

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Público

Vítor Burgarelli Campos Melo

**MÍDIA DE MASSA E VULNERABILIDADE: Reflexos da formação da opinião pública
na decisão penal**

Belo Horizonte
2019

Vítor Burgarelli Campos Melo

**MÍDIA DE MASSA E VULNERABILIDADE: Reflexos da formação da opinião pública
na decisão penal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Guilherme Coelho Colen

Área de concentração: Direito Penal na Sociedade Democrática Contemporânea

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M528m Melo, Vítor Burgarelli Campos
Mídia de massa e vulnerabilidade: reflexos da formação da opinião pública na decisão penal / Vítor Burgarelli Campos Melo. Belo Horizonte, 2019.
132 f.

Orientador: Guilherme Coelho Colen
Dissertação (Metrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Culpabilidade. 2. Vulnerabilidade. 3. Exclusão social. 4. Decisão judicial. 5. Comunicação de massa. 6. Direito penal - Legislação - Brasil. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.121

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Vítor Burgarelli Campos Melo

**MÍDIA DE MASSA E VULNERABILIDADE: Reflexos da formação da opinião pública
na decisão penal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em
Direito Público.

Professor Doutor Guilherme Coelho Colen (Orientador) – PUC/MG

Prof. Dr. Claudio Roberto Cintra Bezerra Brandão – PUC/MG

Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter – USP

Prof. Dr. Henrique Vianna Pereira – PUC/MG (Suplente)

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2019.

AGRADECIMENTOS

Adoto o agradecimento como uma prática constante.

A todos aqueles que por acaso acabarem lendo o que escrevi aqui, se eu agradeço a você por ter contribuído, de qualquer forma que seja, com o andamento desse trabalho – sejam pessoas próximas a mim, com quem tive contato, ou os autores que li, que agradeço ao citar no texto – saiba que reitero essa gratidão nesse momento.

Considero essa pesquisa como fruto de um grande investimento pessoal: falar com embasamento acadêmico algo em que eu sempre acreditei. Portanto, agradeço a você que fez parte de um dos momentos mais importantes da minha vida.

RESUMO

A pesquisa aqui desenvolvida pretende um diálogo entre dois importantes institutos de nossa realidade: a mídia de massa e o sistema penal concretamente considerados. Para além de uma restrição ao âmbito do *dever-ser*, grande parte do trabalho procura subsídios na academia – via revisão bibliográfica de livros nacionais e internacionais relacionados, bem como teses, dissertações, revistas acadêmicas bem avaliadas por órgãos oficiais, e outras publicações – para discutir esses fenômenos como eles realmente são, seus efeitos na vida de indivíduos reais e mecanismos viáveis para o controle desses efeitos no âmbito jurídico-penal. O trabalho se inicia com uma discussão de caráter epistemológico, a fim de justificar a opção metodológica de se priorizar o domínio do *ser* em uma pesquisa jurídica, campo esse que comumente se ocupa do *dever-ser*. Revelada a necessidade de um posicionamento crítico e de viés redutor de danos, analisam-se as proposições teóricas mais relevantes na história do pensamento penal moderno a respeito do instituto da culpabilidade, categoria essa que foi utilizada como um ponto de contato entre a mídia de massa e o sistema penal na presente análise. Investigada a relação (se casual ou causal) entre ambos os fenômenos com subsídios das ciências sociais e da ciência das comunicações, constatou-se que a mídia de massa ajudou – e tem ajudado – a fortalecer valores conservadores e uma mentalidade excludente em setores expressivos da população, sobretudo aqueles que possuem poder de influência em decisões públicas, e até mesmo aqueles que executam tais decisões. Retomando a culpabilidade após a argumentação a respeito dos efeitos nocivos da mídia de massa no todo social e suas tendências excludentes, e especificamente sua influência nos horizontes possíveis da decisão judicial, é reforçada a adequação do modelo da culpabilidade pela vulnerabilidade como um dos mecanismos possíveis para a redução de parte dos danos intrínsecos à atuação do sistema penal na sociedade atual.

Palavras-chave: Culpabilidade. Vulnerabilidade. Mídia de massa. Exclusão social. Decisão judicial.

ABSTRACT

The research developed here proposes a dialog between two institutions in our reality: mass media and the criminal system, both concretely considered. Beyond a restriction to the dimension of *ought*, a large portion of the work is subsidized by the academia – via book reviews of national and international related works, as well as thesis, dissertations, academic journals which are well evaluated by official agencies, and other publications – to discuss these phenomena as they really are, their effects on real individuals' lives and viable mechanisms for controlling these effects in the judicial-criminal context. This dissertation begins with an epistemological discussion on the methodological option to prioritize the *being* domain in a law research, a field which is commonly occupied by the *ought*. Having revealed the need for a critical positioning focused on damage reduction, an analysis is made on relevant theoretical propositions regarding culpability throughout the history of modern criminal thinking, a category which is used as point of convergence between mass media and criminal system in the present analysis. Having investigated the correlation (if casual or causal) between both phenomena with resources from social sciences and communication sciences, it has been concluded that mass media helped – and has been helping – to strengthen conservative values and an exclusive mindset in expressive portions of the population, especially those who possess power to influence public decisions, and even those who execute such decisions. Revisiting culpability after arguing the harmful effects that mass media produces on the social body and its exclusive tendencies, and especially its influence on the possible horizons of the judicial decision-making, the work reinforces the adequacy of a model of culpability for the vulnerability as one of the possible mechanisms to reduce part of the damage that is intrinsic to the reality of the criminal system in our current society.

Keywords: Culpability. Vulnerability. Mass media. Social exclusion. Judicial decision-making.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A NECESSÁRIA INTERDISCIPLINARIEDADE	23
2.1 Introdução	23
2.2 Pretensões puristas das ciências criminais: positivismo e tecnicismo jurídicos inseridos na resposta jurídica ao crime	24
2.3 Defesa social; lei e ordem	28
2.4 Criminologia crítica, crítica ao sistema punitivo e crise	32
2.5 Realismo criminológico e reducionismo jurídico-penal	36
2.6 Por um reducionismo crítico: criminodogmática e resgate das promessas garantistas	41
3 CULPABILIDADE: ESTABELECIMENTO DO HORIZONTE DE ESTUDO	45
3.1 Introdução: por que culpabilidade e qual culpabilidade	45
3.2 Origens remotas e primeiras expressões	47
3.3 Reinhard Frank e Franz Von Liszt: consolidação na dogmática	48
3.4 A resposta neokantiana de Edmund Mezger	50
3.5 Hans Welzel e o finalismo	52
3.6 O finalismo no Código Penal brasileiro	54
4 O CAMINHO À VULNERABILIDADE	59
4.1 Introdução: o finalismo que morreu que passa bem	59
4.2 A crise do finalismo	60
4.3 A resposta funcionalista de Claus Roxin	63
4.4 A variação sistêmica de Günther Jakobs	67
4.5 As dificuldades de se trabalhar com o funcionalismo no Brasil	68
4.5.1 <i>O abismo entre discurso e prática</i>	68
4.5.2 <i>Os sérios limites da prevenção</i>	71
4.5.3 <i>A necessidade redutora</i>	75
4.6 A culpabilidade pela vulnerabilidade: consciência marginal e reprovação pelo esforço	76
5 EXCLUSÃO SOCIAL, MÍDIA DE MASSA E VULNERABILIDADE	81
5.1 Introdução	81
5.2 Teoria(s) da mídia e seus ditos efeitos	82
5.2.1 <i>Teorias normativas e influência direta</i>	82

5.2.2 Efeitos limitados	86
5.2.3 Abordagem “mídia e violência”	87
5.3 A mídia em ação, parte 1: fortalecimento de uma base valorativa	88
5.4 A mídia em ação, parte 2: influência no controle dos indesejados e construção da vulnerabilidade	95
5.4.1 A vítima funcional.....	96
5.4.2 O suspeito execrado	99
6 DISCUSSÃO: O JUIZ TAMBÉM É TELESPECTADOR, OU A CONTAMINAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL PELA PRESSÃO MIDIÁTICA E O QUE A DOGMÁTICA PENAL TEM A DIZER SOBRE ISSO	107
6.1 Introduzindo o último ato da presente narrativa	107
6.2 As entrelinhas da decisão judicial, o juiz telespectador e o júri: sobre sociologia da punição e discursos latentes	108
6.3 Enfrentando os sistemas finalista e funcionalista de culpabilidade a partir das conclusões extraídas até agora.....	114
6.4 A culpabilidade revista sob o foco da vulnerabilidade e dos estereótipos.....	117
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

“[...] the most dangerous thing about television [...] is that we yield to the temptation not to take television seriously as both a disseminator and a definer of the cultural atmosphere we breathe and process [...]”
(WALLACE, 1993; p. 155).

O início desse trabalho servirá tanto como uma introdução metodologicamente necessária a qualquer trabalho acadêmico, quanto como uma justificação do ponto de que se pretendeu partir e a que se pretendeu chegar com a pesquisa relatada nas linhas a seguir, sendo pertencente a uma linha de pesquisa de Direito Penal.

A preocupação principal externada ao longo da dissertação, como poderá ser percebido, diz respeito a influências mútuas entre realidade e o dever-ser do Direito: as influências que o Direito gera na realidade perceptível, e as que o mundo real gera no cotidiano jurídico, especialmente no campo das decisões judiciais. Parte-se da indagação, a título de problema, sobre os possíveis influxos da mídia de massa na prática judicial brasileira, especificamente no que diz respeito à interpretação judicial de categorias da dogmática penal.

Portanto, há dois pontos a serem esclarecidos nesse momento inicial: a) “por que a mídia?”, e; b) “por que analisar a decisão judicial?”.

Em primeiro lugar, a análise sobre a mídia de massa parte de uma curiosidade pessoal, bem como uma posição condicionada a ser crítica diante de fenômenos de massa e senso comum. Felizmente, essa postura não chega ao ponto de levar a uma espécie de paranoia isolacionista, uma alienação de grau ainda maior, mas tão somente leva a buscar ambos os lados da equação.

A mídia, enquanto instrumento produtor praticamente universal de consenso, é, ao mesmo tempo, um espaço de tendencioso reducionismo. Dentre diversas visões de mundo ou realidades a serem retratadas em um noticiário, o dinamismo da exibição de conteúdo em jornais, TV e mesmo na internet apenas permite que parte do todo seja transmitida. O telespectador médio, engajado nas emoções que aquela exibição gera – afinal, se não gerasse emoções, não justificaria sua audiência – e geralmente acrítico, tende a tomar como verdade apenas aquela versão reduzida da realidade.

Sobretudo em telejornais, a indignação com o crime grave, a assimilação do desespero e desolação da vítima como seu e a humilhação do autor capturado, são recebidas pelo

telespectador como uma sucessão necessária e desejada na narrativa do crime. É consenso que, diante de um crime comprovado, uma pena é devida. Nossa Constituição Federal, Código Penal e de Processo Penal estão plenamente vigentes e abarcam o raciocínio punitivista (pejorativamente ou não).

Contudo, a entrevista dada pela vítima é suficiente à comprovação de um crime? A humilhação pública do suposto autor, filmado entrando no porta-malas da viatura, ou na delegacia de polícia, algemado, cabisbaixo, e acuado por entrevistadores e policiais, é uma pena válida? A mesma Constituição, Código Penal e de Processo Penal discordam.

De todo modo, essa espécie de narrativa se retroalimenta sistematicamente. O telespectador a busca para ter sua dose diária de emoção, e os telejornais também a buscam para satisfazer as necessidades de sua audiência. É o que o filme *O Abutre* (2014) retrata, ainda que com certas liberdades criativas peculiares ao cinema. O filme, em resumo, narra a história de um cinegrafista que filma e vende notícias sobre crimes para um canal de TV, com a instrução expressa de captar fatos violentos, e, de preferência, crimes cometidos por minorias contra pessoas de classe média e alta.

Por mais que seja uma obra de ficção, o filme abre os olhos para um fato de que talvez não muitas pessoas estejam cientes. A maioria das notícias veiculadas em nossos telejornais, redes sociais e jornais impressos diz respeito justamente a essa dinâmica: crimes cometidos por pessoas desfavorecidas contra a classe média trabalhadora. Quando fogem dessa lógica, em geral retratam conflitos motivados pelo tráfico de drogas, como se desse um aviso: “o problema das drogas está fora de controle e pode chegar até você”.

Tudo isso tem uma clara motivação: se não há a devida ligação (no sentido do inglês *rapport* e do francês *rapporter*, significando “trazer de volta” ou “aproximar”) entre a linguagem do meio de comunicação e o espectador, o meio é ineficiente, não gera emoções. Em outras palavras, o noticiário é mais interessante – no sentido de gerar uma reação, qualquer que seja – quando, em suas entrelinhas, comunica-se diretamente com o estrato que mais o consome: a classe média acometida por um grave sentimento de insegurança.

Novamente, há aí um processo de retroalimentação: a classe média enquanto população dominante, tanto em mentalidade quanto em representatividade social, já insegura, busca se entreter com aquilo que vê e sente no cotidiano. Daí vem a atração coletiva inevitável por entretenimento que lida com temas violentos, bem como, claro, notícias com temáticas assim. O resultado, obviamente, é manter viva a chama da insegurança, do descrédito nas instituições de controle do crime e do clamor por medidas mais duras.

Retornamos, portanto, ao problema do reducionismo da narrativa do crime. Quando lidamos com termos absolutos, a lógica da solidariedade humana nos leva, naturalmente, a “torcer” pela vítima, aquela pessoa que teve algo seu diminuído – seja seu patrimônio, sua segurança ou até sua vida ameaçada. No entanto, o que ocorre quando olhamos para o outro lado e vemos que o criminoso, julgado e condenado ali mesmo pelo noticiário, teve muito mais subtraído de si pela sociedade antes do fato narrado, e que mantê-lo nos caminhos dessa narrativa tende a subtrair ainda mais, possivelmente tornando inevitável que reverta essa situação?

Não é uma resposta simples: os olhos das massas quase nunca se voltam ao criminoso porque os meios de comunicação não têm muito interesse em prosseguir na história além de mostrar que aconteceu um crime e que há um suspeito, já devidamente exibido. Agir dessa forma desperdiçaria o espaço de impressão ou o tempo da edição que poderia ser utilizado para mostrar o próximo crime do dia, ou amenidades como as notícias de esporte ou a previsão do tempo.

A mídia de massa, portanto, é um recurso que subsidia nosso sistema penal de um modo perigoso: a lógica da insegurança e descrédito alimentada pelo dinamismo das notícias e seu alto poder de induzir emoções imediatas no espectador esconde uma importante parte da narrativa, a que diz respeito ao suspeito do crime. Em termos de Direito Penal, para que não se distancie da discussão que deve realmente ser travada, essa dinâmica de representação do criminoso pelos meios de comunicação gera um processo de despersonalização contra esse agente, legitimando medidas duras ocultadas pelo manto do discurso jurídico.

Uma inversão é operada, nesse sentido. O discurso jurídico, ao invés de revelar o objetivo constitucionalmente estipulado da promoção dos direitos individuais e da dignidade da pessoa humana, passa a revelar, em uma análise mais aproximada, uma tendência à justificação de medidas antidemocráticas que, porém, satisfazem a uma espécie de clamor de um público que parece demandar um fim a seu sentimento de insegurança. Seria uma troca justa, já que o cidadão de bem, inseguro, não se imagina nunca como sendo vítima de medidas do tipo.

Portanto, respondendo à pergunta “por que a mídia?”, temos que a análise é necessária pois trata-se de um fenômeno presente em nossa sociedade de diversas formas e com diversas implicações, sobretudo a formação de um consenso praticamente universal. Quando essa formação de consenso se dá em matéria de crime, o que ocorre com muita frequência, tende a levar ao fomento de uma sensação de insegurança invencível no público, justificante de medidas cada vez mais duras contra réus, investigados ou meros suspeitos informais.

O mais grave, ao se refletir sobre essa questão, é considerar a postura de juízes que, via de regra, identificam-se com esse posicionamento ou cedem a pressões da sociedade para tomar uma decisão dura, sob pena de serem considerados coniventes com a criminalidade ou até mesmo que fazem parte dela. Juízes que se distanciam das pressões populares para se aproximarem de uma aplicação conforme à lei e à Constituição, adotando como filtro interpretativo a dignidade humana, não são, de forma alguma, alvo da crítica feita aqui.

O parágrafo anterior nos liga à próxima questão: “por que analisar a decisão judicial?”. A resposta diz respeito a um recorte metodológico feito no planejamento do trabalho.

Muito já se falou na doutrina sobre o fenômeno do *populismo penal*, o movimento de elaboração legislativa motivada por fatos e pressões que tomam a atenção da mídia, gerando, não raro, leis apelidadas com o nome das vítimas desses fatos. Em síntese, esse tipo de movimento se ancora na impressão de que fazer funcionar o poder legislativo é a resposta adequada a uma onda crescente de crimes ou a um crime específico particularmente grave.

O interesse maior do trabalho, por outro lado, foi colocado em questões mais próximas e cotidianas, como a consolidação de um consenso que leva juízes a decidirem de tal ou qual forma ao condenarem alguém e estabelecerem uma quantidade de pena, e como a interpretação judicial da culpabilidade é influenciada por esses fatores. Acredita-se que é possível avançar mais no debate jurídico acadêmico ao se partir desse ponto de discussão, ainda pouco explorado em sua totalidade pela doutrina.

Ademais da contribuição acadêmica que se pretende com a presente investigação, há também o intuito de fornecer subsídios a práticos do Direito em sua atividade concreta de argumentação e programação de decisões judiciais, sobretudo na atuação defensiva.

