

Neoliberalismo, Mídia e Sistema Penal¹

Ana Claudia da Silva²

Jefferson Augusto de Paula³

Resumo – Pesquisa científica sobre o capítulo 6 da obra Decisão Penal: a bricolagem de significantes de Alexandre Morais da Rosa, procurando demonstrar como o capitalismo usa da mídia para espetacularizar o medo.

PALAVRAS CHAVE: Neoliberalismo. Mídia. Medo. Direito Penal.

Abstract - Scientific research on Chapter 6 of the book Criminal Decision: Alexandre Morais da Rosa's bricolage for the significant, trying to demonstrate how the capitalism uses the media to show fear.

KEYWORDS: Neoliberalism. Media. Fear. Criminal Law.

1. Introdução

Dentre os variados movimentos de política criminal atual (punitivistas, abolicionistas e minimalistas) uma verdade deve ser garantida: a constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal, entendida como oxigenação do Direito Repressivo através de um viés garantista.

Não obstante, a linguagem usada retórica e displicentemente, alicerçada em objetivos velados, vem promovendo verdadeiras *aberratio*s penais.

¹ Trata-se o presente trabalho de uma discussão sobre o capítulo 6 da obra 'Decisão Penal': a bricolagem de significantes de Alexandre Morais da Rosa durante o Programa de Mestrado Interinstitucional UFPR/Faculdades Campo Real de Guarapuava/Pr, no ano de 2007, sob orientação do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

² Professor da OPET. Mestre em Direito do Programa de Mestrado Interinstitucional UFPR/Faculdades Campo Real de Guarapuava/Pr.

³ Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito da UNIVALI/SC.

Tome-se como exemplo o art. 3º do Código Penal, que regula a lei excepcional e temporária. O discurso penal oficial afirma, sem qualquer censura, que o referido dispositivo é exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, afirmado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XL, como se fosse possível flexibilizar direitos fundamentais. Cria-se, inclusive, com o aporte lingüístico, a figura da ultratividade da lei, para, discursivamente, convencer o leitor. Essa tarefa é tão bem desempenhada que no final até se esquece da garantia constitucional, pois a exceção tem o alicerce na ‘segurança jurídica’. Segurança para uns; exclusão para outros.

A leitura do Capítulo 6: *Neoliberalismo, ‘Lei e Ordem’, Terror Midiático e Ideologia* do livro de Alexandre Morais da Rosa⁴ revela como o aporte midiático serve ao Direito Penal simbólico, ou seja, o ilegítimo uso do Direito repressivo para acalmar a ira da população, que, pelo imperativo ideologicamente construído da segurança social brava discursos autoritários, condena a todos os criminosos (chamados de bandidos e marginais) e demanda altas penas.

O discurso oficial da Defesa Social é fomentado pela postura policialesca assumida pelo Poder Judiciário e pela legitimação do Direito Penal do terror, recursos sob os quais se esconde o verdadeiro significado político desse setor do ordenamento jurídico: atuar como “centro de estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas”.⁵

2. Discurso Criminológico oficial: Defesa Social

O discurso criminológico no Brasil ainda está arraigado na teoria patológica da criminalidade e se faz presente na decisão judicial: o Poder Judiciário deixou de ser o julgador para ser também o acusador/justiceiro⁶, em nome da ‘Defesa Social’.

O superado modelo positivista da criminologia, fruto do pensamento mecanicista influenciado pelas ciências naturais e pelo método experimental, “permanece dominante dentro da sociologia criminal contemporânea”⁷, haja vista diversos dispositivos legais de

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: A bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 06.

⁶ Exemplo claro é o fato da existência – e ainda ‘vigência’ - do art. 28 do CPP num ordenamento dito constitucional, pois, se o juiz manda ao PGJ é porque no fim quer condenar.

⁷ BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 30.

culpabilidade de autor⁸ (antecedentes, reincidência, periculosidade) e sua presença (in)consciente no ato decisório do juiz.⁹

Necessário o rompimento com esse paradigma etiológico – que considera a criminologia um estudo das causas e fatores da criminalidade – sem, contudo, cair no engodo do paradigma da reação social (*labelling approach*).

O papel da mídia¹⁰ é fundamental na manutenção do determinismo criminológico e na criação da ‘necessidade’ de políticas criminais mais severas, através da difusão da violência e da cultura do medo, fomentando movimentos de direito penal máximo (terrorista) e da ‘Lei e Ordem’¹¹.

O discurso (retórico) criminológico surge para tratar o *outro* (louco, criminoso/delinquente, menor), que não aceite ser *padrão* (standard), ou seja, que gosta(!) de desviar-se das condutas sociais.

MORAIS DA ROSA se fundamenta em **FOUCAULT**, ao analisar o caráter ‘*normatizador*’ do poder na sociedade, a fim de demonstrar a forma pela qual o Estado age ‘camufladamente’ usando de uma base (dita) científica.

⁸ ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Parte Geral, 2ª ed. Rio de Janeiro, Editora Revan. 2003, p. 131. Sobre o direito penal de autor: “Este direito supõe que o delito seja um sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um *estado perigoso*.”

⁹ Com a Escola Positiva há a difusão de diversos dogmas do direito penal que até hoje são inquestionados (pelo senso comum teórico) – o ideal de pena como mecanismo adestrador do réu, a periculosidade do indivíduo, o primado da legalidade em sentido estrito (formal) e do bem *versus* o mal.

¹⁰ CLEINMAN, Betch. **Mídia, Crime e Responsabilidade**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 1, 2001, p. 103. “A mídia, ao aceitar difundir o paradigma da criminologia positivista baseado na investigação das causas da criminalidade e na aceitação da idéia do criminoso nato, em vez de questionar quem tem o poder de definir condutas e assim exercer controle social, torna-se mais uma instância interna e funcional do sistema penal.”

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Os juizados especiais criminais á luz da jurisdição constitucional**: A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. www.leniostreck.com.br, visualizado em 24/09/07. “O que tem ocorrido concretamente nesse aspecto, e, conseqüentemente dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas liberais e comunitaristas, é que os últimos tentam introjetar na concepção de bem jurídico penal a idéia de que uma série de valores constitucionais coletivos necessitam de proteção penal, enquanto os primeiros, ainda presos às matrizes penais iluministas, resistem ao obstaculizar a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade. Continuam, pois, a pensar o Direito a partir da idéia de que há uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o Direito Penal tem a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, boa parte dos penalistas (que aqui denomino de liberais-iluministas) continuam – no ano de 2002, em pleno Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora –, a falar na mitiga figura do “Leviatã”.

