

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-489-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É de Muñoz Conde a lição segundo a qual, enquanto existir Direito Penal – e nas atuais condições deve-se ponderar que ele existirá por muito tempo –, deve existir também sempre alguém disposto a estudá-lo e analisá-lo racionalmente, de forma a convertê-lo em instrumento de mudança e progresso rumo a uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, para tanto, além das contradições que lhes são ínsitas, as contradições do sistema econômico que o condiciona.

Nesse sentido, os artigos aqui reunidos, apresentados no decorrer do V Encontro Virtual do CONPEDI, no âmbito do GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, no dia 18 de junho de 2022, apresentam-se como contribuições valiosíssimas para todos e todas que se ocupam do estudo crítico das Ciências Criminais.

O artigo “O JUIZ DE GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: APORTES DO MODELO PROCESSUAL CHILENO”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Fernanda Malta Pereira, aborda a implantação do juiz de garantias no Código de Processo Penal brasileiro como elemento indispensável à imparcialidade do juiz no processo penal, já que preserva a cognição do magistrado destinado à sentença na fase de instrução.

Felipe Godoy Franco, no texto intitulado “A UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA DO BACEN E CVM NO CÁLCULO DA PENA DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS” analisa se, e de que forma, os parâmetros previstos em normas que orientam a atuação do Bacen e da CVM podem ser utilizados no cálculo da pena dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais, especificamente quanto à interpretação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

“A TESE DA DUPLA INIMPUTABILIDADE E A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI”, de Isabela Furlan Rigolin e Alexander Rodrigues de Castro, aborda os fundamentos e a viabilidade legal da

tese mencionada no título do trabalho, salientando que ela aparenta ter aparato legal bem fundado e ser uma opção razoável para a solução do problema que a origina.

No artigo intitulado “ANÁLISE DE CONTRIBUIÇÕES E CONTRADIÇÕES DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA AO CONSTITUCIONALISMO”, Isadora Ribeiro Corrêa, Luiz Fernando Kazmierczak e Edinilson Donisete Machado promovem uma reflexão sobre perspectivas teóricas das correntes neoconstitucionalista e garantista, destacando que o garantismo pode ser considerado uma crítica ao neoconstitucionalismo, quando se opõe aos seus procedimentos e propõe um constitucionalismo garantista.

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira, no artigo “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PENITENCIÁRIAS: O CASO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO PÚBLICO-PRIVADO EM RIBEIRÃO DAS NEVES-MG”, aborda a análise econômica do Direito (AED) e a sua aplicação às parcerias público-privadas no âmbito de penitenciárias, especificamente em relação ao Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP) em Ribeirão das Neves-MG, salientando que o CPPP pode ser vislumbrado como uma amostra da AED no âmbito do processo de execução penal.

No artigo intitulado “O DIREITO DE REVISÃO PROVENIENTE DA RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DO HABEAS CORPUS N. 194.677/SP, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, Jaroslana Bosse se debruça sobre o direito de revisão à negativa de oferta do Acordo de Não Persecução Penal previsto no §14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, especialmente a partir da decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 194.677/SP.

“O MÉTODO DA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO”, de autoria de Ricardo Luiz Sichel e Thiago José Duarte Cabral, aborda a temática da verdade no processo penal, com enfoque na análise do material probatório como cerne da questão, à luz das críticas e visões desenvolvidas pela filosofia do Direito.

Deborah Soares Dallemole, no artigo intitulado “O ‘MENOR INFRATOR’ ENQUANTO INIMIGO PÚBLICO: A CONSTRUÇÃO DA PERICULOSIDADE JUVENIL”, analisa o histórico brasileiro com relação aos adolescentes e o crescimento de discursos punitivistas, em contraposição à Doutrina da Proteção Integral. A autora salienta que a construção da

imagem do delinquente juvenil afeta a responsabilização dos jovens que se incluem neste estereótipo, submetidos a chances maiores de sofrer medidas socioeducativas de mais intenso controle sobre sua liberdade.

Ythalo Frota Loureiro analisa, no artigo “POLÍCIAS ESTADUAIS E LOCAL DE CRIME: A COOPERAÇÃO POLICIAL E A ATUAÇÃO DE MILITARES DO ESTADO DO CEARÁ”, a necessidade de requalificar a relação entre Polícia Civil e Polícia Militar nos trabalhos de local de crime, à luz das disposições do Código de Processo Penal e da Portaria do Estado do Ceará que versa sobre o tema.

Em “O RISCO SOCIALMENTE PERMITIDO COMO CRITÉRIO DE AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS”, Betina Scherrer da Silva explicita o contexto da sociedade de risco, a partir da definição formulada por Ulrich Beck, realizando um estudo das bases teóricas do risco socialmente permitido e da relação deste instituto com os crimes ambientais.

No artigo “MÍDIA COMO FATOR DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SEM FORMAÇÃO DE VALOR NEM MATURAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CRIAÇÃO DA NORMA”, Derick Moura Jorge e Valter Foletto Santin analisam a expansão do direito penal a partir da influência exercida pela mídia que, diante do interesse momentâneo acerca de determinados assuntos, incentiva a criação e alteração das normas penais sem obediência ao tradicional caminho normativo, destacando que a pressão exercida pela mídia e pela opinião pública resulta na criação de normas penais desnecessárias, desproporcionais e irrazoáveis.

Rafael Fecury Nogueira e Gustavo Pastor da Silva Pinheiro, no artigo “CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP A PARTIR DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI”, asseveram que há uma clara ofensa aos direitos fundamentais no âmbito da justiça negociada no processo penal, importada de modo acrítico do sistema norte-americano para a legislação processual penal brasileira.

“O CRIME DE STALKING, O ASSÉDIO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO”, de autoria de Alexander Rodrigues de Castro e Fernanda Andreolla Borgio, analisa a disseminação do stalking e cyberstalking para todas as classes sociais nas relações de consumo online. Os autores buscam evidenciar como uma compreensão ampliada dos direitos da personalidade a partir de sua leitura conjunta com os direitos humanos contribui para compreender as maneiras como tais práticas ofendem a dignidade da pessoa humana.

Cristiano dos Anjos Lopes e Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima, no artigo intitulado “MODELAÇÃO ACUSATÓRIA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: (IN) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE?”, destacam que o dever de observância à Constituição vem impactando no jus puniendi já que direitos e garantias fundamentais não podem ser desrespeitados sem a autorização do constituinte. Em razão disso, os autores discutem a modelagem acusatória e sua conformação constitucional, propondo reflexões práticas.