Como se pode perceber, trata-se de um trabalho interdisciplinar, contendo, em sua metodologia, pesquisas doutrinárias tanto do campo da dogmática penal quanto da criminologia e ciências sociais, em sua abordagem do fenômeno do crime e a reação da sociedade a ele. Ao longo da dissertação, busca-se uma sistematização do conteúdo que trate, com a profundidade adequada ao formato do trabalho, tanto de questões dogmáticas quanto de questões criminológicas, mantendo a perspectiva de que toda discussão que escape ao domínio do Direito Penal serve para enriquecer a discussão dogmática – prioridade nessa investigação – e será concluída com as consequências suportadas na operação prática do instituto da culpabilidade.

Dessa forma, o trabalho se estrutura conforme a ordem a seguir.

Inicialmente faz-se necessária uma discussão relevante sobre a necessidade ou não de se trazer influxos de outras ciências para o Direito Penal. No que diz respeito a essa questão,

são trazidos à tona argumentos relevantes de autores de referência na Criminologia Crítica, como Vera Regina Pereira de Andrade, Eugénio Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta, e, de uma perspectiva europeia mais atual, René Van Swaaningen. Nessa primeira parte pretende-se investigar como a prática jurídica pode se beneficiar das palavras do mundo real, se é que deve fazê-lo, a despeito da manutenção da pretensa pureza da ciência jurídica.

Apresentados os argumentos pertinentes à interdisciplinaridade pretendida na dissertação, passa-se a uma linha de raciocínio lógico iniciada por um estudo concentrado na culpabilidade penal. Apresenta-se uma breve conceituação do instituto, bem como evolução histórica, passando, dentre outros autores, por Edmund Mezger, até uma de suas recentes formulações no finalismo de Hans Welzel, expressamente adotado pelo Código Penal brasileiro. Não se limitando à doutrina de Welzel, a investigação também passa por obras atuais como a de Paulo César Busato, além das mais recentes e profícuas pesquisas realizadas por Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira acerca do tema.

O capítulo seguinte se aprofunda na questão da culpabilidade, examinando proposições teóricas posteriores ao finalismo, que criticavam suas bases teóricas ou o modo em que a culpabilidade finalista se via aplicada. Para tanto, a consulta a obra de Claus Roxin será útil para examinar seu funcionalismo teleológico, comentários à obra de Günther Jakobs são estudados para discutir acerca de seu funcionalismo sistêmico, e Zaffaroni consultado acerca de seu modelo de culpabilidade pela vulnerabilidade.

Em geral o tema da culpabilidade por vulnerabilidade é tratado em conjunto com o instituto da coculpabilidade, no entanto, para os fins do presente trabalho, a questão de vulnerabilidade se mostra mais pertinente e próxima do tema da mídia de massa, concentrando-se a investigação apenas nesse ponto.

É também nesse mesmo capítulo que se inicia a discussão interdisciplinar que se estenderá ao longo do trabalho. É importante salientar que Zaffaroni argumenta no sentido do descrédito da pretensão de neutralidade da dogmática penal e sua função como legitimadora de um sistema penal que discute ser ilegítimo. No entanto, partindo do pressuposto que o sistema penal segue vigente, bem como todo o ordenamento que o justifica, busca-se a coexistência entre a crítica criminológica trazida pelo autor, suas conclusões, e o estado atual da dogmática penal.

No próximo capítulo será abordada em detalhe a problemática da mídia de massa, seus efeitos sociais, como opera sua formação de consenso e os efeitos nocivos que gera no debate e na percepção social do fenômeno criminoso. Autores da teoria da mídia, campo interdisciplinar entre comunicação social e ciências sociais terão suas obras comentadas, e a

de criminólogos como David Garland também serão úteis para a investigação em comento, além de serem úteis novos subsídios de Jock Young e Zaffaroni. Esse último dedica grande parte de seu livro *A Palavra dos Mortos* a abordar o que denomina *criminologia midiática*, em diálogo próximo com obras do já citado Garland e do sociólogo Pierre Bourdieu, também consultado para o desenvolvimento do capítulo.

O capítulo de fechamento do trabalho será desenvolvido em uma sucessão de momentos e remissões a resultados anteriores, em primeiro lugar conectando a criação de consenso da mídia de massa à criação de situações de vulnerabilidade, com esteio em Zaffaroni. Apresentada a correlação entre temas, será enfrentada, ainda que brevemente, a problemática da decisão judicial, e como explora e perpetua a vulnerabilidade criada antes do processo, embasando-se a discussão em obras específicas de autores como Alexandre Morais da Rosa e Lenio Streck.

Por fim, a título de conclusão, será apresentado um modelo possível de operacionalização da culpabilidade por vulnerabilidade, fundamentado pela constatação, tomada como hipótese de orientação da presente pesquisa, da criação de um estado de vulnerabilidade em desfavor de grupos sociais específicos, e a necessidade – e viabilidade – de equilíbrio entre conceitos pela via de uma dogmática penal de viés democrático e crítico.

2 A NECESSÁRIA INTERDISCIPLINARIEDADE

2.1 Introdução

O crime é um tema que gera interesse de inúmeras áreas do saber, com distintas abordagens, métodos e pontos de vista. Para a psicologia, o crime pode ser um sintoma de uma aflição na mente do indivíduo. Na sociologia, o crime pode ter origens em determinado modo de organização da estrutura social ou levar, como consequência, a uma mudança nessa organização. Tantos outros ramos científicos também se ocupam do crime, e até mesmo outras áreas do Direito – que não o penal – também tratam de suas repercussões.

Ao se falar de crime em Direito Penal, necessariamente se está falando de uma conduta humana prevista em lei que, ao lesar um bem jurídico, merece uma resposta oficial do Estado em forma de pena.

O caminho da estruturação do sistema jurídico-penal como o conhecemos hoje é marcado pelo esforço de diversos filósofos e juristas que cuidaram de cercar esse sistema de princípios e fundamentos racionais. Um ponto de partida marcante dessa tendência foi o Iluminismo, contexto esse de questionamento do poder absoluto e busca de legitimidade das ações do Estado, em que se inseriram autores como Locke, Hobbes e, de modo mais próximo à área penal, Beccaria.

Toda essa doutrina iluminista serviu como núcleo do trabalho argumentativo de legitimação interna do Direito Penal proposto por Ferrajoli (2014) em seu *Direito e Razão*, ponto esse que será discutido em um tópico posterior.

De outra vertente, não oposta mas complementar, também teve seu papel na fundação da dogmática penal como a conhecemos hoje o que Andrade (2014; p. 89) denomina tecnicismo jurídico, coincidindo com a tendência que Carvalho (2013) trata por positivismo. Ambos os autores mencionam o papel do tecnicismo e do positivismo para a fundação de uma ciência autônoma do Direito Penal, composta apenas da crítica interna dogmática e imune a valores e qualquer outra interferência de outras ciências em seu método.

Andrade (2014; p. 195 e seguintes) compila pensamentos de juristas da área penal que se tornaram notáveis tanto no Brasil quanto no exterior ao longo dos anos. São extraídos excertos de obras de autores tais como Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde e Jescheck, e, dentre autores brasileiros, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus e Júlio Fabbrini Mirabete. Apesar da diversidade de autores pesquisados, todos adotam o ideal tecnicista em razão do qual se deveria manter a ciência penal livre de influências de outros campos do saber.

Defendendo-se de críticas passadas e de potenciais críticas futuras, Welzel citado por Andrade (2014; p. 195) discute que desenvolver uma dogmática penal puramente autorreferencial não se trata de fazer “arte pela arte”, mas, sim, de tratá-la “*como firme baluarte contra invasões ideológicas*”.

De fato, a dogmática penal atinge nos dias atuais um nível de sofisticação e sistematização metodológica bastante desenvolvidos. Não há aspecto da teoria da lei penal, da teoria do crime e da teoria da pena que não esteja acompanhado de uma extensa fundamentação dogmática e abarcado pelos princípios-base do Direito Penal, sobretudo o da legalidade.

No entanto, o alto nível de evolução que a doutrina penal alcançou no campo do dever-ser não necessariamente tem produzido resultados dos mais eficientes no campo do ser. Por esse motivo, os fenômenos do *garantismo prisioneiro* de Vera Andrade (2014), da *ferida narcísica do Direito Penal* de Salo de Carvalho (2011) e da *perda de legitimidade do sistema penal* de Zaffaroni (1991), para citar alguns, são amplamente discutidos e adotados como ponto de partida para diversas pesquisas de viés crítico de uma dogmática penal estritamente tecnicista ou positivista. São pontos de partida, inclusive, para o presente trabalho.

Nos tópicos a seguir, a crítica criminológica ao tecnicismo dogmático será mais bem apresentada, considerando-se os movimentos reformistas que surgiram ao longo dos anos em resposta a seus efeitos concretos, bem como as perspectivas atuais no sentido do desenvolvimento de uma doutrina crítica que possa surtir efeitos plausíveis na prática.

2.2 Pretensões puristas das ciências criminais: positivismo e tecnicismo jurídicos inseridos na resposta jurídica ao crime

Para compreender as bases fundantes do Direito Penal atual, é necessária uma análise, ainda que breve, dos dois movimentos que Andrade (2014) aponta como suas matrizes: o Iluminismo liberal (matriz mediata) e o tecnicismo jurídico (matriz imediata).

Em primeiro lugar, o Iluminismo liberal se apresenta como a ideologia que funda a noção política de dignidade da pessoa humana, derivando daí conceitos caros à dogmática atual como a legalidade e o Direito Penal do fato. Beccaria (2005; p. 15) apresenta como uma das ideias iniciais de seu *Dos Delitos e das Penas* o fato de que boas leis são o método ideal para impedir abusos e a concentração injusta de privilégios na mãos dos poderosos.

Mais adiante, ao discutir a disciplina ideal de se provar fatos judicialmente (pp. 27 a 43) e ao condicionar a moderação da pena a sua proporcionalidade ao delito (p. 49), Beccaria

(2005) fundamenta, de modo até hoje replicado na doutrina, como se concretiza um Direito Penal do fato.

Ferrajoli (2014; p. 205) credita ao Iluminismo liberal a virtude de operar a separação entre Direito e moral necessária para a formatação de uma base democrática de Direito Penal. Segundo o autor (FERRAJOLI, 2014; p. 205), a separação das espécies de juízo que compreendem a norma jurídica e a norma moral, bem como a autonomia e diversidade de funções de ambas legitima a criação de um direito que não pune cidadãos senão por “*fatos objetiva e convencionalmente predeterminados, e não por características subjetivas ou por formas ou fatos desviantes não expressamente proibidos pela lei como delitos*” (FERRAJOLI, 2014; p. 207).

Ainda nessa linha, Ferrajoli (2014) destaca a dicotomia substancialismo/formalismo, a qual retoma em diversos pontos de sua argumentação em *Direito e Razão*. O substancialismo, de acordo com o autor (FERRAJOLI, 2014; p. 207), é a tradição jurídica que se deixa permeiar por valores teológicos, morais e naturalistas, dando ensejo, assim, a interpretações e à perseguição de finalidades alheias à vontade do legislador expressa na lei. Em outras palavras, a punição via Direito Penal de indivíduos por seu modo de ser.

O formalismo, por outro lado, encontra na norma legal o fundamento de segurança jurídica do indivíduo, com a subordinação irrestrita das autoridades ao comando da norma (legalidade), e a própria formação da norma subordinada a normas e procedimentos democráticos estabelecidos democraticamente (FERRAJOLI, 2014; p. 207), o que atualmente tem sido um dos papéis da Constituição.

Um último aspecto a se analisar nesse momento acerca da doutrina de Ferrajoli, bastante tributária ao Iluminismo liberal e paradigmática no sistema penal atual, é o papel central que a legalidade possui no sistema garantista. De acordo com o autor a legalidade se apresenta em suas formas ampla (ou mera legalidade) e estrita, sendo a primeira o mero reconhecimento formal da validade e aplicação direta de uma norma, e a segunda o condicionamento da produção da norma e sua aplicação aos demais princípios que fundam o sistema garantista (FERRAJOLI, 2014; pp. 93 e 348).

É dizer, a punição apenas será válida apenas quando respeitar a uma lei penal, quando essa lei penal for necessária, quando a necessidade derivar de uma lesão, essa derivar de uma ação, essa ação for praticada com culpa (amplamente considerada), essa culpa for apurada em juízo, a apuração se dar por meio de uma acusação formal, provas e ampla defesa. Essa é a síntese do sistema garantista de Ferrajoli, consolidado na doutrina e na prática penal,

diretamente inspirado nos preceitos do Iluminismo liberal e defendido pelo autor ao longo de seu *Direito e Razão* (FERRAJOLI, 2014).

No entanto, enquanto Ferrajoli apresenta sua discussão em um contexto histórico em que o positivismo jurídico e o Iluminismo liberal já haviam sido adotados e consolidados em orientações dogmáticas embasadas nos postulados de ambos os movimentos, a convergência entre eles ocorreu em um momento específico, anterior a essas formulações. Em outras palavras, o Iluminismo liberal precedeu o positivismo jurídico e foi posteriormente complementado por esse como forma de conferir maior rigor científico ao sistema penal que então se formava. Nesse ponto se chega ao núcleo do presente tópico.

O positivismo, considerado em geral, se remete ao pensamento de Augusto Comte, que, segundo Bittar (2005; p. 328), reduz o esforço científico a um método de observação da relação entre fatos determinados, e não uma supostamente impossível investigação de suas causas imanentes, buscando, por esse método, o conhecimento científico verdadeiro. Em acréscimo a esse entendimento, Morrison (2006; p. 260) cita o pensamento de John Austin, precursor do positivismo jurídico, que buscou delinear o estudo do direito como ciência, cercado de um método e clareza conceitual próprios, analisáveis independente de um contexto maior, ou seja, de dados ou métodos advindos de outras ciências.

Portanto, se mostra como característica marcante do positivismo a pretensão de cientificidade, condicionante de uma conclusão verdadeira, bem como o isolamento conceitual e metodológico de cada ciência das demais, conservando-se a pureza de seus elementos.

Foi diante desse paradigma, por exemplo, que ganhou relevância o positivismo criminológico em meados do século XIX, que, sob o pretexto de buscar cientificamente as causas do delito em oposição ao livre arbítrio até então pregado pelos criminólogos clássicos, reduziu essa análise ao campo médico, sendo adotado um método científico de análise física de delinquentes e apontamento de características associadas à prática de determinados crimes (BARATTA, 2011; p. 38). Como aponta Vera Malaguti Batista (2012; p. 45), a consolidação desse positivismo teve como consequência a época que denomina *Grande Internação*, com a atenção do sistema penal voltada quase que exclusivamente ao correccionalismo e a criação de estabelecimentos totais de reabilitação moral de criminosos.

Enquanto matriz fundante da dogmática penal desenvolvida nos dias atuais, o positivismo jurídico, e, mais especificamente o tecnicismo conforme apontado por Andrade (2014, p. 189), teve também sua própria ramificação e posterior evolução.

Vera Andrade (2014, p. 190) situa o marco inicial do positivismo jurídico-penal e, conjuntamente, da dogmática penal, na doutrina de Karl Binding, a partir de 1870. A autora, analisando o pensamento de Binding, constata ser ele o “*primeiro grande representante do positivismo jurídico*”, pretendendo fundar um positivismo jurídico-penal a partir de ideais liberais e livre de “*influências jusnaturalistas e sociológicas*” (ANDRADE, 2014; p. 190).

Em oposição a Binding, a Escola Sociológica (ANDRADE, 2014; p. 191) ou Social alemã (BARATTA, 2011; p. 32), simbolizada sobretudo pela obra de Franz Von Liszt, pretendia uma visão mais global do Direito Penal, não apenas no sentido de propor uma coordenação próxima de finalidades e métodos com a política criminal (VON LISZT, 1899; p. XXXIII), mas também ao postular uma dogmática que se abrisse à sociologia e investigasse as causas sociais do crime e aos recursos possíveis para evitá-lo (VON LISZT, 1899; p. 104 e seguintes).

Andrade (2014, p. 191) argumenta que o modelo sociológico alemão concilia tanto as exigências dogmáticas de um método seguro que visava libertar o direito da arbitrariedade, quanto a avaliação sociológica da realidade, buscando-se a fundação de uma legislação penal coerente com situações sociais reais e uma política criminal baseada em dados naturais e efeitos concretos.

No entanto, Vera Andrade (2014, p. 191) aponta que a matriz positivista que de fato exerceu e exerce influências até hoje em nossa dogmática penal é a Escola Técnico-Jurídica de Arturo Rocco, ou tecnicismo jurídico. Superando a doutrina de Von Liszt, Rocco buscou, em seu *Il Problema e il metodo della scienza del diritto penale*, atingiu seu ápice de sofisticação metodológica, desde o ponto de vista do positivismo jurídico. Segundo análise de Andrade (2014, p. 192) da obra do autor, sua grande preocupação era a ausência de delimitação de um método, objeto, tarefa e função por parte das ciências criminais, o que, diante das pretensões puristas do positivismo jurídico, passou a propor em sua obra.

Conforme aponta Andrade (2014, p. 193), Rocco reduziu, como demanda o método positivista, o objeto do Direito Penal ao estudo exclusivo da norma penal, buscando-se abstrair qualquer pretensão naturalista ou sociológica de sua interpretação. A investigação jurídico-penal, nesse sentido, teria como funções unicamente o auxílio aos práticos do Direito, proporcionando-lhes conhecimento científico acerca da lei (ANDRADE, 2014; p. 194).

Sendo assim, conforme preceitua Rocco, qualquer outro objeto de investigação que não fosse estritamente a norma penal, investigação essa com o estrito fim de subsidiar a prática jurídica, não deveria ter lugar no método penal, mas sim no de outros campos como a política criminal e a criminologia.

