarios: hundimiento de mercados, desvalorización de capital, controles burocráticos de las decisiones empresariales, apertura de nuevos mercados, costes monstruosos, procedimientos judiciales. El la sociedad del riesgo surge así a impulsos pequeños y grandes (en la alarma por el smog, en el accidente tóxico, etc.) el potencial político de las catástrofes. La defensa y administración de las mismas puede incluir una reorganización del poder y de la competencia. La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad.*

Neste contexto, importante destacar que tanto os riscos como as riquezas passam a ser objeto de disputa e constituem situação de classe ou situação de perigo, havendo conflitos sobre a sua divisão.<sup>358</sup>

Frente às riquezas sociais, “os perigos são um produto *adicional* de uma *sobreabundância* que se deve impedir. Desta forma, a lógica positiva da apropriação se contrapõe a uma lógica negativa de eliminar, de evitar, de negar, de reinterpretar”.

Mesmo que a educação e outros recursos sejam para os indivíduos bens consumíveis, experimentáveis, a existência e a divisão dos perigos e riscos sempre estão mediadas argumentativamente<sup>359</sup>

*A menudo, lo que perjudica a la salud y destruye la naturaleza no lo puede conocer la propia sensación, los propios ojos, e incluso allí donde aparentemente está a la luz del día la construcción social se hace necesitar para su constatación “objetiva” del juicio del experto. Muchos de los nuevos riesgos (contaminaciones nucleares o químicas, sustancias nocivas en los alimentos, enfermedades civilizatorias) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata. Al centro pasan cada vez más los peligros que a menudo para los afectados no son visibles ni perceptibles, peligros que en ciertos casos no se activan durante la vida de los afectados, sino en*

<sup>357</sup> Ibid.

<sup>358</sup> No caso das riquezas sociais, se tratam de bens de consumo, de ingressos, de oportunidades de educação, de propriedades e outros recursos escassos aos quais se aspira.

<sup>359</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: EdicionesPaidós Ibérica, 2002. p. 33.

*la de sus descendientes; se trata en todo caso de peligros que precisan de los “órganos perceptivos” de la ciencia “teorías, experimentos, instrumentos de medición) para hacerse “visibles”, interpretables, como peligros. El paradigma de estos peligros son las mutaciones genéticas causadas por la radioactividad, que imperceptibles para los afectados, dejan a éstos por completo (tal como muestra el accidente en el reactor de Harrisburg) a la merced del juicio, de los errores, de las controversias de los expertos.*

A partir da análise da conjectura de causalidade, onde se constata que as afirmações sobre os perigos nunca são redutíveis a meras afirmações sobre feitos (contém constitutivamente tanto um componente teórico como um componente normativo), se conclui que os riscos da modernização se apresentam de forma universal e que possuem efeitos nocivos incalculáveis e imprevisíveis.<sup>360</sup>

E o problema se agrava na medida em que, diariamente, novos perigos são “descobertos” e anunciados. Assim, diuturnamente se tem notícias de novos riscos. Ameaças “terríveis” que colocam em perigo nossos lares, empregos, família, mercados, recursos naturais e o tudo aquilo que julgamos indispensável para uma vida plena e segura.<sup>361</sup>

Pode-se ainda afirmar, segundo o autor, que o tipo, o modelo e os meios de divisão dos riscos se diferenciam sistematicamente dos meios de divisão da riqueza, já que aqueles parecem fortalecer a sociedade de classes, uma vez que o abastecimento insuficiente acrescentou uma falta de segurança e abundância de riscos. Desta forma,<sup>362</sup>

*los ricos (en ingresos, en poder, en educación) pueden comprarse la seguridad y la libertad respecto del riesgo. Esta “ley” de un reparto de los riesgos específico de las clases y, por tanto, de la agudización de los contrastes de clase mediante la concentración de los riesgos en los pobres y débiles estuvo en vigor durante mucho tiempo y sigue estándolo hoy para algunas dimensiones centrales del riesgo: el riesgo de no conseguir un empleo es hoy muy mayor para quienes no han estudiado que para quienes están muy cualificados. Los riesgos de daño, radiación e intoxicación que están vinculados al trabajo en las empresas industriales correspondientes están repartidos de manera desigual en las diversas profesiones. Son en*

<sup>360</sup> Na verdade, explica o autor, os riscos não se esgotam em consequências e danos que já tenham ocorrido. Eles possuem um componente futuro. Assim os riscos tem relação com a previsão, com destruições ainda não ocorridas, mas iminentes. Diferentemente da evidência palpável das riquezas, os riscos tem algo de irreal. São ao mesmo tempo reais e irrealis, são uma projeção de ameaça futura. Isso porque o centro da consciência do risco não reside no presente, mas no futuro, já que na sociedade do risco o passado perde a força de determinação para o presente.

<sup>361</sup> BAUMAN, Zygmunt. **MEDO LÍQUIDO**. Traduzido para o português por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p.11-12.

<sup>362</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nuevamodernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenez e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: EdicionesPaidós Ibérica, 2002. p. 40-41.

*especial las zonas residenciales baratas para grupos de población con ingresos bajos que se encuentran cerca de los centros de producción industrial las que están dañadas permanentemente por las diversas sustancias nocivas que hay en el aire, el agua y el suelo. Con la amenaza de la pérdida de ingresos se puede obtener una tolerancia superior.*

As possibilidades e as capacidades de se enfrentar as situações de risco também geram consequências específicas de classe, na medida em que aqueles que possuem situação econômica estável podem evitar os riscos escolhendo o local de sua moradia e a sua forma de vida, férias, alimentação, educação e informação.<sup>363</sup>

Por óbvio que existem riscos que são globalizados, ou, dito com uma fórmula, nas palavras de Ulrich Beck: “*la miséria es jerárquica, el smog es democrático*”. Contudo, com a extensão dos riscos da modernização <sup>364</sup> se revitalizam as diferenças e os limites sociais, o que não significa dizer que as sociedades do risco são sociedades de classes.<sup>365</sup>

Ulrich Beck explica, ao comentar o vazio político na sociedade do risco, que na medida em que crescem, as ameaças são transformadas politicamente em uma política preventiva de dominação do risco.<sup>366</sup>

Neste sentido se pode fazer referência aos crimes de perigo abstrato e ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), no *Habeas Corpus* (HC) nº 96.072/RJ, julgado no dia 16 de março de 2010, por votação unânime, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, apreciando a infração do porte de armas de fogo desmuniada, descrito no art. 14 da Lei 10.826/03.

---

<sup>363</sup> Sobre este tema Barbara Philips, especificamente no tocante às opções de moradia, versando sobre a importância que os ZIP codes (O ZIP code - Zone ImprovementPlan - é o equivalente ao CEP - Código de Endereçamento Postal – brasileiro) passaram a ter na sociedade norte-americana, explica como a escolha do local de residência pode influir nas questões de classe. De acordo com a autora, os ZIP codes simbolizam muito mais do que um código postal, na medida em que representam *status*, valores e crenças políticas. Neste sentido, citando o jornalista Michael J. Weiss, ela explica que para a sociedade americana “você é o lugar onde você mora”, já que o ZIP code representa o seu estilo de vida. PHILIPS, E. Barbara. **City Lights: urban-suburban life in the global society**. 2ª ed. New York: Oxford University Press. 1996. P.167-197.

<sup>364</sup> Isso, na medida em que foram colocados em perigo a natureza, a saúde, a alimentação.

<sup>365</sup> Isso porque, uma vez que as suas situações de perigo não se podem pensar como situações de classes e tampouco os seus conflitos como conflitos de classe, até mesmo porque os riscos desencadeiam um efeito *igualador*, (e aqui se pode falar sobre a poluição) entre aqueles que por eles são afetados (e daqui, assevera Beck, se extrai a sua nova força política).

<sup>366</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e Mª Rosa Borrás. Barcelona: EdicionesPaidós Ibérica, 2002. p. 54-56.

No referido julgado, o Supremo Tribunal, alterando posição amplamente divulgada, considerou irrelevantes as circunstâncias da eficácia da arma, se municionada ou não, e de encontrar-se à disposição do agente para pronto uso. Para a integração do delito, constou da ementa: para a caracterização do fato delituoso, “não importa o resultado concreto da ação”.<sup>367</sup>

Igualmente, merece referência a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, na medida em que prevê tratamento diferenciado e mais rigoroso para os presos que possam oferecer “simples risco” para a ordem e segurança.<sup>368 369</sup>

#### 4.1.2 A demarcação da política na sociedade do risco

A diferença da sociedade do risco com as épocas anteriores é que esta se caracteriza por uma *carência*, ou seja, a impossibilidade de prever *externamente* as situações de perigo. Deste modo, sociedade, contemporânea, ou dita de outra forma, hipermoderna<sup>370</sup>, encontra-se confrontada em relação aos riscos, que são

---

<sup>367</sup> JESUS. Damásio de. Arma de Fogo Desmunicionada: Crimes de Perigo Abstrato e o STF. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, 2010.p.5

<sup>368</sup> Op.cit. p. 54-56.

<sup>369</sup> Um bom exemplo que se pode dar, consoante o ordenamento jurídico pátrio, é o da Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, na medida em que prevê tratamento diferenciado e mais rigoroso para os presos que possam oferecer “simples risco” para a ordem e segurança. BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

<sup>370</sup> Adota-se aqui o termo “sociedade hipermoderna” no sentido empregado por GILLES LIPOVETSKY e SÉBASTIEN CHARLES, qual seja: “uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisaram adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer”. Uma sociedade na qual a sensação de insegurança invadiu os espíritos. Na sua obra, intitulada *Os tempos hipermodernos*, GILLES LIPOVETSKY, juntamente com SÉBASTIEN CHARLES, destaca o aspecto corrompido da modernidade (a partir da análise de Foucault) no sentido de que a sua finalidade objetivou o controle da sociedade por meio da disciplina para produzir uma conduta normatizada e padronizada, adestrar os indivíduos e submetê-los a uma fôrma idêntica para otimizar-lhes as faculdades produtivas. Aponta a transição da era moderna para a pós-moderna (momento histórico preciso em que desaparecem os freios institucionais que faziam oposição à emancipação individual, cedendo espaço à manifestação dos desejos subjetivos, da realização individual e do amor próprio), apontando como responsáveis pela transição da modernidade à pós-modernidade, o consumo de massa e os valores que ele veicula, a partir da segunda metade do século passado (XX). Ressalva que, embora o termo “pós-modernidade” seja problemático, dado que sua utilização pode indicar uma grande ruptura na história do individualismo moderno “o fato é que ele é adequado para marcar uma mudança de perspectiva nada negligenciável nessa mesma história”. Explicando o uso do prefixo “hiper”, SÉBASTIEN CHARLES, refere que vários sinais fazem pensar que entramos na era do *hipera* qual se caracteriza pelo hiperconsumo e GILLES LIPOVETSKY sentencia que a expressão “pós-modernidade” é inadequada face à sua ambigüidade e

produto histórico, a imagem reflexa das ações e omissões humanas, a expressão do grande desenvolvimento das forças produtivas. De modo que<sup>371</sup>

*con la sociedad del riesgo, la autoproducción de las condiciones de vida social se convierte en problema y tema (en primera instancia de modo negativo, por la exigencia de evitación de los peligros). En aquellos aspectos en que los riesgos preocupan a los hombres ya no se da un peligro cuyo origen quepa atribuirlo a lo externo, a lo ajeno, a lo extrahumano, sino a la capacidad adquirida históricamente por los hombres de autotransformar, de autoconfigurar y de autodestruir las condiciones de reproducción de toda la vida sobre la tierra. Pero esto significa que las fuentes de la naturaleza deficiente, sino en el perfeccionado, ni en la falta de acción humana, sino precisamente en el sistema de decisiones y restricciones que se estableció en la época industrial. A la época moderna le toca asumir la función de su contrario: la superación de la tradición y del dominio de la naturaleza. Resulta que es amenaza y promesa de liberación de la amenaza que ella misma ha creado.*

Como consequência, os riscos tem se transformado no motor da *autopolitização* da sociedade industrial moderna, modificando, inclusive, o conceito, a localização e os meios da “política”, o que se explica através das quatro teses desenvolvidas por Ulrich Beck.

Inicialmente, leciona o autor, no projeto da sociedade industrial, a relação existente entre mudança social e orientação política se concebia em razão do modelo de “cidadão dividido”, que cumpre (enquanto cidadão) os seus direitos democráticos em todos os âmbitos da formação da vontade política e defende (enquanto burguês) os seus interesses privados em todos os campos do trabalho e da economia.<sup>372</sup>

*De ahí que se dé la autodiferenciación de un sistema político administrativo y otro técnico-económico. El principio axial de la esfera política es la participación del ciudadano en las instituciones de la democracia política (partidos, parlamento, etc.). La toma de decisiones y, con ella, el ejercicio del poder siguen los criterios de la legalidad y del principio de que poder y dominio sólo pueden ejercerse con el consenso de los dominados. En cambio, las actuaciones del burgués, en las esferas de la persecución de los intereses técnico-económicos, se consideran al margen de la política.*

---

vagueza. Isso porque, segundo explica, “era evidentemente uma modernidade de novo gênero a que tomava corpo, e não uma simples superação daquela anterior”, razão pela qual hoje está em desuso e razão pela qual afirma que “o rótulo pós-moderno, que antes anunciava um nascimento, tornou-se um vestígio do passado, um ‘lugar da memória’”. (LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. p. 22-65).

<sup>371</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 237.

<sup>372</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 238.

*Ese esquema descansa, por una parte, en la equiparación del progreso social y técnico, y por otra parte, en la consideración de que la dirección del desarrollo y los resultados del cambio técnico expresan restricciones inevitables de orden técnico y económico. Las innovaciones tecnológicas incrementan el bienestar colectivo y social. Por el supuesto del nivel de vida, se justifican también cada vez más los efectos negativos (descualificación, riesgos relativos a la ocupación o a su transformación, perjuicios para la salud, destrucciones de la naturaleza). Incluso la crítica de las “consecuencias sociales” no consigue impedir el perfeccionamiento de las innovaciones técnico-económicas. Éstas se mantienen legitimadas políticamente, en su núcleo, e incluso su poder de realización resulta inmune a las críticas, si se compara con los procedimientos democrático-administrativos y los largos procesos de implementación. El progreso sustituye el consenso.*

Neste sentido é que se pode afirmar ser o progresso um substituto do consenso, uma vez que o progresso substitui o questionamento, em uma espécie de prévia aceitação de fins e consequências que não se conhecem e tampouco se mencionam.<sup>373</sup>

Neste contexto, as mudanças sociais se movem como um efeito secundário latente às decisões técnico-científicas e econômicas, em termos de cálculos e restrições. Justamente por esta razão é que<sup>374</sup>

*Progresivamente las relaciones de la vida comunitaria social se destruyen y la investigación científica y técnicas queda sometida, pues en el mercado sólo rige la regla de la consecución de ganancia económica. Al generalizarse la sociedad industrial, se desencadenan dos procesos de signo opuesto en relación a la organización de la transformación de la sociedad: el surgimiento de la democracia político-parlamentarista y el surgimiento de un cambio social apolítico, no democrático bajo la divisa de la legitimación del “progreso” y de la “racionalización”. Ambos procesos se comportan como modernidad y antimodernidad.*

Por um lado, as instituições do sistema político (parlamento, governo, partidos políticos) pressupõem funcionalmente o condicionante do círculo produtivo da indústria, da economia, da tecnologia e da ciência, enquanto, de outra parte, segue pré-programada a continuidade das mudanças de todos os âmbitos da vida social sob a escusa justificadora do progresso técnico e econômico que entra em

<sup>373</sup>Neste sentido, explica, o processo inovador que tem lugar durante a modernização contra a hegemonia da tradição se divide no projeto da sociedade industrial. Somente uma parte das competências e decisões que repercutem socialmente estão vinculadas ao sistema político e estão subordinadas aos princípios da democracia parlamentarista. Outra parte se subtrai as regras do controle político e de sua justificação, se delegando às empresas a liberdade de pesquisa e investimentos na ciência.

<sup>374</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenez e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 238.

contradição com as mais elementares regras da democracia que exigem conhecer os fins da mudança social, discussão, aceitação e consenso.