A análise do Direito como uma ciência natural tem como consequência, a relação criminoso/doente (pecador) e a pena/remédio (redenção) – a normalização do delinqüente em Nome-do-Outro. “Em suma: tratar (terapeuticamente) de maneira desigual os desiguais. A Medicina, sob este prisma, aproxima-se ao Direito, na perspectiva de apontar tecnicamente quem é o desviante e o louco, bem como prescrever o tratamento e a profilaxia ao ‘anormal’.”

12

O homem normal é um ser idealizado – o *significante* homem médio, bom – e aquele indivíduo que não se adequar a esse arquétipo enquadrar-se-á em outra formatação, a do *criminoso*. Essa etiquetação (estigma) está presente não só na aplicação da pena (decisão judicial), mas também nos processos de criminalização.

Para Lombroso a figura do criminoso (o *ser-desviante*) é o *anormal* (doente), passível de(a) normalização¹³ por ser um ‘criminoso nato’, ou seja, o retorno do medievo, da selvageria, sendo essa anormalidade hereditária, reflexo do processo de seleção natural.

FERRI simboliza a diretriz sociológica, sem, contudo, excluir os fatores antropológicos e físicos. “Entendia que a criminalidade é mais um fenômeno social, que se rege por sua própria dinâmica”.¹⁴ Na verdade, a divisão de classes sociais, se torna clara pela aparição de marcas (sinais/estigmas) físicas no delinqüente.

(In)Conscientemente, o determinismo legitima discursos totalitários, baseados no medo (mídia) do inimigo: os fins – normalização via pena (terapêutica) para promover a defesa social – justificam os meios – mitigação das garantias.

O aporte lingüístico, baseado em locuções indeterminadas – *bem comum, paz social, segurança jurídica* – é o justificador do discurso maniqueísta, de orientação religiosa

¹² DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Discurso evolucionista das origens da criminologia latino-americana: racismo e hierarquia social** em José Ingenieros e Nina Rodrigues. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 22, 2006, p. 173. “O principal argumento defendido pela célebre trinca de doutrinadores italianos era a concepção do criminoso como um ser debilitado, degenerado e não suficientemente desenvolvido. Um ser, em geral, portador de características inferiores natas. Em geral, pode-se dizer que a doutrina do pensamento criminológico da Scuola Positiva trabalhava em função de dois estamentos epistemológicos: o eliologismo, isto é, o estudo, a classificação e a identificação das causas do agir criminoso por parte do indivíduo delinqüente, e o correccionalismo, que vem a ser a defesa de um modelo positivo que visa a tratar, a tutelar o criminoso, uma vez que ele, como tal, é patologicamente considerado e, assim, carece de estudo e acompanhamento.”

¹³ O desviante é visto como o sujeito que não se enquadra nas regras (normas) do jogo, e por isto, precisa se **normalizar**, ou seja, precisa que lhe apliquem a norma penal, para curá-lo.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Org. **Direito Penal**. Introdução e Princípio fundamentais. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 105.

imbricada com a moral (bem *versus* o mal) e de suporte eminentemente ideológico: manutenção dos interesses das classes dominantes¹⁵.

O indivíduo anormal não interessa ao *sistema* que não lhe confere o significativo sujeito de direito, os doentes (sujos) são varridos para debaixo do tapete – presídios/manicômios -, em verdadeira assepsia hegemônica.

Sob as máscaras da (dita) cientificidade e alicerces na divisão de classes, o poder normalizador (Foucault) encontra morada. Referido discurso antidemocrático é inerente, imbricado no senso comum teórico, encontrando a pragmática no direito *tupiniquim*, permanece até hoje, em alguns manuais (*bíblias para concurso*) e mesmo em algumas (*in*)decisões judiciais.

O discurso antidemocrático¹⁶ da ‘Defesa Social’, busca assim investigar na subjetividade do delinqüente (desviante), qual a sua doença, e descoberto o seu CID, curá-lo – *se houver tratamento*. O ‘inimigo’ (do capitalismo) em suma nesta perspectiva se distingue do *ser-bom* (superior) porque passou pela etapa/fase, devendo o *perdedor/retrogrado* (desviante) ser tratado – *ir para a repescagem* -, mas, agora, sobre a orientação de seu médico (o juiz), que vai lhe receitar o tempo e o modo de tratamento necessário, ou seja, a *pena* e o *regime* a ser cumprido, para assim, voltar ao normal (padrão).

Apesar da ‘Escola Positiva’ ter entrado em descrédito científico, ela ainda esta entre nós (como uma alma). O juiz nesta acepção é o ‘cordeiro de Deus’, que tira os pecado(re)s do mundo, mas (não) tem piedade de nós (desviantes).

3. Neoliberalismo e Direito Penal do Terror: o papel estratégico do Direito

Há uma função ideológica do *desconhecimento*, a partir da eficiência da manutenção dos indivíduos em fila (reprodução velada ao direito pelo sistema hegemônico). O discurso capitalista é forte – retórica da igualdade de oportunidades – tendo como mote o *capital*.

¹⁵ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. “As idéias (*Gedanken*) da classe dominante são, em cada época, as idéias dominantes; isto é, a classe que é a força *material* dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força *espiritual* dominante. A classe que tem à sua disposição os meios de produção material, dispõe, ao mesmo tempo, dos meios de produção espiritual, o que faz com que a ela sejam submetidas (...) as idéias daqueles aos quais faltam meios de produção espiritual.”

¹⁶ Antidemocrático, porque Luigi Ferrajoli em sua obra: **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Ed. Trotta. Valencia. 1999, diz: “(...) **los derechos fundamentales** sobre los que se asienta la democracia sustancial **están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría**,...”. (p. 26), e ainda: “(...) **los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente**, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría ...”. (p. 27)

Com o fim da guerra fria (queda do Muro de Berlim em 1989) o capitalismo apresenta-se como a nova força mundial. Para se expandir – tornar-se um Império¹⁷ – e conquistar mercados (consumidores) é fundamental o passo seguinte, a globalização. Com a quebra de barreiras, tudo se torna veloz, eficiente¹⁸, informatizado – é a era da tecnologia – a *idéia se substituir a noção epistemológica de causa/efeito pela de ação eficiente*.¹⁹

O neoliberalismo é a nova ordem, representa o atual estágio do capitalismo, marcado por um conteúdo político definido – transnacionalidade – enraizado na ideologia efficientista, em flagrante supressão do social pelo econômico.