Nesse modelo, apontam Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 164) que a criminologia se via subordinada às categorias da dogmática penal em sua análise, pretensamente deixando de lado o poder punitivo como objeto de análise, e permitindo que esse se mantivesse em funcionamento pela via de sua legitimação interna.

Conforme já mencionado na introdução a esse capítulo, a doutrina penal brasileira recepcionou o tecnicismo jurídico ao delimitar o objeto e as finalidades do Direito Penal. Conforme levantamento de Andrade (2014, p. 197 e seguintes), autores consagrados da dogmática penal brasileira como Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Heleno Fragoso, dentre outros, contribuíram para a consolidação, no Brasil, de uma doutrina penal autorreferencial, de estudo de normas penais a partir de um ponto de vista técnico-jurídico e abstrato.

De acordo com esse modelo de delimitação clara de funções entre campos do saber, deveria a criminologia se ocupar do estudo das razões para o cometimento de crimes, a política criminal de todo o movimento legislativo e administrativo que objetivasse o controle do crime, e o Direito Penal a aplicação, o mais científica possível, das normas concernentes à resposta estatal ao crime. O Direito Penal, portanto, seria um dos componentes da política criminal, dotando de legitimidade as ações públicas que pretendessem executar essa política por meio da pena. Nesse sentido, Nilo Batista (2007, p. 36) faz suas as palavras de Von Liszt ao afirmar que “*o direito penal é a barreira infranqueável da política criminal*”.

Nesse sentido, vale fazer referência a algumas das tendências de política criminal que predominaram, sobretudo no Brasil, ao longo do século XX de modo a analisar qual foi o papel do Direito Penal nelas. Posteriormente, diante de todas essas informações, se buscará estabelecer uma crítica ao papel autorreferencial pugnado pelo método jurídico-penal, que, a pretexto de aplicar um método científico puro, legitimou práticas autoritárias ao longo dos anos.

2.3 Defesa social; lei e ordem

Com o estabelecimento do papel de cada uma das vertentes das ciências criminais enxergadas desde o marco tecnicista que fundamentou o desenvolvimento do Direito Penal atual, para prosseguirmos na discussão faz-se necessária uma breve análise de algumas das tendências de política criminal que animaram esse ramo do direito.

É dizer, como o Direito Penal passou a ser (e ainda é, majoritariamente) um dos braços da política criminal, analisar as tendências dessa política é analisar, em última instância, a que fim se prestou o Direito Penal durante esses movimentos, para além da finalidade tecnicista –

não em sentido pejorativo, mas para fim de contextualizar a finalidade inserida no marco do tecnicismo jurídico – de prestar subsídios ao prático do Direito.

A convergência dos pensamentos iluminista liberal e positivista atingiu, nas ciências penais, sua forma mais completa na formulação da ideologia da defesa social, um conjunto de princípios “*justificantes e racionalizantes*” tanto do sistema legislativo quanto do dogmático (BARATTA, 2011; p. 43). Em que pese a diversidade metodológica pregada pelos liberais e pelos tecnicistas, a defesa social condensou uma base principiológica comum, adotada a partir daí pela dogmática como o método legítimo, uma vez que científico e racional, para a resposta do Estado ao crime (CARVALHO, 2010; p. 31). Brandão (2004, p. 5) comenta que até mesmo dentro do manto do Direito Penal liberal encontra-se um conjunto heterogêneo de doutrinas, até composto por doutrinas contrastantes entre si, mas com o ideal comum de contenção do poder punitivo. Esse ideal veio a convergir com o tecnicismo na elaboração científica de uma base principiológica elementar da defesa social.

Alessandro Baratta sistematiza o núcleo dessa ideologia em seis princípios, quais sejam: a) legitimidade (do Estado como instância de controle social e do delito); b) bem e mal (a preservação da sociedade é um valor bom e a atitude do delinquente que lesa sua ordem, o mal); c) culpabilidade (como reprovação à atitude interna do indivíduo que descumpra as normas); d) prevenção (como finalidade da pena); e) igualdade (na aplicação e no alcance da lei penal), e; f) interesse social e delito natural (o delito sempre ofende interesses essenciais e valores fundamentais à convivência na sociedade) (BARATTA, 2011; p. 42).

Ainda que esses princípios atualmente se vejam, na dogmática penal, atualizados, sobretudo pelo alto grau de desenvolvimento de algumas de suas categorias¹, esses princípios seguem sendo um importante *template*, um modelo de onde parte a lei penal e as proposições dogmáticas positivistas, bem como os paradigmas de política criminal que se desenvolveram mais adiante, historicamente.

Saliente-se, conforme Baratta (2011; p. 41) aponta, que o nascimento da ideologia da defesa social é contemporâneo à revolução burguesa do século XIX, de conotação marcadamente liberal. Sendo assim, o modelo atravessou o tumultuoso século XX, com seus pontos altos e baixos de democracia no mundo ocidental, e, certamente, sofreu influências de alguns dos movimentos políticos dominantes e gerou outros modelos derivados.

¹ Cite-se, por exemplo, o estado da arte da teoria do bem jurídico-penal explorado em Luz (2013) e da base teórica da criminalidade de empresa sintetizada por Planas (2016).

Como o presente trabalho não visa reconstruir com minúcias os movimentos da política criminal ao longo dos anos, deve-se considerar que a ideologia da defesa social se manteve dominante até os dias atuais, em seu núcleo, como a doutrina racionalizadora oficial do poder punitivo, inclusive e especialmente em sua faceta de Direito Penal, e da dogmática.

Nessa linha, o próximo movimento digno de análise, não apenas derivado da defesa social, mas comumente adotado em conjunto com sua principiologia, é o movimento da lei e ordem.

David Garland (2001) descreve uma transição no ideal político dominante no ocidente que se operou entre as décadas de 70 e 80, liderada pela Inglaterra e Estados Unidos. Segundo o autor (GARLAND, 2001; p. 97), durante essa época se desenvolveu um fenômeno de disseminação em massa de propostas políticas socialmente conservadoras em resposta ao que Young (1993, p. 6) denomina de *crise etiológica* na criminologia: a constatação empírica de que, ao contrário da hipótese criminológica até então vigente, políticas sociais assistencialistas peculiares ao *welfare state* não estavam contribuindo com qualquer decréscimo no índice de crimes, que continuava ascendente.

A resposta política que se pretendeu, e efetivamente se desenvolveu nos anos seguintes, veio na forma de campanhas eleitorais repletas de ideais conservadores e individualistas, fortalecendo as fronteiras entre o cidadão decente e o criminoso pobre (GARLAND, 2001; p. 97). A adesão popular a essa espécie de argumento é claramente demonstrada com a chegada ao poder de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, ambos símbolos da virada conservadora dos países centrais ao longo das décadas de 70 e 80.

Conforme Garland (2001) e Young (1993) descrevem, essa mudança no paradigma político se fez acompanhar da introjeção na consciência popular – com ampla participação da mídia de massa – de um descrédito a políticas criminais de viés socialdemocrata, voltadas a um tratamento mais humano e reformador do criminoso (YOUNG, 1993; p. 13). Ao longo dos anos, desenvolveu-se um processo de formação coletiva de consenso, constatado por Garland (2001; pp. 108 e 143), de que os organismos da política criminal em vigor seriam lenientes demais com o delinquente e despreocupados com a promoção da segurança pública, além de excluírem a vítima da equação, vítima essa cuja palavra passou a ser explorada como uma mercadoria lucrativa pelas plataformas políticas e meios de comunicação.

O chamamento a políticas públicas de controle do crime mais severas deu azo a um projeto político bem sucedido – no sentido de sua consolidação no senso comum político ocidental, não necessariamente na redução efetiva da criminalidade – denominado movimento da lei e ordem, ou *law and order*.

Contextualizado o ambiente político e social em que o movimento em questão foi imaginado e implementado, é possível descrevê-lo com maior clareza. Ao introduzirem sua obra “*What’s to be done about law and order?*” em que John Lea e Jock Young (2001; p. 1) traçam os contornos de um projeto de política criminal alternativo ao paradigma da lei e ordem, os autores apresentam um panorama das bases em que se funda o movimento.

Em síntese, a política criminal de lei e ordem se funda na base do delinquente como um indivíduo racional, levado a delinquir não por conta de fatores sociais desfavoráveis, mas por uma conduta interna imoral. Em resposta à conduta criminosa desse indivíduo, o Estado deveria abandonar seu propósito reabilitador e impor uma pena de caráter exclusivamente repressivo (neutralizante) e preventivo de futuros delitos (LEA, YOUNG; 2001; p. 1).

Diante da assunção da ideologia da lei e ordem, os Estados Unidos – e, não muito depois, grande parte dos países sob sua influência – puseram em movimento a resposta político-criminal à delinquência na forma de leis penais mais severas e flexibilização de garantias processuais (CARVALHO, 2010; p. 39). Formou-se, assim, uma estrutura jurídico-penal maximalista capaz de instrumentalizar a política criminal severa erigida pelo paradigma da lei e ordem, o que, no contexto da repressão penal às drogas, por exemplo, como abordado por Salo de Carvalho (2010), leva as agências do poder punitivo a um estrado constante de guerra contra os inimigos materializados na forma de delinquentes.

As ideias de livre arbítrio e de ator racional, nucleares na doutrina criminológica da lei e ordem, serão abordadas em capítulo posterior, em que se debruçará especificamente nessa discussão. A importância dessa abordagem se apresenta no fato de que, em que pese a antecedência histórica da doutrina finalista de culpabilidade, construída na obra de Hans Welzel, em relação ao movimento da lei e ordem, é necessário que se analise os argumentos de política criminal que sobrevieram e renovaram a legitimação da doutrina de Welzel, fundamentadora do método penal na prática forense brasileira. Esses argumentos, como se perceberá no momento oportuno, se veem influenciados no contexto atual pela ideologia da defesa social, atualizada pelos ideais do movimento da lei e ordem.

O movimento da lei e ordem, portanto, serviu de matriz de interpretação da principiologia da defesa social, tornando-a adequada para aplicação na sociedade atual, com suas demandas por controle penal mais severo. Os princípios descritos por Baratta (2011, p. 42) como definidores da defesa social, a partir da ótica da lei e ordem podem ser lidos da seguinte forma: a) *legitimidade* do Estado para a proteção de vítimas e neutralização de criminosos antissociais; b) bem e mal no sentido de que o delinquente é um agente racional que lesa individualmente suas vítimas, que, consideradas em conjunto, justificam um

sentimento de insegurança na sociedade; c) *culpabilidade* no sentido da reprovação da atitude interna antissocial e do cálculo de custo-benefício que levou o delinquente a concluir ser mais vantajosa para si a prática do delito; d) *prevenção* como finalidade de coação moral da pena e de políticas públicas de fiscalização; e) *igualdade* no alcance do sistema penal a qualquer indivíduo que pratique uma conduta delitativa, e; f) *interesse social e delito natural* como a lesão à moralidade dominante e conservadora que o delinquente provoca, a ser respondida com uma pena severa correspondente.

Durante esse contexto histórico, a criminologia crítica enquanto instância de defesa dos direitos individuais, se manteve presente nas discussões, buscando deslegitimar as pretensões antidemocráticas que os grupos conservadores acabaram por tornar a política criminal dominante. No tópico a seguir será apresentado um paralelo dos principais ideais desenvolvidos por criminólogos críticos ao longo do período de desenvolvimento e consolidação da defesa social e lei e ordem enquanto bases principiológicas majoritárias na política criminal ocidental.

2.4 Criminologia crítica, crítica ao sistema punitivo e crise

A criminologia enquanto campo do saber voltado ao estudo das causas do delito e oferecimento de subsídios para a política criminal e a dogmática penal possui raízes remotas, remetendo a doutrina² ao positivismo do século XIX como seu contexto de origem. Tendo sido apropriada pela medicina, psicanálise e sociologia ao longo do final do século XIX e primeira metade do século XX, a criminologia passa a ser de interesse real ao estudioso do Direito Penal quando se torna crítica.

Isso porque, conforme demonstra Baratta (2011) nos capítulos I a VI de sua obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, o saber criminológico dos países centrais, como Estados Unidos e Inglaterra, se propunha quase que exclusivamente a examinar as possíveis causas da delinquência de modo a oferecer subsídios aos mecanismos oficiais de controle do crime. A produção acadêmica quanto a esses temas foi prolífica, originando e consolidando as teorias criminológicas da anomia de Robert Merton, das subculturas criminais de Sutherland e Cohen, e das técnicas de neutralização de Sykes e Matza (BARATTA, 2011).

² Exemplos são as obras de Malaguti Batista (2012, p. 41) e Baratta (2011, p. 29).

Essa tendência meramente explicativa, conforme aponta Anitua (2005, p. 409), foi duramente objetada no contexto de revoltas sociais dos anos 60, inicialmente, como movimento organizado, pelos acadêmicos da universidade de Berkeley, na Califórnia. A instituição serviu de berço para grupos de pressão progressistas, voltados à promoção dos direitos humanos, sendo uma de suas principais pautas a inclusão de classes sociais até então discriminadas e tratadas pelos órgãos oficiais como naturalmente desviantes (SWAANINGEN, 2011; p. 4).

Outra matriz importante para o surgimento do pensamento crítico na criminologia foi a produção intelectual dada no ambiente que a doutrina denomina *Escola de Frankfurt* ao longo do mesmo período. Essa escola teve sua importância justificada na consolidação do raciocínio acadêmico crítico quanto à forma de organização do poder e, conseqüentemente, quanto ao controle penal de classes subalternas, apesar de, como apontam Anitua (2005; p. 407) e Swaaningen (2011; p. 5), apresentar certa desorganização metodológica ao unificar propostas e conclusões derivadas de doutrinas distintas como o interacionismo simbólico, o materialismo e o estruturalismo. No entanto, a unidade do objeto de crítica voltada ao Estado influenciou, ainda que indiretamente (SWAANINGEN, 2011; p. 5) a produção criminológica e sociológica crítica subsequente.

Em termos de teorias criminológicas, propriamente, pode-se dizer que a criminologia se tornou crítica com o advento do *labelling approach*, cuja obra paradigma é o livro *Outsiders* de Howard S. Becker. O autor argumenta e demonstra empiricamente que grande parte das condutas que o penalismo acadêmico e o da prática cotidiana consideram ontologicamente como crimes ou desvios, na realidade não produzem a lesão ou merecem a dura resposta penal que os órgãos oficiais de controle pretendem conferir e de fato conferem (BECKER, 2006).

Desde uma perspectiva sociológica, Becker (2006, pp. 15-30) argumenta, em síntese, que os diversos grupos sociais que compõem o todo da sociedade produzem, por meio de seus processos próprios, regras de conduta internas. Por outro lado, alguns grupos majoritários, pela influência que possuem na direção dos rumos que os órgãos do Estado tomam, acabam por institucionalizar suas regras e, por meio do aparato estatal, impô-las ao público em geral: são os grupos que Becker (2006, p. 153) denomina *empresários morais*.

Diante dessa constatação, o *labelling approach* passa a voltar sua atenção menos ao indivíduo criminoso e mais à reação social ao desvio, seja na imposição de penas, nas abordagens policiais ou até mesmo na produção legislativa que confere uma gravidade maior ou menor às condutas consideradas socialmente mais lesivas aos interesses dos grupos de

poder, e não ontologicamente lesivas. Em um segundo momento, Becker (2006) também trabalha o processo de atribuição do rótulo ao indivíduo vulnerável e as consequências sociais e o estigma que carregar o rótulo traz consigo.

Autores como Taylor, Walton e Young (1997, p. 162) advertem que os teóricos do *labelling approach*, teoria capitaneada por Becker mas recebida e desenvolvida também por autores alemães, correm o risco de cair em um idealismo relativista, ao aparentemente considerarem o desvio em si não existe de modo algum, sendo produto apenas de construções sociais. Concluem que “[e]n una sociedad sin reglas ni normas no puede haber desviación, porque todo se acepta”. Apesar disso, os mesmos autores (TAYLOR, WALTON, YOUNG; 1997, p. 161) reconhecem o indispensável avanço promovido pelo enfoque do etiquetamento na crítica criminológica, ao deslocarem a epistemologia criminológica aos aparatos de repressão, sejam oficiais ou não.

Vera Andrade (2014, p. 91) sustenta que a criminologia apenas se tornou crítica a partir da influência do materialismo histórico, ou marxismo, na análise das “*relações de poder e de propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista*” e sua relação com o sistema penal. Argumenta, citando Alessandro Baratta (*apud* ANDRADE, 2014; p. 91), que o paradigma da reação social, o *labelling approach*, “*não é condição suficiente para qualificar como crítica uma Criminologia*”.

O próprio Baratta (2011, p. 159), em outra obra, reconhece o *labelling approach* como um caminho pelo qual passou a criminologia para se tornar crítica, e não como uma expressão da criminologia crítica, propriamente. O capítulo XII de seu *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, simbolicamente, tem o título “*do ‘labelling approach’ a uma criminologia crítica*”, evidenciando a o não reconhecimento do enfoque do etiquetamento como, efetivamente, criminologia crítica.

Zaffaroni (2014, pp. 188 e 189) diverge, ao apontar que, a partir do reconhecimento das “*brutais disparidades da realidade com o discurso*”, o *labelling approach* serviu de importante fundamento de avaliação crítica do sistema penal. Conclui argumentando que “*toda criminologia da reação social é, em alguma medida, criminologia crítica*”.

Conforme demonstram Swaaningen (2011, pp. 7-12), Anitua (2005, pp. 426-431) e Young (1993, pp. 16 e 17), a predominância da matriz materialista como pretense discurso de base oficial da criminologia crítica levou a uma crise nesse campo do saber, com sua conseqüente perda de credibilidade no cenário político e abertura de espaço para proposições criminológicas e político-criminais autoritárias.

