A MÍDIA, O INIMIGO E A DOSIMETRIA DA PENA: CRÍTICA GARANTISTA

THE MEDIA, THE ENEMY AND THE DOSIMETRY OF PENALTY: GUARANTISM CRITIQUE

Ana Claudia da Silva Abreu / Guilherme Schroeder Abreu

Mestres em Direito pela UFPR, professores da Faculdade Campo Real – Guarapuava-Pr

RESUMO

A mídia, através de um discurso maniqueísta, vende os produtos crime e criminoso, conforme as exigências do mercado, elegendo os inimigos do Direito penal. Visando a restauração da norma e a prevenção de futuros delitos, são negados ao inimigo os direitos e as garantias fundamentais. Para atender ao clamor popular e às exigências midiáticas, o magistrado, quando da dosimetria da pena, valora negativamente as circunstâncias judiciais, com o fim de estabelecer altas penas ao criminoso midiaticamente eleito como inimigo, vilipendiando seus direitos. É fundamental uma (re)leitura garantista, ou seja, a devida oxigenação constitucional das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia. Dosimetria da pena. Garantismo.

ABSTRACT

The media, through a manichean discourse, sells products crime and criminal, according to the demands of the market, choosing the enemies of the criminal law. For the restoration of the rule and prevent future crimes, to the enemy are denied the rights and fundamental guarantees. To answer the popular clamor and media´s demand, the magistrate, when dosimetry penalty, evaluates judicial circumstances negatively, in order to establish higher penalties to the criminal that the media elected as an enemy, violating their rights. It is essential a (re) reading garantista, to make the necessary constitutional analysis of the judicial circumstances of art. 59 of the penal code.

KEYWORDS: Media. Penalty´s dosimetry. Garantism.

INTRODUÇÃO

A mídia elege os inimigos do Direito penal e fomenta o combate a eles, trazendo a questão se cabe ao magistrado, a despeito das garantias penais, atender a esse apelo.

Objetivou-se, portanto, avaliar como se dá a concretização do direito penal do inimigo no direito brasileiro, sobretudo através da influência do poder midiático no ato decisório judicial, evidenciado, mormente, quando da apreciação das circunstâncias judiciais subjetivas, previstas no art. 59 do CP. Por fim, necessária a crítica, com aporte no garantismo penal, das circunstâncias judiciais, como uma segurança de que as garantias penais constitucionais sejam também respeitadas quando da concretização da dosimetria da pena.

DO DIREITO PENAL DO IMINIGO E DO ATUAR MIDIÁTICO NA CONSTRUÇÃO DOS INIMIGOS

Para o funcionalismo radical ou prevencionista de Günther Jakobs, teoria baseada em uma sociedade de riscos, o Direito e a sanção penal têm uma finalidade meramente preventiva – prevenção de futuros delitos a partir da proteção da norma.

A partir dessa concepção, dá-se maior relevância aos crimes de perigo abstrato[1], vindo a imputação objetiva do resultado a serviço de uma tipicidade material mais ampla, baseada em riscos permitidos e proibidos. A pena passa a ter um único escopo – prevenção positiva –reafirma a validade da norma violada[2] e, dessa forma, previne futuros crimes, pois revela que a norma continua válida e atuando como o suporte do sistema.

A culpabilidade, por sua vez, é substituída pela ideia de periculosidade e aí enquadram-se os inimigos – perigosos – que são aqueles agentes que violaram a norma penal e dão mostras de que o farão novamente – reincidentes. Esses se tornam os inimigos do sistema, os não sujeitos – violadores do contrato social – e assim lhe são negados os direitos garantidos aos cidadãos – aquelas pessoas que respeitam a validade da norma.

Os meios de comunicação, por sua vez, vendem um produto, precisam de anunciantes e de um público consumidor. Nessa lógica do mercado, a informação transforma-se em uma mercadoria. Seguindo uma necessidade neoliberal eficientista[3], os discursos devem ser simplificados de modo a atingir um número maior de consumidores.

Nada melhor que passar uma visão maniqueísta do crime, baseada na força das imagens, de modo a despertar as emoções do telespectador. Essa eficiência mercadológica não demanda tempo para reflexão e entendimento; requer apenas terror, afinal, o medo vende!