O direito passa a ser apresentado como algo selecionado naturalmente, pré-destinado a salvaguardar a felicidade (Paz/Defesa Social), protegendo o capital (patrimônio). Esse câmbio epistemológico pode ser observado no processo penal²⁰, que, transformado em produto, requer eficiência na condenação²¹, para melhor agradar o consumidor, rompendo-se com as ‘regras do jogo’²². Para tanto, mitigam-se (e excluem-se) direitos e garantias, em prol de um ‘Direito Penal Máximo’.

O mito²³ da ausência de opções exclui outras possibilidades, sendo que não se sabendo a palavra (nome da coisa) se coloca o ‘mercado eficiente’, dividindo o mundo em duas classes; os que se submetem às regras (moradores de uma aldeia ideal); e, os que se recusam a elas, os *irresponsáveis*²⁴.

¹⁷ HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império**. Trad. Perilo Vargas. São Paulo: Record, 2001.

¹⁸ CUIABANO, Renata Maciel. **Ordem de Mercado, Eficiência e suas Repercussões na Atuação do Juiz no Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez. n. 7. 2002. p. 96. “O princípio da eficiência, deste modo, desloca a racionalidade do Estado de material a uma racionalidade instrumental, adequada significativamente à economia globalizada, importada da esfera privada, inserindo ao Estado objetivos e valores como custo/benefício e aumento de economicidade, antes exclusivamente buscados pelos economicistas.”

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 04, p. 29.

²⁰ Exemplo clássico é o rito da lei de tóxicos e do CPP, que concentrou as testemunhas de acusação com as de defesa numa audiência única, mais célere (para a acusação é claro). Outro exemplo é a previsão esdrúxula do art. 85 da Lei 9.099/95, que prevê sentença (decisão pela conversão) sem processo.

²¹ Acredita-se em um juiz mecanicista, incentivado por *programas de milhagens*, transformado em uma máquina de produção de sentença, ainda que em manifesta restrição da defesa e produção da exclusão.

²² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 3ª ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.

²³ CESAR, Constança Marcondes. **O conceito de mito em Eudoro de Souza**. Reflexão (27) Revista do Instituto de Filosofia – PUCAMP, p. 53. “Em que consiste o mito? É fundamentalmente, um discurso a respeito dos deuses. Para compreender tal discurso, é preciso, contudo, buscar sua origem: a religião, o ato ritual, pura vivência da presença do sagrado. (...) O mito aparece, como um dizer poético, uma resposta ao sentimento da presença do divino. Não é explicativo, mas simbólico.”

²⁴ A economia afeta o direito, pois, surgem defensores da elevação do mercado sobre o direito, como a *Teoria da Análise Econômica do Direito*. Para os defensores deste pensamento como Flávio Galdino em sua obra

Figuras como Hayek precursoras do neoliberalismo, ganharam destaque, combatendo a idéia de Estado Prestacional (*Welfare State*), – voltado às questões referentes à coletividade²⁵ – verdadeiros entrave ao Mercado/Economia. Há um processo de ‘naturalização’ no qual o Mercado é o divisor de águas (entre os que *têm* e fazem *parte*, e os que *não têm*, e são *excluídos*).

Com este slogan mantenedor do *status quo* (mercado-consumo), o Estado deve ser *mínimo* na justiça social - *incapaz de assegurar a vida digna à maioria das pessoas*²⁶, e *máximo* na esfera penal²⁷ – cria-se um alarido pela intervenção penal, reprimindo quem pretende buscar o Estado-Pai. Neste diapasão as desigualdades (*miséria x acúmulo de capital*) fazem parte do progresso.

O Direito Penal trabalha na manutenção do sistema com a chancela da massa alienada – que será objeto da tutela penal máxima – quedando-se iludida pela palavra do pai/Estado.

É o regresso do discurso determinista alienante, da defesa dos bons contra os maus (doentes), pois o criminoso não é consumidor, daí a exclusão. “Ora, na nova base epistêmica, há pouco espaço à ética; e a conseqüência é um inevitável desprezo do homem pelo homem, assim como pelo seu trabalho”²⁸, *a mais valia*.

Nesta linha, proliferam-se doutrinas contra um suposto *inimigo*²⁹ (Jakobs), que não aceita as regras do jogo e por isto merece a mão forte do Estado no viés penal, para que sirva de exemplo, e saia do círculo (circo) social, não se lhe asseguram direitos alguns, pois não é reconhecido como sujeito de direitos,³⁰ justificando até a criação de um direito penal próprio,

‘Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores’. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005, p. 243: “...”, o Direito é considerado como mais uma engrenagem no complexo mecanismo de alocação de recursos na sociedade ...”, e continua (p. 242): “...”, o objetivo central é alcançar a maior eficiência possível nas alocações sociais ...”, uma espécie de razão instrumental do direito.

²⁵ GARCIA, Rogério Maia. **A Sociedade de Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização.** Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 17, 2005. p. 78.

²⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo.** São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999, p. 82.

²⁷ O Estado Penal Máximo manifesta-se através das políticas de segurança pública (Lei e Ordem) e, principalmente, flagra-se na inflação legislativa, do aporte à criminalização dura, ao determinismo do criminoso (Crime Organizado).

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil.** Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 04, p. 32.

²⁹ Fatos como o 11 de setembro e Madri por exemplo, chegam a (i)legitimar para alguns a discussão (ultrapassada) da pena de morte.

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal.** Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19. A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*.

ou seja, um direito penal para o cidadão e um para o não cidadão (o inimigo, nítido direito penal de autor).³¹

O mercado coisifica o homem, impõe-lhe o rótulo de fornecedor/consumidor/produto. A informação também é mercantilizada, torna-se objeto de consumo e, como tal, requer dinamicidade. O produto atual é o medo (da castração, da insegurança) que tem sido vendido aos incautos, sem qualquer responsabilidade.