A segunda tese desenvolvida para se compreender a mudança do sistema político no contexto do incremento de riscos, é que esta demarcação entre a política e o não político, no permanente processo de renovação em curso durante a modernidade, descansava em pelo menos dois pressupostos históricos essenciais, quais sejam: a evidência social das desigualdades sociais (que impulsionou e deu sentido a construção do estado do bem estar e um nível de desenvolvimento das forças produtivas e de generalização da ciência (cujo potencial de mudança não afetava o raio de possibilidades de ação política e tampouco suprimia os fundamentos legitimadores do modelo de progresso de mudança social). Ocorre que ambos os pressupostos<sup>375</sup>

*Se han destruido en el curso de las dos últimas décadas durante la modernización reflexiva. El proyecto de Estado del bienestar ha perdido su energía utópica al generalizarse. Además, sus límites y aspectos sombríos se han hecho conscientes. Pero quien se lamenta y critica la parálisis creciente de la política pasa por alto que también lo opuesto es cierto.*

Por conta disso a tranquilidade política está afetada pela febre da mudança no sistema técnico e econômico. Logo, destruição da natureza, mudanças nos sistemas de trabalho e produção, em paradigmas de gênero, nos sistemas sociais de classes sociais tradicionais, o aprofundamento das desigualdades sociais e o desenvolvimento de novas tecnologias que maximizam riscos catastróficos são temas recorrentes e, por isso, a impressão de tranquilidade política não corresponde com a realidade. Somente corresponde<sup>376</sup>

*a que lo político se circunscribe a lo así calificado políticamente, a actividades del sistema político. Pero si se considera más ampliamente se ve que – con independencia de cómo se valore – la sociedad se encuentra en el interior de un envoltorio que puede muy bien recibir el predicado de “revolucionario”. Ese cambio social tiene lugar, sin embargo, en forma de lo no político. La insatisfacción por la política es, pues, en este sentido, no sólo descontento por la propia política sino que sobre todo expresa la desproporción entre la autoridad oficial, que se presenta como política y es impotente, y una transformación amplia de la sociedad que lenta, aunque constantemente, pierde capacidad de decisión y se encuentra marginada al terreno de lo no político. De ahí que los conceptos de lo político o no político queden imprecisos y requieran una revisión sistemática.*

<sup>375</sup>Ibid.p. 239.

<sup>376</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 239.

A terceira tese se sustenta no argumento de que o processo de desaparecimento do intervencionismo do Estado social em função do seu êxito e as ondas de inovações tecnológicas (com ameaças para o futuro até o momento desconhecidas) se fundem em uma *delimitação da política* e, concretamente, em um duplo sentido:<sup>377</sup>

*Por una parte, derechos generalizados y admitidos circunscriben el margen de actuación al sistema político y generan, al margen del sistema político, reivindicaciones de participación política en forma de una nueva cultura política (iniciativas ciudadanas, movimientos sociales). La pérdida de poder de realización y configuración estatal no es, en este sentido, expresión de una renuncia política, sino producto de la generalización de la democracia y del Estado social, circunstancia en la cual los ciudadanos aprenden a utilizar, para asegurar sus intereses y derechos, todos los medios del control y asesoramiento público y jurídico.*

Por outro lado, o desenvolvimento técnico-científico deixa de ser um âmbito não político, em razão do alcance de seu potencial de transformação e capacidade de causar danos. Na medida em que o perfil da nova sociedade já não corresponde com os debates do parlamento ou com as decisões do Poder Executivo, mas sim com as mudanças tecnológicas, caem as instâncias que até o momento neutralizaram politicamente o processo de modernização. Paralelamente a atuação técnico-econômica<sup>378</sup>

*queda, desde el punto de vista de su normatividad, al margen de las exigencias parlamentarias de legitimación. Así pues, el desarrollo técnico y económico se única entre la categoría de lo político y de lo no político. Se convierte en tercer ámbito y adquiere el ambiguo status de algo subpolítico en el cual el alcance de los cambios sociales desencadenados resulta inversamente proporcional a su legitimación. Al aumentar los riesgos se ocultan las localizaciones, circunstancias y medios que provocan las constricciones técnicas y económicas, así como su interpretación. Consiguientemente, las instancias de control estatal y los medios de comunicación públicos sensibles a los riesgos comienzan a controlar y discutir el "ámbito íntimo" de la gestión empresarial y científica.*

Assim sendo, a orientação e os resultados do desenvolvimento dos avanços tecnológicos passam a ser algo discutível e que requer legitimação. Deste modo, a

<sup>377</sup> Ibid. p.240.

<sup>378</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p.240.

ação empresarial e técnico-científica, complementa Ulrich Beck, adquire uma “*nueva dimensión política y moral*”.<sup>379</sup>

Por fim, a quarta tese que auxilia a compreender a mudança do sistema político no contexto do incremento de riscos, é desenvolvida no sentido de demonstrar a evolução desse sistema a partir da modernização científica, técnica e econômica, o que resultou em uma precária conversão do político em não político e vice versa.<sup>380</sup>

Esta mudança de funções, segundo o autor, mantendo o aspecto externo, tem lugar, paradoxalmente, na medida em que se torna mais evidente a divisão do trabalho entre a mudança social política e não política. Neste sentido<sup>381</sup>

*La exigencia y garantía del “avance económico” y de la “libertad de la ciencia” se convierten en la pista de deslizamiento sobre la cual el primado de configuración política pasa del sistema políticamente democrático al contexto no legitimado democráticamente de lo no político, propio de la economía, la ciencia y la técnica. Se produce una revolución disfrazada de normalidad que recorta posibilidades democráticas de intervención, pero que se ve obligada, por lo que a las instancias democráticas se refiere, a justificar y generalizar la índole crítica de la opinión pública.*

Ocorre que este processo comporta muitas consequências e problemas, uma vez no projeto do Estado do bem-estar, a política havia alcançado uma relativa autonomia em virtude de sua intervenção nos assuntos do mercado frente ao sistema técnico e econômico e agora, diferentemente, o sistema político está frente à ameaça de ser despossuído de sua constituição democrática. Neste sentido<sup>382</sup>

*Las instituciones políticas se convierten en asunto de un desarrollo que ni han planificado ni pueden reorientar, y del que sin embargo, en cierto modo, han de responder. Por otra parte, las decisiones en economía y en ciencia presentan una carga de real contenido político de la cual los agentes no poseen ninguna clase de legitimación. Las decisiones que cambian la sociedad no se producen en ningún lugar expreso; se dan sin voz y de*

<sup>379</sup>O autor sintetiza o fenômeno explicando que “Se poderia dizer, em outros termos, que o diabo da economia deveria se santificar com a água benta da moral pública e adotar uma aparência de santo em relação à previsão social e à natureza”.

<sup>380</sup>Sobre o dilema político e a sua atuação simbólica, em sintonia com as lições de Beck, mais especificamente versando sobre o controle social e justiça criminal ver GARLAND. David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. P.239

<sup>381</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 241.

<sup>382</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. p. 241.

*forma anónima. En economía, de adoptan decisiones de inversión que obligan al potencial de cambio social a “consecuencias secundarias imprevisibles”. Las ciencias experimentales, al proyectar innovaciones, quedan separadas en su concepción y en su relación institucional de las consecuencias técnicas y de las consecuencias de las consecuencias que generan. El desconocimiento de las consecuencias y la ausencia de la responsabilidad forman parte del programa de desarrollo de la ciencia. El potencial transformador de la modernidad empieza a resquebrajarse por los “efectos secundarios latentes” que, por una parte, generalizan los riesgos para la existencia y, por otra, actualizan lo que era latente. Lo que no vemos ni queremos siempre cambia el mundo clara y amenazadoramente.*

Desta maneira, nesta dinâmica de funções alternadas entre o político e o não político, os governantes (legislativo e executivo) acabam sendo guiados por condutores que também desconhecem o caminho, mas que são movidos por interesses tangíveis e justificados pela bandeira do progresso. Isso porque o progresso técnico é inquestionável. Partindo deste fenômeno pode-se afirmar que se está observando uma minimização de funções do sistema político, uma vez que, como critica Ulrich Beck, se está diante de uma “perda de importância do parlamento como centro de formação da vontade racional”.

Isso porque, se observa que muitas decisões, próprias do parlamento, são tomadas a revelia dos aparatos estatais e partidos políticos, como consequência do crescimento da complexidade das relações nas sociedades modernas e, também, por conta do aparecimento de grupos de poder e influência organizados corporativamente. Entretanto, diferentemente do que se poderia pensar, não é o fracasso da política que conduz a perda do poder de intervenção do Estado. Este fenômeno se dá justamente pelo êxito do sistema político democrático, por conta de uma nova cultura política na sociedade contemporânea.<sup>383</sup>

Neste sentido, muito embora se possa verificar um compromisso histórico com a elaboração de um corpo racional de leis, atualmente, pouca atenção vem sendo dispensada à problemática de criação do direito, no âmbito da investigação jurídica, fenômeno bastante destacado e criticado, graças ao abandono da antes chamada ciência da legislação.<sup>384</sup>

<sup>383</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e M<sup>a</sup> Rosa Borrás. Barcelona: EdicionesPaidós Ibérica, 2002. p.245-246.

<sup>384</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.13.

E este é um fenômeno que merece ser estudado na medida novas demandas sociais, próprias da sociedade do risco, são atendidas por conta de inovações em matéria de política criminal,<sup>385</sup> não podendo ser admissível que a tarefa de elaboração legislativa caia nas mãos do imprevisto e do oportunismo social e político.<sup>386</sup>

Conforme proposição de Díez Ripollés, para fim de se ter um adequado entendimento da dinâmica legislativa penal se faz necessário um modelo estruturado em três fases, denominadas por ele de prelegislativa, legislativa e pós-legislativa. A primeira delas (a fase prelegislativa) se iniciaria na medida em que se problematiza socialmente uma ausência de relação entre uma realidade social ou econômica e a sua correspondente resposta jurídica e se concluiria com a apresentação de um projeto de lei. Logo a seguir viria a fase denominada legislativa, com início na recepção da proposta legal, terminando com a aprovação e publicação da lei. E, finalmente, a fase pós-legislativa tem início com a publicação da norma e termina com a discussão social do seu conteúdo no que concerne a sua adequação com a realidade social que pretende regular. Assim, com base neste entendimento preliminar cumpre destacar que<sup>387</sup>

*Aunque estructuralmente la fase legislativa constituiría el núcleo del proceso, ya que es en ella propiamente donde se toma la decisión legal, mientras que las otras fases se limitan a preparar o evaluar el proceso decisional, tendremos ocasión de ver que resulta equivocado subestimar la relevancia operativa de las restantes fases, singularmente la prelegislativa. Por otra parte, las tres fases se encuentran en un contexto de retroalimentación que supera ampliamente la ya derivada de su circularidad: Así, la fase prelegislativa no sólo condicionará por lo general de modo decisivo el desarrollo de la legislativa, sino que predeterminará los aspectos en los que se habría de poner el énfasis en la fase postlegislativa. A su vez, la fase legislativa, además de marcar la pauta de los análisis postlegislativos, puede llevar a modificar en el futuro parte de los modos operativos de los agentes sociales determinantes de las diferentes etapas prelegislativas. Y una fase postlegislativa seriamente desenvuelta suministrará información decisiva, pero también obligará a la fase legislativa a acomodarse a la rendición de cuentas a la que se le va a someter.*

O processo sociológico desencadeante de uma decisão legislativa penal (e processual penal) se inicia quando um agente social consegue fazer crível a

<sup>385</sup> Op.cit.p.133-134.

<sup>386</sup> Díez Ripollés fundamentando o objetivo imediato do seu estudo, explica que ele reside na definição de um modelo de legislação capaz de se aproximar da teoria da decisão racional.

<sup>387</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.19.

existência de uma disfunção social<sup>388</sup> que necessite de algum tipo de intervenção penal. Esta disfunção pode ser, em seus pressupostos fáticos, real ou aparente, qualidade esta última que os agentes ativadores do processo podem desconhecer ou conhecer (tendo a intenção de demonstrar ser real uma disfunção que de fato é aparente).<sup>389</sup>

Para que isso ocorra o agente social<sup>390</sup> deve possuir dados (reais ou fictícios) que oportunizem a realização de uma discussão em relevantes âmbitos comunicacionais na sociedade. Entretanto, a obtenção de credibilidade (o que é indispensável para que a disfunção social seja levada a debate coletivo) não depende somente das habilidades do agente social impulsionador, mas, sim, de certas qualidades inerentes à própria disfunção, das quais pode se aproveitar o agente correspondente. De tal modo, primeiramente<sup>391</sup>

*tal desajuste social debe tener características susceptibles de despertar atención social. Ésta es un bien socialmente escaso, tanto en cuanto al número de asuntos como a la persistencia de ellos. Se han identificado ciertas cualidades de los asuntos sociales que originan efectos distintos: 1) Los asuntos remotos, irresolubles o incomprensibles terminan produciendo desinterés. 2) Los que tienen componentes dramáticos despiertan y mantienen fácilmente la atención. El dramatismo se concentra en la puesta en juego inmediata de intereses considerados vitales; este factor explica en gran medida la continua presencia en el debate social de disfunciones sociales afectantes a la criminalidad, o al menos a cierto tipo de ella. 3) Los asuntos sociales vinculados a la experiencia directa de la mayoría de los ciudadanos poseen un grado de atención intenso e persistente; sin embargo, esta consistencia puede perderse si se empiezan a ver como irresolubles, pudiéndose compensar la frustración mediante el desplazamiento de la atención hacia asuntos de los que no se posee experiencia directa y de los que, precisamente por ello, puede ofrecerse una descripción convincente de sus causas y remedios no accesible a la falsación empírica por el conjunto de la sociedad.*

*En segundo lugar, amplios o relevantes sectores sociales deben considerar la utilidad el planteamiento de esa disfunción social. La utilidad percibida por la sociedad estará, por lo general, conectada a la resolución de los efectos negativos causados por la disfunción social, sean éstos materiales, expresivos o integradores. Esta utilidad, imprescindible para obtener la credibilidad social, puede diferir notablemente de los intereses que persigan los agentes sociales impulsores del proceso.*

---

<sup>388</sup> Por disfunção social se compreende uma falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta (ou a falta dela) pelo ordenamento jurídico.

<sup>389</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.21.

<sup>390</sup> Os agentes sociais que podem dar início ao processo são muito plurais, explica Díez Ripollés. Podem ser eles forças políticas, sociais ou econômicas institucionalizadas, como o governo, os partidos políticos, sindicatos, associações empresariais, corporativas ou profissionais, entidades religiosas. Mas também podem ser grupos sociais organizados, mas não institucionalizados, como organizações ambientais, feministas, pacifistas, religiosas, culturais, científicas, de opinião, de vítimas. Podem ser, até mesmo, pessoas isoladamente, como cientistas, vítimas e, importante lembrar, os meios de comunicação. O único requisito que se exige é a capacidade de possuir credibilidade em suas apreciações.

<sup>391</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.22.

Logo, a partir do momento em que se passa a crer na disfunção social, no sentido indicado, conclui-se a primeira fase com a inclusão do desajuste coletivo identificado na agenda temática social e com a abertura da possibilidade de que subsistema jurídico-penal (e processual penal) tenha de sofrer modificações, para que se adapte a nova realidade socioeconômica. Conseqüentemente, depois de sua inclusão na agenda temática social, o conhecimento da disfunção social deve ser disseminado de forma generalizada na sociedade, acompanhado de duas características, quais sejam, a sua estabilização cognitiva, ou seja, resistência em desaparecer da agenda social, e a capacidade de envolver a população emocionalmente.<sup>392</sup>

Na hora de consolidar esta difusa percepção social, emocionalmente carregada, existe uma série de variáveis sociais que desempenham um importante papel e que vem sendo descritas pela criminologia sob o termo “medo do delito”. São elas, a estimação do *risco* de sofrer um delito, o *medo* de sofrer um delito, a *preocupação* sobre os níveis de delinquência e as modificações de conduta necessárias para evitar ser vítima de um delito.<sup>393</sup>

Este sentimento de vulnerabilidade, este mal-estar social existente se fundamenta em um processo comunicativo de intercâmbio de opiniões e impressões, que reforça a visibilidade social do desajuste social, bem como do mal-estar que este cria, e outorga a esta disfunção a sua fundamentação e autonomia, indispensáveis para que este sentimento possa ser considerado um autêntico problema social.<sup>394</sup>

Especialmente neste processo é que se deve destacar a função exercida pelos meios de comunicação social, uma vez que é no âmbito comunicativo que reside a relevante identificação do problema social a ser resolvido, razão pela qual, pretensiosamente, na busca por reconhecimento, são eles quem tomam a iniciativa nesta fase prelegislativa. O seu protagonismo, agora, por conseguinte, é algo bem diferente do papel ambivalente que desempenham na etapa precedente. A este respeito<sup>395</sup>

*devienen especialmente ilustrativos los estudios de la opinión pública, tanto los que referidos a la determinación de la agenda temática de los medios, estudian los mecanismos empujados para resaltar, oscurecer o priorizar ciertos temas, como los más radicales que, basados en cómo las noticias reconstruyen socialmente la realidad, parten de que su selección y*

---

<sup>392</sup>Ibid. p.23.

<sup>393</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.23.

<sup>394</sup>Ibid. p.27.

<sup>395</sup>Ibid. p.27.