Essa visão de mundo baseada em sangue e violência torna-se parte do dia a dia dos *cidadãos*, despertando um desejo de vingança privada fomentado pelo medo de ser a próxima vítima. O poder midiático desperta o clamor público pelo fim da impunidade, pela justiça, onde leis mais severas e altas penas apresentam-se como a única via possível. “Desta avenida de entrada nos lares é possível a articulação da ‘cultura do medo’ para justificar e naturalizar como caminho ‘doloroso e necessário’ para salvação: o agigantamento do sistema penal.”[4]

---

[1] Pune-se a conduta prescindindo-se de lesão ao bem jurídico e antes mesmo que o perigo se torne concreto. Além disso, as penas passam a ser desproporcionalmente altas, exatamente para coibir a transgressão da norma.

[2] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. “A coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato (...) significa a desautorização da norma, uma ataque à sua vigência, e a pena (...) significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente”.

[3] Sobre o neoliberalismo. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 1, n. 04. out./dez. 2001.

[4] MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. p. 226. Sobre a televisão: “coloca em risco diversas esferas do saber, dentre elas o Direito e, em última escala (...) a própria Democracia”.

Elegem-se os criminosos a partir do poder de venda dos seus crimes, assim, disseminam visões do crime e do processo que contrariam diretamente os princípios constitucionais, pois o que importa não são as *regras do jogo* e sim as regras editorias do mercado. Prende-se antes da instauração de um processo; condena-se antes da prolação da sentença. Assim, além de ser julgado pelo que fez – o que já é suficiente – o criminoso passa a ser julgado pelo o que ele é, em retorno ao direito penal de autor, tornando-se um *inimigo*.

É exatamente nesse clamor de emoções despertadas pela mídia que se encontra o magistrado, ao qual incumbe, através da sentença, atender a todas essas exigências?

Assim, o superado modelo positivista da criminologia, fruto do pensamento mecanicista influenciado pelas ciências naturais e pelo método experimental, permanece dominante no Direito penal contemporâneo, haja vista diversos dispositivos legais de culpabilidade de autor[5] (antecedentes, reincidência, periculosidade) e sua presença (in)consciente no ato decisório do julgador.

A DOSIMETRIA DA PENA E A CRÍTICA GARANTISTA

A dosimetria da pena é realizada através de um critério trifásico. Na primeira fase são analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal[6], sendo fixada a pena base. Na segunda, são avaliadas e mesuradas as circunstâncias legais agravantes e atenuantes e, finalmente, na terceira e última fase, são aplicadas as causas de aumento e de diminuição. De fato, é na primeira fase que reside a maior discricionariedade do juiz, e, se não bastasse, é a etapa na qual será fixada a pena base, que influenciará as fases seguintes.

A primeira circunstância judicial é a culpabilidade. A doutrina aponta a culpabilidade como medida da pena, ou seja, como grau de dolo ou de culpa. Mas se pergunta? A culpabilidade já não teria também sido avaliada como elemento do delito e condição para a imposição da sanção – agente culpável? Deveria, ou melhor, poderia o magistrado avaliá-la novamente sem inobservar a proibição do *bis in idem*?

Essa incongruência fica clara quando, para fundamentar a elevação da pena do réu Mizael Bispo de Souza o magistrado afirma: “Maior de 18 anos e mentalmente apto, o réu sabia, ou deveria saber da ilicitude de sua conduta”. Mas a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude são elementos da culpabilidade, já analisados quando da condenação!

---

[5] ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. p. 131.“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*.”

[6] São circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

Requer-se o encurtamento garantista da culpabilidade[7], que não seja utilizada para promover o aumento da pena base, "a culpabilidade é condição para a imposição da sanção (...), constituindo-se, pois, em *bis in idem* sua sobreposição na configuração do tipo e na aplicação da pena."[8] Trata-se de uma desculpa para, retoricamente, aumentar a pena base, chamando-a de grave, exasperada, acentuada[9], e, assim, atender ao clamor midiático.