No texto “AS TENSÕES ENTRE O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA”, Karla Helenne Vicenzi e Fábio André Guaragni salientam que a dogmática jurídico-penal é diariamente confrontada com novas demandas inerentes ao desenvolvimento da sociedade, configurando um cenário expansionista, com novos bens jurídico-penais, cada vez mais desvinculados de pessoas individualizadas e marcados por pessoas indeterminadas. Nesse contexto, surgem discussões a respeito da responsabilidade penal da empresa, mormente ao que se refere à culpabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, Lucas Spessatto e Bruna Vidal da Rocha, no estudo intitulado “O ARTIGO 492, I, ALÍNEA ‘E’ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEU DISSONAR À ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE”, defendem a inconstitucionalidade da nova redação do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 13.964/19, diante dos prejuízos e incongruências da norma em relação à Constituição Federal de 1988, sobretudo no que se refere aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal, amplitude e plenitude de defesa.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

MÍDIA COMO FATOR DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SEM FORMAÇÃO DE VALOR NEM MATURAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CRIAÇÃO DA NORMA
MEDIA AS A FACTOR FOR THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW WITHOUT VALUE FORMATION OR NECESSARY MATURATION FOR THE CREATION OF THE STANDARD

Derick Moura Jorge ¹
Valter Foletto Santin ²

Resumo

O trabalho objetiva analisar a expansão do direito penal a partir da influência exercida pela mídia, que diante do interesse momentâneo acerca de determinados assuntos incentiva a criação e alteração das normas penais sem obediência ao tradicional caminho normativo, consubstanciado na relação entre o fato, o valor e a norma. Neste ponto, a pressão exercida pela mídia e pela opinião pública resulta na criação de normas penais desnecessárias, desproporcionais e irrazoáveis. A contribuição do estudo é no sentido de incentivar o legislador a criar normas penais adequadas e proporcionais. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, pautado na pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Expansão, Direito penal, Mídia, Medo, Proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The work aims to analyze the expansion of criminal law due to the influence exerted by the media, which, due to momentary interest in certain subjects, encourages the creation and alteration of criminal norms without adherence to the traditional path: a path rooted in fact and value. The pressure exerted by the media and public opinion results in the creation of unnecessary, disproportionate, and unreasonable legal outcomes. The use of the hypothetical-deductive method, based on academic and legislative research, in this study is meant to encourage the legislature to create adequate and proportional criminal reform.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Expansion, Criminal law, Media, Fear, Proportionality

¹ Mestrando em Ciência Jurídica (UENP/PR). Bacharel em Direito (UEPG/PR). Especialista (Direito do Trabalho, Penal, Criminologia, Gestão Prisional). Delegado da Polícia Civil (PR). Participante do GP “Políticas Públicas” (UENP/PR). E-mail: derickmoura@hotmail.com.

² Professor de graduação, Mestrado e Doutorado (UENP, Jacarezinho-PR, Brasil). Doutor em Direito (USP-SP). Pós-Doutor (Coimbra, Portugal). Líder do GP Políticas públicas e direitos sociais. Procurador de Justiça (SP).

1 INTRODUÇÃO

O pensamento social majoritário face a questão da criminalidade comporta em si evidentes traços retribucionistas, que visam encontrar no Direito Penal a resposta para todos os dilemas sociais. Sempre que um novo tema ganha destaque no campo público a disciplina criminal emerge ao seu lado, como um guarda-costas, trazendo-se o entendimento de que não é possível se desvincular a tutela pública de um interesse da criminalização de condutas.

Os debates para incidência do Direito Penal geralmente caminham para criminalização de novas condutas ou para exasperação das penas já existentes. Quando a mídia cria interesse por determinado assunto, a sua maciça cobertura influencia a inclusão na pauta legislativa, gerando a possibilidade de criação e alteração da norma penal sem aguardar o tradicional caminho normativo de fato, valor e norma. A reação legislativa pode ser para dar satisfação à mídia e à opinião pública, postura que pode gerar norma sem a necessária discussão e maturação do processo legislativo, em prejuízo da criação de norma necessária, proporcional e razoável.

Diante deste quadro, o presente estudo visa analisar porque alguns temas e atores são trazidos para o centro do palco dos debates públicos que envolvem a questão criminal, com especial destaque ao papel desempenhado pela mídia, de modo a se inferir como a atuação midiática influencia o agir político no Brasil e, conseqüentemente, enseja a ampliação do campo de incidência do Direito Penal.

Assim, partindo-se da análise acerca do que se entende como expansionismo penal, destacando-se as suas principais características, debruça-se sobre a atuação da mídia e dos meios de comunicação em massa com relação ao fenômeno criminal, apontando-se de que forma a espetacularização do crime, lastreada na ideia de medo coletivo, interfere no agir estatal com relação a formulação das políticas públicas de índole criminal. Ao final, tendo como base a ideia de proporcionalidade e suas vertentes, busca-se avaliar de que modo este postulado pode ser aplicado concretamente à luz do fenômeno do crime no país, mormente diante da atuação dos poderes executivo e legislativo, de modo a se frear a expansão do Direito Penal enfatizando-se os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

Para o desenvolvimento do presente estudo adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, com lastro na documentação indireta, mormente da pesquisa bibliográfica, em livros, eletrônica, disponível em ambiente virtual, e documental, em legislação.

2 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL ENQUANTO RESPOSTA AOS NOVOS DILEMAS SOCIAIS

Nos últimos tempos a sociedade passou por diversas transformações na sua estrutura que fizeram com que interesses outrora tidos como irrelevantes passassem a ocupar papel de destaque no cenário social. Temas como a genética, o meio ambiente e a informatização da vida, que antes não tinham tanta atenção, atualmente, à luz dos fenômenos da globalização e da transnacionalização, são tidos como pautas de debate público.

Esta ampliação das áreas de interesse público, independente da nomenclatura que se utilize face ao momento social hodiernamente vivenciado, seja sociedade do risco (BECK, 1998), sociedade do consumo (BAUDRILLARD, 1995), sociedade da informação (CASTELLS, 2000), pós-modernidade, modernidade tardia (YOUNG, 2012) ou outras, é reflexo da própria evolução social, que diversifica os olhares acerca da vida em sociedade. Em consequência, este aumento nos temas tidos como relevantes sob o ponto de vista coletivo faz com que o Estado saia da inércia e aja em prol da tutela destes temas. Entretanto, o que se verifica é que o problema central não se refere ao aumento das áreas de regulação em si, mas no modo pelo qual este se dá em termos qualitativos (D'ÁVILA, 2013).