*configuración están sustancialmente determinadas por los programas políticos que se quieren desarrollar.*

De qualquer forma, os meios de comunicação realizam inúmeras atividades a fim de auferir o reconhecimento e a delimitação social do problema, traçando os contornos deste, a partir da reiteração de informações sobre casos similares, atividade que com certa frequência vêm executando desde a etapa anterior, como

396

*agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso realizando conceptuaciones nuevas de hechos criminales ya conocidos.*

Tal atuação, contudo, pode originar, incidental ou intencionalmente, uma percepção social de que existe uma determinada onda de criminalidade, o que reforça a relevância do problema. Além disso, os meios de comunicação, complementa Díez Ripollés, destacam os efeitos prejudiciais da situação existente, os riscos que ela pode trazer para determinados âmbitos sociais e incutem na sociedade a necessidade de determinadas decisões legislativas penais, sendo que todo este processo da lugar à conformação da opinião pública sobre o tema em questão.

Por óbvio que isso não é suficiente para desencadear, por si só, a etapa prelegislativa, dado o excessivo nível de generalidade. Isso porque, para que se faça possível o desenvolvimento de um programa de ação, faz-se necessário um estudo aprofundado do tema a ser solucionado, uma vez que a fase que precede o desenvolvimento legislativo carece de respeitabilidade social, que vem se apresentando na medida em que os programas de ação vem sendo formulados por grupos de pressão expertos que se apropriam do problema até então discutido pela opinião pública para defender interesses bastante variados.<sup>397</sup>

*Pueden ser intereses ideológicos, entre los cuales merecen destacarse últimamente los grupos surgidos de la sociedad civil, como grupos de presión feministas, ecologistas, de consumidores, pacifistas..., o los que defienden intereses puramente científicos, reconducibles al seguimiento de un determinado paradigma científicosocial, como ciertas corrientes de la doctrina jurídica o criminológica, o incluso científiconatural. Pueden ser también intereses socioeconómicos, sea en función del papel que desempeñan tales grupos en el proceso de producción, como sindicatos y asociaciones empresariales, sea debido a la salvaguarda o ampliación de*

<sup>396</sup> Ibid. p.27.p.28.

<sup>397</sup> A atividade destes grupos está orientada pelo desejo de solucionar o problema social de acordo com os seus interesses. Assim, se servem do seu prestígio para apropriarem-se do problema, uma vez que se admite a sua competência para desenvolver um plano de ação. Depois, se detém à coleta de dados, o que resulta em um processo de investigações de aspectos concretos e organização de resultados apurados. A seguir se seguem estudos e análises das alternativas disponíveis para a solução do problema. Por fim se apresentam propostas factíveis de intervenção ou abstenção legislativa.

*competencias profesionales que es tarea inherente a ciertos grupos corporativos, como en nuestro ámbito las asociaciones judiciales, de funcionarios penitenciarios, de médicos forenses...*

Como resultado da sua atuação, merecem destaque duas características. A primeira diz respeito ao fato de que os estudos realizados por esses expertos que participam do processo de desenvolvimento legislativo são dotados de legitimação científicosocial. A segunda é a significativa influência que adquirem estes grupos de pressão elaboradores do programa social na ativação do proceder legislativo.<sup>398</sup>

Em qualquer caso, o que de fato importa destacar é que os grupos de pressão expertos possuem plenas condições de realizar significativas manipulações dos fatos a serem analisados e das propostas a serem formuladas, as mesmas que poderão servir para determinar o ulterior labor legislativo.<sup>399</sup>

Além deles, merecem destaque os grupos de pressão midiáticos, que acabam originando uma visão superficial e simplificada da realidade social e das consequências de sua intervenção nesta realidade.

## 4.2 INSEGURANÇA E MEDO SOCIAL

### 4.2.1 sobre a dinâmica do medo

Partindo da perspectiva de uma sociedade do risco, outro aspecto que deve ser destacado é o do medo<sup>400</sup> social, na medida em que ele está em toda parte e é ainda mais assustador, quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivo claros. Justamente por esta razão é que Zygmunt Bauman assevera que vivemos em uma era de temores e que

<sup>398</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.31-32.

<sup>399</sup>Não obstante a problemática explicitada, esclarece Díez Ripollés, que “un rasgo de la reciente política legislativa penal es la pérdida de importancia de la respetabilidad social del programa de acción, sea porque la adquisición de tal cualidad ya no va ligada a la intervención de grupos expertos, sea porque se renuncia directamente a su adquisición”

<sup>400</sup>De acordo com Zygmunt Bauman, “medo” é o “nome que damos a nossa *incerteza*: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance”. Na concepção do autor este é um sentimento comum à todas a criaturas vivas que acaba oscilando, quando se manifesta, sempre entre duas alternativas, quais sejam, a fuga ou a agressão. BAUMAN, Zygmunt. **MEDO LÍQUIDO**. Traduzido para o português por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 8.

tememos não somente ameaças diretas de situações de perigo<sup>401</sup>, mas também ameaças não diretamente presentes, ou seja, temos hoje o que se pode definir como uma espécie de medo de “segundo grau”<sup>402</sup>

“um medo, por assim dizer, social e culturalmente “reciclado”, ou (com o chama Hughes Lagrange em seu fundamental estudo do medo) um “medo derivado” que orienta seu comportamento (tendo primeiramente reformado sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais), quer haja ou não uma ameaça imediatamente presente.

O medo secundário pode ser visto como um resquício de uma experiência pretérita de enfrentamento de ameaça direta, que sobrevive e se torna um fator importante na modelagem da conduta humana mesmo que não haja mais nenhum risco<sup>403</sup> direto à vida ou à integridade. Corroborando com este entendimento<sup>404</sup>

Numerosos estudos mostram que, nas consciências dos sofredores, o “medo derivado” é facilmente “desacoplado” dos perigos que o causam. As pessoas às quais ele aflige com o sentimento de insegurança e vulnerabilidade podem interpretar-lo com base em qualquer dos três tipos de perigos – independentemente das (e frequentemente em desafio às) evidências de contribuição e responsabilidade relativas a cada um deles.

Por conta disso, as reações defensivas ou agressivas resultantes, destinadas a mitigar o medo, podem assim ser dirigidas para longe dos perigos realmente responsáveis pela suspeita de insegurança.<sup>405</sup>

O Estado, por exemplo, tendo encontrado sua *raison d'être* seu direito à obediência dos cidadãos na promessa de protegê-los das ameaças à existência, porém não mais capaz de cumpri-la (particularmente a promessa de defesa contra os perigos do segundo e terceiro tipos) – nem de reafirmá-la responsabilmente em vista da rápida globalização e dos mercados crescentemente extraterritoriais-, é obrigado a mudar a ênfase da “proteção contra o medo” dos perigos à segurança social para os perigos à segurança pessoal. O Estado então “rebaixa” a luta contra os medos para o domínio da “política de vida” dirigida e administrada individualmente, ao mesmo tempo em que adquire o suprimento de armas de combate no mercado de consumo.

Entretanto, na sociedade que Zygmunt Bauman define como, líquido-moderna, é possível tornar o medo uma coisa tolerável. E é justamente para isso

<sup>401</sup>O autor, complementando a sua análise, classifica os perigos dos quais se tem medo em três tipos: os que ameaçam o corpo e as propriedades, os que ameaçam a durabilidade da ordem social, bem como a confiabilidade que se tem nela (renda, emprego) e, por fim, os perigos que ameaçam o lugar da pessoa no mundo (hierarquia social, a identidade, a imunidade à degradação e a exclusão social).

<sup>402</sup>BAUMAN, Zygmunt. **MEDO LÍQUIDO**. Traduzido para o português por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p.9.

<sup>403</sup>Conforme leciona, somente àquelas experiências indesejadas desse tipo “pré-visível” é que classificamos na categoria dos “riscos”.

<sup>404</sup>Ibid.

<sup>405</sup>Ibid..

que muitas empresas, de forma “desinteressada”, (mas remunerada) se empenham. Afinal<sup>406</sup>

a economia de consumo depende da produção de consumidores, e os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos.

No ambiente líquido-moderno o combate ao medo é uma missão para a vida toda ao passo que os perigos que os deflagram passam a ser companhias permanentes e indissociáveis da vida humana. Neste contexto a mídia possui um papel de relevante destaque, uma vez que ela defende “uma realidade que não se pode ver nem tocar sem a ajuda dela”. Os *reality shows*, por exemplo, testemunham diariamente em favor da vigorosa realidade dos medos.<sup>407</sup>

Como indica o nome que assumem (*reality show*), um nome que não sofre oposição dos espectadores e que só é questionado por uns poucos pedantes particularmente presunçosos, o que eles mostram é real; mais importante, contudo, indica também que “real” é aquilo que mostram. E o que mostram é que a inevitabilidade da exclusão – e a luta para não ser excluído – é aquilo no qual a realidade se resume. Os *reality shows* não precisam ficar repetindo a mensagem: a maioria de seus espectadores já *conhece* essa verdade; é precisamente essa familiaridade profundamente arraigada que os atrai aos bandos para as telas da TV.

O que estes programas nos auxiliam a descobrir, por exemplo, é que as instituições políticas a que viemos recorrer em caso de problemas, e que aprendemos a ver como guardiãs de nossa segurança, formam um mecanismo ajustado para servir a “ordem do egoísmo”, cujo princípio fundamental é a “aposta nos fortes”, uma “aposta nos ricos” (naqueles que já o são, ou naqueles capazes de demonstrar habilidade, coragem e a sorte de para se tornarem).<sup>408</sup>

Contudo, em determinadas situações coragem, habilidade e sorte não são suficientes, haja vista que as oportunidades de ter medo estão em toda a parte, e que os medos são muitos e variados, atormentando pessoas de diferentes categorias sociais, etárias e de gênero, causando em muitos um forte sentimento de impotência.

---

<sup>406</sup>BAUMAN, Zygmunt. **MEDO LÍQUIDO**. Traduzido para o português por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p.13-14.

<sup>407</sup>Ibid.p.29.

<sup>408</sup>Ibid.p.30.

Entre todos os medos contemporâneos aos quais se poderiam citar, o medo do crime é um dos mais instigantes. O medo do crime é um sentimento que povoa a mente humana desde a infância e as histórias infantis souberam, com nenhum outro meio de comunicação como lidar com esse sentimento.<sup>409</sup>

No período moderno as histórias em quadrinhos povoaram o imaginário popular de criminosos e de valorosos combatentes do crime. Os primeiros seriados da rádio brasileira, na década de 1950- como *O santo; Jerônimo, o herói do sertão* ou *O fantasma* – já alargaram e aumentavam as sensações desse medo específico. Daí em diante essa mesma expressão do medo evoluiu num processo rápido, dos romances policiais ao cinema e à televisão e aos videogames.

Obviamente as visões dos quadrinhos e da mídia eletrônica têm interpretações distintas entre crianças e adultos, mas a questão é que “no mundo ocidental nascemos e crescemos numa cultura do medo”. Assim, não seria exagero afirmar que, em nenhum momento da história, tantas pessoas tiveram tanto medo, o que, como consequência, passa a ter reflexos no comportamento dos cidadãos e na formulação das políticas de segurança.<sup>410</sup>

Preocupado com esta problemática, o sociólogo Barry Glassner procurou desvelar a gênese deste fenômeno, que resulta neste incrível incremento da percepção social do medo. Portanto, a partir da análise do contexto estadunidense (útil para que se possa fazer um exame comparativo com Brasil) o primeiro elemento que merece atenção é o padrão americano de violência. Isso porque<sup>411</sup>

Os Estados Unidos e o Brasil têm muito em comum quanto à violência: entre os dez países mais industrializados, ambos têm as mais altas taxas de homicídios. Na Alemanha, essa taxa é de 4,86 por 100 mil habitantes ao ano; na França, de 4,11; na Itália 4,9; no Canadá, no Reino Unido e na Espanha, de 2,43. Nos Estados Unidos, o dono do segundo lugar, a taxa é de 8,22; no Brasil, o líder, essa taxa triplica: são 25 homicídios por 100 mil habitantes ao ano.

Não obstante os altos índices de homicídios nos Estados Unidos, no final da década de 1990, o número de dependentes químicos no país havia sido reduzido à

<sup>409</sup> GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.11.

<sup>410</sup> Como subsídio para esta análise sobre o medo do crime recorreremos às lições de Barry Glassner, cujo propósito na sua obra é “demonstrar como os homicídios e demais crimes violentos, contra todas as percepções propostas pela mídia na década de 1990 – que sempre trabalharam os espíritos no sentido inverso -, sofreram um significativo decréscimo (estamos falando dos Estados Unidos)”. Apoiando-se nas sustentações de Glassner, complementa Paulo Sérgio Pinheiro, é certo que o medo, baseado em estimativas irrealistas, é fonte de sofrimento e determina políticas equivocadas.

<sup>411</sup> GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.12.

metade em comparação com o final da década de 1980, o que significa dizer que “quase dois terços dos alunos do final do curso secundário jamais haviam experimentado qualquer tipo de droga”. E estes<sup>412</sup>

São dados eloquentes, que os adultos ignoram. Eles continuaram a considerar o problema da droga como algo ainda completamente fora de controle. À diferença do que se supunha, os jovens nas cidades não estavam se transformando nos super-perpetradores de crimes que povoavam o imaginário branco, pois a violência perpetrada pelos jovens declinava significativamente. Quanto melhor as estatísticas, mas pessimista a população americana se tornava.

Um dos mais graves paradoxos neste campo, assevera Paulo Pinheiro, ao introduzir a obra de Barry Glassner, é induzir a população e os governos a ignorar fatores que aliviarão os temores, o que acaba por contribuir para que tudo aquilo que tanto se teme torne-se realidade. A causalidade da violência nunca se deve a um único fator, mas sempre a um conjunto de fatores em contextos precisos.<sup>413</sup>

Nos Estados Unidos, como no Brasil, a violência interpessoal está profundamente arraigada na enorme desigualdade (Os Estados Unidos têm também aqui o maior índice de desigualdade entre os dez países mais industrializados, sendo ultrapassado somente, e igualmente, pelo Brasil). A essa desigualdade material soma-se a social, que no Brasil tem mostrado grande estabilidade nos últimos 20 anos, não se percebendo nenhuma diferença entre o período da ditadura militar e o subsequente, de democracia, quanto ao tratamento da descendência africana. Não se pretende com isso afirmar que a desigualdade econômica, social e racial seja a causa da violência. De qualquer modo, lembra Glassner, a pobreza tem estreita correlação com a violência contra as crianças, o crime, e o uso de drogas.

Neste contexto, cumpre lembrar que quanto maior a diferença entre ricos e pobres numa sociedade, mais altas são as taxas de mortalidade por doenças cardíacas, câncer e homicídios.<sup>414</sup>

A combinação de desigualdade e pobreza extrema é sempre explosiva.<sup>415</sup> A motivação que leva as pessoas a ingressar em milícias armadas de extrema direita parece ser não somente econômica, mas também ideológica. A redução de emprego

---

<sup>412</sup>ibid

<sup>413</sup>ibid. p.13.

<sup>414</sup>ibid.

<sup>415</sup>GREIG, Alastair. **Challenging global inequality: development theory and practice in the 21st century**. New York: Palgrave Macmillan, 2007.

nas indústrias, somada ao declínio de mão de obra rural, ensejaram condições para o surgimento de uma nova geração de grupos de protesto extremista.<sup>416</sup>

Outro elemento desta análise que também merece ser destacado é o fato de que a percepção de que o crime está aumentando, quando de fato está diminuindo, também leva os cidadãos estadunidenses a adquirir e portar armas de fogo.<sup>417</sup>

Portanto se percebe que, em termos de violência urbana, Brasil e Estados Unidos em muito se assemelham, razão pela qual, a partir dos elementos trazidos por Barry Glassner, faz-se relevante o questionamento sobre os elementos que dão sustentação a *cultura do medo*, dado que muitos dos medos perpetrados são exagerados ou falsos<sup>418</sup>. Isso porque<sup>419</sup>

Os percentuais estatísticos que impressionam e apavoram muitas vezes não contém número confiáveis, e pretendem ser validação científica de ocorrências pouco significativas. Quase todos os pavores disseminados entre os americanos surgem da tendência a tratar como causa do perigo não as distorções sociais mais inquietantes, mas as práticas isoladas perpetradas por indivíduos perturbados, em especial tudo que diga respeito aos acidentes de trânsito.

Como consequência, políticas públicas totalmente insanas passam despercebidas enquanto a atenção social está direcionada na insanidade de indivíduos isolados.<sup>420</sup>

---

<sup>416</sup>GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.13.

<sup>417</sup>No Reino Unido, na Austrália e no Japão, onde a propriedade de armas é bastante restrita, pouco mais de uma dúzia de pessoas são mortas anualmente por armas. Nos Estados Unidos, onde particulares possuem 250 milhões de armas, cerca de 15 mil pessoas são assassinadas, 18 mil cometem suicídios e outras 15 mil morrem acidentalmente por armas de fogo. Dados que aproxima o Brasil dos Estados Unidos, uma vez que a maioria dos homicídios neste país são perpetrados por armas de fogo. GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p. 13-14.