Legitima-se (vende-se) os discursos da ‘Tolerância Zero’, do ‘Movimento da Lei e Ordem’, do Direito Penal do Terror e do agigantamento do Direito repressor, todos fomentados pela (falsa) idéia de que só medidas extremas resolverão o problema da criminalidade³². Diante dos problemas sociais, da falta paterna, os órfãos clamam pela Lei – manifestação do Ausente – para que ela constitua novamente a Ordem e evite o estado primitivo.

Promete-se a mitológica segurança jurídica através da inflação legislativa. Utiliza-se o direito penal para fins políticos, elegendo-se os bens jurídicos em dissonância com a teoria geral dos direitos fundamentais e com o princípio da proporcionalidade, através do *abuso totalitário para fins de imposição de determinadas formas de vida*.³³

A mídia – *principalmente televisiva* – consegue persuadir os menos esclarecidos, demonstrando diariamente em flashes especiais (furos de reportagem), que a violência esta ‘aumentando’³⁴.

³¹ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 143. Mas então o direito penal de inimigos também só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa.

³² RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror**. p. 35. “O que se faz, no mais das vezes, o ‘Direito Penal do Terror”, é tratar as condutas pouco agressivas como se fossem graves, merecedoras de respostas penais à altura. O veículo desse discurso é, não raras vezes, a demagogia”.

³³ SHÜNEMANN, Bernard. **O direito penal é a ultima ratio da proteção dos bens jurídicos!** Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 13, n. 53, março-abril, 2005, p. 18.

³⁴ SHECAIRA. Sérgio Salomão. **Mídia e Crime**, *In*: Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva, p. 354. “Notícia sobre crime fascina a população desde há muitos séculos. Na Idade Média os bardos percorriam povoados difundindo seus romances, os quais, em sua maior parte, narravam histórias de assassinatos. As execuções eram públicas e se constituíam em um espetáculo em que se acendia a violência. O desaparecimento do suplício, a partir do final do séc. XVIII e começo do XIX, a despeito de espetáculos dantescos ainda isolados, marca o fim da festa da punição que tanto fascinava as pessoas.”

Nesta ótica, legitima-se a divisão de mundos em bons (ordeiros) e maus (desordeiros), impondo a estes últimos leis mais severas (hediondas porque não), tendo como ideologia o pensamento da ‘Nova Escola Penal’.³⁵

Essa fala é fomentada pela linguagem, pelo registro no *Simbólico* do dever de obediência, necessário para a manutenção do laço social, para o não retorno à barbárie. Reconhece no Outro – Lei – a segurança.

A política da Tolerância Zero³⁶, um exemplo manifesto da dissimulação de discurso através do maniqueísmo (bom/mau) com o escopo de combate aos inimigos sociais, aqueles que na verdade a sociedade capitalista (egoísta) não gosta de ver nas ruas – *pois, perturbavam quando pedem esmolas para comer*.³⁷

O senso comum teórico impõe um viés discriminatório, estigmatizando determinados comportamentos – mendicância, vadiagem, pobreza³⁸ – como se estas determinantes representassem a escolha do sujeito e que sua severa punição (profilaxia) contribuiria para contensão da violência, antecipando-se à lesão.

Premida pela ordem mercadológica, a pena se torna um produto, é cumprida em indústrias de adestramento (recuperação do indivíduo). Descobriu-se um verdadeiro tesouro capitalista: baixo custo de produção (mais valia do preso) e, de quebra, o reconhecimento social – trabalho (in)voluntário em prol da comunidade.

A massa anuí, dessa feita, a um discurso que se pensa ser o mantenedor do conforto ainda que de uns em detrimento dos outros. Esse é o engodo.

4. Mídia: produto crime e fomento do medo

³⁵ Vale a pena o lembrete de Streck, onde diz em artigo científico que pelo princípio da secularização do direito, a Lei de Contravenções Penais seria inconstitucional por prever tipos de ordem moral ao invés de jurídicos, vide: www.leniostreck.com.br.

³⁶ REALE, Miguel. **Insegurança e Tolerância Zero**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 09, 2003: “Com a crise social vivida nas grandes cidades, onde pupula o desemprego, e com imensos bolsões de pobreza caracterizados pela ausência do Estado no fornecimento de mínimos serviços públicos, mormente falta de polícia e de Justiça conciliadoras de pequenos conflitos do dia-a-dia, a prática da ‘tolerância zero’ aprofundará a desdita das populações periféricas das médias e grandes cidades, onde as casas se aglomeram sem espaço para uma árvore, sem qualquer lazer, sem lugar para vicejar a dignidade da pessoa humana.”

³⁷ O Estado só pode usar o direito penal como *ultima ratio*, pois, as conseqüências são graves. O Estado (agente político) que usa o direito penal para tudo, mostra-se inversamente, como um Estado incapaz, que não consegue – ou não quer – usar o direito em suas outras áreas (administrativo ou tributário/financeiro) para dar conta de seus problemas e da sociedade.

³⁸ Não é de se assustar que num país – ideologicamente - capitalista como o Brasil, um dos motivos para não se conceder fiança ao cidadão mantendo-o preso é o fato da pessoa não ter trabalho (ser vadio), situação esta prevista no Art. 323 do CPP que diz: “Não será concedida fiança”: II - nas contravenções tipificadas nos artigos 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais.

A secularização do Direito está longe de ser alcançada, haja vista a perpetração da crença no amor e o enfoque discursivo da luta entre o bem e o mal. Não bastasse a sua extensão informatizada (internet) a mídia encontrou a difusão globalizada. Com esse aporte, o discurso midiático é um (efetivo) instrumental na justificação e construção ideológica nos discursos fomentadores do Direito Penal Máximo, pois, dá o aporte ao clima de insegurança, da cultura do medo.

O que não se vê – *ou que não se mostra* – é a ideologia enrustida que a mídia traz ao apresentar questões de segurança pública, trazendo uma insegurança social (abalando a ordem pública), garantindo assim a venda desenfreada de produtos de segurança (o ‘mercado’ agradece).

Opera através da violência simbólica, explorando o inconsciente dos espectadores, seus desejos mais sombrios, um verdadeiro banquete³⁹.