Constata-se que o caminho normalmente utilizado pelo Estado para tutela destes novos temas, bem como para a reafirmação da importância dos assuntos sociais já existentes, refere-se à criminalização de condutas e à exasperação de penas, numa concepção de que o interesse público somente pode ser efetivamente tutelado a partir do Direito Penal (JORGE; KONNO JÚNIOR, 2021).

Contudo, impende verificar qual seria o custo social advindo deste maior uso da disciplina criminal, eis que a ampliação do Direito Penal implica, invariavelmente, na limitação a direitos e garantias fundamentais do próprio ser humano, numa perspectiva de que para se proteger direitos usa-se da força traduzida numa imposição sancionatória, legalmente prevista, convencionada e aceita pela maioria, que fere direitos de outrem. O Estado, a partir do emprego do monopólio da violência institucionalizada, lastreado num discurso que prega a busca pela paz social, restringe e viola direitos dos próprios cidadãos que clamam por maior proteção.

A segurança pública pensada como direito fundamental e social reveste-se de uma forte concepção de proteção coletiva, de preponderância de interesse difuso (SANTIN, 2005, p. 212; SANTIN, 2013, pp. 77 e 149).

Acerca do tema Valter Foletto Santin (2005, p. 211) anota que:

O ser humano tem interesse de viver em ambiente social ordeiro e que a sua vida, saúde e patrimônio sejam respeitados pelos semelhantes e pelo Estado. Entretanto, há

uma predominância do interesse difuso de que estes valores sejam preservados em relação ao indivíduo, ao grupo e todas as pessoas em geral, para a manutenção do equilíbrio da sociedade e da ordem pública, que podem ser alteradas e provocar um retorno ao sistema de autotutela, sob o império da lei do mais forte, em substituição à disciplina e solução dos conflitos por meio do Direito e das instituições públicas. Acrescente-se que há valores que são individuais indisponíveis como os direitos à vida, à saúde física e mental, à educação, à liberdade, mas também são considerados direitos difusos.

Neste norte vem a baila a questão afeta à expansão do Direito Penal ou hipertrofia penal, que conjuga em sua essência as ideias de simbolismo penal e punitivismo. Jesús-Maria Silva Sanchez (2013, p. 28) ao tratar do tema indica que este expansionismo encontra-se atrelado a uma série de características, tais quais a constante criação de novos bens jurídicos de índole penal, a ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação criminal, a relativização dos princípios político-criminais de garantias, o descrédito de outras instâncias de proteção e a instituição da insegurança advinda da identificação da vítima com os delitos que gera a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos. Nesta linha tal autor assevera que:

Não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal (SANCHÉZ, 2013, p. 28).

Assim, na atualidade, estar-se-ia diante de uma sociedade de insegurança, cujo agir humano pauta-se na concepção do medo, compreendido tanto na sua perspectiva individual quanto coletiva. No plano individual as pessoas adotam comportamentos visando evitar a vitimização, alterando seu estilo e qualidade de vida. No campo coletivo evidencia-se a redução das interações sociais diretas, combinada com o rompimento do controle social informal. Logo, o medo seria um motivador do agir e não agir humano, que se espalha por todos os setores da vida do ser, pautando não somente a sua postura individualmente considerada, mas refletindo nos interesses que este possui, inclusive, face ao que se espera do Estado (NAVARRO, 2005).

Este medo constante faz com que os indivíduos exijam que o Estado lhes forneça maior proteção, ainda que esta enseje a redução dos seus direitos e garantias fundamentais, mormente aqueles relativos à liberdade, privacidade e intimidade. Apesar do sistema, sob o ponto de vista formal, almejar a existência de um direito penal mínimo, o que se verifica na prática é a consolidação de um direito penal máximo, avalizado e aclamado pela população em geral.

Acerca do tema, Claus Roxin (1997, p. 67), aduz que:

El derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. Por ello se denomina a la pena como la última ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. (...) Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente.

Neste panorama, contudo, constata-se que grande parcela da sociedade espera que o Direito Penal seja aplicado a partir da concepção do movimento de lei e ordem, conclamado nos Estados Unidos no final da década de 1970 e início dos anos 80, que propõe o agravamento das penas existentes e o alargamento do campo de incidência do Direito Penal como o melhor caminho para se acabar, ou pelo menos reduzir, a criminalidade (CORRERA, 2020).

Neste sentido Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2010, p. 21) destaca que:

A ênfase dada aos riscos/perigos da criminalidade na contemporaneidade gera um alarmismo não justificado em matéria de segurança, que redundaria no reclamo popular por uma maior presença e eficácia das instâncias de controle social, diante daquilo a que Cepeda (2007, p. 31) denomina de “cultura de emergência”. E, neste contexto, o Direito Penal e as instituições do sistema punitivo são eleitos como instrumentos privilegiados para responder eficazmente aos anseios por segurança, o que decorre, segundo Díez Ripollés (2007), do entendimento de que a contundência e capacidade socializadora são mais eficazes na prevenção aos novos tipos delitivos do que medidas de política social ou econômica, ou, ainda, de medidas decorrentes da intervenção do Direito Civil ou Administrativo.

Esta ânsia punitivista advinda da propagação do medo é realizada e fomentada por diversos atores e setores sociais, dentre os quais ganha destaque a mídia, cujo discurso reforça a legitimação majoritária do Direito Penal enquanto mecanismo de pacificação social, ainda que no plano meramente simbólico.

3 ESPETACULARIZAÇÃO DO CRIME PELA MÍDIA E A FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

O discurso punitivista, que impulsiona a criminalização de novas condutas e o aumento de penas daquelas posturas já consideradas criminosas, é amplamente difundido no campo social, ganhando relevo a atividade dos meios de comunicação, sobretudo de massa, nesta seara.

A mídia, no contexto atual, tem papel de grande importância, eis que capaz de fomentar crenças, culturas e valores, sendo esta atuação amplificada a partir do fenômeno da globalização. As notícias, cada vez mais, são apresentadas à população de forma célere e ampla,

inexistindo as barreiras territoriais outrora impostas com relação à propagação do conhecimento e de informações.

A atuação da mídia é extremamente relevante, uma vez que permite que a população tenha conhecimento dos mais diversos acontecimentos, quase que em tempo real, possibilitando a difusão de uma ampla gama de informações aptas, ao menos em tese, a permitirem a formação da opinião crítica individual. Todavia, o poder exercido pelos meios de comunicação, muitas das vezes, externaliza-se de modo diverso ao esperado, convolvendo-se num mecanismo de controle da opinião pública, capaz de moldar o pensamento crítico da população. Neste contexto, ao invés de fornecer subsídios para formação do senso crítico individual, a mídia acaba por constituir uma versão como verdade única, apresentada como incontestada e invariável (WERMUTH, 2010).