<sup>418</sup>E aqui, sem querer simplificar o papel complexo que os jornalistas desempenham tanto ao instigar como ao diminuir o temor da população, não se pode subtrair a investigação sobre o papel da mídia sobre o comportamento dos cidadãos. GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.14.

<sup>419</sup>Op.cit. p.14.

<sup>420</sup>Ibid.p.14.

#### 4.2.2 Sobre o medo e o mal

Zygmunt Bauman define o medo e o mal<sup>421</sup> como sendo “irmãos siameses”. Por este motivo afirma que não se pode encontrar um deles separado do outro, cogitando, inclusive, a possibilidade de os dois nomes sintetizarem uma só experiência (um deles se referindo ao que se vê e ouve, o outro ao que se sente). De fato não é possível conceituar o que seja, por si só, o mal, razão pela qual muitos filósofos abandonam todas as tentativas de explicar a presença do mal. Assim, o mal tende a ser invocado quando insistimos em explicar o inexplicável, sendo praticamente impossível fazer dele o objeto da explicação.<sup>422</sup>

Durante a maior parte da história europeia, a ideia de uma natureza incompreensível do mal raramente viria à tona. Por muito tempo se acreditou que o mal surgia no ato de pecar e retornava aos pecadores na forma de punição. Assim,<sup>423</sup>

Se os seres humanos seguissem firmemente os mandamentos divinos e preferissem rotineiramente a bondade em vez do mal, este não teria de onde sair. O mal talvez existente no universo podia ser atribuído em sua totalidade, sem resíduos, aos seres humanos – a seus atos iníquos e pensamentos pecaminosos. A presença do mal – qualquer tipo de mal, tanto os dilúvios e as pragas que afetam a todos como as infelicidades individualmente sofridas – era um problema *moral*, da mesma forma que *moralera* a tarefa de enfrenta-lo e força-lo a desaparecer. Com o pecado e a punição sendo os principais instrumentos do pensamento na caixa de ferramentas da razão, a contrição e a expiação constituíam as rotinas naturais e seguras a empregar na busca de imunidade em relação ao mal e na luta para expulsá-lo do mundo dos humanos.

Antes de Auschwitz (ou Hiroshima, por exemplo), era muito difícil imaginar o quão surpreendente e assombrosa poderia ser a variedade do mal produzida por seres humanos. Tampouco se imaginaria, numa época distante, que a lógica da vida moderna poderia expandir radicalmente, e numa escala sem precedentes, a área da

---

<sup>421</sup>De acordo com o autor é impossível definir, ou seja, conceituar, o que seja o “mal”. Isso porque, explica, tendemos a chamar de “mal” precisamente o tipo de iniquidade que não podemos entender nem articular claramente, muito menos explicar sua presença de modo totalmente satisfatório. Chamamos este tipo de iniquidade, complementa, de “mal” pelo próprio fato de ser ininteligível, inefável e inexplicável. O “mal” é aquilo que desafia e explode essa inteligibilidade que torna o mundo suportável. Pode-se dizer o que é o “crime” porque temos um código jurídico que o ato criminoso infringe. Sabemos o que é o “pecado” porque temos uma lista de mandamentos cuja violação torna os praticantes pecadores. Recorremos a ideia de “mal” quando não podemos apontar que regra foi quebrada ou contornada pela ocorrência do ato para o qual procuramos um nome adequado.

<sup>422</sup>BAUMAN, Zygmunt. **MEDO LÍQUIDO**. Traduzido para o português por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p.74-75.

<sup>423</sup>Ibid.p.76.

captação para o recrutamento de potenciais malfeitores. E, pior do isso, que os possíveis malfeitores conforme descobriu Hannah Arendt, nos relatórios psicanalíticos de Eichmann, podem ser pessoas “normais”, quiçá “agradáveis” e com “pensamentos positivos”. Afinal, as vítimas de Eichmann, em Auschwitz eram “pessoas como nós”, tal como eram, muitos dos executores por ele comandados, o que, muito embora pavoroso, é plenamente compreensível, uma vez que “cada um de nós é capaz, potencialmente, de se tornar um monstro”. E a consequência mais importante e comprovadamente mais terrível dessa descoberta é a atual crise de confiança.<sup>424</sup>

a confiança está em dificuldades no momento em que tomamos conhecimento de que o mal pode estar oculto em *qualquer lugar*; que ele não se destaca na multidão, não porta marcas distintivas nem carteira de identidade; e que todos podem estar atualmente a seu serviço, ser seus reservistas em licença temporária ou seus potenciais recrutados.<sup>425</sup>

Em outras palavras, os outros são, na maior parte do tempo, fonte de uma ameaça vaga e difusa, que acaba causando uma sensação de insegurança. Por conta disso, manter-se à distância (mesmo que isso seja terrível para os vínculos humanos) parece ser a única alternativa possível, dado que as cidades se transformaram em fonte de ameaça e violência. Este é o fundamento para a afirmação de que<sup>426</sup>

as “redes” de vínculos humanos se transformam em territórios de fronteira em que é preciso travar, dia após dia, intermináveis conflitos de reconhecimento. Se a confiança está perdida e se os créditos são oferecidos, e se a espera que o sejam, apenas com relutância, se é que o são, os termos de armistício de ontem não parecem um terreno seguro sobre o qual se possa basear um prognóstico sobre a paz de amanhã. Com a diluição das normas reguladoras dos deveres e obrigações mútuos, sem que estas ostentem uma expectativa de vida confortavelmente prolongada, há poucas constantes, se é que há alguma, nas equações que se tenta diariamente resolver. Fazer cálculos se parece mais com solucionarum quebra-cabeça com poucas pistas, todas elas dispersas, ambíguas e inconfiáveis.

Assim, pode-se concluir que, de modo geral, as relações humanas são espaços de incerteza, inquietude e ausência de conforto espiritual, uma vez que se transformaram em fonte de ansiedade e, portanto, em uma vida em estado de alerta.

<sup>424</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Traduzido para o português por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p.87-91.

<sup>425</sup>Zygmunt Bauman, destaca que a visão apresentada sobre a potencialidade de servir ao “mal” é de certa forma exagerada, dado que nem todos tem condições e vontade de servir ao demônio, mas alerta que é bastante difícil saber quem são aqueles vulneráveis aos esquemas da maldade..

<sup>426</sup>Op.cit. p.91-93.

### 4.2.3 O medo do crime e a criminalidade do noticiário

Toda a análise da cultura do medo que ignora a ação da imprensa ficaria evidentemente incompleta, argumenta Barry Glassner. E muita razão lhe assiste, afinal, entre as diversas instituições com mais culpa por criar e sustentar o pânico, a imprensa ocupa indiscutivelmente um dos primeiros lugares.

Obviamente, nós *temos* que nos preocupar com a criminalidade, contudo devemos conhecer a verdadeira natureza e a exata dimensão do problema. Neste diapasão, cumpre referir alguns exemplos noticiados nos veículos de comunicação de massa capazes de dar suporte ao que até aqui se disse sobre a (parcela de) responsabilidade da mídia na difusão do medo social.

Primeiramente, cita-se, ainda com esteio em Glassner, o dramático caso do soldado Anthony Riggs que, de acordo com o noticiário<sup>427</sup>, sobreviveu durante sete meses à mísseis Scud iraquianos na Arábia Saudita (durante a Guerra do Golfo) e, tão somente, alguns dias em território norte-americano, quando foi baleado e morto, vítima de um roubo de carro, na pacífica e floreada rua Conley, em Detroit.

O caso do veterano de guerra foi amplamente noticiado e, a partir de então se passou a estabelecer um comparativo (face a morte do soldado) entre as ruas dos Estados Unidos e verdadeiros campos de guerra.<sup>428</sup> Em resposta ao clamor social motivado pela à exploração midiática o então presidente, Bush, anunciou novo projeto de lei para combater o crime, sob o argumento de que os veteranos de guerra merecem voltar para as suas casas e sentirem-se seguros ao andar pelas ruas (norte-americanas).<sup>429</sup>

Aquela foi, do ponto de vista dos jornalistas e editores, uma história de crime ideal com todos os elementos capazes de comover os leitores e telespectadores e

---

<sup>427</sup> Washington Post de 19 de março de 1991.

<sup>428</sup> Cartas do soldado relatando a saudade de casa foram publicadas, entrevistas de sua mãe e sua tia foram exibidas, imagens do luto e desespero de sua esposa foram divulgadas.

<sup>429</sup> Neste sentido, Barry Glassner se manifesta ressaltando que se a imprensa simplesmente entendesse de modo equivocado os fatos sobre um homicídio eventual, não seria grande coisa. Contudo o significado que dão a muitos homicídios e outros crimes violentos que escolhem para pôr em destaque é outra história. As ruas dos Estados Unidos, não são mais violentas que uma zona de guerra, e a mídia, recomenda o autor, não deveria dizer que são.

confirmar a tese de que as ruas estadunidenses possuem nível de segurança similar aqueles encontrados em uma zona de guerra. Contudo, o único problema, que somente se descobriu graças à própria ênfase dada pela imprensa ao caso, é que o soldado não foi vítima da criminalidade das ruas. Mas sim, da cobiça de sua companheira que, interessada em resgatar o valor do seguro de vida do marido, articulou a sua morte.<sup>430</sup>

No caso em questão, o enfoque equivocado da imprensa se deu porque os jornalistas de jornais e revista têm predileção particular por histórias de crimes que lhes auxiliem a compreender outros fenômenos com os quais estão tendo problemas na cobertura.<sup>431</sup>

No assassinato de Riggs, o fenômeno em questão era a Guerra do Golfo. A mídia jornalística teve dificuldade em relatar a guerra com exatidão porque o Pentágono manteve a imprensa longe da ação e usou *briefings* ensaiados nos mínimos detalhes dando apenas as informações que os generais e o presidente queriam. Como parte daquela interpretação particular dos fatos, os generais Colin Powell e Norman Schwarzkopf foram descritos como heróis da guerra. Os resmungos no campo de batalha e no ar pareciam praticamente irrelevantes em uma guerra feita com bombas inteligentes. O retorno das tropas para casa, conseqüentemente, teve pouco significado intrínseco ou valor noticioso.

Desse modo, quando ocorreu o assassinato de Riggs, os repórteres avisadamente usaram-no para marcar o fim da guerra no Iraque e o início de uma nova fase na guerra doméstica contra o crime em andamento.<sup>432</sup>

Outro curioso caso analisado é o da investigação feita pelo jornalista Erik Larson, publicada no *Wall Street Journal* sob o título “Uma crise falsa”. No referido trabalho Larson revelou como a imprensa criara, na década de 1990, uma epidemia inexistente, com a divulgação de estatísticas irreais sobre a criminalidade no ambiente profissional.<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup>GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.77.

<sup>431</sup>Ibid. p.78.

<sup>432</sup>Ibid.

<sup>433</sup>Isso porque, entre 1994 e 1995, foram publicadas, somente no jornal, mais de 500 matérias sobre violência no local de trabalho, com estatísticas assustadoras, asseverando, por exemplo que 2,2 milhões de pessoas são atacadas anualmente no trabalho ou que o assassinato é a principal *causa mortis* relacionada ao trabalho para mulheres. Após a sua investigação o repórter descobriu que menos que um entre cada 20 homicídios ocorrem no local de trabalho (sendo que policiais e seguranças representam grande parcela destas mortes) e que as pesquisas que ensejaram os resultados publicados não seguiram as condições exigidas pelos cientistas sociais, como por exemplo, o número mínimo de respostas necessárias à pesquisa científica.

Segundo a análise de Barry Glassner a possível motivação para que a (falsa) epidemia de violência no trabalho tivesse ocupado lugar de destaque na mídia por vários meses residisse na necessidade de se abordar a precariedade do mercado de trabalho sem confrontar diretamente o que coloca principalmente os trabalhadores em risco: as incessantes ondas de demissões nas empresas iniciadas no começo da década de 1980.<sup>434</sup>

Habitualmente, as matérias sobre violência no local de trabalho mencionavam o enxugamento das empresas (*downsizing*) como uma possível causa, mas não tratavam as demissões em massa como um mal social por si só. Para muitos jornalistas, fazer isso não teria sido nada fácil. Por exemplo, quem colocariam no papel de vilão da história? Seria o presidente da empresa que recebeu um aumento multimilionário por demitir dezenas de milhares de funcionários? Ou ele estaria simplesmente tornando sua empresa competitiva na economia global? E como se sentiria o chefe do jornalista – ou o chefe do chefe no conglomerado de mídia que é o dono do jornal ou da rede de televisão – em relação a publicar críticas implícitas a algo que eles mesmos fizeram? Nos últimos anos, as (sic) avisos de demissão chegam com regularidade nas redações, como em qualquer outro ramo do mundo empresarial americano, e não incitaram os repórteres a escrever matérias investigativas sobre *downsizing*.

Curiosamente, a violência no local de trabalho não foi a primeira crise falsa de criminalidade usada por jornalistas como um modo indireto de falar sobre outros temas sobre os quais tinham dificuldade de abordar diretamente.<sup>435</sup>

#### 4.2.4 A espetacularização dos juízos criminais

De fato, não restam dúvidas de que a cultura do espetáculo com ênfase no crime e exploração do medo, caracterizada pelo empobrecimento de conteúdo e maximização da violência (até mesmo em programas infantis), surgiu como alternativa aos meios de comunicação de massa para vencer empresas rivais.<sup>436</sup>

De acordo com Hugo Aznar, a mídia, buscando aumentar o lucro, começou a atrair a maior quantidade de público e, para isso, adaptou a sua oferta à demanda

<sup>434</sup>GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.81.

<sup>435</sup>Na década de 1970 alarmantes índices da violência indicavam os riscos a que estavam submetidas as crianças ao participar do tradicional “trickortreat” (gostosuras ou travessuras) no Halloween, entre os quais a possibilidade de envenenamento. Tudo para denunciar de forma indireta questões como a permissividade da sociedade e os altos índices de divórcio. GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.82.

<sup>436</sup>AZNAR, Hugo. **Comunicación Responsable**. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 57.

menos exigente do mercado.<sup>437</sup> Com este objetivo as empresas de comunicação contemporâneas passaram a destacar com maior ênfase o crime e a violência<sup>438</sup>.

Assim, conforme explanação de Ana Menezes, com força nestes acontecimentos sociais, nota-se que a Justiça vem se tornando o objeto preferido da mídia, sendo este o motivo pelo qual os veículos de comunicação dedicam tanta atenção aos processos penais e investigações criminais.<sup>439</sup>

De acordo com a autora<sup>440</sup>, resgatando a origem do interesse público pelo processo

[...] há muitos séculos a notícia da execução das penas seduz a população. O suplício, pena corporal atroz, dolorosa e cruel, era preceito de um ritual, um cerimonial do castigo público, manifestação da justiça do soberano. O sofrimento do condenado, seus gritos pela tortura a si infligida lentamente era cena teatral, representação do castigo que levava ao público, movido por extraordinária curiosidade, a se comprimir em torno do cadafalso para assistir ao espetáculo do horror que era a punição do súdito criminoso. No rito de execução o condenado reconhecia publicamente seu delito, declarando em viva voz sua culpa, para atestar a justiça da pena. Essas manifestações dos executados, denominados “discursos de cadafalso”, passaram a fazer parte de literatura popular, dos folhetins. Os relatos dos crimes, das execuções das penas, dos suplícios, dos “discursos” foram publicados e eram lidos pelo povo.

Assim, complementa que, “a partir de então, os crimes passaram a fazer parte das colunas dos jornais”.<sup>441</sup>

Neste contexto, Sanz Mulas<sup>442</sup>, ao explicar o que define como sendo “La versión ‘espectáculo’ de los procesos” afirma que

*[...] la mayoría de los actos procesales no son ‘noticia’, y por ello no son objeto de atención ni de los medios de comunicación ni del gran público; otros, sin embargo, y si bien de momento una minoría, sí revisten el carácter de hechos noticiables, y en muchas ocasiones el interés suscitado es más o menos morboso. En estos casos los medios de comunicación les prestan una especial atención, desembocando en lo que todos conocemos como juicios paralelos y que pueden tener graves consecuencias.*

<sup>437</sup> AZNAR, Hugo. *Comunicación Responsable*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 57

<sup>438</sup> MCQUAIL, Denis. **Mass Communication Theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.23 e 24.

<sup>439</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.60.

<sup>440</sup>Ibid., p.17.

<sup>441</sup>Ibid., p.17.

<sup>442</sup>SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 11.