Enquanto parte dos criminólogos críticos de postura próxima de uma social-democracia, dentro de um contexto de Estado de bem-estar social, propunham a redução da criminalidade pela via da execução de políticas públicas assistencialistas e inclusivas, a criminologia administrativa (YOUNG, 1993; p. 16), resposta conservadora à criminologia crítica, abandonava essa pretensão em favor de projetos que vieram a predominar nas plataformas eleitorais e dar forma aos movimentos de lei e ordem mencionados no tópico anterior.

Segundo Swaaningen (2011; pp. 7-12), a crise da criminologia crítica se operou em dois aspectos: um analítico ou epistemológico, e outro ideológico.

O aspecto analítico, conforme descrito por Swaaningen (2011, p. 7), derivou do que se denomina da perda de objeto da criminologia crítica. Enquanto as teorias criminológicas precedentes tinham objetos bem definidos de análise, como a causa dos crimes definidos na lei ou a atuação do poder punitivo para fazer valer essa lei, a criminologia crítica se tornou um espaço de “*indignación moral ante la inequidad y la explotación social*” (SWAANINGEN, 2011; p. 8), negando-se validade a praticamente qualquer controle exercido pelo Estado como reproduzidor dessa desigualdade, e, portanto, um tabu.

A criminologia crítica latino-americana, originada de um contexto de regimes autoritários a partir dos anos 70, assumiu para si a função de discurso acadêmico oficial de resistência a esse autoritarismo, se unindo e legitimando cientificamente, pela via do discurso jurídico, os movimentos sociais e revolucionários (ANITUA, 2005; p. 418). Países como Argentina, México, Brasil e Peru consolidaram em conjunto essa criminologia de objetivos revolucionários, sobretudo com as obras de autores como Rosa del Olmo, Lola Aniyar de Castro e Nilo Batista.

Pelo seu contexto de surgimento, a criminologia crítica latino-americana sofreu fortemente com o que Novoa Monreal (*apud* ANITUA, 2005; p. 424) denominou de *desorientação epistemológica* da criminologia crítica, que, ao alargar o alcance de seu campo de estudos a praticamente qualquer fenômeno relativo ao controle político da sociedade, foi incapaz de acumular conhecimento científico suficiente sobre esses fenômenos (SWAANINGEN, 2011; p. 12).

O segundo aspecto da crise da criminologia crítica é o aspecto ideológico, ligado à raiz idealista de esquerda presente na consolidação do saber criminológico. Na tradição da criminologia crítica, o idealismo é apresentado como uma ideologia mais intimamente ligada às críticas e conclusões marxistas: uma luta de classes que deve, necessariamente, acabar com a abolição do sistema político capitalista e, conseqüentemente, do sistema penal. A causa do

delito, agregando ainda mais ao primeiro aspecto, o epistemológico, da crise, passa a ser atribuída, nesse marco teórico, à injustiça da estrutura social capitalista que leva a classe trabalhadora à pobreza, superestimando, assim, a noção de organização de todo criminoso que pratica seu delito dentro de um contexto de luta de classes (YOUNG, 1993; pp. 16 e 20).

O que torna o aspecto ideológico parte da crise da criminologia crítica não é apenas sua absorção do ideário marxista, mas a queda concreta das narrativas revolucionárias e socialistas ao longo das décadas de 70 e 80, inspiradas, em sua origem, por esse ideário. Swaaningen (2011, p. 10) argumenta que o cada vez mais evidente autoritarismo praticado por regimes de inspiração socialista, como o soviético, o chinês e o cubano, passaram a ser fenômenos de difícil justificação por parte de criminólogos idealistas europeus e americanos.

O mesmo autor (SWAANINGEN, 2011; p. 10), no entanto, não deixa de reconhecer o valor do materialismo como crítica social, mas sua validade como estratégia política real foi plenamente rechaçada pelo *mainstream* político ocidental, dando espaço à incorporação oficial de plataformas políticas conservadoras e movimentos de lei e ordem, já descritos brevemente em momento anterior.

A partir da constatação desse cenário de crise, houve de certo modo uma fragmentação do saber criminológico crítico, que, a pretexto de salvar a credibilidade científica da criminologia crítica, gerou os marcos do garantismo penal e do realismo de esquerda, os quais serão examinados brevemente no tópico a seguir.

2.5 Realismo criminológico e reducionismo jurídico-penal

Tanto a doutrina realista na criminologia crítica quanto a doutrina garantista na dogmática penal tiveram sua oportunidade de florescer como propostas de solução à crise da criminologia crítica e da constatação da insuficiência democrática das propostas conservadoras que ganhavam espaço nos Estados Unidos, Inglaterra e tantos outros países sob sua influência ao longo dos anos 80.

Apesar de um ponto comum de surgimento, os planos de ação de ambas as doutrinas, bem como os locais de seu desenvolvimento, se diferem.

A criminologia realista tem sua origem na já mencionada obra “*What’s to be done about law and order?*” de John Lea e Jock Young, ambos criminólogos críticos desencantados com o marco idealista (LEA, YOUNG; 2001). O livro, além de traçar um plano de ação concreto de política criminal democrata, tece críticas às crescentes tendências de lei e ordem que passavam a dominar o cenário político anglo-saxão, bem como ao

paradigma idealista. Prosseguem na crítica já iniciada na obra de 1973 “*New criminology*”, de Ian Taylor, Paul Walton e, também, Jock Young (1997, p. 251) ao comentarem sobre a obra do criminólogo socialista Willem Bonger.

No entanto, o traço mais relevante da criminologia realista foi a tentativa de estabelecer um diálogo entre o pensamento criminológico e a política, visando concretizar o plano de ação teoricamente traçado na obra de Lea e Young.

A primeira aproximação se deu por meio de um plano traçado em conjunto com o partido trabalhista inglês, liderado pelo então Primeiro Ministro Tony Blair (ANITUA, 2005; p. 443). A proposta realista se diferia, de um lado, da idealista ao constatar o crime como um evento social efetivamente danoso, sobretudo quando a própria classe trabalhadora se vê vítima dele (ANITUA, 2005; p. 445), bem como nas propostas conservadoras que tendiam a abusos e à não responsabilização da estrutura social pelo comportamento delitivo. Ao não ceder à histeria do clamor popular pelo controle do delito, a proposta realista buscava um controle mais democrático e consciente da vulnerabilidade das vítimas de crimes (YOUNG, 1993; p. 31).

A recepção na América Latina do realismo de esquerda não foi das mais calorosas, sobretudo em razão do predomínio do idealismo na consciência acadêmica dos criminólogos latino-americanos. Vera Malaguti Batista sintetiza o sentimento criminológico crítico predominante no Brasil, ao reduzir o valor da criminologia realista a um discurso que “*colabora com a governamentalização do estado penal*”, estendendo a crítica aos departamentos de ciências sociais do país, que, motivados pela ideologia realista, também possuiriam sua parcela de responsabilidade na letalidade e mortalidade da polícia nacional (MALAGUTI BATISTA, 2012; p. 104).

Conforme discute Anitua (2005, p. 430), pela origem da criminologia crítica latino-americana ter sido importada e desenvolvida majoritariamente por juristas – ao contrário dos sociólogos anglo-saxões – inspirados na tradição iluminista e liberal de enxergar o direito como meio de resistência, a resposta à crise criminológica que teve maior tração entre os estudiosos latinos foi a de matriz jurídica e garantista, ou, nas palavras do autor, “*del pensamiento jurídico limitador del poder [...] y los planteos menos utópicos de sus criminólogos y ideólogos*” (ANITUA, 2005; p. 430).

A tendência minimalista, discute Anitua (2005, pp. 449-461), foi largamente explorada pelas obras de Baratta, Zaffaroni e Ferrajoli, cada um com traços mais ou menos idealistas e críticos em sua obra, maior ou menor guarida legal, constitucional e prática, e todos com grande influência na atual tradição dogmática e criminológica latina e brasileira.

O ideal de reaproximar o sistema punitivo em sua dimensão concreta dos ideais do Direito Penal liberal clássico assume diferentes graus nas obras dos três autores mencionados. Conforme argumenta Anitua (2005, p. 451), Baratta demonstra uma postura positiva em relação ao Direito Penal, enquanto Zaffaroni se mostra ascético e Ferrajoli, negativo.

Ao examinar a análise de Anitua (2005) em conjunto com o núcleo da obra de cada autor, pode-se constatar como essas diferentes posturas se traduzem em termos de propostas teóricas.

Alessandro Baratta (2011), em sua obra *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, não apenas ocupa de fazer um apanhado histórico das principais posições que marcaram a construção do saber criminológico ao longo dos séculos XIX e XX, mas dedica os momentos finais do livro para delinear uma proposta de política criminal alternativa, integradora da criminologia crítica e Direito Penal. Essa política alternativa, segundo Baratta (2011, p. 197 e seguintes), deveria passar, necessariamente, por uma mudança de foco da repressão criminal, conferindo uma posição de dominância às classes subalternas, até então vitimadas amplamente pelo funcionamento do sistema, passando a concentrar sua atuação nos delitos dos poderosos, mais lesivos à coletividade.

Nas estratégias que Baratta (2011, pp. 200-205) traça, encontram-se as proposições de limitar radicalmente a incidência do Direito Penal como ferramenta mais cruel componente de uma política criminal; um uso alternativo do Direito Penal tornado mais rigoroso diante dos delitos dos poderosos e que leve à contração ou despenalização da tutela para condutas menos significativas, praticadas pelas classes subalternas; uma redução no papel do cárcere – e sua progressiva abolição – na política criminal, além de sua abertura para a sociedade visando a reintegração mais eficiente dos eventualmente presos, e; o emprego dos meios de comunicação com o fim de pautar uma opinião pública de reação social ao delito despida do pânico que em geral leva à demanda punitiva exacerbada.

Baratta, portanto, ao assumir a matriz marxista em sua formulação da criminologia crítica e conseqüente elaboração da uma política criminal alternativa, apresenta as propostas de uma operação democrática do sistema penal do futuro imediato com vistas a sua progressiva contenção e abolição em um futuro mais remoto (ANDRADE, 2014; p. 266). É o que Anitua (2005, p. 454) aponta como a confiança em um futuro melhor de Baratta, que diferencia seu minimalismo penal daquele de Ferrajoli.

Luigi Ferrajoli, de modo semelhante a Baratta, busca nos princípios limitadores do poder punitivo vindos do iluminismo liberal a fundamentação para seu trabalho, mas, distintamente daquele, tem como fundamentação mediata não um futuro melhor e

utopicamente abolicionista, mas a contenção das violências de um sistema penal que sempre tende ao descontrole se os mecanismos garantidores do Direito não se fazem presentes (ANITUA, 2005; p. 454).

Em seu *Direito e razão*, Ferrajoli (2014) traça um caminho argumentativo a partir das indagações “se”, “por que”, “quando” e “como” punir, proibir e julgar. A partir dessa metodologia, define a base que acaba por formar o sistema garantista, um conjunto principiológico de legitimação de um Direito Penal mínimo, democrático e utilitarista, no sentido da produção de um mínimo de violência em troca de um grau justo de punição e prevenção.

Ao rechaçar a proposta abolicionista, Ferrajoli (2014, p. 234) assume a necessidade da permanência do Direito Penal institucionalizado tal como existe atualmente, sob pena da queda da civilização em um Estado de natureza e guerra de todos contra todos, tal como formatado pela doutrina de Hobbes, ou de um Estado disciplinar, dominado por “*mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem*”, lesando o postulado de separação radical entre direito e moral que propugna ao longo de seu texto.

Diante disso, o autor elabora um sistema legitimador de um sistema penal democrático, sustentado pelos princípios penais e processuais da legalidade, culpabilidade, lesividade, acusatoriedade, ampla defesa, dentre outros (FERRAJOLI, 2014; p. 91).

O garantismo penal de Ferrajoli, ao traçar um plano de ação motivado por princípios jurídicos que proporcionam um filtro interpretativo para as normas vigentes, penetrou de maneira eficaz na dogmática penal brasileira. Por não negar a vigência a nenhuma dessas normas e ser de fácil operacionalização – ao menos no plano teórico, desafios da prática à parte – diante das regras de nosso ordenamento, inclusive coincidindo com diversos princípios e garantias constitucionais, o sistema garantista se tornou um dos discursos oficiais de legitimação e contenção de excessos do poder punitivo no Brasil.

Veja-se, por exemplo, o livro *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro* de Nilo Batista (2007) que, ao traçar os princípios-base para um Direito Penal democrático no contexto nacional, em muito se aproxima da doutrina garantista.

Ferrajoli tem como uma das principais bases de sua obra, como já mencionado, a separação mais radical possível entre o direito e a moral. Critica o que denomina de *substantialismo* penal, uma tendência de deixar permear ideais éticos, sociológicos e políticos no discurso penal, de modo a seguir um método científico na formulação do modelo democrático que propõe.

É essa a fundamentação que o autor utiliza, por exemplo, para criticar a ideologia da defesa social, que meramente instrumentaliza o Direito Penal para o atendimento de uma plataforma política tendente a excessos punitivos (FERRAJOLI, 2014; p. 202).

Sendo assim, Ferrajoli vê a solução para o desenvolvimento de uma doutrina penal democrática no desenvolvimento de princípios jurídicos e da legitimação interna da dogmática penal. Já Zaffaroni (1991), em seu *Em busca das penas perdidas*, diverge dessa posição, ao encontrar em argumentos criminológicos importantes subsídios para um diálogo entre a dogmática penal e a realidade que ela produz. Inspirado de certo modo no realismo inglês, o autor inaugurou o marco que denomina *realismo marginal*: uma leitura dos problemas de legitimidade e violência inerentes ao contexto autoritário latino-americano, acompanhada de respostas plausíveis para esse contexto, preferencialmente pela via do discurso jurídico enquanto espaço de resistência (ZAFFARONI, 1991; p. 174).

Eugenio Raúl Zaffaroni, em suas obras, tem por fundamento a perda de legitimidade do sistema penal, argumento que desenvolve no livro mencionado no parágrafo anterior. Na oportunidade, o autor qualifica de genocida a política criminal dominante na América Latina, justificando com os altos índices de mortalidade causados pelo Estado, seja por omissões ou pela atuação do sistema penal, no Brasil e na Argentina (ZAFFARONI, 1991; p. 13).

Em obra recente, Zaffaroni (2014, p. 461) demonstra ter mantido, pela duração de sua contribuição à academia, a posição quanto à natureza genocida do sistema penal, afirmando que “[p]odemos pensar o sistema penal como um ambiente propício para massacres”.

O primeiro capítulo de seu *Em busca das penas perdidas* (ZAFFARONI, 1991; pp. 16-29) traz a fundamentação que leva o autor a falar na deslegitimação do sistema penal. Seu percurso argumentativo inicia pela contestação da ideia de legitimidade do sistema pela mera legalidade, uma vez que a lei permite, em sua concretização, espaços de arbitrariedade e violência abarcados pelo manto da legalidade (ZAFFARONI, 1991; p. 26).

Prossegue demonstrando, ainda, que nem a legalidade chega a ser respeitada pelo sistema, que, ao contrário das grandes conquistas dogmáticas, principiológicas e legais em matéria penal, ainda submete sujeitos a processos demorados, a critérios incertos de fixação de penas, a tipos penais excessivamente abertos a dar azo a abusos interpretativos, e a agências executivas que simplesmente atuam à margem da legalidade e tendem a extrapolar suas competências (ZAFFARONI, 1991; pp. 27-28).

Zaffaroni acrescenta, ainda, como fundamentos justificantes da deslegitimação do sistema penal, sua aptidão para a provocação de mortes, mascarada pelo discurso jurídico e pela comunicação de massa (ZAFFARONI, 1991; p. 38).

Apesar disso, Zaffaroni não abandona a dogmática penal. Também recusando a solução abolicionista, enxerga no Direito Penal um espaço importante de garantias e limitação do poder punitivo – ente concreto que pauta sua atuação independente de qualquer parâmetro de legalidade. Diversas obras publicadas no Brasil dão conta de suas contribuições à dogmática, coloridas pelos fundamentos criminológicos para a necessária contenção do poder punitivo.

Por enxergar a relação poder punitivo/Direito Penal do mesmo modo que a relação guerra/Direito Humanitário, Zaffaroni (1991, p. 186) argumenta pela construção de um ideal de retificação radical no discurso jurídico, a fim de voltar sua função exclusivamente para pautar decisões judiciais democráticas e legítimas, considerando o papel argumentativo dos juristas que compõem um processo penal.

Como mencionado, o autor contribui, a partir desse ponto de vista, para a dogmática penal ao elaborar, no livro em comento, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade; em seu manual em coautoria com José Henrique Pierangeli (PIERANGELI, ZAFFARONI; 2002) apresenta também a abordagem da coculpabilidade; no manual em coautoria com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (ALAGIA *et alii.*, 2002) argumenta de uma perspectiva da teoria da pena no sentido de uma concepção agnóstica, desvinculada de fins positivos e apenas limitadora de eventuais excessos estatais.

Essas e outras formulações em termos dogmáticos veem sua importância revigorada no recente *A palavra dos mortos* (ZAFFARONI, 2014), em que o autor refina os argumentos criminológicos que servem de base para seu penalismo crítico.

Apresentadas, portanto, as mais importantes facetas do reducionismo penal como resposta à crise da narrativa criminológica crítica e a conseqüente queda de políticas públicas – especialmente criminais – de viés abertamente democrático, pretende-se analisar, no tópico a seguir, os horizontes de atuação possíveis de um minimalismo penal na realidade brasileira atual, concretizando os ideais onipresentes nos autores minimalistas de reduzir as arbitrariedades inerentes ao funcionamento do sistema penal.