Isto acontece de modo claro face ao fenômeno da criminalidade, que acaba sendo utilizada como uma mercadoria no contexto capitalista, em especial no que tange à questão relativa ao medo. A informação de cunho criminal traduz-se num discurso vendável e altamente lucrativo, impulsionado pelos índices de audiência e conseqüente propaganda que destes decorre (WERMUTH, 2010).

De acordo com Brandariz Garcia (2004), a mídia apresenta a realidade a partir da narração dicotômica do bem e do mal, numa representação do contexto criminal adstrito a estereótipos simplistas. A gramática midiática é ditada pela dramatização e pela imediatidade das informações, que enseja a hipervisibilidade de alguns delitos, situações e agentes.

Em prol da obtenção de lucros forma-se uma visão bélica acerca da criminalidade, categorizando os seres como inimigos ou heróis. Neste ponto, aos inimigos renega-se um espaço de depreciação social, normalmente marcado por traços xenófobos, racistas e elitistas. Há evidente desvio de foco, deixando-se de lado os problemas políticos-estruturais da sociedade para se enfatizar a personalização dos problemas sociais. Ademais, propaga-se a visão de que os direitos e garantias fundamentais seriam barreiras à paz social, eis que não protegeriam os indivíduos como um todo, mas seriam apenas institutos usados em prol daqueles vistos como criminosos.

De acordo com Helio Pereira Bicudo (1994, p. 43),

O papel da mídia na problemática da violência pode ser verificado no jornalismo policial, que vem se espraiando no rádio e na televisão, mas que também ocupa espaço apreciável nos jornais diários, em especial nos de maior circulação. Trata-se de um fenômeno recente: no passado, a reportagem policial aparecia nos veículos de menor circulação, sendo que a imprensa mais responsável registrava as ocorrências policiais sem sensacionalismo, buscando apenas informar.

Quem se der ao trabalho de analisar, ainda que por poucos dias, a abordagem utilizada por esses programas e pelos nossos jornais e revistas, irá constatar o predomínio do raciocínio maniqueísta: o certo e o errado, o honesto e o desonesto, o trabalhador e o vagabundo, o policial e o delinquente. Para alguns locutores e repórteres, os delinquentes são indivíduos “peçonhentos”, “imundos”, debiloides”, “loucos”, “safados”, “sangue ruim” etc. E sua avaliação da Polícia segue o mesmo padrão, mas no sentido inverso. Eles traçam um estereótipo tanto do delinquente quanto do policial. Um representa o mal, o outro o bem; um o certo, o outro o errado; um a verdade, o outro a mentira.

Valter Foleto Santin e Winnicius Pereira de Góes (2001, p. 189) complementam este raciocínio ao aduzirem que:

Os meios de comunicação têm o dever de elevar diariamente a dignidade da pessoa humana, seja da vítima ou do acusado, mediante o respeito ao trinômio de caráter constitucional realidade-verdade-liberdade, procurando evitar e reduzir o processo de banalização da violência e da imagem dos acusados de práticas delituosas nos meios de comunicação, mediante a exposição do acusado perante a opinião pública sem oferecimento das garantias processuais constitucionais

Esta atuação midiática cria e reforça o medo da população, apresentando determinadas situações como emblemáticas, ensejadoras de manifestações imediatistas e severas. Assim, os crimes são trazidos à população como representações-modelo que podem ser vivenciadas por qualquer um, ou seja, coloca-se o destinatário da informação como uma possível vítima daquele mesmo evento, de modo que o sentimento de vulnerabilidade advindo da narrativa faz com que este almeje a adoção de medidas drásticas contra aqueles supostos autores, que sequer possuem nome ou face, mas características generificadas do seu ser (WERMUTH, 2010).

Logo, ao invés de se enfatizar a alteridade, nos termos apresentados por Lévinas (1997), no sentido de analisar os fatos respeitando-se a individualidade dos atores envolvidos, prega-se a empatia, colocando o receptor da informação no lugar da vítima, fazendo com que este sinta ou pelo menos imagine a dor por esta vivenciada e, com isto, busque maior proteção, que se confunde quase que indissociavelmente com punição.

Incentiva-se a população a se colocar no lugar do outro, fazendo com as pessoas vejam o mundo a partir da visão do próximo. Contudo, esta forma de enxergar as relações é equivocada, uma vez que cada indivíduo é único, possui vivências, problemas e vulnerabilidades que lhe são próprias e singulares, não havendo como se gerar consensos acerca destas individualidades. O mais adequado seria o uso da alteridade enquanto modelo de ação, de forma que as pessoas compreendam que a realidade do outro é distinta da sua, e busquem mecanismos para assimilar estas diferenças que são inatas aos seres (LÉVINAS, 1997).

Neste ponto Valter Foleto Santin e Décio Franco David (2021, p. 449) destacam que:

Diante do exposto, conclui-se que o Direito precisa adotar a *face do outro* como pressuposto básico de instituição do sistema, isto é, a dignidade humana é, em síntese, a expressão da alteridade no plano jurídico. Logo, não adotar tal preceito, equivale a não adotar a premissa básica do ordenamento jurídico nacional (art. 1º, III, CF).

Os posicionamentos ideológicos de punitivismo acrítico podem demonstrar menos sensibilidade à sanção penal com preservação da dignidade da pessoa humana, na busca de construção de um sistema harmonizado e coerente. A adoção do pensamento de Lévinas é uma proposta segura para evitar a formalização de um sistema incoerente!

Para Zaffaroni (1997), na América Latina esta atuação dos meios de comunicação assume feições peculiares, a exemplo da espetacularização das agências policiais, políticas e judiciais que atuam junto ao sistema criminal, de modo que estes atores assumem o papel de heróis que não só podem como devem agir de modo ilimitado em prol da proteção da comunidade em geral. De igual modo, tem-se que a exploração midiática do sistema de justiça penal, assim como da própria violência, apresenta-se como extremamente lucrativa, vide a grande quantidade de programas, séries e filmes que abordam esta temática, assim como a busca que a população tem desses assuntos, eis que, ainda que inconscientemente, lastreada no apelo emocional da informação, esta se solidariza com as vítimas dos eventos e se coloca como uma vítima em potencial.