Este fenômeno vem realçar o atual inter-relacionamento entre Poder Judiciário e os meios de comunicação de massa.<sup>443</sup> Isso porque, com a ênfase no processo penal para a venda de notícias, a imprensa acaba permitindo que os envolvidos no processo tenham a possibilidade de instrumentalizar os meios de comunicação a favor de seus interesses particulares.<sup>444</sup>

Desta maneira, tanto advogados como vítimas, acusados, testemunhas e juízes, fazem declarações através da imprensa com o objetivo de conseguir opiniões favoráveis.<sup>445</sup>

Partindo da análise de Maria Frascaroli sobre o assunto, verifica-se que “a imprensa atual não se limita à mera exposição de atos criminosos, mas criminaliza e interfere no processo judicial a ponto de, às vezes, substituir ao processo judicial”.<sup>446</sup>

É aí que se origina uma das causas mais freqüentes de contato e conflito entre juízos penais, opinião pública e meios massivos de comunicação: os chamados processos paralelos da imprensa.<sup>447</sup>

Na perspectiva de Maria Frascaroli<sup>448</sup>

*[...] ante el acontecimiento de un hecho delictivo de impacto especial, suelen abrirse dos procesos: uno, el proceso judicial previo que manda la Constitución, y otro, un proceso informativo, en el cual las discusiones y tomas de posición que la opinión pública realiza, alimentada y retroalimentada por la prensa, muchas veces acaba generando un auténtico juicio en paralelo.*

Neste diapasão, cumpre ser referida a distinção feita por Sanz Mulas entre a justiça estatal e a justiça midiática, práticas diferentes que utilizam estratégias parecidas.

É por isso que, no processo de O.J. Simpson, por exemplo, houve muita dificuldade para encontrar 12 cidadãos que ignorassem por completo as incidências

---

<sup>443</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60.

<sup>444</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 07.

<sup>445</sup> Ibid., p. 07.

<sup>446</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 200.

<sup>447</sup> Ibid., 205.

<sup>448</sup> Ibid., 205.

do processo,<sup>449</sup> motivo pelo qual Newton Tavares e Walter Tavares alertam sobre a necessidade de balizar a imprensa contra os abusos no seu exercício, sem esquecer, contudo, o sagrado respeito à sua função social, que deve ser o verdadeiro apanágio da informação.<sup>450</sup>

Concluem os autores<sup>451</sup> que a mídia além de informar sobre o crime, é responsável pelo seu incremento. Nas suas palavras

[...] o uso nocivo dos meios de comunicação de massa está entre um dos estimulantes da criminalidade, junto com a falta de assistência social, miséria, desemprego, subemprego, desnivelamento social, inorganização educacional, desajuste familiar e comunitário, menoridade desamparada ou abandonada, transmigração hostil, legislação irrealista, opressão do capital, corrupção política, porte irregular de arma, garantia de trabalho, oportunidade idêntica para todos, clima de liberdade democrática, etc.

Neste contexto, Jason Albergaria refere que “há frequentes pesquisas sobre a influência criminológica da imprensa diária por suas notícias marcadas de sensacionalismo e o escandaloso relevo dado ao crime e ao criminoso”.<sup>452</sup>

Assim, os processos penais impulsionados por formas paralelas tentam substituir a justiça estatal, ou ao menos exercer uma forte pressão sobre ela para lograr condenações ou absolvições que respondam a certos preconceitos ou sirvam a determinados interesses.<sup>453</sup>

Por isso, não há surpresa na afirmação de Sanz Mulas de que “a maior parte das notícias relativas às atuações judiciais procede precisamente dos meios de comunicação, que formam opinião na maioria dos cidadãos.”<sup>454</sup>

<sup>449</sup> GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 287.

<sup>450</sup> TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.481.

<sup>451</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>452</sup> ALBERGARIA, Jason. **Criminologia**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p.213.

<sup>453</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p.206.

<sup>454</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005. p. 09.

#### 4.2.5 A exploração do crime como alternativa para vencer a concorrência no mercado da comunicação

Não restam dúvidas de que os meios de comunicação de massa mantêm uma lógica comercial, na qual a atividade se justifica pela obtenção de lucro, razão pela qual dependem da publicidade em grande medida.<sup>455</sup>

Por isso é que Hugo Aznar afirma que hodiernamente “o mundo da comunicação está organizado empresarialmente” sendo cada vez mais frequente se “falar em empresas de comunicação e não de meios de comunicação”.<sup>456</sup>

Assim, justamente por partirem de uma lógica comercial como empresas de tipo liberal e, por conseguinte, em situação de concorrência com relação a outras empresas com a mesma finalidade, é que empresas de comunicação se utilizam de estratégias de captação de público e recorrem à sedução, já que para vender a manchete elas têm que se diferenciar das empresas concorrentes.<sup>457</sup>

O problema é que esta concorrência entre os meios de comunicação muitas vezes faz com que estes veículos deixem de promover os valores característicos da comunicação e se abstenham de cumprir o seu regramento ético.<sup>458</sup>

Isso acontece, principalmente, porque “as empresas (anunciantes) impõem suas exigências competitivas aos meios de comunicação, condicionando o conteúdo e mensagem que difundem” e como consequência “o lugar que deveria ser ocupado por critérios e valores éticos da comunicação são ocupados por critérios e requisitos do *marketing*”.<sup>459</sup>

Neste sentido Denis McQuail<sup>460</sup> afirma que um importante aspecto da comunicação de massa é o seu modelo publicitário. Segundo ele,

---

<sup>455</sup> MCQUAIL, Denis. **Mass Communication Theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 23.

<sup>456</sup> AZNAR, Hugo. **Comunicación Responsable**. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 74.

<sup>457</sup> CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso da mídias**. Tradução de Angela S.M. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2009. p. 58 e 59.

<sup>458</sup> AZNAR, op.cit., p. 53.

<sup>459</sup> Ibid., p. 53.

<sup>460</sup> MCQUAIL, op.cit., p. 56 e 57.

[...] muitas vezes o objetivo principal dos media de massa não é nem transmitir uma dada informação nem unir o público nalguma expressão de cultura, crença, ou valores, mas, simplesmente captar e manter a atenção visual ou auditiva. Procedendo assim os media atingem um fim diretamente econômico: ganhar receitas de audiência (uma vez que atenção é igual a consumo para muitos fins práticos) e receitas indiretas de vender (a probabilidade de) atenção da audiência aos anunciantes.

Este fato é explicado por Pierre Bourdieu<sup>461</sup> no sentido de que a mídia está sujeita às pressões do índice de audiência, sendo ele o juízo final do jornalismo, haja vista que está atualmente em todas as cabeças da mídia.

Assim, como resultado desta concorrência entre as empresas de comunicação está a busca de formas alternativas para a captação de público.<sup>462</sup> E, entre as alternativas encontradas para desempenhar esta tarefa está a espetacularização do interesse humano pela mídia,<sup>463</sup> motivo pelo qual se dá ênfase à criminalidade.<sup>464</sup>

O objetivo é prender a atenção popular na expectativa de atrair a publicidade, o que justifica o tratamento sensacionalista dado ao crime, à violência e aos escândalos.<sup>465</sup> Tratamento este que dá contornos ao que Sanz Mulas define “circo midiático”.<sup>466</sup> Não é por menos que os altos índices de violência sempre atraem manchetes de jornais (principalmente aquelas notícias em que a crueldade aparece na sua maior sordidez).<sup>467</sup>

Entre os casos mais famosos, que bem ilustra a atenção dada pelos periódicos ao crime, pode-se citar o processo do norte-americano Oriental James Simpson, jogador de futebol e também ator, acusado de ter assassinado a sua esposa e o seu amante. Este caso, mais do que informação, trouxe outro gênero aos periódicos: o espetáculo.<sup>468</sup>

---

<sup>461</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 36 e 37.

<sup>462</sup> CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso da mídias**. Tradução de Angela S.M. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2009. p. 58 e 59.

<sup>463</sup> MCQUAIL, Denis. **Mass Communication Theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.23 e 24.

<sup>464</sup> BAIERL, Luzia Fátima. **Medo social: da violência visível ao invisível da violência**. São Paulo: Cortez, 2004. p. 51.

<sup>465</sup> MCQUAIL, op.cit., p.23 e 24.

<sup>466</sup> SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005 p.11.

<sup>467</sup> BAIERL, op.cit., p. 51.

<sup>468</sup> MULAS, op.cit., p.3.

De acordo com Sanz Mulas<sup>469</sup>

[...] El caso Simpson acaparó 742 crónicas; las televisiones le dedicaron más tiempo (723 minutos) que a la información sobre Bosnia (661), Haití (644) y la reforma sanitaria (193); y a los tres meses de la información ya se habían publicado más de 27.000 artículos sobre el caso.

No Brasil, a realidade não é muito diferente. O caso Isabela Nardoni, como bem referem André Callegari e Maiquel Wermuth, ilustra “a forma como a mídia de massa nacional explora o crime e a criminalidade” uma vez que o caso da menina - que segundo a imprensa foi assassinada violentamente pelo pai e pela madrasta - serviu como “espetáculo midiático” por mais de dois meses consecutivos.<sup>470</sup>

Inclusive, o próprio acórdão da Apelação Criminal, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deixa clara a presença diuturna da mídia durante todo o decurso do processo. Isso porque<sup>471</sup>

Não havia, como não há, um só brasileiro que não soubesse do que se tratava a acusação imputada aos recorrentes. Tamanho o gigantesco e até mesmo desproporcional rumor que o caso atingiu nos lares brasileiros. A imputação era pública, notória e transmitida diuturnamente pela mídia escrita, falada, televisada e virtual (*internet*). Não só os réus, mas todos os cidadãos brasileiros conheciam, e bem, os motivos da increpação inicial acusatória. Não fosse isso, era também objeto de discussões em todos os lugares, lares, esquinas e bares dos costados de nossa terra. Só por aí se vê que *nem mesmo remotamente* um jurado - *ou de resto, reprise-se, qualquer cidadão brasileiro* – pudesse imaginar que a acusação se limitava a um 'homicídio culposo'.

[...]

Daí que se afirma, sem qualquer mínimo medo de errar, que tudo, absolutamente tudo, favorável ou contrário aos interesses dos réus, foi ampla e democraticamente noticiado pela *mídia*.

[...]

O brasileiro conheceu, com o decorrer dos dias e o progresso das investigações, qual era a versão acusatória e qual era aversão defensiva.

Acerca deste caso também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, dando destaque à atenção dispensada pela mídia ao processo. Segundo o STJ:<sup>472</sup>

Queiramos ou não, o crime imputado aos acusados acabou chamando a atenção e prendendo o interesse da opinião pública – em certa medida,

<sup>469</sup> Ibid., p.3.

<sup>470</sup> CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.48.

<sup>471</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n.0251309-33.2010.8.26.0000**. Apelantes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Luís Soares de Mello. 3 de maio de 2011.

<sup>472</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 106.742** - SP (2008/0108867-9). Impetrante: Marco Polo Levorin e outros. Pacientes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 27 de maio de 2008 pelo STJ.

deve-se reconhecer, pela excessiva exposição do caso pela mídia que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população.

Outro caso que merece destaque no cenário nacional é o do ex-goleiro do Flamengo Bruno Fernandes das Dores de Souza. Acusado de ter planejado e executado o assassinato da sua namorada Eliza Samudio, o jogador foi notícia de inúmeras reportagens veiculadas na imprensa nacional. Em quase todas as elas, mesmo sem a prova da materialidade do delito<sup>473</sup>, o atleta foi apontado como culpado pelo homicídio. No período compreendido entre 28/06/2010 e 12/03/2012, apenas na Revista Veja, foram 453 notícias publicadas dando conta do crime e da condução do processo.<sup>474</sup>

Neste contexto, é importante lembrar que o perigo decorrente desta concorrência midiática e exploração do crime como produto, que conforme alertam André Callegari e Maiquel Wermuth, é justamente o fato de que a mídia de massa acaba impondo à sociedade “uma forma bastante peculiar de enxergar os ‘problemas sociais’, fruto de uma lógica mercadológica que busca, a todo custo, pela audiência, ou seja, o sucesso comercial”.<sup>475</sup>

#### 4.2.6 A cultura do medo na sociedade da informação

Na tarefa de explorar a criminalidade para vencer a concorrência imposta pelos anunciantes, a televisão é a que mais se aproxima do drama. Ela combina a música e a arte, a linguagem e o gesto, a retórica e a cor. A sua audiência ouve o acusador e observa ao acusado.<sup>476</sup>

---

<sup>473</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Nº 184.063 - MG (2010/0162931-1). Impetrante: Ércio Quaresma Firpe e outro. Paciente: Bruno Fernandes das Dores de Souza. Relator: Ministro Celso Limongi. 7 de dezembro de 2010.

<sup>474</sup>VEJA. CASO BRUNO. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/tema/caso-bruno>. Acesso em: 21 de março de 2012.

<sup>475</sup>CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.45.

<sup>476</sup>CARPENTER, Edmund. Los nuevos lenguajes. In: CROWLEY, David; HEIER, Paul (Org.). **La comunicación em la história: tecnología, cultura, sociedad**. Barcelona : Bosch casa editorial, S.A, 1997. p. 331.

Desta maneira, conforme define Bourdieu “a televisão que se pretende um instrumento de registro torna-se um instrumento de criação de realidade”, visto que uma das características da imagem é poder produzir o que os críticos definem como *efeito do real*, já que ela pode fazer crer no que se vê.<sup>477</sup>

É assim, que muitos telejornais sobrevivem, criando a realidade através da exploração de manchetes alarmistas e bombardeando a sociedade com histórias sensacionalistas idealizadas para aumentar os índices de audiência.<sup>478</sup>

Logo, como consequência desta constante ênfase da mídia no pânico social para captação do público consumidor, as pessoas acabam sendo influenciadas pela notícia e acabam se sentindo amedrontadas, mesmo quando não há qualquer fundamento para tanto.<sup>479</sup>

Sobre este assunto André Callegari e Maiquel Wermuth<sup>480</sup>, com base nas lições de Barry Glassner, destacam a distância existente entre aquilo que é noticiado e a realidade fática. Os autores, referindo-se ao autor norte-americano, ressaltam que

[...] estatísticas irrisórias são transformadas em cifras atemorizantes, que crescem de acordo com o aumento dos níveis de audiência. Com isso, novos medos e alarmes sociais são criados em torno de problemas que vão desde riscos gerados pelo envenenamento das guloseimas distribuídas às crianças no *Halloween* até a pornografia infantil na internet.

No mesmo sentido, os autores<sup>481</sup> afirmam que

[...] As representações midiáticas dos “problemas sociais”, assim, permitem, de acordo com a análise de Bourdieu (1997), grandes “recortes” na realidade, de forma a apresentar ao público consumidor apenas os fatos que interessem a todos, quais sejam, os fatos *omnibus*, que, por essa característica, não dividem, mas pelo contrário, formam consensos, mas de um modo tal que não tocam – como denunciado por Glassner – na essência do problema. Trata-se, na perspectiva de Garland (2005), de uma fusão imperceptível entre *notícia* e *entretenimento*.

<sup>477</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 28 e 29.

<sup>478</sup> GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p. 30 e 31.

<sup>479</sup> GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.30 e 31.

<sup>480</sup> CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.43 e 44.

<sup>481</sup> *Ibid.*, p.44.

Assim, perpetuando a cultura do medo, controlando as emoções, persuadindo, influenciando, em um determinado sentido, as opiniões, os sentimentos e as atitudes do público, através dos seus veículos de comunicação, a imprensa sensacionalista manipula a sociedade para conquistar anunciantes, divulgando vantagens, qualidades e superioridade de um produto, serviço, marca ou ideia.<sup>482</sup>

Conforme argumento de Zygmunt Bauman<sup>483</sup>

[...] a economia de consumo depende da produção de consumidores, e os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos (com ajuda remunerada, obviamente).

O problema é que esta parcela da mídia esquece que a missão do repórter é captar a realidade objetiva com a maior amplitude e precisão possíveis e narrá-la com fidelidade.<sup>484</sup> Assim, como resultado da exploração do crime pelas empresas de comunicação e com as notícias diárias acerca das novas formas assumidas pela criminalidade, se torna cada vez mais constante a sensação de insegurança na sociedade contemporânea, fazendo com que o medo de tornar-se vítima de um delito clássico aumente de maneira considerável. Por este motivo, André Callegari e Maiquel Wermuth afirmam que “a mídia de massa influencia a proliferação do medo do delito e do risco.”<sup>485</sup>

Agindo de tal maneira, a imprensa transmite mensagens que as pessoas não precisam e não querem, moldando desejos, atitudes e opiniões, além de influenciar decisões que as pessoas pensam estar tomando independentemente. Desta forma a mídia conduz a sociedade à violência, fragilidade ou à adoção de determinados valores.<sup>486</sup>

---

<sup>482</sup> BARRETO, Roberto Mena. **Análise transnacional da propaganda**. São Paulo: Summus, 1981. p. 27.

<sup>483</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

<sup>484</sup> COSTALLES, José Ortega, 1966 apud MEDINA, Cremilda. **Notícia, um produto à venda: jornalismo na sociedade urbana e industrial**. São Paulo: Summus, 1988. p. 20.