2.6 Por um reducionismo crítico: criminodogmática e resgate das promessas garantistas

O presente tópico serve como um fechamento das ideias apresentadas até agora, bem como de uma nova justificação para a abordagem dogmática crítica que se adota nessa dissertação.

Conforme a tradição criminológica crítica já nos demonstrou (ANITUA, 2005; p. 418), a atitude crítica ao sistema punitivo penetrou de maneira mais eficiente, não apenas no Brasil mas também na América Latina, pela via do discurso jurídico. Propostas realistas de política criminal alternativa não foram vistas como soluções viáveis pelo *mainstream* político alimentado pela demanda punitiva da população (GARLAND, 2001; p. 146) e pela insegurança ontológica que fundamenta cotidianamente esse tipo de demanda (YOUNG, 1999; p. 14).

Diante disso, bem como do fato de a presente pesquisa se vincular a uma linha de Direito Penal, justifica-se a limitação da investigação traçada às possibilidades de renovação e democratização do sistema penal pela via do discurso jurídico diante da problemática da mídia de massa tomada como ponto de partida.

Conforme demonstra Vera Andrade (2014, p. 202), o garantismo penal (e aqui pode-se analisar também toda tendência minimalista de inspiração iluminista liberal) servia a uma promessa de contenção do poder punitivo pela via de sua racionalização. Trata-se de uma pretensão de segurança jurídica, imbuída do ideal nuclear de proteção do indivíduo contra arbitrariedades estatais pela lei. A dogmática, enquanto discurso explicativo da lei, teria como função apresentar os horizontes decisórios possíveis (ANDRADE, 2014; p. 202-203).

Apesar disso, a autora demonstra que o discurso dogmático sempre se viu consolidado por ideologias de fundo que colocavam em risco a pretensa pureza desse discurso. Andrade (2014, p. 207) cita, por exemplo, as influências da Revolução Industrial e consolidação do capitalismo, o patriarcado e o tecnicismo como tendências que contaminaram a dogmática e a distanciaram da busca de seu objetivo inicial declarado, de promoção da dignidade humana pela via da proteção de direitos fundamentais.

Salo de Carvalho argumenta que o sistema punitivo, fundamentado no ideal da defesa social, como empiricamente se verifica, não foi capaz de cumprir seu fim principal de produzir segurança pela via da redução da criminalidade – o que denomina *ferida narcísica do Direito Penal* – (CARVALHO, 2011; p. 89). Discute, ainda, que a pretensão purista que a dogmática assume quanto a uma estrita separação entre *ser* e *dever-ser*, tal como Ferrajoli propugna, a pretexto da manutenção de um status científico do discurso penal, serve apenas para perpetuar as violências institucionais peculiares ao funcionamento do sistema punitivo (CARVALHO, 2013; p. 145).

Ao propor um penalismo crítico formado no âmbito do discurso dogmático, Carvalho (2013) contesta o apego da dogmática à *Lei de Hume*, que justamente fundamenta o pretensão status científico da ciência penal ao reservá-la apenas o campo do dever-ser e o discurso

normativo na investigação sobre o fenômeno do crime. Assim, a dogmática se vê distanciada de problemas reais ao buscar se aperfeiçoar por meio de uma legitimação interna, autorreferencial, e faz vista grossa aos problemas reais que a atuação do sistema que ela pretende racionalizar efetivamente causam.

Vera Andrade (2014, p. 208) denomina esse fenômeno de *garantismo prisioneiro*: o resultado concreto da dogmática penal que, recusando a se debruçar sobre violências e injustiças reais, se afasta de sua promessa – *garantismo prometido*, nas palavras da autora – de um discurso protetor do indivíduo, para servir de um mero manto de racionalidade a essas violências e injustiças.

Azevedo (2010, p. 101) aponta a constante discrepância existente entre as razões determinantes de uma decisão judicial e seus instrumentos de racionalização. Enquanto uma decisão se demonstra fundamentada em uma interpretação da lei e precedentes (instrumento de racionalização), não raro o fundamento subjacente é completamente dissociado de uma função jurídica, podendo passar por dados políticos ou até mesmo o reconhecimento profissional (AZEVEDO, 2010; pp. 101-102).

É basicamente essa uma das linhas traçadas na crítica de Zygmunt Bauman (1998, p. 28) que, ao analisar as condições sócio-políticas que propiciaram o Holocausto na Segunda Guerra Mundial, aponta a burocracia, a desumanização das vítimas e o distanciamento entre o discurso oficial e a realidade concreta de cada uma delas, como algumas das mais relevantes. A racionalização do discurso, de maneira semelhante ao tecnicismo fundamentador de nossa dogmática penal, tende a ignorar as vítimas reais de seu discurso a pretexto de zelar apenas pela integridade científica desse discurso.

Vê-se um conhecimento produzido e sofisticado com o fim de dominação, o que, para Swaaningen (2011, p. 26), pode vir a ser rompido com ideais emancipatórios provenientes de uma crítica baseada na realidade.

Para tanto, é preciso ir além: busca-se aqui uma contribuição dogmática abertamente tendente a interpretações que favoreçam classes subalternas, vulneráveis, as vítimas principais do sistema concreto que a dogmática encobre com seu manto de racionalidade, de Direito Penal do fato, enquanto a realidade demonstra tendências mais fortes de Direito Penal do autor (ANDRADE, 2014; p. 209).

É interessante, portanto, utilizar como ponto de partida justamente a espécie vício ideológico, nas palavras de Carvalho (2013, p. 146) que Ferrajoli pretende extirpar de sua obra, para que se chegue a um modelo de dogmática que se proponha a resultados realistas de contenção do poder punitivo e proteção do indivíduo, especialmente aquele pertencente a

algum dos estereótipos que o torna vulnerável ao controle penal. Trata-se de trabalhar com uma dogmática reflexiva, não apenas quanto a seus próprios fundamentos, mas também aos resultados que produz, assumindo a posição que Vera Andrade (2014, p. 231) denomina *criminodogmática* ou *garantismo criminologicamente fundamentado*, entendendo-se *garantismo* não apenas como o sistema construído na obra de Ferrajoli, mas uma dogmática e prática penais orientadas ao minimalismo e à proteção do indivíduo face à gravidade das sanções que propõe.

René Van Swaaningen (2011, pp. 27-32) argumenta sobre a importância do que denomina de criminologia comparada, sobretudo quando se trata de uma interlocução entre esse campo e o direito. Segundo o autor, a tendência de separação entre as duas abordagens que acabou levando à crise criminológica deve ser superada em favor de modelos de cooperação que resultem em propostas de reforma. Essa reforma, segundo o autor (SWAANINGEN, 2011; p. 29) pode se dar tanto na frente da política criminal, via elaboração legislativa, quanto no ambiente judiciário, com a resistência caso a caso fundamentada pela interpretação criminológica de dispositivos legais.

Há que se ter em vista, concluindo ainda com o pensamento de Swaaningen (2011, p. 30) que o direito, especialmente com o auxílio da epistemologia garantista, pode se mostrar um espaço privilegiado de resistência e de reforço dos princípios de contenção do poder punitivo, por sua natureza contrafáticos.

Por todos os motivos elencados acima, busca-se, no presente trabalho, uma investigação não apenas nas soluções dogmáticas que se apresentam ao problema proposto, mas também em como a criminologia, com sua observação mais próxima dos fenômenos da realidade, pode subsidiar uma ultrapassagem dos limites metodológicos da dogmática para perseguir os fins a que se propõe com maior fidelidade.

3 CULPABILIDADE: ESTABELECIMENTO DO HORIZONTE DE ESTUDO

3.1 Introdução: por que culpabilidade e qual culpabilidade

O presente capítulo se deterá em um estudo tradicionalmente dogmático do instituto da culpabilidade, visando construir uma fundação para a discussão criminodogmática que se seguirá no restante do trabalho. Mas antes disso, deve-se dar um passo atrás, discutindo-se alguns aspectos do instituto e justificando a pertinência de uma análise conjunta com o fenômeno da mídia de massa.

Uma análise superficial da relação entre mídia de massa e sistema penal evidencia duas ordens de consequências práticas: um pânico moral que movimenta a máquina legislativa para a tipificação de novas condutas como crime e aumento de medidas de pena, e, de outro lado, ajuda a pintar um alvo nos inimigos do Estado e do cidadão de bem, voltando a atuação das agências penais a sua repressão.

Enquanto a movimentação da função legislativa pode ser bem abordada com as categorias de estudo da ciência política, das ciências sociais ou até mesmo de um trabalho puramente criminológico, a segunda consequência, atuação concreta do sistema penal, demanda um discurso jurídico que motiva as decisões judiciais – que são o último capítulo na linha do tempo da repressão. E esse discurso, bem como o resultado de sua incorporação na prática, é de interesse para a dogmática.

O estado de vulnerabilidade, com o qual a mídia de massa contribui para construir, tem claras expressões na área processual, seja com a flexibilização de garantias, decisões genéricas que se prestam à proteção de uma ordem pública cujo conceito não poderia ser mais líquido, ou até mesmo o tratamento da parte na audiência, problemas, dentre outros, que Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled, por exemplo, abordam em sua coletânea *In dubio pro hell* (MORAIS DA ROSA, KHALED JR.; 2014). No entanto, a dogmática penal, pertencente a um ambiente mais abstrato e conceitual do que a realidade do processo, sofre influências mais sutis do autoritarismo cotidiano do sistema. Essas influências, porém, não são de modo algum menos gravosas.

A categoria da dogmática que é mais perceptivelmente, impactada por essa tendência é a culpabilidade. Isso porque as demais, como a tipicidade, a antijuridicidade e todas as suas ramificações se prestam à análise de uma conduta concreta e sua conformação à norma e aos conceitos que ela carrega.

Por outro lado, a culpabilidade, em qualquer de suas acepções, por essência é um juízo de valor sobre o indivíduo que comete a conduta, atuando como pressuposto da pena. Para

que essa espécie de juízo não caísse em arbitrariedades ou em tipos de Direito Penal do autor, a dogmática se ocupou em fundamentá-lo de modo a afastar sua aplicação de um julgamento desfavorável da pessoa do réu, seus hábitos, modos de vida ou características psicológicas. O tecnicismo que demanda precisão conceitual e purificação de categorias extrajurídicas se une ao postulado liberal de contenção do poder punitivo.

Nesse sentido se enxerga a importância da afirmação de Franz Von Liszt (*apud* BRANDÃO, 2004; p. 1) de que “*o progresso do Direito Penal é medido pelo aperfeiçoamento da culpabilidade*”, significando que, quanto mais sofisticada a doutrina da atribuição de responsabilidade e reprovação da conduta do indivíduo, mais bem protegido ele estará contra julgamentos morais e arbitrariedades na gradação da lesão causada por sua conduta.

Na tradição dogmática brasileira, ou até mesmo na tradução de suas categorias ao português, a culpabilidade pode denotar diferentes aspectos da reposta jurídica ao crime. Brandão (2004) aponta que a culpabilidade pode ser enxergada tanto como um princípio limitador do poder punitivo quanto um elemento da teoria do crime – considerando-se a tripartição da dogmática penal em teoria da lei penal, teoria do crime e teoria da pena. Bitencourt (2010, p. 385) acrescenta a aceção de circunstância de fixação da pena, e, tomando como ponto de partida essas três posições, Paulo Queiroz (2013, p. 375) também fala sobre a culpabilidade como culpa em sentido amplo – dolo/culpa – e do princípio da não-culpabilidade, sinônimo do princípio do estado de inocência.

Ao se analisar a relação entre mídia de massa, vulnerabilidade social e efeitos no discurso jurídico, vêm à tona tanto a culpabilidade enquanto elemento da teoria do crime quanto como circunstância de aplicação da pena. Isso porque a vulnerabilidade influi na consideração de uma conduta como reprovável, e, da mesma forma, no grau de sua reprovabilidade, influenciando na dosimetria da pena.

Em ambos os casos, a análise deve ser delimitada e feita a partir do princípio da culpabilidade, que fornece o núcleo da compreensão da reprovabilidade: um juízo jurídico dirigido à atitude interna do agente ao praticar a conduta, e não um juízo moral de sua pessoa. Esse princípio ocupa um lugar de importância no sistema garantista de Ferrajoli (2014), enquanto proteção do indivíduo contra julgamentos pessoais, e é materializado e, em tese, limitado, por sua posição no método penal de imputação do delito conformado por seu conceito analítico. Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 139) falam, ainda, na dimensão do princípio da culpabilidade como a exclusão da imputação pela mera causação do resultado.

No capítulo que se segue, propõe-se uma breve revisão histórica das principais posições teóricas que fundamentaram a existência e o posicionamento da culpabilidade na dogmática penal ao longo dos anos. Um momento seguinte se prestará à análise da recepção da doutrina da culpabilidade no Brasil, tanto na lei quanto na prática, analisando a posição doutrinária expressada por autores como Leonardo Siqueira, Cláudio Brandão e Juarez Cirino dos Santos a respeito de seu conceito material e das impropriedades cometidas pelo legislador no momento da recepção do conceito no ordenamento nacional.

3.2 Origens remotas e primeiras expressões

Nilo Batista (2009), em seu artigo intitulado *Cem anos de reprovação*, traça o caminho da evolução do instituto da culpabilidade na dogmática penal que veio a influenciar a doutrina brasileira. O autor toma como marco inicial a obra de Reinhard Frank, a qual completava seus cem anos na data da redação do artigo, e credita a Frank o mérito de formar o conceito da culpabilidade na discurso jurídico como reprovação da conduta do sujeito.

Brandão (2005, p. 2), no entanto, situa o início de sua análise nos principais pressupostos da culpabilidade, que são a natureza da pessoa humana e sua vontade. Mencionado autor encontra na filosofia cristã da Idade Média, marcada pela obra de Santo Agostinho, o primeiro modelo para uma compreensão da igualdade entre todos os seres humanos e sua semelhante capacidade de exprimirem vontade. Argumenta, ainda, que tal noção não era encontrada nos traços predominantes da filosofia grega, que limitavam a noção de ser humano àquele que participava da vida política da cidade.

Prossegue Brandão (2005, p. 3), analisando a obra de Santo Agostinho, afirmando sobre a concepção de vontade como a essência da cada ato humano, em busca do que a consciência indica como o melhor. Será livre a vontade quando escolher o bem, e escravizada quando orientar o indivíduo ao mal.

O autor conclui, sobre esse tema, que a formulação sobre a pessoa e a operação de sua vontade foram fontes essenciais para o desenvolvimento posterior da doutrina que considera a culpabilidade como reprovação da vontade da pessoa, considerando-se, ainda, a capacidade dessa pessoa de exprimir sua vontade, e, por consequência, de agir livremente (BRANDÃO, 2005; p. 3).

O valor intrínseco do ser humano e sua intersecção próxima com o Direito Penal veio a tomar uma forma mais bem definida a partir do Iluminismo do século XVIII, inaugurado pelas primeiras fórmulas do princípio da legalidade encontradas nas obras de Beccaria e

Feuerbach. Cada um a seu tempo, os autores iniciaram a elaboração de um modelo de Direito Penal limitador do arbítrio estatal, bem como de um método bem delimitado de subsunção de um caso à interpretação legal que, animado pelo princípio da culpabilidade, garantiria a aplicação da lei consciente das condições do indivíduo que poderiam atenuar a resposta estatal (BRANDÃO, 2005; pp. 4-6).

Martins Júnior (2012, p. 26) encontra na obra de Beccaria os primeiros sinais de uma *proto-culpabilidade*, em que o autor, ao argumentar sobre a necessidade da verificação concreta de um crime, bem como dos indícios de sua autoria para justificar a atuação das autoridades, inicia a fundamentar a responsabilização do indivíduo por uma conduta juridicamente considerada e lastreada em fatos sensíveis.

Conforme será apresentado no tópico a seguir, a estruturação da culpabilidade e seu local na dogmática e no método penal são mais bem desenvolvidos no início do século XX com Frank e Von Liszt.

3.3 Reinhard Frank e Franz Von Liszt: consolidação na dogmática

A primeira fórmula realmente útil à dogmática no que diz respeito à culpabilidade é extraída de um diálogo entre as obras de Reinhard Frank e Franz Von Liszt, a primeira de 1907 e a segunda de 1899. A obra de Von Liszt, por preceder a de Frank, cria a fundação sobre a qual o diálogo entre as duas se desenvolveu, e situa a ação no centro do método penal, tornando-o um “*conceito de enlace entre os elementos da teoria do crime*” (SIQUEIRA, 2016; p. 71)

Segundo Von Liszt (1899, p. 250), que ainda não trabalhava o termo *culpabilidade* mas, sim, *culpa*, o princípio em questão impede que uma pena seja infligida sem que ela exista, ou seja, pena sem culpa. Critica, por exemplo, a prática romana de punir ladrões impúberes, ou a doutrina de que os pecados dos pais recaíssem sobre seus filhos. Segundo o autor, a culpabilidade, ou culpa, pode ser sistematizada em dois elementos, quais sejam, a *imputabilidade* e a *imputação do resultado*.

Em passagem de seu *Direito Penal Alemão*, em que discorre sobre os fundamentos da culpa, Von Liszt (1899, p. 257) condiciona a imputabilidade ao livre-arbítrio, argumentando que é imputável “*todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são*”, estabelecendo a

importância de um limite legal de idade de responsabilização de um indivíduo por um crime³, bem como um determinado nível de autodeterminação de sua vontade, considerando-se numerosas gradações possíveis nos índices de cada um – desenvolvimento e sanidade mentais.