Assim, vem à tona o que Guy Debord (1997) denominou de “sociedade do espetáculo”, no qual mais do que informar a população a mídia acaba alienando-a a partir de uma retórica pré-constituída que visa a obtenção do lucro. Neste norte a mídia não visaria num primeiro momento a difusão do conhecimento, mas chamar a atenção do público para a obtenção dos resultados esperados, de cunho mercadológico, fundados no medo social. Haveria, neste contexto, uma mescla entre as funções jornalísticas e de entretenimento, não se conseguindo em muitos dos casos se separar uma da outra.

A imagem difundida acerca da criminalidade não corresponde, em muitos dos casos, à realidade, traduzindo-se numa visão unilateral dos fatos com ênfase no caráter subjetivo da violência (como se sente frente a esta) ao invés do seu caráter objetivo (o que ela realmente representa). Logo, a insegurança propagada, em verdade, não corresponderia aos riscos efetivos enfrentados pela população, sendo o medo neste ponto uma formação presumida e não a representação do real (SOUZA, 2017).

Casos pontuais, eleitos de modo arbitrário pelo difusor da informação, são trazidos como paradigmáticos, sendo apresentados como uma constante social, sem se considerarem as estatísticas relativas ao evento, a sua reiteração no campo social e a sua eventual excepcionalidade. Pode-se constatar a veracidade deste ponto ao se questionar porque alguns casos são amplamente explorados pela mídia e outros, similares, são renegados ao

esquecimento. A título de exemplo cita-se a exposição midiática da morte do casal Richthofen, que se encontra em foco nos últimos 19 (dezenove) anos. A mídia explora, de todos os modos possíveis e de forma evidentemente emocional, o fato de uma jovem haver participado do assassinato dos próprios pais, sem apresentar quantos casos similares já ocorreram no país e se eventos desta estirpe são recorrentes ou pontuais, buscando somente colocar a população no lugar dos atores envolvidos, ora das vítimas, ora dos autores, bem como questionando a justeza das decisões prolatadas no caso.

O Direito, que deveria servir de freio às ânsias individualistas de cunho retribucionista, se apresenta como um reforço ao postulado vingativo, sendo utilizado como uma máquina sancionatória, na qual a prevenção e conseqüente paz social, pelo menos no campo teórico, são obtidas a partir da punição enquanto exemplo.

Assim, o discurso da mídia, sob o ponto de vista criminal, constitui-se tanto por meio da criminologia midiática quanto do populismo penal midiático.

No que tange à criminologia midiática, Zaffaroni (2012, p. 307) assevera que:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos que configuram um eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. [...] Este eles se constrói por semelhanças, construção para a qual a televisão é o meio ideal. O eles não é composto de delinquentes, não se trata do conjunto relativamente pequeno de criminosos violentos, mas do conjunto muito mais amplo de estereotipados que não cometeram qualquer delito e que nunca hão de cometer.

Com relação ao populismo penal midiático, Gomes e Almeida (2013, p. 29) aduzem que:

O populismo penal se caracteriza pela instrumentalização ou exploração do senso comum, da vulgaridade e da vontade popular. Populismo penal, portanto não pode se equiparar simplesmente ao punitivismo (tratado por Matthews: 2015), sim, é sinônimo de hiperpunitivismo, de uma “economia penal excessiva” ou grotesca (Pavarini: 2006, p. 105 e ss; Foucault, citado por Colombo: 2011, p. 191), desnecessária, abusiva, que escamoteia a vontade popular, passando-lhe a ilusão da solução de um problema extremamente complexo (Landrove Díaz: 2009, p. 57 e ss).

Pina (2009, p. 158), por sua vez, sustenta que “o populismo penal constitui uma resposta emocional a crimes (no entanto pouco comuns) que provocam horror e suscitam grande cobertura midiática, colocando a resposta à criminalidade na agenda pública e, depois, na agenda política”.

A criação e alteração legislativa se apresentam como política pública de atendimento à criminalidade. Para Valter Foleto Santin (2013, p. 21-22):

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou de *law enforcement* (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão.

As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos.

Neste ponto impende destacar que a criação das políticas públicas está sujeita a uma série de etapas, compreendidas pela doutrina como de caráter cíclico que, embora não ocorram obrigatoriamente de forma linear e consecutiva, se revelam como necessárias para a sua compreensão (FRANCO, 2018). Para Tatiana Wargas de Faria Baptista e Mônica de Rezende (2015) o ciclo de políticas públicas é constituído pelas seguintes fases: reconhecimento do problema com a consequente montagem da agenda, formulação da política em si a partir da tomada de decisões, implementação e avaliação. De outro lado, Maria das Graças Rua (2014), ao se debruçar sobre o tema de forma mais minuciosa, divide o ciclo nas seguintes etapas: formação da agenda, definição do problema, análise do problema, formação de alternativas, tomada de decisão por meio da adoção da política, implementação, monitoramento, avaliação e ajuste.

Independente da concepção que se adote, quer restritiva ou ampliativa, é evidente que as políticas públicas possuem como marco inicial a atuação dos atores sociais que fomentam a formação das agendas a partir da seleção e indicação dos problemas que entendem como mais urgentes e relevantes.

Neste ponto Maria das Graças Rua (2014, p. 62) esclarece que:

Uma agenda de políticas consiste em uma lista de prioridades inicialmente estabelecidas, às quais os governos devem dedicar suas energias e atenções, e entre as quais os atores lutam arduamente para incluir questões de seu interesse. A agenda de políticas resulta de um processo pouco sistemático, extremamente competitivo, pelo qual se extrai, do conjunto de temas que poderiam ocupar as atenções do governo, aquelas questões que serão efetivamente tratadas.

Ao tratar da influência que a mídia exerce na formulação das agendas, Maria das Graças Rua (2014, p. 40), ainda, indica que:

[...] a mídia é um recurso de poder de atores que têm capacidade de mobilizar os instrumentos midiáticos em favor dos seus interesses. Principalmente os jornais e a televisão são importantes agentes formadores de opinião, que possuem capacidade de mobilizar a ação de outros atores. Na verdade, principalmente a televisão representa

um inestimável recurso de poder, devido à sua enorme capacidade de influir na agenda de demandas públicas, de chamar a atenção do público para problemas diversos, de mobilizar a indignação popular, enfim, de influenciar as opiniões e os valores da massa popular.