<sup>485</sup> CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61 e 71.

<sup>486</sup> BARRETO, Roberto Mena. **Análise transnacional da propaganda**. São Paulo: Summus, 1981. p. 4.

Isso porque o medo, este sentimento natural e intrínseco aos seres vivos, que serve de sinal de alerta de que se está correndo alguns riscos é utilizado como estratégia de manipulação para dominar a sociedade, já que frente às situações de uso do medo as pessoas se sentem aterrorizadas, mesmo que os riscos não sejam reais.<sup>487</sup>

Neste diapasão, conforme afirmam André Callegari e Maiquel Wermuth<sup>488</sup>,

[...] o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica.

Assim, para aumentar os índices de audiência, a mídia bombardeia a sociedade com histórias sensacionalistas, perpetuando a cultura do medo e do espetáculo.<sup>489</sup> O resultado desta exploração sensacionalista é que os crimes ocupam grande espaço nos meios de comunicação e instigam o interesse na opinião da sociedade, gerando uma sensação de impotência.<sup>490</sup>

Neste sentido, Díez Ripollés<sup>491</sup>, faz algumas considerações acerca da exploração do medo pelos meios de comunicação de massa, argumentando que

[...] su avidez lucrativa, en unos casos; su sesgo ideológico, en otros, y la lucha por los lectores o la audiencia, en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen, una y otra vez, en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados; que se incremente, sin fundamento real, la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando.

Com efeito, um dos traços mais relevantes da sociedade atual é a sensação de insegurança. Ou seja, conforme explica Silva Sánchez, “o aparecimento de uma

<sup>487</sup> BAIERL, Luzia Fátima. **Medo social: da violência visível ao invisível da violência**. São Paulo: Cortez, 2004. p. 37.

<sup>488</sup> CALLEGARI e WERMUTH, op.cit., p. 43.

<sup>489</sup> GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p. 30

<sup>490</sup> FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

<sup>491</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007.

forma especialmente aguda de viver os riscos”. Sensação cuja origem se vincula a atuação dos meios de comunicação.<sup>492</sup>

Entretanto, o autor faz uma importante ressalva e esclarece que os meios de comunicação não criam esta insegurança e o medo da criminalidade, arrazoando como hipótese mais plausível que eles simplesmente reforçam ou estabilizam medos já existentes, o que não subtrai a sua parcela de responsabilidade sobre o pânico social acerca da violência.<sup>493</sup>

### 4.3 RISCO, INSEGURANÇA E POLITICA CRIMINAL

#### 4.3.1 A legislação (processual) penal na sociedade do risco

Em recente trabalho versando sobre a atual política criminal espanhola, Díez Ripollés sustentou a tese de que somente se faz possível entendê-la quando se compreende que estamos em uma dinâmica tendente a superar o modelo penal garantista<sup>494</sup> para adotar o denominado “modelo penal da segurança cidadã”.<sup>495</sup>

De acordo com o autor, esta mudança de modelo se alicerça nas profundas transformações *“espontâneas o inducidas de las actitudes sociales hacia la delincuencia, y en su acrítica acogida por relevantes agentes sociales com capacidad para transformar la política criminal”*.<sup>496</sup>

Com base nesta mudança de paradigma, uma série de propostas estratégicas é apresentada, com o objetivo de combater uma tendência político-criminal que,

---

<sup>492</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002. – (série as ciências criminais no século 21; v.11). p. 33 e 37.

<sup>493</sup> Ibid., p. 40.

<sup>494</sup> Para uma análise geral sobre a teoria geral do garantismo, com seus conceitos de validade, vigência e eficácia, antinomias e lacunas, relações com o Estado de Direito e Direitos Fundamentais, ver CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P.72-87.

<sup>495</sup> Modelo este que desconsidera outras alternativas disponíveis, tal como modelo ressocializador e o da justiça reparadora.

<sup>496</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007.p.129.

pretende prever todo tipo de efeito negativo a médio e longo prazo na abordagem da prevenção da delinquência. Neste contexto, o cerne das propostas esboçadas<sup>497</sup>

*Era el desarrollo de un modelo penal alternativo al de la seguridad ciudadana, que fuera capaz de superar holgadamente, en términos pragmáticos y no solo eticopolíticos, el emergente modelo de la seguridad ciudadana. El modelo penal bienestarista apuntado debería estar en condiciones de desmontar la mayor eficacia y efectividad de una aproximación a la delincuencia desde sus causas personales y sociales, y no desde sus síntomas o manifestaciones inmediatas, y de insertar, consecuentemente, los mecanismos sociales de prevención de la criminalidad en el marco de las intervenciones propias del Estado social del bienestar. Sobre esa sólida base no debería haber problemas para defender la persistencia de un conjunto de garantías bien asentadas en las creencias sociales, el cual, con independencia en buena medida del modelo de intervención penal escogido, estaría dirigido a preservar a los ciudadanos de los posibles abusos de los poderes públicos.*

Ocorre que para um avanço nos moldes propostos por Díez Ripollés, é exigível a superação dos discursos que se opõem a estas mudanças, razão pela qual é necessário que se faça uma atenciosa caracterização dos agentes sociais que impulsionam a orientação que se pretende ultrapassar, bem como a compreensão dos seus interesses e motivações determinantes.<sup>498</sup>

*También conviene ser conscientes de las escasas aportaciones que el pensamiento garantista convencional, atrapado en actitudes principialistas, viene realizando en la acomodación de la intervención penal a los nuevos problemas y necesidades sociales. Finalmente, no pueden ignorarse las crecientes corrientes doctrinales que han optado por una contemporización con las nuevas propuestas ligadas al modelo de la seguridad ciudadana, a las que están comenzando a dotar de la cobertura ideológica necesaria para su acreditación científico social.*

É neste sentido que se destaca a especial habilidade do modelo penal da segurança cidadã para integrar a sua análise e as suas propostas de intervenção no debate político-criminal a âmbitos sociais que antes estavam fora de seu raio de ação. Tudo isso, mascarando o fato de que os seus conteúdos acabam incidindo sobre a delinquência clássica de forma a exacerbar medidas penais bastante conhecidas, sob a justificação de adequação ao fenômeno da expansão do direito penal, vinculado à consolidação da sociedade do risco. De fato<sup>499</sup>

*Resulta fácil apreciar la frecuencia con que las posturas doctrinales favorables o contrarias a esa modernización del derecho penal a través de su expansión a fenómenos propios de la llamada "sociedad del riesgo", se reproducen a la hora de afrontar las propuestas securitarias.*

<sup>497</sup>Ibid.p.130..

<sup>498</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez.**La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007.p.130..

<sup>499</sup>Ibid..p.130-132..

A partir destas reflexões é que Díez Ripollés dá início, de fato, para a análise político-criminal, partindo da verificação que o debate original sobre o direito penal na sociedade do risco parte da constatação de um conjunto de realidades sociais por ele sintetizadas em três blocos distintos. O primeiro deles versa sobre a generalização, na sociedade moderna, de novos riscos, que afetam a grandes grupos.<sup>500</sup> A seguir vem a incapacidade de se atribuir responsabilidade por estes riscos à pessoas determinadas e, finalmente, a difusão do sentimento de insegurança, potencializado pela intensa atuação midiática.<sup>501</sup>

Em suma, todo este conjunto de fatores ativa demandas de intervenção social e estatal que permitam controlar tais riscos e aplacar tais temores, através de mecanismos sociais, entre os quais se destaca a **política criminal**, que, por sua vez, pretendendo dar resposta à esta sociedade do risco<sup>502</sup>

*Podría evocarse a partir de cuatro grandes rasgos:*

*a. En primer lugar, una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas, o sobre realidades sociales preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado; entre los sectores de intervención preferente habría que citar la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético..., el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráficos ilícitos de drogas.*

*b. En segundo lugar, una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentraría sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos, únicos sectores sociales capaces de desarrollar tales conductas delictivas y que hasta entonces difícilmente entraban en contacto con la justicia penal; a tales efectos se contaría con el aval derivado de las demandas de intervención penal procedentes de las organizaciones sociales surgidas en los últimos tiempos en defensa de los nuevos intereses sociales – asociaciones de consumidores, ecologistas...-, con la decidida inserción, en los programas de la izquierda política, de propuestas de criminalización de esas actividades lesivas de los poderosos y, sobretudo, con el apoyo de las mayorías sociales que se identificaban con las víctimas de los abusos de los socialmente privilegiados.*

*c. En tercer lugar, la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social: la contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social, o intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores*

<sup>500</sup> Riscos que podem ser definidos como artificiais na medida em que produtos de novas atividades humanas, ou seja, consequências colaterais de novas tecnologias em muitos âmbitos sociais, sendo eles de difícil antecipação.

<sup>501</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007.p.130-134.

<sup>502</sup>Ibid.

*jurídicos como el derecho civil o el derecho administrativo; el principio de subsidiariedad penal queda seriamente cuestionado.*

*d. Por último, la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad: a las nuevas técnicas delictivas, a los obstáculos para determinar los riesgos no permitidos, y a la trabajosa individualización de los instrumentos punitivos; ello implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad políticocriminal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales.* **Grifonosso.**

Por conseguinte, resta inquestionável a relação existente entre os novos anseios resultantes das incertezas oriundas da sociedade do risco e o desenvolvimento de uma política criminal que seja capaz de lhes satisfazer.<sup>503</sup>

#### 4.3.2 da racionalidade da legislação (processual) penal

Na sociedade do risco, ansiosa por prevenir perigos vinculados a atividades sociotecnológicas, se demanda um intervencionismo administrativo superior ao do Estado social, o que parece exigir uma legislação imprecisa que permita a discricionariedade administrativa.<sup>504</sup>

Nesta sociedade o protagonismo judicial é realçado, uma vez que os tribunais, ante a ausência de conhecimentos científicos confiáveis sobre as consequências dessas atividades, têm a última palavra em cada caso, razão pela qual a legislação perde a sua racionalidade, ficando condicionada pelo casuísmo judicial, sendo os processos decididos conforme a consciência de cada julgador.<sup>505</sup>

O problema, é que, a partir do entendimento da viragem ontológico-linguística<sup>506</sup>, o ato de julgar não pode ser jamais reduzido à consciência do

<sup>503</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007. passim.

<sup>504</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.67-69.

<sup>505</sup>Igualmente, cabe referir que a lei perde o seu protagonismo na medida em que o controle de constitucionalidade não mais se limita a colocar a lei sob os designios da norma fundamental, mas sim se transforma em instrumento capaz de suplantar o legislador, na medida em que, com a evolução da teoria da argumentação, o juiz passa a se vincular aos princípios mais do que à lei. Ibid. p.67-69.

<sup>506</sup>No direito, leciona Lenio Streck, a questão da linguagem permanece difusa em um misto de objetivismo e subjetivismo. De acordo com o autor, é possível dizer que para a metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência), entendimento esse superado pelo posicionamento nominalista de que não existem essências, mas sim uma relação entre nomes e objetos, posicionamento também ultrapassado.

intérprete<sup>507</sup>, já que a verdade não pode se ver reduzida à sua representação subjetiva, ou seja, não decorre de um “ato de vontade” do julgador.<sup>508</sup>

No mesmo sentido, vale lembrar que o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja,<sup>509</sup> até porque, como bem destaca o Lenio Streck, “os sentidos não estão à disposição do intérprete”.<sup>510</sup>

---

A partir da ruptura com a filosofia da consciência (giro lingüístico) a filosofia restou liberta do “*fundamentum*” que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Nas palavras de Streck, “o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão lingüísticos, em face da propalada “invasão” da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avança-se em direção a esse novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, (*Investigações Filosóficas*), é uma estrutura social comum – os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. E é por isso que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 13. Por esta razão, é que se pode afirmar que o próprio conhecimento é transferido para o âmbito da linguagem (onde se dá o sentido), não sendo o sujeito fundamento do conhecimento e o compreender um existencial da própria condição humana. Logo, o sentido não está mais na consciência, mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Nesse novo paradigma “a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento”. “[...] o acesso a algo é pela mediação do significado e do sentido. Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado. Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição; e este modo de compreender é exatamente este “como” que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico *algo enquanto algo, algo como algo (etwasalsetwas)*. Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, *a cadeira como cadeira, a árvore enquanto árvore*. Isto é mediação do significado. Corroborando com este entendimento José Filho assevera que esta relação entre linguagem e compreensão remete à conclusão já externada por SCHLEIERMACHER de que “Há uma indissociabilidade entre linguagem e pensamento, o que, na hermenêutica, por sua vez, aparece na unidade entre compreensão e interpretação. Esta conclusão, portanto, revela como é inadequada uma noção instrumental da linguagem, como se ela fosse, nos dizeres de LÊNIO STRECK (sic) uma “terceira coisa” interposta entre o sujeito e o objeto. No plano hermenêutico, pois, a compreensão e, como decorrência, a própria linguagem, não podem ser objetos de estudo em relação ao quais podemos cultivar um total distanciamento, pois elas intermedeiam tudo o que vir a tornar-se objeto. “A linguisticidade da nossa experiência do mundo precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente”. FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa –Fé Objetiva no Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris editora, 2006. p. 68-69.

<sup>507</sup> Ver KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p.387-399.

<sup>508</sup> Parafraseando Gadamer, cumpre destacar que não existe nenhuma compreensão livre de preconceitos, embora, como refere o autor “a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nosso preconceitos. GADAMER, Hans- Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 631.

<sup>509</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.112.

No concernente à questão penal e processual penal, considerando a profunda desconfiança do seu uso pelos poderes públicos, se mantém uma pretensão de identificação e classificação, de maneira racional, dos bens básicos capazes de manter a estabilidade da convivência social. Entretanto, as exigências da sociedade do risco fazem com que esta legislação passe a <sup>511</sup>

prestar atención a nuevos objetos de tutela colectivos, lo que fomenta sin duda una legislación mucho más imprecisa, con abundancia de tipos de peligro y frecuente uso de la técnica de la ley penal en blanco.

Mesmo assim, no que diz respeito às transformações nas fontes de criação do direito<sup>512</sup>, os efeitos sobre a legislação penal são claramente menores do que em, outros setores do ordenamento jurídico. Neste sentido<sup>513</sup>

*resultan decisivos el respecto a las competencias penales nacionales por la legislación comunitaria, la competencia exclusiva del Estado en materia penal en nivel nacional y la indiscutida vigencia del principio de la legalidad penal, reforzado por su apoyo constitucional y por una práctica parlamentarista que decide emplear la ley orgánica para legislar penalmente. No se puede olvidar, sin embargo, que no cesan de llegar instrumentos comunitarios de rango medio que obligan al legislador a acomodar el código penal a ciertas decisiones de órganos no legislativos de la Unión y que la legislación autonómica repercute indirectamente en los contenidos penales dada la frecuencia con que la técnica de la ley penal en blanco termina remitiendo a normas autonómicas.*

Por esta razão é que se pode afirmar que a lei mantém significativa importância em matéria de direito penal, sendo que uma das provas mais visíveis desta assertiva é o progressivo uso de uma legislação penal simbólica, que serve para, nas palavras de Díez Ripollés, transformação ou manipulação social.

Neste contexto, outro ponto destacado pelo autor é a racionalidade na legislação e na jurisdição, uma vez que tanto no campo sociológico-jurídico, quanto no campo filosófico do direito existem manifestações que entendem pela impossibilidade de a legislação alcançar cotas de racionalidade em alguma medida equiparáveis à da racionalidade jurisdicional. Segundo leciona<sup>514</sup>

*para la teoría sistémica autopoietica de Luhmann legislación y jurisdicción se encuentran insertas en una relación simétrica, sin rangos, en la que la jurisdicción ocupa el centro del sistema jurídico y la legislación la periferia. La jurisdicción adquiere ese lugar central porque se le asigna la tarea de lograr en todo momento, la consistencia, la coherencia, del sistema jurídico.*

---

<sup>510</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris editora, 2006. p. 62.

<sup>511</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.72.

<sup>512</sup>Sobre as fontes do Direito ver: REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 139-179.

<sup>513</sup>Ibid.

<sup>514</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.75-76.