Essa formação alienante queda-se ancorada em recursos cênicos. Primeiro se adentra o auditório com a construção do apresentador ideal (mito), com inerentes virtudes de beleza e inteligência, bom desempenho como genitor e cônjuge, ótimo profissional, vestimentas irretocáveis, cidadão exemplar, enfim, o semi-Deus. O primoroso fantoche do aporte midiático. Como alguém tão perfeito poderia mentir?

Caricaturado o personagem, passamos às suas reações. Voz grave e severa quando é anunciado o crime, ladeado a um semblante sério. Franzimento da testa ao nomear o criminoso. Às vezes, somos premiados com um balançar negativo da cabeça ou com uma respiração profunda em censura. Como alguém (réu) tão imperfeito poderia ser inocente?

Esgotados estes expedientes, recorre-se à linguagem – prostituta da mídia. Com esse instrumental, o delinqüente é nomeado *menor* de 17 anos, enquanto a vítima é anunciada como o *jovem* de 16 anos. O reincidente recebe a alcunha de criminoso altamente perigoso. O doente mental denomina-se *maníaco*, o dependente químico é o *viciado*, e assim vai.

Tudo gira em torno do bem e do mal, do certo e do errado. Lógico, como todo espetáculo, a peça dependerá da hora e do lugar, da vítima e do réu. Fechadas as cortinas, caem as máscaras.

³⁹ O crime violento (com sangue) choca mais do que o crime não violento (peculato), e isto a imprensa sabe muito bem, pois, usa na capa de alguns jornais a imagem do corpo estendido no chão. *Nunca se viu na história deste país*, tantas manifestações populares cobrando ‘justiça’. A cadeia é assim o ‘cativeiro’ que se quer ao desviante, lembrando que quanto mais longe e mais segurança - máxima - melhor.

Neste viés determinista a única crítica aceita/feita pelo *senso comum* é a crítica ao Direito Penal, como instrumento da impunidade.

A mídia sabendo do seu poder persuasivo, no seu horário nobre, não mostra outra coisa, senão violência, violência e mais violência⁴⁰ (o show não pode parar), isto tudo para tirar das ruas (do mercado) os sujeitos ativos do crime.

O jornalismo policial, antes percebido como produto de mau gosto, voltado para as camadas populares, ganhou ares de nobreza e estabeleceu-se nos horários nobres, como uma das preferências nacionais.⁴¹

Quanto mais atroz e anormal o crime, maior a audiência. **MORAIS DA ROSA** acertadamente cita o programa *linha direta* como articulador do exercício arbitrário das próprias razões pelo telespectador que vê no seu vizinho novo, um possível foragido, tudo novamente em prol da ‘Defesa Social’.

Para promover a venda desse produto, garantias e direitos fundamentais são vilipendiados (presunção de inocência⁴², privacidade, intimidade), tudo em nome do Mercado, afinal, esses não sujeitos não consomem, só enfeiam as ruas, melhor tê-los presos, vê-los mortos!

Na ‘idade mídia’ a imprensa é a praça pública da modernidade!

PASTANA adverte que é importante pôr medo, pois, o medo gera obediência e gera voto, pois, o que é difícil é resolvê-lo⁴³. É um trabalho ideológico, gerar pânico para justificar o poder, para manter o *status quo*.

⁴⁰ Sérgio Salomão Shecaira. *op. cit.*, p. 354. “O fascínio que o crime e o criminoso exercem tem duas funções para o ser humano. A primeira é de diferenciar o “homem de bem” do criminoso. O reforço do seu esteriótipo permite não deixar dúvidas quanto a condição de pessoas honestas que cada um atribui a si próprio. Além disso, serve para manifestar “uma incompreensibilidade da natureza humana; deve se ver no crime mais que uma fraqueza ou uma doença, uma energia que se ergue, um brilhante protesto da individualidade humana” quanto àquilo que não se compreende com perfeição na natureza humana e que escapa aos domínios do homem.”

⁴¹ CLEINMAN, Betch. *op. cit.* p. 98.

⁴² ÁVILA, Gustavo Noronha; GAUER, Gabriel José Chittó. **Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória.** Breve reflexão transdisciplinar. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 1, 2001, p. 107. “A preocupação com o chamado ‘furo de reportagem’ tem gerado toda forma de abuso por parte da imprensa brasileira, não sendo observadas, inclusive, garantias de cunho constitucional. Exemplo é o caso da Escola Base, onde a publicidade dada e o verdadeiro linchamento público a que foram submetidos os sujeitos passivos do inquérito foram infinitivamente superiores à divulgação da absoluta ausência de provas para dar início ao processo penal.”

⁴³ Débora Regina Pestana, **Cultura do medo:** reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo : IBCCRIM, 2003, p. 97-98: “A cultura do medo que se criou em torno da criminalidade provoca um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança”.

Trabalha-se, dessa feita, com o inconsciente popular⁴⁴, com o receio de castração. Transporta-se o crime à condição de *Tabu*, quem não o respeita deve ser severamente punido, pois malogrou o laço social.

A mídia realiza um etiquetamento antecipado, “os desordeiros de dentro precisam ser controlados; os de fora, excluídos. Os regulares, por sua vez, tendem a não causar problemas. Controlando os desordeiros, prendendo-os, excluindo-os, o problema está resolvido. A ordem voltará a reinar e o crime desaparecerá”.⁴⁵

Somos vigiados sem nossa permissão, tudo em prol da segurança coletiva, temos alarmes nas casas, nos carros, identificadores, rastreadores, pois, a ‘Indústria do medo’ – *vai bem obrigado* -, nos fez cliente/consumidor. Interessa um Estado incompetente, fraco, que não dá conta de conter a pobreza, porque não sabe dividir as riquezas do país, e, por conseguinte, um direito penal veloz e justiceiro (Complexo de Nicolas Marshall).

Com a Criminologia Crítica o foco de abordagem foi alterado, deixando-se de analisar o homem delinqüente (desviante) e suas marcas (estigmas), para ver que este sujeito faz parte de um contexto social (marginalizado – Zaffaroni), propenso ao etiquetamento. Partindo do critério material de Dussel⁴⁶, a Criminologia Crítica desvenda o sistema penal como o próprio formador e mantenedor da exclusão através da convenção dos tipos penais.

Descartada a figura (fotografia) do criminoso, passou-se a analisar a *realidade social*: a classe pobre torna-se mais vulnerável à criminalização/normatização.