A imputação do resultado, a seguir desenvolve Von Liszt (1899, p. 270 e seguintes), deveria ser considerada em termos de dolo e culpa. Em síntese, a fórmula da culpabilidade proposta pelo autor consiste na aptidão mental do agente, expressada em seu desenvolvimento e saúde mentais (imputabilidade), e o fato de ter cometido a conduta animado por dolo ou culpa (imputação do resultado). Esse modelo é denominado atualmente pela doutrina como teoria psicológica da culpabilidade.

No entanto, foi a partir do diálogo estabelecido por Reinhard Frank (2002) com outros autores, mas, principalmente, Von Liszt em sua breve porém influente obra *Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade* que o instituto pôde se desenvolver melhor na dogmática. Em publicação recente da obra, ela é precedida por um artigo de Gonzalo D. Fernandez (FRANK, 2002; p. 13 e seguintes), que explica a relevância dos conceitos propostos por Frank e como eles foram uma condição indispensável para a formatação última de um conceito normativo da culpabilidade.

Conforme aponta Martins Júnior (2012, p. 28), Reinhard Frank considera insuficiente a proposta de Von Liszt, julgando-a tautológica. Frank (2002, p. 26) demonstra que no modelo de Von Liszt a culpabilidade é esvaziada de um sentido próprio, levando a inferir que o comportamento é punível quando for culpável, e será culpável quando a pessoa for responsável por seu comportamento. Portanto, é um conceito basicamente autorreferencial que não possui relevância em si mesmo.

Em resposta a esse problema, segundo o próprio Frank (2002, p. 39), culpabilidade é reprovabilidade. O autor concorda com Max Ernst Mayer ao dizer que apenas a ação culpável é reprovável. Batista (2009) narra como o autor ilustra o problema da reprovabilidade, ao expor duas condutas idênticas – dois crimes de furto, por exemplo – cometidos por pessoas acobertadas por condições de exigibilidade distintas: uma delas abastada, de vida luxuosa, e outra que se vê pressionada pelas circunstâncias a praticar o crime para sobreviver.

³ Limite esse que a legislação penal de sua época ainda hesitava em estabelecer, recorrendo à psicologia e à ciência do direito para estabelecerem argumentos a respeito, e trazendo elementos valorativos nas normas, tais como *livre exercício da vontade e discernimento necessário para compreensão do caráter delituoso do fato* (VON LISZT, 1899; p. 259).

No entanto, ele não limita a culpabilidade à simples reprovabilidade (FRANK, 2002; p. 40), mas a coloca como um ponto de partida com a pergunta “*quando se pode reprová-lo por seu comportamento?*”, ao que responde com um triplo pressuposto: a aptidão espiritual do autor (imputabilidade); uma relação psíquica do autor com o resultado (dolo ou culpa), e; a normalidade de circunstâncias sobre as quais se desenvolveram a ação.

Frank, portanto, ao prosseguir no debate a partir concepção de Von Liszt, não apenas formula o conceito da reprovabilidade como ponto central da culpabilidade, mas também introduz a inexigibilidade de conduta diversa como um dos elementos da culpabilidade, e, conseqüentemente, um importante componente do método penal. No entanto, não se afasta de suas raízes causalistas e mantém os caracteres psíquicos da conduta – dolo, culpa e imputação – como partes da culpabilidade, posição teórica que só vem a ser refutada com o finalismo de Hans Welzel e a superação da teoria psicológico-normativa introduzida por Frank pela normativa de Welzel.

Até que se chegasse à obra de Welzel, no entanto, um segundo modelo de culpabilidade, também de matriz psicológico-normativa, produzido, dentre outros, por Edmund Mezger teve relevância na produção dogmática penal, e será analisado no tópico a seguir.

3.4 A resposta neokantiana de Edmund Mezger

O positivismo puro que, até o início do século XX, animava o discurso jurídico-penal dominante, foi, ao longo das décadas seguintes, gradativamente substituído, por alguns de seus adeptos, pela matriz neokantiana de dogmática. Segundo Busato (2015, p. 223), o neokantismo, sobretudo a partir da obra de Gustav Radbruch, pretendeu uma ruptura com o positivismo científico ao estabelecer um novo método para as ciências sociais ou ciências da cultura, em oposição ao método das ciências naturais que propugnava um discurso jurídico ascético.

Autores inspirados por Radbruch e outros de tendência neokantiana enxergavam a ciência jurídica como permeada por valores pré-existent à norma, e que deveriam condicionar tanto sua interpretação quanto a elaboração de novas normas. A norma jurídica, portanto, não possuía valor em si mesmo, mas era condicionada pelos valores a ela anteriores. Isso leva a uma nova formatação da dogmática, não apenas explicativa – conforme se propõe no positivismo tradicional – mas teleológica, condicionando a interpretação de todo o método penal a valores pré-estabelecidos e em atenção à danosidade social da conduta ilícita

(BUSATO, 2012; p. 224-226). Martins Júnior (2012, p. 31) denomina o neokantismo de *marco hipernormativizador*, justamente pelo posicionamento central da noção de valor em todo o método jurídico-penal.

A grande expressão do ideal teórico neokantiano é enxergada na obra de Edmund Mezger (1958, p. 383), que, em determinada passagem, credita à filosofia jurídica neokantiana, ou corrente filosófico-cultural alemã, ter conferido novas forças a uma fundamentação absoluta do Direito Penal.

Mezger adota e fortalece dogmaticamente, ainda, a mesma estrutura de culpabilidade de Frank, tendo-a como composta por imputabilidade, pelas espécies de culpabilidade (dolo ou culpa) e a ausência de causas de sua exclusão, como a inexigibilidade de conduta diversa (MEZGER, 1958; p. 199).

Contudo, o que comentadores da obra de Mezger tendem a apontar, acima de tudo, é o notório fato de que o autor foi um dos importantes juristas que fundamentaram juridicamente o regime nazista alemão. A obra de Muñoz Conde (2005) *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo* traça uma narrativa histórica da atuação de Mezger tanto como jurista dogmático quanto como membro do braço político do regime.

Percebe-se, da análise da obra de Muñoz Conde (2005) que a fundação axiológica exacerbada peculiar ao neokantismo serviu de base para a legitimação jurídica da imposição de duras penas aos inimigos do Estado, tidos como antissociais e merecedores de medidas de segurança. A fundação, enquanto matriz metodológica, nos valores do *povo e raça* (MUÑOZ CONDE, 2005; p. 79), remetidos naturalmente aos ideais segregacionistas e neutralizadores do nacional-socialismo, são importantes pontos de partida para uma reforma do Direito Penal que então se inaugurava, segundo o próprio Mezger.

Pode-se ver, ainda, uma divergência importante entre a obra de Mezger e os autores que o precederam, ao considerar como conteúdo da culpabilidade uma reprovação da personalidade do autor, “*de un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada situación de hecho de la culpabilidad*”. Ao contrário de Frank, autor analisado anteriormente, que em todos os momentos fala sobre a reprovação do comportamento concretamente considerado, e não do autor em si (FRANK, 2002; p. 40).

Todo esse arcabouço teórico, outrossim, permitiu o desenvolvimento de um Direito Penal de autor plenamente justificado, como uma resposta jurídica (MEZGER, 1958; p. 196) a uma conduta culpável, assim interpretada conforme os valores sociais materializados na norma penal.

Apesar disso, conforme demonstra Batista (2009, p. 9), a literatura de Mezger, basicamente no que diz respeito à teoria psicológico-normativa da culpabilidade, foi bem recebida no Brasil enquanto discurso jurídico-penal, afastadas suas raízes nazistas, sobretudo na obra de Aníbal Bruno, que veio a inspirar, posteriormente as obras de Heleno Fragoso e Frederico Marques.

Já no pós-guerra, rechaçando os horrores nazistas e o arcabouço teórico que justificou a instrumentalização do Direito Penal para seus fins notadamente genocidas, Hans Welzel formula todo um novo modelo dogmático, tendo um importante impacto no estudo da culpabilidade. Analisar, como foi feito nesse tópico, a posição de Mezger é importante para se reconhecer o valor da resposta de Welzel, que será brevemente examinada a seguir.

3.5 Hans Welzel e o finalismo

A maior contribuição de Hans Welzel se encontra na elaboração de um novo sistema dogmático que veio a superar o crescente neokantismo a partir da crise ideológica que circundava. No entanto, o presente tópico se debruçará com maior atenção sobre o que o autor tem a dizer sobre a culpabilidade, especificamente.

Introdutoriamente, sobre a obra de Welzel, cumpre ressaltar que o autor buscou resgatar o positivismo enquanto método jurídico-penal, extraindo a centralidade que os valores, abstratamente considerados, e a hermenêutica teleológica impunham a esse método no contexto neokantiano. Busato (2015, p. 227) descreve a oposição de Welzel ao neokantismo ao argumentar que o autor reconhecia uma relação constante entre ser e dever-ser no discurso jurídico, sendo função do direito, enquanto mecanismo de regulação da realidade, não negá-la.

O avanço gerado pela teoria finalista de Welzel foi, notavelmente, no âmbito da teoria da ação: para o autor, o traço marcante da ação humana é o fato de ser essa sempre dirigida a um fim, distinguindo-a dos fatos da natureza (BRANDÃO, 2005; p. 9). Segundo comentários de Tangerino (2009, p. 86), Welzel buscou, em sua obra, direcionar o estudo jurídico à “*ação humana em sua especificidade espiritual*”, priorizando-se, na ciência jurídica, a ação definida por uma ideia de finalidade conforme a consciência de sentido.

Como toda vontade humana é dirigida a um fim e, assim, guia a ação efetivamente praticada em direção a um resultado, não há como dissociar a reprovação do resultado, que se encontrava no domínio da tipicidade, da reprovação da vontade, que, até então, se encontrava como elemento da culpabilidade. Busato (2015, p. 229) conclui, em síntese, que “*o tipo*

corresponde simplesmente à descrição da proibição da ação proibida. Desse modo, uma vez que a ação já é dotada de um propósito, o dolo passa a integrar o próprio tipo”.

Sendo assim, a culpabilidade finalista perde seu elemento psicológico, ou naturalista, que passa ao âmbito da tipicidade, tornando-se – a culpabilidade – puramente normativa.

Welzel toma inspiração na doutrina de Graf Zu Dohna (WELZEL, 2004; p. 131), para quem a contribuição de separar o objeto de valoração (dolo ou culpa) da valoração em si (culpabilidade enquanto reprovabilidade) deve ser creditada. Em outras palavras, a vontade que moveu o agente a praticar uma ação é subsumida ao tipo em um primeiro momento, analisando-se o intento da lei – indício de antijuridicidade do tipo (BRANDÃO, 2014) – de criminalizar ou não tal manifestação finalista ou negligência de deveres de cuidado, para, após, examinar a antijuridicidade ou não dessa conduta, e, por fim, valorá-la em termos de reprovabilidade normativa. É essa reprovabilidade que converte a ação antijurídica em delito (WELZEL, 2004; p. 125).

No modelo finalista, ou normativo puro de culpabilidade, portanto, encontram-se como elementos a imputabilidade, a inexigibilidade de agir conforme o direito, bem como, como também se vê incluído na doutrina finalista, a potencial consciência da ilicitude.

Em oposição a um dos traços marcantes da doutrina de Mezger, o núcleo de seu conceito de culpabilidade, Welzel (2004, p. 126, 128), cite-se novamente, rechaça que o método penal reprove um sujeito por aquilo que ele seja, limitando a análise jurídica à reprovação de sua vontade. O autor apenas admite a valoração de características pessoais do agente quando for útil à correta gradação dos demais elementos da reprovação, sobretudo a exigibilidade de conduta diversa (WELZEL, 2004; p. 126).

Por ser um elemento valorativo negativo, argumenta Welzel (2004, p. 127), a culpabilidade enquanto reprovabilidade pode ser graduada, conforme o nível de livre-arbítrio conferido ao agente e sua possibilidade concreta de atuar conforme a norma, sendo a qualidade de culpabilidade maior ou menor a depender de cada caso.

Com a apresentação de algumas das correntes mais relevantes no tema da culpabilidade na dogmática jurídico-penal, encerra-se a análise historiográfica proposta com os comentários acima, sobre o finalismo, por uma razão: o *mainstream* da dogmática penal brasileira, bem como nosso Código Penal, abraçaram o finalismo enquanto método predominante de valoração do crime, e, conseqüentemente, a noção normativa pura da culpabilidade como marco interpretativo.

Os tópicos a seguir se propõem à análise dessa recepção em solo brasileiro, sua operacionalização e a coerência entre o discurso e a prática efetiva.

3.6 O finalismo no Código Penal brasileiro

O Código Penal brasileiro não deixa óbvia sua escolha pelo finalismo enquanto doutrina orientadora de sua metodologia de aferição da conduta criminosa, deixando esparsos ao longo de sua parte geral e parte especial os elementos que correspondem às categorias conceituais da teoria do delito. O que o acadêmico familiar com a base teórica do Direito Penal brasileiro entende como obviedade – a adoção de nosso código pelo finalismo (BRANDÃO, 2015; p. 125) – se dá graças à insistência da doutrina em sistematizar a correspondência entre os conceitos teóricos e os dispositivos legais.

Conforme ensina Cirino dos Santos (2012, p. 78), a literatura e jurisprudência contemporâneas adotaram predominantemente o modelo tripartido finalista de crime, influenciando, ainda, a reforma penal alemã de 1975 e a brasileira de 1984. Conforme desenvolvido nos tópicos anteriores, tal modelo compreende a tipicidade – a partir do marco da ação final – bem como a antijuridicidade e a culpabilidade como pressupostos para a aplicação da pena.

O código, no entanto, não deixa clara essa posição, mesmo após a reforma de sua parte geral e mesmo na análise de sua exposição de motivos.

Brandão (2005, p. 9) apresenta algumas das pistas deixadas pelo legislador que permitem aferir seu posicionamento: menciona que na disciplina do erro de tipo, no artigo 20 do código⁴, a norma determina que o erro quanto o elemento constitutivo do tipo exclui o dolo, o que traduz uma das importantes alterações operadas pelo paradigma finalista de ação: o deslocamento do dolo e culpa – antes componentes da culpabilidade – para o tipo.

Já a culpabilidade, no código, se mostra ainda mais problemática. Enquanto as hipóteses de atipicidade são mais explícitas – como a inexistência de conduta, sua inadequação ao tipo ou a exclusão do dolo – e as excludentes de antijuridicidade encontram-se descritas no artigo 23 da lei⁵, ao excluir a culpabilidade o código utiliza o termo *isenção de pena*.

⁴ “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.” (BRASIL, 1940).

⁵ “Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” (BRASIL, 1940)

Por exemplo, o artigo 26 do Código Penal⁶ (BRASIL, 1940) exclui a culpabilidade do inimputável ao determinar a isenção de pena do doente mental ou de quem possuía desenvolvimento mental incompleto ou retardado na época da ação. O mesmo ocorre no artigo 28, § 1º⁷, ao reconhecer a ausência de culpabilidade do completamente embriagado por caso fortuito ou força maior. Por fim, o erro sobre a ilicitude do fato, que viola o elemento *potencial consciência da ilicitude* da culpabilidade, é previsto no artigo 21⁸, que isenta de pena quem age sob o desconhecimento sobre a natureza criminosa de seu ato.

Por outro lado, a imprecisão técnica do legislador se faz ressaltada quando utiliza a expressão *isentar de pena* em relação a outros elementos do crime, como a tipicidade – a exemplo do erro do artigo 20, § 1º – ou a mera isenção da pena, a qual não se extrai da lei, com certeza, como é operacionalizada conceitualmente – como a imunidade entre cônjuges e parentes no crime de furto⁹ e a retratação do querelado nos processos por calúnia ou difamação¹⁰.

E mais: a inexigibilidade de conduta diversa, elemento presente nas primeiras concepções de uma teoria normativa da culpabilidade – introduzida por Freudenthal na década de 1920 – e, posteriormente, consolidado na doutrina finalista do instituto, não tem menção no código brasileiro. Atualmente, a inexigibilidade tem sido aplicada concretamente como condição supralegal de exclusão da culpabilidade (SANTOS, 2012; p. 320): ou seja, nos moldes de teorias como o princípio da insignificância, tipicidade material e imputação objetiva, tem sido aplicada judicialmente sem um suporte normativo, apenas doutrinário e confirmado pela própria jurisprudência, conforme demonstra Brandão (2005, pp. 9-10).

O suporte normativo que nosso código oferece à culpabilidade se faz visível apenas nas circunstâncias de aplicação da pena, servindo como uma das condições para a determinação do tempo da sanção.

⁶ “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL, 1940)

⁷ “§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL, 1940).

⁸ “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.” (BRASIL, 1940).

⁹ “Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.” (BRASIL, 1940).

¹⁰ “Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.” (BRASIL, 1940).

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 517-519) opera uma crítica contundente à culpabilidade enquanto circunstância judicial presente no artigo 59 do Código Penal, apontando a impropriedade metodológica do legislador que, ao mesmo tempo, considera a culpabilidade como elemento do crime e como “*simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade*” (SANTOS, 2012; p. 518).

Prossegue o autor apontando que, na exposição de motivos do código, o legislador ignora a diferença entre o objeto de valoração e o juízo de valoração, o que incumbe, respectivamente, à tipicidade e a culpabilidade: o autor será reprovado quando sua conduta se amolda ao tipo, por dolo ou culpa, e o nível de sua reprovação se dará com a verificação e gradação dos elementos da culpabilidade – imputabilidade, potencial consciência do ilícito e exigibilidade de comportamento diverso (SANTOS, 2012; p. 518).