Este agir dos meios de comunicação é facilmente constatado nas produções legislativas de índole criminal recentes, a exemplo da Lei nº 12.737/12, popularmente conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, que criminaliza delitos praticados no ambiente cibernético, e da Lei nº 14.064/20, conhecida como “Lei Sansão”, que exaspera as penas para o crime de maus tratos contra cães e gatos. Estas normas foram criadas a partir do clamor popular advindo do discurso midiático, sem que fosse analisada de modo efetivo a proporcionalidade das normas e a sua imprescindibilidade no cenário jurídico.

Logo, a mídia na seara criminal, muitas das vezes, exerceria uma dupla função, num primeiro momento classificando os indivíduos abstratamente em bons ou maus, em vítimas ou autores em potencial, para na sequência difundir o medo entre a sociedade, pautado em apelos emocionais do fenômeno criminal, que faz com que as pessoas exijam a adoção de medidas em prol da sua segurança, formando consensos acerca da criminalidade que não tocam a essência do problema em si (WERMUTH, 2010).

Neste panorama, a atuação midiática em prol do lucro provoca a manifestação da massa populacional, que passa a exigir a atuação do poder público em sua defesa, desaguando esta demanda junto ao Direito Penal.

4 CONFRONTO ENTRE A ÂNSIA PUNITIVISTA E A PROPORCIONALIDADE PENAL

As representações sociais da criminalidade, mormente as difundidas pela mídia, afetam o modo de agir e pensar da população que, impulsionada pelo medo e conseqüente busca daquilo que se entende como justo, passa a exigir do Estado a adoção de medidas mais enérgicas face ao crime e às pessoas caracterizadas como criminosas.

Assim, os setores políticos da sociedade, em especial os poderes executivo e legislativo, pautam a sua atuação na perspectiva punitivista, tentando atender aos anseios sociais a partir da criminalização de condutas e do incremento de penas. O Direito Penal, neste cenário, passa a ser visto como a medida mais eficaz para o controle social, muito embora na prática esta expansão da seara penal não tenha sido acompanhada pela redução dos índices de criminalidade.

O que se constata é que a atuação formal do Estado, materializada na elevação de condutas e na exasperação de penas, se apresenta como mais célere e econômica do que o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à análise da real gênese dos conflitos sociais (BOLDT; KROLING, 2008). A atuação meramente sancionatória do Estado deixa de lado a preocupação para com os motivos que levam à prática dos atos tidos como criminosos, desconsiderando as individualidades e peculiaridades que permeiam cada evento criminoso singularmente analisado.

Atitudes voltadas à redução das desigualdades sociais e econômicas, aumento dos níveis educacionais da população, redistribuição de renda, formação de senso crítico, consolidação da alteridade enquanto modelo de ação, dentre outras, são medidas que exigem tempo e dinheiro para a sua implementação, contrariando a lógica imediatista hodiernamente preponderante. O agir estatal, ao que parece, ao invés de desenvolver medidas de médio e longo prazo tendentes à alteração do cenário social existente, se debruça na realização de atos simbólicos, traduzidos na imediatidade e na redução de custos, que visam apenas a propagação do sentimento de pseudosseguurança. Logo, mais importante do que se alterar a realidade de modo efetivo seria a representação de que algo está sendo feito, ou seja, a imagem que esta realidade possui face a opinião pública.

Neste panorama o Direito Penal se apresenta como um mecanismo de controle social impulsionado por pressões midiáticas e políticas que visam, sobretudo, atender anseios populistas que ignoram a racionalidade.

Há um complexo mecanismo de engrenagens, movido pela busca do lucro e da manutenção do poder, composto por diversos atores, dentre os quais a mídia e a política. A mídia, valendo-se do espetáculo criminal, usa a notícia enquanto entretenimento, pintando-a com cores dramáticas que tocam no emocional coletivo, moldando valores, opiniões e posicionamentos em prol da audiência e dos benefícios desta advindos. A política, por sua vez, a partir dos consensos popularmente formados acerca do crime e do criminoso, usando inclusive as construções trazidas pela mídia, formata o seu agir num discurso punitivista que visa a obtenção de votos e, por consequência, a manutenção do poder.

A postura de criação da norma ao som do momento tende a renegar ao esquecimento a teoria tridimensional do Direito, apresentada por Miguel Reale (2003), no qual a formação da norma jurídica deveria estar atrelada à análise relacional entre o fato, o valor e a norma em si. Ao invés de se percorrer o caminho legislativo adequado, pautado nas ideias de proporcionalidade e razoabilidade, prima-se pela construção normativa lastreada no clamor,

tanto popular quanto midiático, que almeja a satisfação momentânea e simbólica de assuntos pontuais, eleitos sem a prévia análise da sua efetividade social, sem a devida maturação.

Interessante apontar que esta postura política independe da ideologia adotada pelo agente, eis que todos os atores políticos acabam usando o Direito Penal como uma ferramenta de atendimento da opinião pública. Outrora existia-se a visão de que os integrantes da dita “esquerda” seriam contrários a este expansionismo penal, por compreendê-lo como seletivo, segregacionista e elitista. Entretanto, a história demonstrou que estes mesmos agentes passaram a usar deste ramo do direito com o intuito de tutelar aqueles temas que entendiam relevantes, a exemplo da criminalização de condutas que ferem grupos vulnerabilizados, que atentam contra o meio ambiente, entre outros. Assim, embora o fundamento utilizado seja variável a partir do posicionamento político-ideológico adotado, o mecanismo de proteção utilizado continua sendo o mesmo, qual seja o Direito Penal.

Evidente que o expansionismo penal traz em si diversos pontos negativos, a exemplo da estigmatização da figura do criminoso, que é caricaturizado a partir de elementos pré-concebidos que comportam em si a seletividade social e o segregacionismo discriminatório, a busca pela redução ou flexibilização dos direitos e garantias fundamentais e a inércia face aos problemas estruturais efetivamente causadores do fenômeno criminal. Enfatiza-se a norma, como se a sua mera previsão fosse suficiente para prevenir a criminalidade. Contudo, este fenômeno também comporta em si uma face positiva, qual seja trazer ao debate público pautas sociais outrora tidas como despiciendas, a exemplo da proteção das mulheres, dos idosos, das crianças etc.

Entretanto, o ônus é claramente maior do que o bônus, eis que o Direito Penal não é a via mais adequada para solução dos dilemas sociais ao passo que ao invés de enfrentar os problemas que levam ao crime na sua essência, preocupa-se com o fornecimento de um efeito anestésico, que aparenta um agir, simbólico, carente de efetividade prática, que em nada altera a realidade, mas, quanto muito, maquia a sua mera representação.