O significante bem jurídico altera o seu significado com um escopo claro: os interesses da classe dominante. Deixa-se de tutelar (Estado Mínimo), os bens jurídicos necessários à vida digna da maioria, para promover a defesa de uma classe. O conceito analítico de crime (conduta típica, antijurídica e culpável) é pura retórica, pois a sua determinação só é observada quando quem se enquadra em seus estratos é um dos ‘fregueses’ do sistema.

⁴⁴ DARGÉL, Alexandre Ayub. **Princípio da lesividade, garantismo e direito penal mínimo**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 3, 2001, p. 105. “A sociedade contemporânea, notadamente no que se refere aos grandes centros urbanos, está experimentando, em escala crescente, um recrudescimento do fenômeno da violência, em todos os meios sociais - desde as estruturas sociais mais desfavorecidas até elites dominantes -, que está produzindo diferentes conseqüências, principalmente: (sensação de) insegurança na população e inúmeras manifestações exigindo providências das autoridades”.

⁴⁵ COUTINHO, J. N. da M. **Teoria das Janelas quebradas**: e se a pedra vem de dentro? p. 25.

⁴⁶ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão.

A ‘função’ do Direito Penal que seria proteger todos de forma igual, acaba desviando seu curso, para proteger aquilo que a elite quer que ele proteja. O direito penal assim não é de todos, mas é de poucos (ou para loucos).

O argumento garantista⁴⁷ é salutar ao *Monastério dos Sábios* quando estiverem em foco aquelas condutas que prejudicam o Mercado (criminalidade econômica) e que são, na maior parte das vezes, produzidas pelo homem médio. Nessas hipóteses, o discurso é aplaudido e repetido pelo senso comum teórico que (in)conscientemente o recalca quando o sujeito ativo é o excluído.

5. Poder Judiciário: democracia x ideologia

O julgador – ser-aí – como sujeito no mundo, contém, ainda que inconscientemente, essas significações retóricas e midiáticas. Há um imbricamento entre o inconsciente do julgador, a taxação dos criminosos (bandido) e a mídia.

Os discursos de Poder (Lei e Ordem e de Normalização) penetram no ato decisório, considerado a cura para o doente (desviado).

A decisão judicial ocorre em nome do Outro, quando o juiz define-se como o representante neutro do Ausente. Por conseguinte, a decisão reflete de forma narcisista no seu ego, tanto mais quando é reproduzida pela mídia, quando o julgador se torna o protagonista (mocinho) do espetáculo.

O assassinato do pai da horda, compartilhado pelos irmãos, traz o sentimento de culpa e a negação, pois o crime é do outro. A violência televisionada tem o poder de reviver esses sentimentos, de culpa e gozo pela violência. Como conseqüência, a fala clama punição, acalentadora do remorso.

Uma recorrente nos discursos em prol da Segurança da Sociedade é a negação dos excluídos – de direitos, de garantia, de dignidade humana – sem promover resultados satisfatórios de diminuição da criminalidade.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 102. “Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio positivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos.”

Em linhas gerais insurge-se o nomeado 'Movimento Antiterror', “um brado de repúdio à *legislação de pânico* que concebeu o credo administrativo do *preso diferenciado*”⁴⁸, através da luta contra leis penais mais rígidas e efetivas (neoliberalismo) sob o argumento que a causa precípua da criminalidade reside na marginalidade ou exclusão social, bem como, na omissão do Estado Mínimo.

Essa nova fala não é, entretanto, uma falácia paternalista em prol da impunidade, pelo contrário, tem como matriz fundamental o combate efetivo, sem retóricas, à criminalidade⁴⁹, mantida inexoravelmente a preservação dos direitos e garantias individuais, balizadores do direito penal mínimo.

O Poder Judiciário por muito tempo se evadiu de suas responsabilidades, julgando questões individuais na forma da lei. Porém, a Constituição Cidadão de 1988 trouxe uma nova roupagem a este órgão, em razão das garantias e direitos fundamentais, passando a ser o lugar de defesa dos cidadãos.

A Constituição (dirigente) é, na verdade, programática, através do engodo retórico o senso comum teórico lhe retira o caráter cogente. *Será que a Constituição promete o impossível ou o mínimo factível? Até que ponto a inação dos operadores jurídicos determinará essa visão programática da Constituição?* O constituinte fez uso de um discurso de palanque para justificar e ocultar a inação estatal.

A enormidade de garantias (não há direito sem garantia – Luigi Ferrajoli) previstas no art. 5º da CF e a legitimação do Ministério Público (art. 129 da CF) fez com que as demandas sociais reivindicando direitos passassem a influenciar na política, originando-se a ‘*Judicialização da Política*’.

O sistema liberal da tripartição dos poderes é ferido pelas alterações na atuação do Executivo, que, na ótica neoliberal, minimaliza o Estado, no que diz respeito às atividades fundamentais (educação, saúde, segurança e Poder Judiciário), em patente parceria com o Setor Privado.

⁴⁸ DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. 13-14.

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Segurança Pública e o Direito das Vítimas**. p. 142. “De qualquer maneira, a *diminuição da criminalidade*, pela via correta (investindo-se nas Políticas Sociais), é *um processo* gradual e lento. A repressão pura e simples, a qualquer preço, como querem os arautos da retórica fácil, inoperante e ineficaz (da qual a história está lotada de exemplos) só traz dissabores, sofrimento (normalmente nas camadas menos favorecidas) e corrupção, patrocinada pelas camadas mais favorecidas. Por sorte não temos condições econômicas para tanto e um discurso nela fundado seria, a toda evidência, mentiroso: a Política de Tolerância Zero, como é primário, pede condições materiais das quais não dispomos”.

Por outro lado, o Judiciário é chamado a participar – fazer o que o Estado esta se omitindo. Neste contexto, o Sistema Garantista é fundante de uma ordem democrática, onde nem sempre a maioria vence e escolhe, porque a minoria não pode ser deslocada, e o Judiciário controla os atos antidemocráticos do Executivo.

O Executivo usando de sua função atípica passou a legislar mais que o Legislativo, trancando a pauta do Congresso⁵⁰, mudando a ordem natural das coisas, querendo criar o novo (Estado Neoliberal) sem com isto se desvencilhar do velho (Estado Prestacional), ou seja, o novo não nasceu e o velho não morreu. Ademais, são criadas as Agências Reguladoras (verdadeiras câmaras de conciliação/arbitragem), com o escopo de retirar do Judiciário a análise do Político e do Econômico.