Da forma que se encontra no código, a culpabilidade acaba por ter um espaço discursivo bastante limitado. Enquanto a gradação da reprovação do juízo de culpabilidade deveria permitir uma análise cuidadosa da consciência do injusto de que se valia o autor, e da exigibilidade concreta de que ele agisse conforme o direito, na realidade acaba por se tornar mero mecanismo de justificação da pena ao invés de limitador (SIQUEIRA, 2016; p. 76).

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 520) cita pesquisa empírica que denota a culpabilidade como a circunstância judicial mais presente em decisões de dosimetria de pena que a fixam acima do mínimo legal, “*com frequente fundamentação inerente ao tipo – um método ilegal consistente na repetição do tipo legal imputado*”. Ou seja, o juízo de reprovabilidade é esvaziado, a gradação desse juízo é ignorada, e a reprovação do fato – que incumbe à tipicidade – é repetida e tida como circunstância desfavorável no momento da avaliação da culpabilidade.

Ilustrando-se o problema, se o autor cometeu um furto e isso foi verificado no método penal com a aferição de seu dolo, essa mesma análise não leva, automaticamente, a um julgamento negativo de sua culpabilidade enquanto circunstância de dosimetria da pena apenas pelo fato de que *o autor diminuiu o patrimônio de outra pessoa*, por mais grave que esse fato seja.

A reprovação já foi feita, e, nesse momento, incumbe ao juiz analisar as condições pessoais desse autor com o fim de verificar quão reprovável sua conduta é: será imputável? Qual foi o grau de consciência de ilicitude que animou essa conduta? Quais as circunstâncias o circundavam a ponto de ser-lhe exigível um comportamento completamente conforme aos deveres de conduta preconizados pelo ordenamento?

Por mais que a culpabilidade tenha um espaço diminuto na prática penal brasileira, deve-se delimitar o que esse conceito compreende, e, de forma alguma, repetir um juízo de reprovação já realizado pela tipicidade. A violação do *ne bis in idem* é evidente, conforme argumenta Rodrigues (2016, p. 26) seguindo a argumentação de Juarez Tavares.

Analisada a base teórica que fundamenta a culpabilidade no direito brasileiro, bem como se dá a concretização das normas que a embasam, o próximo capítulo tratará de apontar proposições teóricas posteriores ao finalismo adotado pelo ordenamento nacional, que visem desenvolver os elementos componentes do instituto e possibilitar uma aplicação mais voltada à proteção do indivíduo e à contenção de um poder punitivo que tende a abusos.

4 O CAMINHO À VULNERABILIDADE

4.1 Introdução: o finalismo que morreu que passa bem

O capítulo atual se ocupa de duas funções. Em primeiro lugar, serão analisadas propostas doutrinárias em matéria penal que dialogam com o finalismo, e, por terem-no precedido cronologicamente, aperfeiçoar seus postulados, com foco no instituto da culpabilidade.

Nesse sentido, parcela razoável de autores buscou questionar pontos obscuros da doutrina normativa da culpabilidade, seja se aliando a essa corrente, seja propondo uma nova. É o caso do funcionalismo, célebre sucessor do finalismo enquanto escola penal, e discurso predominante no penalismo europeu. Como sistema (enquanto conjunto de regras com um princípio unificador), o funcionalismo ainda não obteve grandes ecos na realidade penal brasileira, tendo suas contribuições ainda se limitado à importação de conceitos como a *imputação objetiva* e o *domínio do fato* à interpretação da lei penal brasileira, ainda predominantemente finalista.

Ao se analisar brevemente as obras de Claus Roxin e Günther Jakobs como grandes expoentes do funcionalismo – brevemente porque, naturalmente, se tratam de obras de grande alcance cuja análise não raro se estende pela integridade de teses e dissertações – pretende-se, como segundo objetivo do capítulo presente, analisar a adequação das propostas dos autores à realidade político-criminal brasileira. Unindo o fato de que o funcionalismo tem como ponto de partida e de referência constante a política criminal, a análise se dará em conjunto entre esse dado e a breve investigação sobre a política criminal brasileira desenvolvida ao longo do capítulo 2.

Superado o desenvolvimento dos objetivos acima descritos, será explorada a temática da *culpabilidade pela vulnerabilidade*. Inserida no conjunto de propostas atribuídas a Eugénio Raúl Zaffaroni como componentes de um sistema de *funcionalismo redutor*, o tema será analisado à parte, visto que em muito se distancia do que tradicionalmente se conhece por funcionalismo. Esse distanciamento será explicitado em momento oportuno, replicando-se, também, a análise realizada em relação à adequação do funcionalismo tradicional à realidade político-criminal brasileira.

Um dos pontos de partida de que se utiliza nesse capítulo é o seguinte: essa dissertação não tem como meta gerar subsídios para uma nova legislação, mas novas interpretações daquela hoje existente. Pretende-se investigar, no trabalho, a presença de possíveis novos

filtros interpretativos que tornem mais racional a operação de categorias normativas vigentes no cotidiano forense.

Para que se possa defender a aplicação integral dos postulados do finalismo – qualquer que seja sua encarnação – na realidade brasileira, nosso Código Penal deveria, primeiro, atravessar uma alteração substancial, uma vez que o princípio unificador de sua parte geral, ou seja, o sistema normativo adotado, é o finalista.

Por isso se utiliza do jargão corrente entre o público jovem ao se falar sobre um funcionalismo que *morreu, mas passa bem*: grande parte dos esforços doutrinários dos, provavelmente, últimos cinquenta anos tiveram êxito em demonstrar a falibilidade do sistema finalista. No entanto, a legislação brasileira e, talvez, muitas outras de tradições próximas, ainda mantêm vivo o finalismo de Welzel e, com isso, seu modelo tripartite de crime e a culpabilidade normativa.

Portanto, apesar de ter suportado uma grave crise doutrinária – bem como de aplicabilidade, como se viu no final do capítulo anterior – e ter sido superado pelo paradigma funcionalista graças aos desenvolvimentos da doutrina alemã, o finalismo *passa bem* – pelo menos entre nós – enquanto estiver vigente no ordenamento brasileiro. Diante disso, o acadêmico que ocupa seus esforços não em defender uma reforma sistêmica no ordenamento penal, mas em seu aperfeiçoamento interpretativo, acaba por se valer do artifício da compatibilização de influxos de outros discursos à realidade normativa integrada pelo sistema finalista.

É o que se pretende no presente trabalho, sobretudo nesse quarto capítulo, como introdução ao assunto central que será tratado no capítulo seguinte: a mídia de massa.

4.2 A crise do finalismo

O cenário que possibilitou a ascensão do funcionalismo no *mainstream* doutrinário ocidental é o de crise do paradigma finalista, tendo a culpabilidade enquanto parte desse paradigma desempenhado um papel central nessa transição.

Martins Júnior (2012, p. 39) aponta como problemática a imbricação entre direito e moral que a culpabilidade finalista promovia. Na esteira de Nilo Batista, comentando trechos de seu já mencionado artigo *Cem anos de reprovação*, o autor menciona que o juízo de reprovação seria único para a cabeça de cada juiz, dependendo das pré-compreensões, das “*presunções mais variadas*”, e, acrescentando como comentário próprio, das tradições

conservadores e de classe média-alta que animam o conteúdo da preparação e avaliação para o provimento dos cargos de magistrado.

Sendo assim, a reprovabilidade que fundamenta a gradação da culpabilidade estaria fundada em preconceitos advindos de um discurso dominante e pretensamente totalizante, recepcionado pela lei pela via dos indivíduos que majoritariamente a produzem, descrevendo tal tradição como formadora de um conceito de *homem médio* (MARTINS JÚNIOR, 2012; p. 41). Naturalmente há um processo discursivo mais complexo do que determinar, pela lei, que o *homem médio* é o indivíduo de classe média, heterossexual, que talvez fume ou beba recreativamente, dentre outros valores dominantes, mas todos esses caracteres acabam por formar, como um todo, a noção dominante do homem médio – inclusive na lei.

É uma crítica em sentido semelhante que Zaffaroni utiliza como ponto de partida para esquematizar sua culpabilidade como vulnerabilidade, a qual servirá como base para a discussão ulteriormente desenvolvida no presente trabalho e que, naturalmente, será retomada no momento em que o pensamento do autor for apresentado com maior critério.

A imbricação entre direito e moral operada pela reprovabilidade finalista sempre foi uma questão que muito preocupou setores da doutrina de inspiração criminológica, tais como, por exemplo, Martins Júnior (2012) e Nilo Batista (2009, p. 14). No entanto, outra questão, dando um passo atrás em relação à valoração judicial moralista, preocupou ainda mais autores e motivou novas formulações teóricas.

O problema principal desse modelo sempre girou em torno da centralidade que a noção de livre-arbítrio apresentava no sistema de culpabilidade finalista. Mais especificamente, a indemonstrabilidade desse livre-arbítrio. Tangerino (2009, p. 93) menciona a tendência doutrinária de apontar a base do finalismo no livre-arbítrio como o *calcanhar de Aquiles* do sistema, sendo o ponto predominante de críticas da doutrina pós-finalista.

O próprio Welzel (2004, p. 134 e seguintes), ao construir as bases conceituais que formariam a culpabilidade finalista, examina, em capítulo próprio, os problemas do livre-arbítrio. Analisa o autor, em uma investigação de denso conteúdo psicológico, que um livre-arbítrio antropológicamente considerado – a principal característica que separa o ser humano dos animais – pode muitas vezes ceder a impulsos motivados não por valores, mas por necessidades. Ademais das meras necessidades, Welzel (2004, p. 140) reconhece que a finalidade do agir humano sempre será motivada por uma parcela de determinismo, que pode originar de diversas fontes distintas.

Essa sequência de ideias é o que Welzel denomina os problemas do livre-arbítrio: o primeiro não necessariamente um problema, mas sua principal definição – a diferenciação

entre o ser humano e o animal, aspecto antropológico –, a cessão de parcela desse arbítrio aos impulsos – aspecto caracterológico – e parte do condicionamento dessa liberdade a uma parcela de determinismo oriundo de várias fontes possíveis – aspecto categorial.

Há, ainda, uma ligação aparente entre o segundo problema e o primeiro – livre-arbítrio e imbricação entre direito e moral, respectivamente – no sentido de que, aquele indivíduo que se vê mais distanciado da noção do homem médio (independente desse distanciamento ter ocorrido contrariamente a sua vontade, ou determinado por qualquer fonte que seja) tem a si atribuído um nível não questionado – ou não questionável – de livre-arbítrio.

Isso nada mais faz do que tornar mais grave a reprovação de quem pertence a grupos marginalizados de alguma forma, distantes da noção de homem médio, seja por vontade própria ou não. A preocupação se funda porque, mesmo com o alerta de Welzel, o livre-arbítrio é presumido (MARTINS JÚNIOR, 2012; p. 39) como existente e plenamente funcional em basicamente qualquer caso. A reprovação se dá fundamentada em uma suposta *escolha* do agente em seguir um caminho imoral e, como consequência última, ter lesado um bem jurídico – o que é o fato que o levou a ser julgado, mas não necessariamente o único objeto de valoração do processo.

Outros setores mais contemporâneos da doutrina tendem a levar a discussão sobre o livre-arbítrio pelo caminho da neurociência. Cita-se, por exemplo, as análises feitas por Lázaro Guilherme (2017, p. 67 e seguintes), Fernando Martins Júnior (2012, p. 61 e seguintes) e Leonardo Rodrigues (2016, p. 104 e seguintes). Como a investigação predominante no presente trabalho não perpassa a análise neurocientífica, vale uma síntese do pensamento expressado pelos autores mencionados acerca do campo a título de exposição do estado da arte da matéria.

Martins Júnior (2012, p. 62) explicita que, pela clareza metodológica propiciada pelos recentes avanços tecnológicos na área médica, as *hard sciences* tal como a neurociência tem avançado substancialmente na análise da repercussão física de impulsos emocionais no cérebro de indivíduos. Com isso, como explicam o autor anterior e Lázaro Guilherme (2017, p. 67), a pesquisa neurocientífica permitiu decifrar as estruturas de tomada de decisão do ser humano, que possui um fator inconsciente até mais forte do que o consciente. Com isso, a pretensa liberdade na vontade para a autodeterminação da pessoa – fator consciente – acaba por se ver enfraquecida pelo ponto de vista da neurociência.

No entanto (e em sendo esses os motivos pelos quais o presente trabalho não adota como marco teórico a base neurocientífica) Martins Júnior (2012, pp. 63-64) aponta a tendência que a apropriação do saber penal pelas ciências médicas segue de objetificar o ser

humano, servindo a pena a um fim alheio ao cidadão, que se vê tornado um meio ao fim da razão de Estado (neutralização de indesejáveis, por exemplo), em oposição à abordagem retributivista predominante na dogmática penal atual.

A esse respeito, um outro ponto é suscitado por Rodrigues (2016, p. 104) que, fundado em Hassemer, denomina como *erro categorial* a tendência dos autores de transportarem as conclusões neurocientíficas para as ciências penais, uma vez que o livre-arbítrio, ponto de investigação comum de ambos os campos, tem significados e implicações distintas para ambos.

A negação do livre-arbítrio procedida pela neurociência não serve à pesquisa em dogmática penal, uma vez que, sem livre-arbítrio, qualquer noção de ação e reprovabilidade perderia o sentido, fazendo desmoronar as bases em que se fundam o Direito Penal contemporâneo. Parece mais acertado, por outro lado, o diagnóstico de Guilherme (2017), que, ao comentar sobre a exigibilidade de uma conduta diversa, a situa na análise do caso concreto, com a investigação sobre a possibilidade concreta de um indivíduo desempenhar “*diante dos valores estabelecidos, um comportamento diverso*” (GUILHERME, 2017; p. 70).

Portanto, mesmo com os sérios questionamentos que o modelo atual de livre-arbítrio que fundamenta a culpabilidade finalista sofreu, a autonomia da vontade segue tendo um papel predominante na doutrina finalista, sobretudo com o desenvolvimento da doutrina da exigibilidade de conduta conforme o direito, ambas abarcadas pelo discurso do sistema penal brasileiro. Apesar disso, essa mesma autonomia é o ponto de partida para a crítica e posterior desenvolvimento do paradigma funcionalista em sistemas penais, o que será analisado no tópico a seguir.

4.3 A resposta funcionalista de Claus Roxin

Como usualmente se espera do desenvolvimento de determinado tema na academia, sobretudo em se tratando de humanidades, a posição até então hegemônica do finalismo veio a ser fortemente contestada após seu estabelecimento como tal. O primeiro formato consolidado de oposição ao finalismo, simbolizado pela obra de Claus Roxin, teve como suporte também uma oposição à culpabilidade normativa, tal como desenvolvida por Goldschmidt, Freudenthal e incorporada à doutrina finalista de Welzel, tal como apontam Siqueira (2016, p. 80) e Tangerino (2009, p. 94).

O segundo autor relata que, após a última edição do manual que tornou célebre a obra de Welzel, Roxin começou a delinear um novo formato de sistema penal, opondo-se às bases

do finalismo e implicando alterações em alguns de seus fundamentos (TANGERINO, 2008; p. 94). Essas ideias encontram-se sintetizadas no livro *Culpabilidad y prevención*, publicado em 1974, e que se vê responsável pela fundação das principais ideias que motivam o então nascente movimento do funcionalismo em matéria penal (ROXIN, 1981).

O próprio Roxin (1981, p. 41 e seguintes) introduz sua obra enfrentando as principais insatisfações que nutria pelo sistema finalista: a) o livre-arbítrio, que servia como medida da culpabilidade e da aferição da exigibilidade de uma conduta conforme o direito, que o autor considera indemonstrável; b) o caráter retributivo da pena, que, segundo Roxin (1981, p. 42) gera o risco de julgamentos morais, teológicos e metafísicos ao se buscar retribuir um mal com outro mal, e; c) que o Direito Penal teria como função principal a prevenção de futuros delitos, e não a retribuição por males causados.

A prevenção enquanto objetivo do sistema penal se vê central no trabalho de Roxin (1981), que estabelece uma relação íntima entre os elementos da dogmática penal e uma política criminal de prevenção, ocupando essa uma posição de protagonismo na construção teórica do autor. Conforme diagnostica Martins Júnior (2012, p. 98), a dogmática penal passaria a ser permeada por uma política criminal de promoção de direitos fundamentais, atualizando-se conforme o reconhecimento de novas situações jurídicas relevantes a essa política.

Conforme comumente se aponta na doutrina¹¹, Roxin parte de um pressuposto distinto do até então adotado no que diz respeito ao livre-arbítrio. Enquanto autores como Freudenthal, Goldschmidt e Welzel discutiam sobre o grau de reprovação jurídica do indivíduo livre que deixava de cumprir com deveres jurídicos, bem como os diversos fatores – sobretudo na doutrina de Welzel (2004, p. 140) – que poderiam enfraquecer tal liberdade (SIQUEIRA, 2016; pp. 79-81), Roxin parte do pressuposto da indemonstrabilidade desse livre-arbítrio.

Partindo o autor do pressuposto de ser indiscutível – por pura e simples impossibilidade de se discuti-lo – o grau de liberdade de vontade à disposição do agente, o sistema funcionalista de Roxin propõe uma reedição da culpabilidade enquanto elemento do conceito analítico de crime.

Em oposição ao exercício de uma função paritária aos elementos da tipicidade e antijuridicidade, a culpabilidade, no sistema funcionalista de Roxin seria rebatizada de responsabilidade e serviria como uma ponte entre a teoria do crime e a teoria da pena

¹¹ Por todos, Busato (2015, p. 541) e Tangerino (2009, p. 96).

combinada à política criminal, pilares da dogmática penal inseridos na realidade concreta de aplicação da lei.