*Esa tarea encuentra su explícita expresión en lo principio de prohibición de denegación de justicia, que obliga a los tribunales a decidir todo caso que se les plantee jurídicamente, con independencia de que exista una legislación aplicable. Esta ineludible obligación de decidir, aunque sea a costa de proceder a simplificaciones, es la que permite a la jurisdicción alcanzar su independencia política en el marco de la división de poderes, dota de contenido a la argumentación jurídica y es su aportación al cierre operativo del sistema jurídico sobre sí mismo. Por su parte, la legislación se mueve en la periferia del sistema jurídico, en contacto con otros sistemas, singularmente el político, cuyas irritaciones recibe pero a las que no está obligada a responder, de modo que unas veces las atiende, procediendo a modificaciones jurídicas, y otras no. Es justamente esta ausencia de la obligación de decidir lo que le permite realizar su aportación al cierre operativo del sistema jurídico, en cuanto que lo hace autónomo frente a los otros sistemas de la sociedad. Por otro lado, la legislación es el lugar donde se transforma la política en derecho, satisfaciendo así otra importante misión, la de lograr el equilibrio temporal en el sistema social, un equilibrio que está ligado a la posibilidad del sistema político de activar la legislación cuando se ve irritado por otros sistemas. Ni una ni otra tarea legislativa pasan por el aseguramiento de la consistencia del sistema jurídico, muy al contrario, en ellas prima la variedad, la contingencia: por una parte, las leyes pretenden ser ambiguas, con cláusulas indeterminadas o de ponderación, para permitir a los tribunales llegar a soluciones casuistas adecuadas, por otra, la legislación está especialmente dispuesta a atender las irritaciones del sistema político, pues corre pocos riesgos, ya que las leyes se orientan siempre sobre consecuencias presumidas, en buena medida desconocidas, sin olvidar que la mera aprobación de la ley ya tiene en sí efectos políticos. En consecuencia, señala Luhmann, en la medida en que el mantenimiento de la consistencia es una tarea de la jurisdicción sólo en ella puede buscarse la racionalidad jurídica; así se explica por qué los repetidos intentos de los juristas por alojar la racionalidad del derecho en la actividad legislativa, construyendo una ciencia de la legislación, siempre han fracasado.*

Ferrajoli argumenta que enquanto a legislação está submetida a todo tipo de interesses, bem como a critérios representativos, a jurisdição se configura como uma atividade cognoscitiva, que pretende a busca da verdade processual, o que lhe assegura legitimação dentro do sistema de divisão de poderes, assegurando a liberdade dos cidadãos no caso concreto. Assim, esta primazia da racionalidade jurisdicional frente a legislativa se vê configurada de duas maneiras: a primeira, partindo do pressuposto de que a busca pela verdade encontra limites na prática judicial, se expressa no uso da discricionariedade. Por outro lado, porque a jurisdição não pode prescindir da legitimidade formal derivada, se tem a vinculação do juiz à lei. Habermas, por sua vez, fundamenta a legitimidade das normas jurídicas na racionalidade do processo legislativo que levou à sua criação,<sup>515</sup>

*Proceso que configura un discurso políticojurídico en el que están presentes contenidos muy diversos: morales, ético-sociales, compromisos entre intereses y aspectos pragmáticos. En todo caso cualquier discurso jurídico, de creación o de aplicación del derecho, está condicionado por las exigencias comunicacionales del sistema jurídico, que pretenden compensar el hecho de la imposibilidad de acceder a un discurso racional*

<sup>515</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. p.77.

*pleno. En este contexto, hay que reconocer que los discursos aplicadores del derecho, al ocuparse de casos concretos, pueden presumir de una mayor racionalidad que los discursos creadores del derecho. Sin embargo, los discursos aplicadores no pueden sustituir a los creadores del derecho, que son los encargados de fundamentar las normas, hasta el punto de que los tribunales se han de limitar a redescubrir las razones con las que el legislador ha legitimado sus decisiones – sin duda con la pretensión de lograr una decisión coherente con todo el ordenamiento en el caso aislado – , pero sin que puedan disponer de aquéllas. Cuando no se pueda evitar que la jurisdicción decida en las zonas grises entre la aplicación deberán completarse con las inherentes a la creación u, e de todos modos, se precisará de una legitimidad adicional vinculada a la concordancia de la decisión con la opinión pública jurídica.*

Já Atienza, entende que a racionalidade judicial é alcançável independentemente de uma racionalidade legislativa, não havendo motivos para se falar de argumentação jurídica, na medida em que ela não contém em si a argumentação que se desenvolve na elaboração do direito. Díez Ripollés, por outro lado, considera que a preferência outorgada à racionalidade jurisdicional frente à legislativa não se justifica. Isso porque<sup>516</sup>

*En primer lugar (...) se basa en a caracterización inexacta de la actividad legislativa: la crítica funcionalista autopoietica de que carece de consistencia, así como de que no es más que una actividad simbólica al servicio del sistema político, ignora (...) sus propios presupuestos metodológicos, ya que el mismo cierre autopoietico del sistema jurídico obliga a éste a asegurar que la legislación, por mucho que se encuentre en la periferia del sistema jurídico, se limite a reflejar las irritaciones del sistema político localizado en su ambiente. Las afirmaciones que estacan las dificultades de la legislación para acceder a una racionalidad sistemática pasan por alto que la obtención de un ordenamiento jurídico libre de contradicciones es siempre una meta de todo proceder legislativo, que se sustancia a través de técnicas tan acreditadas como la jerarquía de las fuentes legales, las remisiones o las cláusulas derogatorias y supletorias. En cuanto a sus problemas para realizar ponderaciones entre principios, no se alcanza a ver por qué la legislación no puede proceder a tales ponderaciones en el plano general que le es propio, con soluciones que pondrán ser aplicadas sin problemas por la jurisdicción en la mayor parte de los casos. Por lo demás, sólo se puede hacer a la legislación el reproche de que su orientación a fines y las consecuencias dada la imprevisibilidad de su producción, le imposibilita un tratamiento racional de la realidad; la consideración de las consecuencias de su decisión es justamente una de las características fundamentales de una jurisdicción que busca su racionalidad con despego de la ley.*

Em segundo lugar, discorda o autor com a preferência outorgada a racionalidade jurisdicional frente a legislativa, porque uma racionalidade jurídica, explica, centrada em uma jurisdição intérprete da Constituição cede espaço a um modelo indevidamente estático de Estado de direito<sup>517</sup>

<sup>516</sup> Ibid. p.78-79.

<sup>517</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. P.79.

*ante todo, porque origina una continua presión para incrementar la atribución de contenidos normativos a una decisión general constituyente localizada en el pasado, con la consecuente relativización de decisiones generales contemporáneas, en mejores condiciones para acomodarse a las actuales necesidades sociales. Por lo demás, la capacidad de adaptación de una jurisdicción con un ámbito interpretativo constitucionalmente expandido no puede contrarrestar la evidencia de la mayor fuerza socialmente transformadora de la legislación, aun sometida a una constitución materialmente enriquecida. En realidad, detrás de esa proyección a primer plano de la jurisdicción late una idea equivocada, la de que la relación entre jurisdicción y legislación es una de suma cero, de modo que todo lo que se otorgue a la jurisdicción va en detrimento de la legislación y viceversa; una constitución normativa, sin embargo, lo que plantea es una elevación del nivel de racionalidad tanto legislativa como jurisdiccional, para satisfacer así las pretensiones teleológicas, éticas y morales de la norma fundamental. Tampoco puede dejarse de mencionar que tal dinámica minusvalora uno de los fundamentos de todo Estado de derecho, su estructuración en torno de la ley como expresión de la voluntad general democráticamente expresada, imperio de la ley que se ve socavado por la aparentemente mayor trascendencia de decisiones particulares. Que eso es algo contraintuitivo se percibe fácilmente si apreciamos el reiterado uso de la técnica legislativa en nuestra sociedad, que sería superficialmente desacreditada si dijéramos que es mayoritariamente inconsistente y simbólica.*

Por fim, dando maiores fundamentos à sua contrariedade, Díez Ripollés entende que a manutenção do princípio da vinculação do juiz à lei, faz com que a racionalidade jurisdiccional tenha como pressuposto um nível apreciável de racionalidade legislativa. De acordo com o seu entendimento<sup>518</sup>

*De hecho, en el improbable caso de que los tribunales prescindieran de la legislación ordinaria y operaran sólo a tenor de la Constitución, ellos precisarían que ésta fuera una norma con un significativo nivel de racionalidad...legislativa. En efecto, hay un importante sustrato de racionalidad común a legislación y jurisdicción, que es el que permite su interrelación, por más que el énfasis en unos contenidos u otros pueda ser bastante diferente.*

Igualmente, as particularidades do ordenamento penal advogam pelo devido apreço da racionalidade legislativa, uma vez que persiste uma aspiração de racionalidade global dos conteúdos legislativos penais, que se refletem formalmente na manutenção de um corpo legal uno (o código), capaz de incorporar o catálogo de bens jurídicos protegidos coerentemente e manter um único sistema de responsabilidade penal. Razão pela qual há quem defenda que somente um adequado controle de racionalidade legislativa (pelo controle de constitucionalidade) assegurará a tendência de irracionalismo voluntarista.<sup>519</sup>

<sup>518</sup>Ibid. P.80.

<sup>519</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003. P.80.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas breves linhas deste trabalho, se verificou que, há tempos o processo penal desperta o interesse popular. O suplício, a pena corporal atroz, dolorosa e cruel, sempre fora precedido de um ritual, um cerimonial do castigo público, manifestação da justiça do soberano. Neste contexto, o sofrimento do condenado, “seus gritos pela tortura a si infligida lentamente era cena teatral, representação do castigo que levava o público, movido por extraordinária curiosidade, a se comprimir em torno do cadafalso para assistir ao espetáculo do horror que era a punição do súdito criminoso”. No rito da execução <sup>520</sup>

o condenado reconhecia publicamente seu delito, declarando em viva voz sua culpa, para atestar a justiça da pena. Essas manifestações dos executados, denominados “discursos de cadafalso” passaram a fazer parte da literatura popular, dos folhetins. Os relatos dos crimes, das execuções das penas, dos suplícios, dos “discursos” foram publicados e eram lidos pelo povo.

Alguns condenados por bárbaros crimes que resistiam aos suplícios, mostrando força e desafiando os poderosos, tornaram-se heróis populares. As publicações que relatavam as más ações dos criminosos, suas confissões de culpa e seus suplícios desapareceram com o nascer da literatura policial. Nesta o criminoso “ilustre”, não obstante sua maldade era inteligente, vivaz e, em razão disso, a descoberta do delito vinha revestida de suspense, havia punição, mas sem sofrimento.

Justamente por este interesse popular na execução penal é que se desenvolveu uma literatura criminal, passando o crime a ser glorificado, razão pela qual passou a fazer parte das colunas dos jornais, especialmente pelo caminho percorrido pelos criminosos condenados à privação da liberdade até a detenção, um cerimonial de suplício transformado em espetáculo público. Espetáculo no qual <sup>521</sup>

peças se reuniam para verem passar os condenados acorrentados uns aos outros. Os espectadores procuravam reconhecer os criminosos, pois os jornais, com antecedência, já haviam dado seus nomes e identidades.

Posteriormente, para evitar a exposição dos condenados, a transferência para as prisões passou a ser feita por meio de uma “carruagem concebida como prisão ambulante”, para diminuir a duração do percurso.

O noticiário policial relatava não apenas história de crimes, mas descrevia o criminoso como mau, aético, amoral, características da personalidade que

<sup>520</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 17

<sup>521</sup> Na França, entre 1560 e 1631, aparecera os primeiros jornais – *Nouvelles Ordinaries* e *Gazette de France*, jornal que trazia notícias sensacionais que agradavam a todos.VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 17-18.

também exerciam no povo um enorme poder de fascínio. Assim os jornais, desde essa época, já transmitiam uma visão estereotipada do condenado.

Ainda hoje o crime e o criminoso fascinam, na medida em que “o noticiário delitivo, das ‘páginas vermelhas’ de sangue, possui uma substância dramática e cria estereótipos que diferenciam o homem bom do homem mau”.<sup>522</sup> Isso porque a violência e a sua dramatização, como bem aduz Luís Filho, são componentes históricos da nossa civilização.<sup>523</sup>

Nos casos de maior destaque midiático, o possível autor de um crime, (mesmo que seja tão somente *suspeito* de tê-lo praticado) muitas vezes é julgado pela opinião contra ele publicada pela imprensa. Embora haja, ainda dúvidas sobre o delito, suas circunstâncias e a autoria, mesmo que fundadas em elementos de prova, na mídia tornam-se certezas. Isso porque<sup>524</sup>

Nos meios e comunicação, não se distingue entre suspeito e condenado. Ainda que a imprensa pretenda diferenciá-los, a maneira como divulga os fatos criminosos e expõe os seus possíveis autores leva à abolição de um princípio lógico, do qual se originou o princípio jurídico da presunção de inocência. Segundo Carnelutti, se de um princípio lógico se fez uma norma jurídica, é para determinar que as pessoas se contenham em relação ao investigado ou acusado para não ocasionar-lhes humilhações, sentimentos de vergonha que virão da certeza do crime, isto é, da condenação.

E esta não é uma prática recente.<sup>525</sup> Harold Sullivan, versando sobre a interferência da mídia no processo penal e administração da justiça, faz referência à

<sup>522</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 17-18. Tal fenômeno se justifica porque o mundo das comunicações atual, conforme leciona Fabrício Pozzebon, vive da ficção, da fantasia em que a definição da realidade assume um papel maior do que a própria realidade. De acordo com o autor, “as notícias propagam-se com rapidez incontrolável e cores fortes: textos e imagens, fotos e vídeos, depoimentos e closes revelam a crueza dos acontecimentos – corpos mutilados, nus, desfigurados”POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Mídia, Direito Penal e Garantias**. In: Gauer. Ruth Maria Chittó (Org.).**Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.pg. 365.

<sup>523</sup>FILHO, Luís Francisco Carvalho. Mídia, violência e sistema penal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: **8º Seminário Internacional/1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal**. São Paulo: 2003, p.225-235.

<sup>524</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 231.

<sup>525</sup> “A polêmica é antiga e parece insuperável. Como informa Francesc Barata, Lombroso e seus discípulos já apontavam os periódicos populares como fatores criminógenos. Em 1913 já se estudava uma suposta relação entre cinema e delinquência. O rádio foi acusado de influenciar o pensamento. Histórias em quadrinhos foram acusadas de deformar a juventude. A TV foi satanizada a partir dos anos 60. Depois, o *videogame* e a internet. Alguém de formação mais conservadora pode considerar o *rap* dos Racionais ou de outros grupos mais radicais um estímulo ao crime; alguém, com outro tipo de sensibilidade, pode considerar estas canções essenciais para a compreensão do que se passa nos guetos e nas periferias das grandes cidades”. FILHO, Luís Francisco Carvalho. Mídia, violência e sistema penal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: **8º Seminário Internacional/1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal**. São Paulo: 2003, p.226.

condenações do início do século passado, resultantes de juízos preliminares sobre o envolvimento de suspeitos no cometimento de práticas delitivas.<sup>526</sup>

De acordo com o autor, frequentemente homens e mulheres, especialmente advogados, tem sentido e sabido muito bem a influência (para o bem ou para o mal) dos julgamentos perpetrados pela mídia. Segundo leciona, os editores<sup>527</sup> são movidos pela ganância e persuadidos por aquilo que faz os seus jornais venderem. Por esta razão a apelação para o sensacionalismo passa a ser a roda que movimenta os negócios.<sup>528</sup>

Neste sentido, a fim de comprovar sua teoria, o autor apresenta casos paradigmáticos que ilustram bem a crítica por ele formulada. Entre os fatos citados está o Caso Becker, que trata da morte do policial nova-iorquino acusado de homicídio que acabou – mesmo sem a prova de sua culpa – condenado à cadeira elétrica e morto no dia 30 de julho de 1915, graças ao minucioso trabalho da mídia sensacionalista em suas publicações diárias.<sup>529</sup>

---

<sup>526</sup>SULLIVAN, Harold W. **Trial by newspaper**. Hyannis: The Patriot Press, 1961.

<sup>527</sup>Harold Sullivan publicou a sua obra no ano de 1961, analisando casos ocorridos a partir da década de 1910 do século passado, nos Estados Unidos da América. Por esta razão, o destaque ao papel desempenhado pelos jornais e seus editores.

<sup>528</sup>SULLIVAN, Harold W. **Trial by newspaper**. Hyannis: The Patriot Press, 1961.p.1.Em razão da perseguição de bons índices de audiência, a atividade jornalística é em grande parte impulsionada por uma “pressão” criada e mantida pelos próprios jornalistas, que se traduz na busca da prioridade da notícia, que será divulgada em primeira mão por este ou por aquele órgão específico. ROCHA, Álvaro Filipe Oxleyda.**Direito e jornalismo: uma convivência difícil**. Disponível em: [www.mundojurídico.adv.br](http://www.mundojurídico.adv.br). Acesso em: 20/12/2010. Artigo extraído da dissertação de mestrado do autor, intitulada “A autopercepção dos Magistrados: os problemas do Judiciário na ótica da magistratura gaúcha.” UFRGS, 1999, publicada pela Editora Unisinos sob o título “Sociologia do Direito: a magistratura no espelho, 2002.