Neste ponto sobrevém a possibilidade de uso da ideia de proporcionalidade face ao Direito Penal, tanto com relação à formulação da norma quanto da sua aplicação, devendo ter como foco a gravidade da conduta sob análise, o objeto que se pretende tutelar e as consequências que o ato enseja no campo social e na vida dos atores diretamente envolvidos.

A proporcionalidade, trazida a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, tendo como *leading case* o “Caso das Farmácias” de 1958, comporta em si a ideia de que todos os atos realizados no âmbito de um Estado de Direito devem ter como norte

a tutela dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, de modo que estes não sejam lesados nem desprotegidos (FELDENS, 2012, p.134).

Acerca do assunto, emerge a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possível especificação da proporcionalidade em duas vertentes, quais sejam a proibição de excesso e a vedação à proteção deficiente. De acordo com o judiciário alemão, as posturas estatais não podem se abster de regulamentar e proteger as áreas tidas como de interesse público, ou seja, a atuação estatal deve ser suficiente para que haja a proteção daquele tema. Contudo, esta atuação não deve ser realizada de modo desenfreado, devendo ser limitada a fim de se evitarem abusos que coloquem em xeque os direitos e garantias dos indivíduos. Nesta concepção o Estado deveria pautar a sua conduta em balizas apresentadas a partir da análise dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, de modo que estes não fiquem desprotegidos, mas também não sejam excessivamente tutelados de forma a colocar em risco outros interesses de igual ou superior estirpe. Sob o ponto de vista criminal, o Estado deve regulamentar as condutas tidas como prejudiciais à vida em sociedade, protegendo os interesses tidos como relevantes e limitando os direitos dos seres humanos em prol dos demais membros da sociedade, sem, contudo, agir de forma a tolher por completo os direitos básicos destes indivíduos tidos como transgressores ou até mesmo gerar uma comunidade arbitrária e autoritária. No Brasil alguns autores defendem o entendimento alemão acerca desta divisão dual da proporcionalidade, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet (2006), Lenio Luiz Streck (2004) e Luciano Feldens (2012), ao passo que outros defendem a inexistência desta dualidade, tal qual Humberto Ávila (2011).

De toda forma, vê-se que a ideia que melhor se coaduna com o espírito do Estado Democrático de Direito revela a proporcionalidade como um limitador do agir estatal, que não deve ser nem inferior nem superior ao necessário para a estrita tutela dos direitos básicos do ser.

Entretanto, algumas questões emergem com destaque nesta discussão. Como se considerar proporcional uma norma que criminaliza condutas que, em razão da sua generalidade, se tornam difíceis de constatação fática, a exemplo do novel crime de violência psicológica contra mulher incluído no artigo 147-B do Código Penal pela Lei nº 14.188/21? A tutela é aparente, uma vez que no campo prático as vítimas ainda continuam desprotegidas. Como se considerar proporcional uma norma que impõe a pena de reclusão de até 05 (cinco) anos àquele que maltratar um cão ou um gato (artigo 32, §1º-A, da Lei nº 9.605/98), mas que pune com até 04 (quatro) anos de reclusão aquele que agride uma mulher no ambiente doméstico e familiar (artigo 129, §13, do Código Penal)? Inexiste uniformidade no ordenamento, de modo a se parecer que a integridade física do animal se sobrepõe à da mulher.

Estes são exemplos de como a opinião pública, incentivada e ampliada pela mídia, sem qualquer amparo técnico, modela o agir legislativo. Os temas trazido ao debate são extremamente relevantes, seja a higidez física e psicológica das mulheres seja a integridade dos animais, mas resta verificar se o modo pelo qual estes foram tutelados se mostra adequado e proporcional ao que se busca, ou se se traduzem em proteções ora excessivas ora deficientes.

Assim, vê-se que o maior problema se apresenta na concretização da proporcionalidade, ou seja, em se compreender como seria possível, na prática, frear o expansionismo do Direito Penal sem, contudo, se desproteger determinadas áreas. Para tanto não há uma receita instantânea, haja vista que o punitivismo encontra-se incorporado no cenário social, naturalizado como o único caminho passível contra o fenômeno da violência, não sendo relevante a análise acerca da adequação da pena imposta ou das consequências reais que a criminalização gera no campo social.

Mas por se um ideário construído pela ação dos atores sociais, tais quais a mídia e a política, que se repete quase como um dogma, também pode ser desconstruído por meio da formulação de políticas públicas que ataquem a criminalidade sob outras vertentes. Utópica a visão de que o ideal seria abolir por completo o modelo existente, mas possível a sua convação a partir de práticas pontuais que demonstrem não ser a criminalização de condutas e a exasperação de penas as únicas medidas passíveis de adoção face a esta temática. Fomentar o sistema multiportas de acesso à justiça, a exemplo da justiça restaurativa, o envio de determinadas pautas sociais a outras searas que não o Direito Penal, reforçando-se a tutela desempenhada nos campos administrativo e civil, promover atos em prol da difusão educacional e de incentivo ao trabalho, parecem ser opções viáveis, ainda que a médio e a longo prazo, para que se possa analisar a criminalidade sob outros enfoques e o Direito Penal deixe de ser o salvador da pátria.

Assim, imperioso que o Direito Penal seja implementado à luz da proporcionalidade, mas esta novel visão depende diretamente de outras mudanças, que exigem o reforço de outros meios de controle social, a fim de se demonstrar que a via punitiva, quanto muito, deve ser utilizada somente quando não houver outro caminho a ser seguido, em homenagem ao tão propagado e pouco utilizado princípio da subsidiariedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num cenário ideal o Direito Penal deveria ser utilizado apenas em última instância, quando os demais meios de controle social se mostrarem insuficientes. Ademais, este uso deveria estar pautado na ideia de proporcionalidade, de modo que inexistisse proteção

deficiente ou excessiva. Entretanto, na atualidade o que se evidencia é uma ampliação excessiva e constante no campo de incidência do Direito Penal, de modo que as políticas relativas ao combate à criminalidade, em sua grande maioria, debruçam-se ou na criminalização de novas condutas ou no aumento das penas já existentes.

Este discurso de cunho punitivista é reforçado por diversos atores sociais, naturalizando o entendimento de que a punição, ainda que meramente formal e simbólica, seria o único caminho viável para se pôr fim, ou pelo menos reduzir, os índices atuais de criminalidade. Neste contexto a mídia exerce função de relevo ao passo que se utiliza das informações de índole criminal de modo mercadológico, eis que fomenta no imaginário popular o fascínio por esta área, pela tragédia, pelo drama que envolve os casos e seus atores, ligando de modo direto e emocional o telespectador com a história, de modo que este se enxergue no lugar da vítima. Esta forma de agir, que usa da informação enquanto entretenimento e que potencializa o medo individual e coletivo, faz com que as pessoas exijam posturas mais drásticas do poder público, no entender que este agir punitivo poderia ser um mecanismo de salvaguarda pessoal.