Os antecedentes são utilizados sem qualquer parcimônia, como verdadeira ficha de pecados do réu[10], tratando-se de uma estigmatização eterna. Não obstante ter o STJ[11] fixado limite temporal à sua mensuração – cinco anos após a extinção da pena, como a reincidência – na árdua tarefa de agradar os telespectadores que pedem por vingança, o juiz finge desconhecer essas recomendações e avalia os antecedentes criminais sem qualquer limite.

Ignora-se, inclusive, a presunção de inocência, vindo a considerar processos ainda em curso, inquéritos arquivados, processos com sentença absolutória. Em franca violação ao *ne bis in idem*, o fato anteriormente praticado é duplamente valorado, primeiro quando houve a condenação e depois para fins de mensuração da pena pela prática de outro fato.

Ora, o que falar então da personalidade e da conduta social? Não se pode olvidar que se julga o fato praticado e não o autor do fato, como afirma Carvalho "no momento da sentença penal condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado com averiguação probatória."[12]

No afã de fixar uma pena base robusta e visando a esperada pena final, o magistrado julga o sujeito pelo que ele é e pelo que foi[13]. Sem qualquer conhecimento técnico, tece várias considerações acerca da sua personalidade. No caso do *inimigo* Bruno afirma a juíza acerca dessa circunstância: "é desvirtuada e foge dos padrões mínimos de normalidade." Avalia-se, o que é ou não normal, ainda, qual conduta social é moral e qual é imoral, procura qualquer situação em que possa, retoricamente, encontrar um motivo para a majoração da pena, em desrespeito à secularização do Direito penal. Para ilustrar: "A conduta social é igualmente desfavorável considerando o comprovado envolvimento do réu Bruno Fernandes na *face obscura do mundo do futebol*". O que seria isso senão um argumento retórico?

---

[7] MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. p. 344.
[8] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. p. 30.
[9] No famoso caso do Goleiro Bruno, acusado pelo assassinato de Elisa Samúdio, a magistrada entendeu ser a culpabilidade "**intensa e altamente reprovável**". Da mesma forma em relação ao réu Mizael Bispo de Souza, o juiz assim prolatou: "a censurabilidade da conduta do acusado é **acentuada e altamente reprovável**".
[10] CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reflexões sobre o Direito Penal no terceiro milênio. "Hoje, apesar de todas as recomendações, fundamentalmente, prevalece o brocardo – *punitur ut peccatum est*."
[11] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 2.227-2 MG. DJU, 29/03/1993.
[12] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. p. 30.
[13] Ainda, no caso de Mizael sua conduta foi considerada reprovável porque ele "além de **ser advogado, é policial militar reformado**, sendo de todo exigível se comportasse de maneira diversa."

Restam os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, além de estarem descritos na denúncia e comprovados em processo com contraditório, para majoração da pena, devem ser apreciados com cuidado, evitando dupla apreciação. Por fim, o comportamento da vítima, deverá ser avaliado para fins de redução e não apenas elevação.

Ferrajoli[14] parte da divergência entre o plano normativo infraconstitucional e sua (in)efetividade quando em comparação com as previsões constitucionais. Referida desarmonia resta clara nas circunstâncias judiciais, as quais violam o direito à igualdade e à liberdade, além de vilipendiar princípios penais de garantia, como o princípio da proibição do *bis in idem* e o primado da exteriorização ou materialização do fato, segundo o qual o Estado apenas poderá punir e (des)valorar os fatos praticados pelo agente e não o sujeito pelo que ele é.

CONCLUSÃO

O direito penal do inimigo é uma doutrina antidemocrática que deve ser rechaçada por um Estado Democrático de Direito. Ainda, a atuação da mídia na eleição dos inimigos da população é uma prática que fomenta o medo e as exigências de justiça, desumanizando o Direito penal, em busca da tão aclamada Defesa Social.

A (re)leitura garantista das circunstâncias judiciais serve de suporte ao magistrado, que não deve atender aos anseios populares e midiáticos e sim atuar em respeito e concretização da Constituição. A devida constitucionalização (e democratização) do Direito penal brasileiro é a via necessária para findar o hiato entre o que *deve ser* e o *que de fato é*.

REFERÊNCIAS

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reflexões sobre o Direito Penal no terceiro milênio. *In*. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Estudos criminais em homenagem ao professor Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 1, n. 04. out./dez. 2001.

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

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *et al*. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

[14] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 785.