<sup>529</sup>O caso Becker, ocorrido no início do século passado, deu ensejo a um sensacionalismo jamais visto até então. Com fotos de policiais, gangsteres, jogadores, políticos, cenas de crime, etc., este caso versa sobre a morte de Charles Becker na cadeira elétrica, como consequência da acusação de estar ele envolvido no assassinato de Herman Rosenthal, criminoso ligado à exploração de jogos de azar na cidade de Nova Iorque. Fato este nem de longe comprovado (e posteriormente desmentido), mas muito bem articulado nas palavras dos veículos de comunicação da época, como a seguir se verifica:

**“April 1, 1914, *New York Tribune* headline: SAY BRIBES GIVEN TO HELP BECKER. Subline: NEW WITNESS IN BECKER CASE WILL SUPPLANT MAN DENOUNCED BY COURT OF APPEALS.**

**April 2, 1914, *New York Times* headline: GOLDMAN TO TAKE PLACE OF LUBAN. Subline: NEW WITNESS IN BECKER CASE WILL SUPPLANT MAN DENOUNCED BY COURT OF APPEALS.**

**April 2, 1914, *New York Morning Telegraph* headline: IMPOVERISHED PERSONS PREY ON BECKER CASE. Subline: DOLINKO, AN EAST SIDE CAP MAKER OUT OF WORK HAS INFORMATION TO SELL THE DISTRICT ATTORNEY AND NEWSPAPER – KRAUSE, WILLING IDENTIFIER.**

**April, 3, 1914, *New York American* headline: WHITMAN BARES A PLOT TO SHOW BECKER “FRAME”. Subline: TWO WITNESSES EXPOSE ATTEMPT TO BRIBE THEM TO RETRACT TESTIMONY AT TRIAL.**

Ante o exposto, é inegável a importância da mídia na sociedade da informação. Contudo, cumpre lembrar que os meios de comunicação não são neutros e para a quase totalidade da “massa”, a realidade é o que a mídia diz que ela é. Isso porque há um distanciamento entre aquilo que é real e aquilo que é virtual, o que resulta em uma alienação social que propicia a manipulação. Isso, na medida em que<sup>530</sup>

A mídia não se limita a retratar a realidade, mas intervém sobre ela. A interação entre o real e o imaginário produz um processo de intervenção que transmite à realidade cenas do próprio imaginário, além de fazer com que o imaginário se influencie pelo real. O homem acostumado com a violência ignora a violência da realidade: o imaginário se sobrepõe ao real, o real se alça à condição de imaginário. Assim, não mais se vê o real e sim o real midiaticizado. A violência nos meios de comunicação de massa transformou-a num objeto universal de fascinação, num espetáculo plenário. E isso se dá através de uma verdadeira “confiança socialmente negociada” entre o jornalista e a audiência .

---

**April, 5, 1914**, *New York Times* headline: BECKER WITNESS BRIBES. Subline: VALLON SAYS he refused \$5,000- SCHEPP HAD OFFER OF \$10,000.

**April, 5, 1914**, *New York American* headline: WHITMAN HAS THREE NEW WITNESSES AGAINST BECKER. Subline: THEY WILL SUPPLANT LUBAN AND SCHEPPS, CRITICIZED BY APPEALS COURT – ONE IS A WOMAN.

**April, 15, 1914**, *New York American* headline: QUILTS AS BECKER'S COUNSEL BECAUSE OF BROTHER'S ACTS. Subline: POLICE LIEUTENANT INTERFERRED WITH CONDUCT OF CASE AND SAW WITNESSES FOR THE PROSECUTION. FEARES HIS OWN STANDING AT BAR MIGHT BE AFFECTED. Second subline: ASSERTS HE TOLD WHITMAN OF JOHN BECKER'S DOINGS.

**April, 26, 1914**, *New York American* headline: BECKER JURORS WILL RUSH TRIAL. Subline: WHITMAN EXPECTS TO PROVE ROSENTHAL WAS ONLY ONE OF SEVERAL MARKED FOR DEATH.

**April, 27, 1914**, *New York Word* headline: WHITMAN RELIES ON NEW EVIDENCE AGAINST BECKER. Subline: CONVICTION FOR MURDER AFTER REVERSAL BY COURT OF APPEALS WILL BE FIRST IN COUNTY.

**April, 29, 1914**, *New York Word* headline: LIFE OF BECKER HANGS ON TRIAL THREE DAYS OFF. COURT OF APPEALS DECISION DISCREDITING SOME OF PROSECUTIONS'S WITNESSES GIVES POLICE LIEUTENANT, CONVICTED OF ROSENTHAL'S MURDER, NEW HOPE – WHITMAN SAYS HE HAS STRONG NEW EVIDENCE TO BACK UP THAT OF THE THREE INFORMERS – MUCH DEPENDS ON RULING AS TO GRAFT TESTIMONY – JUSTICE GOFF THREW IT OUT BUT SEABURY WILL ADMIT PROOF OF BECKER'S BIG BANK ACCOUNTS. HIS FRIENDS POINT OUT THAT MEN TRIED ANEW FOR MURDER USUALLY GO FREE – SEABURY NOT LIKELY TO ERR BY RUSHING CASE AS OTHER JUDGE DID.

**May, 9, 1914**, *New York American* headline: BECKER HIT BY EGG, FEARS FOR HIS LIFE.

**May, 9, 1914**, *New York World* headline: BECKER A PLOTTER IN TOMBS REVOLT, CONVICT DECLARES. Subline: COMMISSIONER DAVIS SAYS GOT FULL CORROBORATION OF HER CHARGE IN INTERVIEW AT SING SING.

**May, 18, 1914**, *New York American* headline: TOMBS GRAFT CHARGE PLOT LAID TO BECKER BY MISS DAVIS Subline: COMMISSIONER PUNISHES MURDER DEFENDANT FOR PROMOTING CONSPIRACY AMONG PRISONERS TO DISCREDIT ADMINISTRATION OF PRISON.” SULLIVAN, Harold W. **Trial by newspaper**. Hyannis: The Patriot Press, 1961.P.29-31.

<sup>530</sup>POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, Direito Penal e Garantias. In: Gauer. Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.pg. 362.

Por conta da situação supra retratada muitas injustiças podem ser perpetradas, na medida em que se opera uma seleção no sistema penal, que resulta na estigmatização do investigado. Tal seleção permite que determinados cidadãos tenham supridos direitos fundamentais inderrogáveis, durante a persecução criminal e mesmo antes dela. Isso tudo sob os olhos do Estado, que legisla de forma simbólica, pressionado por certos grupos sociais e atendendo a outros interesses.

Neste diapasão, é inegável que, quando se trata de mídia e processo penal, especialmente pela manipulação do medo na sociedade do risco, deve-se ponderar a existência de um aparente conflito entre direitos fundamentais, na medida em que de um lado se colocam os direitos: à privacidade, à imagem, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal - antes da divulgação dos dados de quem é presumido inocente pela Constituição (art. 5º, LVII); e de outro: o direito à manifestação do pensamento (art. 5º, IV), à liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX), bem como garantias fundamentais.<sup>531</sup>

Por esta razão, justamente para a preservação de todos estes valores, conforme já explicitado nas breves linhas deste trabalho, toda notícia sobre o cometimento de uma conduta delitiva deve ser, sempre, dada em observância ao princípio da presunção de inocência. E esta tarefa deve ser controlada pelos próprios agentes da mídia, como os editores, revisores, repórteres, em respeito à sua autonomia e liberdade de expressão e de pensamento, mas submetidos sempre à responsabilização estatal na medida em que o abuso no exercício do direito resultar em ato ilícito, acarretando a violação do direito de outras pessoas.

Ademais, quando do arquivamento das investigações ou absolvição dos acusados, também incumbe à imprensa (visto que participou ativamente da exploração o processo criminal enquanto em andamento) dar destaque à sentença, para fins de garantir a certeza da inocência do indivíduo julgado. Somente assim se pode evitar danos à imagem do investigado/acusado, sem, contudo cercear o direito à manifestação do pensamento ou à liberdade de expressão. Outrossim, tal proceder é capaz de assegurar maior tecnicidade e eficiência à política criminal, na

---

<sup>531</sup>Ibid. 366.

medida em que os legisladores passam a ter possibilidade de desenvolver suas atividades sem a necessidade de se vincular às pressões por medidas simbólicas.

## REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e estado contemporâneo**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.
- ALBERGARIA, Jason. **Criminologia**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2008.
- AZNAR, Hugo. **Comunicación Responsable**. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.
- BAHIA, Luiz Henrique. Entre o legal e o real: dilemas dos direitos humanos no Brasil. In: STRECK, Lenio; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009.
- BAIERL, Luzia Fátima. **Medo social: da violência visível ao invisível da violência**. São Paulo: Cortez, 2004.
- BARRETO, Roberto Mena. **Análise transnacional da propaganda**. São Paulo: Summus, 1981.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Traduzido para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e Mª Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BEDIN, G. A. Estado, Cidadania e Globalização do Mundo: Algumas Reflexões e Possíveis Desdobramentos. In: Odete Maria de Oliveira. (Org.). **Relações Internacionais e Globalização: Grandes Desafios**. 2ª ed. Ijuí - RS: Editora UNIJUÍ, 1999.
- BENFICA, Francisco Silveira. VAZ, Márcia. **Medicina Legal Aplicada ao Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2008.
- BLACK, Jan Knippers. **Development in Theory and Practice: paradigms and paradoxes**. Second edition. Boulder: Westview Press, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. In: Vademecum Saraiva. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. In: Vademecum Saraiva. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.249** de 26 de dezembro de 1995.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.792**, de 1º de dezembro de 2003.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.729**, de 14 de julho de 1965.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.034**, de 3 de maio de 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 106.742** - SP (2008/0108867-9). Impetrante: Marco Polo Levorin e outros. Pacientes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 27 de maio de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 110.175** - SP (2008/0145884-9) Impetrante: Marco Polo Levorin e outros. Pacientes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 9 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 184.063** - MG (2010/0162931-1). Impetrante: Ércio Quaresma Firpe e outro. Paciente: Bruno Fernandes das Dores de Souza. Relator: Ministro Celso Limongi. 7 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107.213** - RS. Recorrente: Defensoria Pública da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 7 de junho de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso Criminal n. 1998.04.01.028177-3** -RS (ação penal nº 96.1002072-0). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: Marilda Rodrigues de Oliveira. Relator: Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas. 2 de dezembro de 1998.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARPENTER, Edmund. Los nuevos lenguajes. In: CROWLEY, David; HEIER, Paul (Org.). **La comunicación en la historia: tecnología, cultura, sociedad**. Barcelona: Bosch casa editorial, S.A, 1997.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso da mídias**. Tradução de Angela S.M. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CHRISTIANS, Clifford G. **Media Ethics**. New York: Longman, 1983.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DEFLEUR, Melvin L.; DENNIS, Everette E. **Understanding Mass Communication**. 2. ed. Boston, 1983.

DIZARD, Wilson P. **A nova mídia: a comunicação de massa na era da informação**. 2ª ed. Tradução Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

ESTADÃO. POPULAÇÃO reclama que casas foram arrombadas. **Estadão**, São Paulo, 30 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br>> Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma legitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa –Fé Objetiva no Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris editora, 2006

FILHO, Luís Francisco Carvalho. **Mídia, violência e sistema penal**. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais: 8º Seminário Internacional/1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal**. São Paulo: 2003.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

FRASCAROLI, Maria Susana. **Justicia penal y medios de comunicación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

FURTADO, Ismael. Comunicação e novas tecnologias. **Heterotopias**, Fortaleza: Book editora, 2005.

GADAMER, Hans- Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARLAND, David. **A cultura do controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GLASSNER, Barry. **A cultura do medo**. Traduzido por Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.

GOODWIN, Eugene H. **Procura-se ética no jornalismo**. Tradução de Álvaro Sá. Rio de Janeiro: Editora Nórdica, 1993.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GREIG, Alastair. **Challenging global inequality: development theory and practice in the 21st century**. New York: PalgraveMacmillan, 2007.

GUARESCHI, Pedrinho. **Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 1991.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JESSUA, Claude. **Capitalismo**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

JESUS, Damásio de. Arma de Fogo Desmuniada: Crimes de Perigo Abstrato e o STF. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

MAIER, Julio B.J. **Derechoprocesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004.

MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In: CALLEGARI, André Luís. WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

MCLUHAN, Marshall. **Understanding Media: the extensions of man**. Tradução de Décio Pignarati. São Paulo: Editora Cultrix, 1971.

MCQUAIL, Denis. **Mass communication theory**. Tradução de Carlos de Jesus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

MEDINA, Cremilda. **Notícia, um produto à venda: jornalismo na sociedade urbana e industrial**. São Paulo: Summus, 1988.

MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCRIM, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Denis de. **O planeta mídia: tendências da comunicação na era global**. Campo Grande: Letra Livre, 1998.

OLIVEIRA JUNIOR, Paulo Eduardo Duarte de. **A imparcialidade do julgador na era da informação massificada**. 2009. 52f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Curso de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2009.

OLIVEIRA JUNIOR, Paulo Eduardo Duarte de. **The relation between an efficient legal system and economic development**. In: Revista Iuris Tantum. Ano XXV. n.21. Huixquilucan: 2010.

ORWELL, George. **1984**. 10. ed. São Paulo: Nacional, 1977.

PHILIPS, E. Barbara. **City Lights: urban-suburban life in the global society**. 2ª ed. New York: Oxford University Press. 1996.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, Direito Penal e Garantias. In: Gauer. Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Sociedade da informação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trutta, 2003.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxleyda. **Direito e jornalismo: uma convivência difícil**. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em: 20/12/2010.

ROCHA, Leonel Severo et al. **Introdução à Teoria do Sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre :Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUEZ, Dario. Invitación a la Sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002. (Colección Teoria Social). p. 53.

ROSENAU, James. **The study of global interdependence**. New York: Nichols, 1980.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002. – (Série As Ciências Criminais no Século 21; v.11).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Ciência e o Risco Social**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao>. Acesso em: 12/01/2012.

SANZ MULAS, Nieves. **Justicia y Médios de Comunicación: Un Conflicto Permanente. Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Comares, Granada, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0251309-33.2010.8.26.0000**. Apelantes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Luís Soares de Mello. 3 de maio de 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Desaforamento n.º 359.406.3/8**. Relator: Walter de Almeida Guilherme. 04 de dezembro de 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito nº 990.08.196361-2**. Recorrentes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Recorrido: Ministério Público. Relator: Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO. 24 de março de 2009.

SINGLE Convention on Narcotic Drugs (1961), Convention on Psychotropic Substances (1971) e United Nation Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988).

SOUZA, Maique Barbosa de. **O critério da magnitude do dano para a decretação da prisão preventiva nos crimes contra o sistema financeiro**

**nacional**. 2009. 1 CD-ROM ; Trabalho de Conclusão (graduação em Direito) - Centro Universitário La Salle, Canoas, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em terras brasileiras. In: STRECK, Lenio; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2010

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júri editora, 2006.

SULLIVAN, Harold W. **Trial by newspaper**. Hyannis: The Patriot Press, 1961.

TAVARES, Newton Fernandes e TAVARES, Walter Fernandes. **Criminologia Integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THE ECONOMIST. ORGANISED crime in Brazil: Conquering Complexo do Alemão. **The Economist**, Londres, 2 de Dezembro. 2010. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/17627963>> Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

THE NEW YORK TIMES. AFTER Operation, Rio's Forces Greeted by Wariness, **The New York Times**, New York, 10 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com>> Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

THE NEW YORK TIMES. BRAZILIAN Forces Claim Victory in Gang Haven. **The New York Times**, New York, 28 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com>> Acesso em: 28 de novembro de 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

UNODOC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About\\_UNODC\\_.pdf](http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About_UNODC_.pdf)>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

UNODOC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About\\_UNODC\\_.pdf](http://www.unodc.org/documents/about-unodc/About_UNODC_.pdf)> Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

VALOR ECONÔMICO. UPPs devem permanecer em comunidades do Rio por 25 anos. **Valor Econômico**, São Paulo, 22 de Dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.valoreconomico.com.br/online>> Acesso em: 20/12/2010.

VEJA. CASO BRUNO. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/tema/caso-bruno>. Acesso em: 21 de março de 2012.

VEJA. COMEÇA movimento para ocupar o Complexo do Alemão. **Veja**, São Paulo, 26 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/veja-acompanha/violencia-no-rio/comeca-movimento-para-ocupar-o-complexo-do-alemao/> Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. **Mídia e Júri: Possibilidade de restrição da publicidade do processo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11. Ed.41. São Paulo: 2003.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATERS, Malcolm. **Globalization**. New York: Routledge, 1996.

WEDY. Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1995.

ZOLO. Danilo. BECK. Ulrich. **A sociedade global do risco**. In: *prim@facie*. Ano 1. N.1, julho/dezembro. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br>. Acesso em: 21/03/2012.

ZOLO. Danilo. **Ciudadanía y Globalización**. In: *Análisis Político*. N.61. Bogotá: 2007. P.45-53. Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br>. Acesso em: 21/03/2012.

ZOLO. Danilo. **Globalización: un mapa de los problemas**. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006.