As pessoas, neste ponto, inclusive, aceitam a redução ou limitação dos direitos e garantias fundamentais, ao assimilarem a ideia de que para que haja maior proteção é imprescindível que se abra mão de alguns direitos, em caráter contraprestativo.

O poder político, por sua vez, visando a obtenção de votos e a manutenção do poder, verificando que os gastos atinentes à mera criminalização formal de condutas e à exasperação de penas é imensamente inferior ao da implementação de políticas públicas voltadas à análise da origem do problema criminal, se inclina à posição majoritariamente defendida pelo senso comum, ampliando em demasia o campo de abrangência do Direito Penal.

Ademais, constata-se que a imediatidade hodiernamente buscada no agir estatal também se apresenta como propulsora deste expansionismo penal, não se restringindo a uma ou outra ideologia política, estando imbricada na estrutura social do país. A relação entre o fato, o valor e a norma, tida como necessária para a criação e alteração legislativa é colocada em segundo plano, sendo a opinião pública, lastreada pela pressão da mídia, a força motriz ensejadora da criminalização de condutas e exasperação de penas, sem a devida análise acerca da sua real necessidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Em que pese estas constatações, verifica-se que alterar-se este cenário não é uma tarefa fácil, estando diretamente relacionada à mudança do pensamento público acerca do Direito Penal. Há que se pensar em soluções alternativas que transcendam a mera punição e que primem pela proteção do ser humano, em toda a sua extensão, de modo que não apenas se busque

afastar, ainda que paulatinamente, o protagonismo penal face aos dilemas sociais, mas difundir na sociedade a ideia de que esta área do Direito não é a primeira que deve ser buscada. Assim, mais do que se acabar com o Direito Penal é necessário que se faça dele prescindível.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria Baptista; REZENDE, Monica de. A ideia de ciclo na análise de políticas públicas. In MATTOS, Ruben Araújo de; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria Baptista. **Caminhos para análise das políticas de saúde**. Porto Alegre: Rede Unida, 2015, p. 221-259. Disponível em: <http://historico.redeunida.org.br/editora/biblioteca-digital/serie-interlocucoes-praticas-experiencias-e-pesquisas-em-saude/caminhos-para-analise-das-politicas-de-saude-epub/view>. Acesso em 05 mai. 2022.

BAUDRILLARD, J. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BICUDO, Hélio Pereira. **Violência**: O Brasil cruel e sem maquiagem. São Paulo: Moderna, 1994.

BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. Entre cidadãos e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumentos de consolidação da subcidadania. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 4, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/88>. Acesso em 17 set. 2021.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In. CABANA, P. F.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (org.). **Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización**. Valencia: Tirant to blanch, 2004, p. 15-63. Disponível em: <https://www.ikusbide.org/data/documentos/0058.pdf>. Acesso em 02 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em 5 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 14.064, de 29 de setembro de 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em 5 mai. 2022.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. In: **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CORRERA, Marcelo. A expansão do direito penal e o direito fundamental à liberdade. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 12, n. 2, p. 90-114, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/18666>. Acesso em 02 dez. 2021.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, 2013. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11270/2/Liberdade_e_seguranca_em_direito_penal_O_problema_da_expansao_da_intervencao_penal.pdf. Acesso em 12 nov. 2021.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: A constituição penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRANCO, Juliana Fiuza. **Implementação da justiça restaurativa como política pública no sistema penal brasileiro**. Monografia – UniEvangélica, Anápolis/GO, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/780/1/Monografia%20-%20Juliana%20Fiuza.pdf>. Acesso em 05 mai. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JORGE, Derick Moura; KONNO JÚNIOR, Jânio. Expansão do direito penal e as vertentes do princípio da proporcionalidade (proibição do excesso e da proteção deficiente). In: LIMA, Jairo Néia; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; ALVES, Fernando de Brito (org.). **XI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (SIACRID)**, 2021. Jacarezinho. Anais de Evento. Jacarezinho: UENP, 2021, p. 735-747. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2021/anais-do-xi-simposio-de-analise-critica-do-direito.pdf>. Acesso em 05 mai. 2022.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis: Vozes, 1997.

NAVARRO, Susana Soto. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. **Revista Electrónica de Ciencia Penal e Criminología**, v. 7, p. 09, 2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16028078.pdf>. Acesso em 09 out. 2021.

PINA, Sara. **Media e leis penais**. Coimbra: Almedina, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. 1 ed. Madrid: Civitas, 1997.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**. 3ª ed., Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/pos/mestrado/>

mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/processo-seletivo/SiteAssets/Paginas/default/RUA.pdf. Acesso em 05 mai. 2022.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal:** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública:** eficiência do serviço na prevenção ao crime. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 208-216, 2005. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SANTIN, Valter Foletto; GÓES, Winnicius Pereira de. Informação jornalística, preservação da verdade e o respeito à dignidade do acusado. **Revista Ciências Jurídicas Socias da UNIPAR**. Umuarama. v. 14, n. 2, p. 177-192, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4572>. Acesso em 06 mai. 2022.

SANTIN, Valter Foletto; DAVID, Décio Franco. Sistema penal e o valor fonte do direito: Reflexões a partir de Emmanuel Lévinas. In: GIACOIA, Gilberto; BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Teoria da Justiça:** exclusão e justiça. Curitiba: Juruá, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jun. 2006. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>. Acesso em: 16 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do Princípio Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal:** superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dupla-face-do-princproporcionalidade-e-o-cabimento-de-mandado-de-seguranca-em-materia-crimi>. Acesso em: 09 set. 2021.

SOUZA, Luciana Correa. **A expansão do direito penal:** os reflexos da influência midiática no processo de criminalização primária. 2017. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2017. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/9894>. Acesso em: 17 out. 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A dimensão (des) humana do processo de expansão do direito penal:** o papel do medo no e do Direito Punitivo brasileiro e o disciplinamento das classes populares. 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2462>. Acesso em: 05 nov. 2021.

YOUNG, Jock. **El vértigo de la modernidad tardía**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, out.-dez./1997, p. 13-23. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7406/>. Acesso em 29 nov. 2021.