Como o Judiciário atua balizado na lei, a melhor forma de controlá-lo é através da inflação legislativa, criam-se novas demandas para distraí-lo⁵¹.

Diante deste conflito (quase um caso penal) entre o Poder Judiciário e Poder Legislativo, a doutrina (Wernneck Vianna) propõe duas análises: os *substancialistas* (Cappelletti-Dworkin) x *procedimentalistas* (Habermas-Garapon).

Conforme destacado por **MORAIS DA ROSA**, em linhas gerais, os *substancialistas* defendem a concretização dos *direitos fundamentais* previstos na Constituição da República via processo judicial, enquanto, os *procedimentalistas* usam do processo judicial (Poder Judiciário) apenas para garantir a participação no processo de tomadas de decisões, ou seja, poder participar, discutir/deliberar e votar, não importando o resultado⁵². O que importa desta divisão é que o Poder Judiciário é mão forte, que determinará a palavra final (Juiz-Pai), seja para determinar qual o direito fundamental deve ser aplicado, seja para dar o direito a participação.

Destaque-se que a ação comunicativa, nos países periféricos, marcados “pela vigência da lei do desenvolvimento desigual e combinado, que enlaça atraso e modernidade,

⁵⁰ E este que não consegue legislar, passa então a investigar, com a criação abusiva e politqueira das CPI's

⁵¹ Imagine quanto energia poderia ter sido economizada se a Lei dos Crimes Hediondos tivesse sido editada, desde o princípio, em respeito às garantias Constitucionais?

⁵² Para se implantar um *procedimentalismo* em *terras brasilis* é necessário antes de tudo dar condições efetivas de conhecimento ao povo. Não se pode discutir com quem não sabe o que se está falando.

desenvolvimento e subdesenvolvimento, cultura e barbárie”⁵³, requer cautela para que não se transforme em um discurso alienante.

Pergunta-se acerca da possibilidade de uma comunidade ideal de fala no Brasil, bem como, indaga-se até que ponto essa fala não será manipulada pela mídia. Nos países periféricos em que grande parte de sua miserável população mal tem condições de pensar, depositar as fichas em uma ação comunicativa é perigoso, haja vista que o poder (efetivo) estará nas mãos de quem comanda a fala.

Erige-se a importância do Poder Judiciário como verdadeiro e não retórico guardião da Constituição, na efetivação do Estado Democrático de Direito, por intermédio da tomada de posição pessoal diante desses dois eixos.

Haja vista a importância do papel do Judiciário na efetivação da Democracia é preciso avaliar a democratização da própria Instituição e a figura do juiz, ou seja, até que ponto esse *ser-at*⁵⁴, no ato decisório busca desempenhar dito papel e, sobretudo, “é preciso se indagar ‘para que’ e ‘a quem’ o Poder Judiciário está servindo”.⁵⁵

“O juiz não é mero 'sujeito passivo' nas relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é construtor da realidade em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva”.⁵⁶

Assumir um pluralismo ideológico é fundamental para a quebra da inação estatal. “São os institutos processuais destinados a controlar diretamente essas omissões – mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão – que viabilizam a participação política, garantindo o valor dignidade da pessoa humana”.⁵⁷

⁵³ ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Obra citada. p. 389.

⁵⁴ Em verdade, nossos magistrados (principalmente ministros) estudaram a Constituição de 1967, recebendo com dificuldades os avanços de uma constituição dirigente. Veja-se, por exemplo, o discurso (desabafo) do então Presidente do STJ na inauguração de uma sede do Ministério Público: “(...) a Constituição de 1988, foi o desaguadouro das frustrações do imaginário brasileiro e das aspirações reprimidas durante o período autoritário. Passados apenas 17 anos da promulgação da nova Carta, a democracia brasileira ainda vive a juventude, o que explica os excessos, as peraltices que têm ocorrido na parte de setores do Ministério Público e até da magistratura.” (Tema: “*Espasmos Facistas*” – Min. Edson Vidigal, Presidente do STJ, afirmações feitas por ocasião da inauguração da nova sede da Procuradoria Geral da República, São Paulo, Sexta-feira, 02, fonte: O ESTADO DO PARANÁ, 04/12/04, pág. 06.)

⁵⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. p. 247.

⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel no novo juiz no processo penal*. p. 3-55.

⁵⁷ CITTADINO, Gisele. Obra citada. p. 21. “Para o constitucionalismo comunitário (...) o processo de concretização da constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público.”

Após 1988, o Poder Judiciário, principalmente através da atuação do Supremo Tribunal Federal, tem uma tarefa mais ativa, caracterizado como “um órgão de caráter político, que atue no sentido de zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras de uma política deliberativa”.⁵⁸

O processo penal parte de pontos de partida falaciosos, mas continua a crer na veracidade absoluta de suas premissas. Um exemplo é a cega validação da neutralidade do julgador, acreditando-se em um Juiz Hércules, uma máquina, sem defeitos, e totalmente imparcial no ato decisório. “A busca dessa neutralidade do sujeito tinha alguns motivos determinantes, primeiro, a crença em uma razão que tivesse validade universal (...), segundo, a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno nascente, que vinha falar em nome de toda a nação”.⁵⁹

Esse juiz, sem qualquer influência axiológica e sem inconsciente, está presente em grande parte dos manuais de processo penal brasileiro,⁶⁰ que acredita que a imparcialidade está assegurada pela Constituição que, num passe de mágica, neutraliza o julgador.

“Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta”.⁶¹ O Judiciário, como guardião constitucional, deve procurar o mesmo caminho, através da filtragem garantista e do abandono do discurso positivista, invocando-se a Constituição Penal Dirigente.

No direito processual penal ainda não se conseguiu muito avanço da ‘Judicialização da Política’, mantém-se pautada na presunção de culpabilidade e periculosidade do agente, através do sistema inquisitório de produção da prova, como se verifica na aplicação da pena, na manutenção do inquérito.⁶² e das prisões cautelares⁶³, que são em sua generalidade inconstitucionais⁶⁴.

⁵⁸ CITTADINO, Gisele. Obra citada. p. 39.

⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. p. 30-31.

⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. p. 18. “Não se pode admitir juiz parcial. Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, não houvesse a imparcialidade do juiz”.

⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. p. 7.

⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel no novo juiz no processo penal**. p. “A solução, repito, parece estar na superação da estrutura inquisitória com a exclusão do inquérito e com a presença de uma única instrução, no crivo do contraditório”.

⁶³ PAULA, Jefferson Augusto de. Monografia: **Prisão Temporária: Uma análise crítica á luz do garantismo constitucional**. Faculdades Integradas Curitiba, 2006: “..., se fosse visto o instituto da prisão temporária como prisão processual (ou cautelar), por obrigação e determinação constitucional,

É preciso democratizar o ato decisório através do compromisso pela justiça. “O Direito Penal material e o Direito Processual Penal, (...) estão funcionalmente interligados. Um processo Penal democraticamente diferenciado somente é possível se o Direito Material também for democraticamente diferenciado”.⁶⁵

O ideal *justiça*, pautado no garantismo, requer a abertura da comunidade de intérpretes da Constituição⁶⁶ efetivando-se a igualdade material, trazendo à vítima a condição de outro – norteado pelo *critério material* de Dussel.

6. Considerações Finais

A obra de MORAIS DA ROSA, especialmente o capítulo ora analisado, desvela a ilegitimidade que o Direito penal tem experimentado. Ao lado de suas funções legítimas e da fala oficial – proteção de bens jurídicos – o Direito repressor, através de uma mídia maniqueísta e do discurso criminológico (retórico) da Defesa social opera a clandestinidade do seu (real) intento.

Liga-se retoricamente a criminalidade à violência e esta à pobreza e à miséria. O direito penal hipertrofia-se para o combate da criminalidade (violenta), armando-se com a inflação legislativa quantitativa – novíssimas leis – e qualitativa – penas mais severas, hediondez, supressão de garantias. Por outro lado, a criminalidade ‘branca’ – crimes econômicos, fiscais e de colarinho branco – experimenta tendências de descriminalização e despenalização.

deveria ser assegurado o direito do acusado à ampla defesa e o contraditório, também no inquérito policial, considerando-se este como um processo administrativo. Portanto, é inadmissível conceber-se a prisão temporária como prisão processual, por não existir processo algum no momento de sua decretação, também não sendo possível concebê-la como medida cautelar, por ter mero caráter investigatório, e não se saber ao certo, se existirá ou não o processo. (...) Por fim, se verifica com isso, que a prisão temporária, por falta de requisitos substanciais e em face ao princípio da presunção de inocência, não tem razão de existir em nosso ordenamento jurídico.”

⁶⁴ *Idem*, “... a presente prisão não pode ser aceita por nosso ordenamento jurídico, pois contraria à Constituição Federal, no que tange ao direito à liberdade e o princípio da inocência, usando-me das palavras de CÂMARA que diz ser a prisão temporária é uma figura bizarra, sugerindo seu banimento de nosso ordenamento jurídico.”

⁶⁵ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. p. 65.

⁶⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 31. “Dos cidadãos aos partidos, passando por sindicatos e órgãos estatais, todos ganham parte do processo de interpretação da constituição. Sem a participação de todas as forças da comunidade política não há como concretiza a constituição.”

Dessa forma, a Política Criminal atua, ora simbolicamente, ora promocionalmente, (nunca!) legitimamente.

Com o escopo de (re)legitimação do Direito penal, torna-se necessário o transporte das garantias fundamentais do plano meramente retórico para o plano da factibilidade e essa tarefa somente será possível quando caírem as máscaras.

A oxigenação constitucional das normas penais e processuais penais é um dos caminhos para limitar o Poder Punitivo Estatal. Entretanto, o filtro garantista deve sair do discurso e adentrar a decisão penal, através de um novo olhar, que promova o respeito às garantias também do não-sujeito (excluído).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Neoliberalismo e desconstrução da razão democrática no Estado periférico brasileiro.** *In:* Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mon't Alverne Barreto de Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232.

ÁVILA, Gustavo Noronha; GAUER, Gabriel José Chittó. **Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória.** Breve reflexão transdisciplinar. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 1, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 3ª ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.

CESAR, Constança Marcondes. **O conceito de mito em Eudoro de Souza**. Reflexão (27) Revista do Instituto de Filosofia – PUCCAMP

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CLEINMAN, Betch. **Mídia, Crime e Responsabilidade**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 04.

_____. **Teoria das janelas quebradas**: e se a pedra vem de dentro? Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 11, 2003.

_____. **Segurança Pública e o Direito das Vítimas**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 8, 2002.

_____. **O papel no novo juiz no processo penal**. In: Crítica à teoria geral do direito processual penal. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-55.

CUIABANO, Renata Maciel. **Ordem de Mercado, Eficiência e suas Repercussões na Atuação do Juiz no Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 7, 2002.

DARGÉL, Alexandre Ayub. **Princípio da lesividade, garantismo e direito penal mínimo**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 3, 2001.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Discurso evolucionista das origens da criminologia latino-americana**: racismo e hierarquia social em José Ingenieros e Nina Rodrigues. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 22, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Movimento antiterror e a missão da magistratura**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA, Rogério Maia. **A Sociedade de Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 17, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores'. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Derechos y garantías**: la ley de más débil. Trad. Perfecto Andres Ibanez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GALDINO. Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Org. **Direito Penal**. Introdução e Princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Império**. Trad. Perilo Vargas. São Paulo: Record, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 8, 2002.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo : IBCCRIM, 2003.

PAULA, Jefferson Augusto de. Monografia: **Prisão Temporária**: Uma análise crítica á luz do garantismo constitucional. Faculdades Integradas Curitiba, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”**. Curitiba : Juruá, 1991

REALE, Miguel. **Insegurança e Tolerância Zero**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 9, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 203-253.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Lúmen Juris, 2008.

SHECAIRA. Sérgio Salomão. **Mídia e Crime**, *In*: Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo : Método, 2001

SCHÜNEMANN, Bernard. **O direito penal é a ultima ratio da proteção dos bens jurídicos!** - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 13 n. 53, março-abril, 2005.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Os juizados especiais criminais á luz da jurisdição constitucional**: A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. www.leniostreck.com.br, visualizado em 24/09/07.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

____. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.