Tangerino (2009, p. 98 e seguintes) comenta, sobre esse ponto, que a fundamentação funcionalista de sempre se remeter à política criminal no momento do exame de uma conduta e posterior aplicação de uma sanção se dividiria em dois pontos: um primeiro, em que se examinaria a inadequação da conduta em tela ao direito (juízos de tipicidade e antijuridicidade), e um segundo, em que se examinaria a necessidade de imposição de pena em vista do cumprimento das necessidades preventivas impostas pela política criminal. Roxin (1981, p. 151) comenta que as causas de exclusão da tipicidade possuem maior relação com os fins da pena do que com a ausência de um delito, uma vez que se verifica, no caso, uma conduta que descumpriu um preceito jurídico e não está acobertada por outro.

Sendo assim, estando-se diante do crime, haveria circunstâncias que tornariam desnecessária a imposição de uma pena, circunstâncias essas de exclusão da responsabilidade – a culpabilidade no funcionalismo.

A ressignificação da culpabilidade na doutrina funcionalista de Roxin passou por sua substituição no método penal pelo conceito de *responsabilidade*, como já se mencionou. Enquanto a análise da conduta do sujeito e sua adequação ao ordenamento seria reservada aos dois primeiros momentos desse método, o terceiro momento que, até a culpabilidade normativa/finalista, se ocupava de examinar o poder agir de outro modo do autor, passa, no funcionalismo, a ser operacionalizado de maneira diversa.

Conforme analisa Leonardo Siqueira (2016, p. 113), Roxin enxerga na concepção do *poder agir de outro modo* um ponto de distanciamento da dogmática penal em relação a problemas de política criminal, que, segundo o autor em comento, também devem fazer parte do sistema de valoração penal por ter substrato na realidade. Lado outro, o funcionalismo muda o foco do exame da exigibilidade de o indivíduo agir conforme o direito, em direção a um foco de prevenção, ligado às teorias da pena e à política criminal, ambos mais próximos entre si.

Siqueira (2016, p. 113), ilustrando essa proposição, examina a discussão do caso do estado de necessidade exculpante ao olhar de Roxin: enquanto no sistema normativo de culpabilidade, poderia se tratar de inexigibilidade de conduta diversa, no funcionalista o caso é de não imposição de pena em razão da “*desnecessidade preventiva de se aplicar uma pena*”.

Portanto, a conclusão de Roxin, conforme comentado por Tangerino (2009, p. 98), é de que “*culpável é simplesmente quem poderia submeter-se às expectativas e não o fez.*”

Responsável é o culpável a quem a imposição de pena é funcional, isto é, atende às finalidades de prevenção geral positiva”.

E mais: o próprio Roxin, ao comentar sobre os fins que acredita ter o Direito Penal, afirma serem esses a de prevenção de crimes e a ressocialização (ROXIN, 1981; p. 44). Ou seja, o autor funcionalista engloba, enquanto um núcleo irrenunciável de política criminal, as funções, atribuídas à pena, de prevenção geral negativa e positiva, bem como de prevenção geral negativa e positiva, conforme diagnostica Martins Júnior (2012, p. 100).

Renuncia, como já explicitado, à função retributiva, uma vez que não crê na fundamentação da retribuição de um mal com outro mal (ROXIN, 1981; p. 42), preferindo enxergar o conflito penal em um contexto macro, de conflito do indivíduo com a sociedade, e da pena imposta como mecanismo para a dissuasão de outras pessoas que eventualmente poderiam cometer a mesma conduta. Naturalmente, deveria o juiz analisar também se a pena é necessária e suficiente para ressocializar o indivíduo, afastá-lo do conflito e reafirmar os valores sociais lesados pela atitude criminoso. Tudo isso em consonância com os preceitos de política criminal que permeiam todo o funcionamento do sistema penal em questão.

4.4 A variação sistêmica de Günther Jakobs

Ao se examinar o funcionalismo de Roxin, faz-se necessário perceber como Günther Jakobs, alguns anos depois, propôs nova análise dos fundamentos que tornam a pena funcional. Isso porque são duas das concepções teóricas que mais ganharam tração junto à academia ao longo dos anos, e podem render importantes subsídios à compreensão do estado da arte da doutrina da culpabilidade atualmente¹².

Inicialmente, há o ponto de concordância entre Jakobs e Roxin, exposto por esse: ambos partem do pressuposto de que a pena possui uma função preventiva, e, portanto, o Direito Penal deveria assumir para si a concretização dessa função (ROXIN, 1981; p. 150). A divergência entre ambos é a priorização de *qual prevenção* se está falando, e qual o motivo para tal preferência, fundamentada no marco teórico respectivo.

No primeiro ponto, Jakobs claramente prioriza a função de prevenção geral positiva da norma enquanto Roxin prioriza a prevenção geral negativa (não deixando de contemplar, ainda que *en passant*, as demais). Quanto aos motivos, Roxin, por entender o Direito Penal

¹² Vide o diálogo entre o próprio Roxin e Jakobs na obra do primeiro (ROXIN, 1981; p. 150), bem como Leonardo Rodrigues (2016, pp. 75-91), Davi Tangerino (2009, pp. 95-108), Paulo César Busato (2015, pp. 541-546), Leonardo Siqueira (2016, pp. 112 e 125), dentre outros.

como um mecanismo de proteção de bens jurídicos, visualiza uma política criminal de contenção do crime, enquanto Jakobs, motivado pela teoria dos sistemas de Luhmann, acredita no Direito Penal enquanto uma força de reafirmação do valor rompido com a prática do crime. Essa proposição será analisada mais detidamente a seguir.

O motivo pelo qual a proposição de Jakobs é denominada *funcionalismo sistêmico* deriva da proximidade entre sua fundamentação e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, no âmbito da sociologia. Jakobs, com sua visão do funcionalismo, acaba por estender um braço da teoria dos sistemas de Luhmann, ao investigar as consequências das tensões ocorridas dentro do direito enquanto sistema (DALLA-ROSA, 2008; p. 126).

Tangerino (2009, p. 105) aponta a gênese do pensamento de Jakobs na obra de Santiago Mir-Puig em que, ao se questionar sobre o futuro do Direito Penal após a crise da noção de livre-arbítrio e, conseqüentemente, de reprovação, acaba por concordar por Roxin sobre a função mormente preventiva do sistema penal.

Tendo em vista a finalidade preventiva, Mir Puig (*apud* TANGERINO, 2008; p. 106) enxerga e passa a fundamentar um Direito Penal instrumentalizado para o fortalecimento dos valores contidos nas proibições normativas, supondo que a internalização dessas normas pela sociedade em geral via punição de outros seria o mecanismo preventivo ideal.

Jakobs, conforme analisa Tangerino (2009, p. 106), acata esse posicionamento e expande sua fundamentação na teoria dos sistemas de Luhmann.

O autor se vale da compreensão da sociedade enquanto uma série de sistemas para definir o direito enquanto um deles. Enquanto um sistema, o direito impõe aos membros do corpo social uma série de expectativas, com vistas à manutenção desse sistema, e, estando esse íntegro, a sociedade permanece íntegra.

A prática de um crime, lado outro, é o que se denomina na doutrina sistêmica de *frustração de expectativa normativa*, o que, por sua vez, chama uma *reação contrafática de sua reafirmação*. Essa reação vem a reforçar o valor protegido pela norma – a expectativa – e tende a prevenir que novas tensões se estabeleçam dentro do sistema, visando a preservação de sua integridade (BUSATO, 2015; p. 543).

Jakobs chega a essa fórmula ao concluir, divergindo de Roxin, que partir de uma concepção de culpabilidade como limite da necessidade preventiva poderia gerar uma espécie de situação em que a pena efetivamente imposta se vê a quem da necessidade preventiva exigida pelo caso, diante da tensão imposta ao sistema (TANGERINO, 2008; p. 108). Portanto, se Roxin já distanciava, de certa forma, aplicação da norma e indivíduo, valorizando mais a necessidade preventiva do que a reprovação pessoal do autor, Jakobs opera um

distanciamento ainda maior, localizando na culpabilidade a necessidade de prevenção geral positiva.

Tangerino (2009, p. 108) transcreve passagem da obra de Jakobs *Schuld und prävention* (“Culpa e prevenção”) em que essa proposição se vê sintetizada, explicitando que “*comportamento completamente delitivo, isto é, culpável, só se dá quando, para a estabilização da perturbação afirma-se a responsabilidade do autor em evitá-la e confirma-se a correção da confiança na norma*”. Em outras palavras, a culpabilidade se verifica quando for funcional à restituição da força da norma que o autor do crime seja punido.

É visível aí a opção argumentativa de Jakobs sobre a necessidade preventiva como o espaço de delimitação da culpabilidade individual, opção essa na qual discorda de Roxin.

A título de comentário, Busato (2015, pp. 544-545) encontra na obra de Jakobs referências a elementos tradicionais de fundamentação da culpabilidade, tais como a consciência potencial da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não pode ser tornado responsável pela violação da norma um sujeito que não sabia está-la violando, ou que se visse impelido por uma situação de excepcional pressão. O núcleo de compreensão da culpabilidade funcional-sistêmica, no entanto, segue sendo o ideal preventivo, sendo apenas temperado por essas outras circunstâncias.

4.5 As dificuldades de se trabalhar com o funcionalismo no Brasil

O tópico atual se propõe a abordar alguns pontos problemáticos que a doutrina funcionalista pode encontrar ao ser aplicada em território nacional, considerando especialmente as peculiaridades do ambiente em que se veria aplicada. As críticas se dividem em três aspectos: a dissonância entre discurso e aplicação da lei no Brasil, o entrave em se verificar um efetivo caráter preventivo em uma política penal, e, por fim, o desejável compromisso redutor que se vê colocado em segundo plano.

4.5.1 O abismo entre discurso e prática

O presente trabalho define seu compromisso, desde o momento inicial, de filtrar suas análises e conclusões para a realidade concreta do prático do Direito brasileiro. Assim, de modo a construir uma ordem lógica de ideias que cumpra com esse objetivo, isso exclui metodologicamente argumentar no sentido de proposições políticas (como, por exemplo, mudar a política criminal vigente, operar uma mudança substancial na legislação penal, ou

mesmo abolir o sistema penal), bem como proposições jurídicas que não sejam adequadas para a realidade brasileira.

Deve-se lembrar que o Brasil, seguindo uma tradição negativa vigente na América Latina, é permeado por uma realidade política distanciada do discurso que a fundamenta. São as situações que, por exemplo, Salo de Carvalho (2011, pp. 111 e 112) define como a inversão ideológica no campo da garantia de direitos, Vera Andrade (2014, p. 209) denomina de *garantismo prisioneiro*, e Zaffaroni (*et alii.*, 2002; p. 3) como a distinção presente entre as categorias *Direito Penal* e *poder punitivo*.

O que esses autores defendem, em um núcleo comum de ideias, é que a América Latina executa, concretamente, um poder punitivo tendente a excessos e à exclusão social, e, em sendo um dado da realidade, se vê distanciada do discurso pregado na lei.

Esse discurso, por outro lado, tende à racionalidade interna da dogmática penal. Geralmente fundado por princípios como a igualdade na distribuição de sanções, a necessidade de se tutelar bens jurídicos de maneira razoável por meio da incriminação de condutas, e a prevenção por meio de uma quantidade X de pena atribuída a cada conduta, esse discurso se vê utilizado como um manto para acobertar arbitrariedades cometidas por autoridades sob o pretexto de ver concretizado esse poder punitivo antidemocrático.

Como Carvalho (2011, pp. 112 e 113) analisa, o poder punitivo do Estado intervencionista atual, de natureza eficiente, ou eficientista¹³, não raro se utiliza de termos de interpretação fluida para encaixar o máximo de fatos concretos em alguma categoria de repressão: desde a *ordem pública* que fundamenta uma prisão preventiva desnecessária, até as circunstâncias judiciais de livre apreciação do artigo 59 do Código Penal, como personalidade e culpabilidade do agente.

Se tais termos acabam por assumir uma conotação prejudicial ao agente no caso, isso sempre ocorre acompanhado de uma argumentação perfeitamente adequada ao discurso jurídico – e não raro poderia vir acompanhada de uma argumentação, ainda jurídica, que pendesse para o outro lado, tamanha a fluidez conceitual em questão. Conforme frisa Siqueira (2016, p. 112), o discurso jurídico não apresenta caráter informativo como as ciências naturais apresentam, mas persuasivo. Ou seja, algumas categorias jurídicas podem gerar análises, também jurídicas, acertadas para um lado ou para o outro. Daí advêm os conhecidos conflitos

¹³ Termo utilizado sobretudo por Vera Andrade (2014, p. 270) como uma doutrina político-criminal que se aproxima dos postulados da Lei e Ordem, que, conforme descritos no capítulo 2, centraliza a prisão como método de controle social e coloca em segundo plano as garantias de proteção ao indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

entre princípios que embasam os célebres *hard cases*, e que, na realidade do dia-a-dia, em regra são decididos conforme os interesses repressivos hegemônicos.

Sendo assim, para se importar à realidade brasileira uma proposição teórica que impacte na prática jurídica ao remeter uma decisão judicial a um objetivo político ou a algum substrato de realidade, antes é necessário submeter essa proposição ao filtro da conclusão exposta acima: o exercício da política criminal brasileira tende a excessos ilegítimos, e expressamente referenciar tal política como fundamento para a tomada de uma decisão judicial em matéria penal, ou mesmo a gradação de uma pena, é arriscado que tal decisão tenda junto a um excesso.

Esse é o principal problema em se considerar a aplicação da solução funcionalista no contexto nacional, ou mesmo latinoamericano: em que pese ser um sistema penal que contém os mais modernos mecanismos jurídicos de limitação de responsabilidade penal – por exemplo, a imputação objetiva e a autoria como domínio do fato – o núcleo interpretativo funcionalista busca sempre fazer referência à política criminal preventiva, priorizando o caráter do conflito penal como uma engrenagem na máquina da prevenção geral ao invés de um conflito entre indivíduos, com um dano real causado, e um a mais a ser causado se uma pena for imposta injustamente.

O exemplo paradigmático que se encontra dessa situação é fornecido por Alaor Leite (2014, p. 130 e seguintes), ao comentar sobre a apropriação da categoria do *domínio do fato* no caso Mensalão, Ação Penal 470, que tramitou no Supremo Tribunal Federal.

A autoria como domínio do fato, doutrina tornada predominante no Direito Penal europeu graças à obra de Roxin, e componente também do sistema funcionalista, teria como objetivo limitar radicalmente a atribuição da autoria de um fato típico (LEITE, 2014; p. 132), sobretudo em hipóteses de autoria mediata – em que há figuras de autor e mandante. Enquanto a doutrina original do domínio do fato, ao postular o *domínio de organização*, buscava reduzir as hipóteses em que o líder de uma organização hierárquica responderia como mandante por um crime praticado por seus subalternos, a interpretação dada pelo Tribunal brasileiro foi diversa.

No domínio do fato brasileiro, estende-se a punição a praticamente qualquer líder de organização, com fundamento em um suposto dever de controle que o gestor deve ter sobre todas as atividades desempenhadas nessa organização. O domínio de organização, assim, acabou sendo utilizado como um manto argumentativo para se ampliar o alcance das punições determinadas no caso (LEITE, 2014; p. 145).

4.5.2 Os sérios limites da prevenção

O fim preventivo resistiu ao longo da história do desenvolvimento da dogmática como um argumento unânime para justificar a existência do Direito Penal e conferir-lhe uma função positiva, que fosse além da mera imposição de um mal a um indivíduo, ou, no sentido que argumenta Ferrajoli (2014, p. 310), uma mera vingança que aproximaria o Estado da justiça sumária pré-moderna dos particulares.

Como já se comentou, o sistema funcionalista tende a buscar o fundamento de seus elementos sempre em uma política criminal preventiva, utilizando o exercício concreto do poder de punir como um mecanismo de dissuasão à prática de crimes: seja pela coação psicológica operada pela prevenção geral negativa, seja pelo fortalecimento da lealdade no sistema proposto pela prevenção geral positiva.

Cita-se novamente Ferrajoli para introduzir a crítica aos entraves encontrados pela doutrina da prevenção geral positiva, sobretudo a proposta por Jakobs.

Ferrajoli (2014, p. 256) desenvolve sua argumentação a respeito da finalidade preventiva que ele próprio vem propor à pena ao examinar as espécies de prevenção cunhadas pela dogmática, e quais delas não seriam compatíveis com o sistema garantista. Segundo o autor, a prevenção geral positiva sofreria dessa incompatibilidade, uma vez que se funda em uma confusão entre direito e moral.

Mais especificamente, a crítica é centrada no emprego dos mecanismos jurídicos com a finalidade mediata de inculcar na sociedade a fidelidade ao sistema a partir da imposição da pena a um indivíduo criminoso, e imediata de prevenir a ocorrência de novos delitos em razão dessa fidelidade. Ferrajoli (2014, p. 256) aponta a tendência que essa espécie de discurso tem de se solidarizar com “*modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa*”, reduzindo o indivíduo à condição de subsistema físico-psíquico.

Esse é o viés predominante das críticas feitas à formulação de Jakobs. Leonardo Siqueira (2016, pp. 127 e 128) ressalta o autoritarismo da posição do autor, que substitui o conteúdo formal da culpabilidade enquanto reprovação pelo conteúdo mesmo da prevenção geral positiva. Argumenta que há a insustentabilidade de uma fidelidade, reforçada pelo direito, a um único conjunto de valores positivados.

Além da suposição quanto à superioridade desse conjunto de valores acobertados pelas normas, Busato (2015, p. 545) comenta que Jakobs “*peca do falso pressuposto de igualdade*

de todos perante a norma”, ou seja, a falsa premissa que todos os indivíduos são capazes de conhecer a norma e se dirigir, em circunstâncias iguais, a seu cumprimento.

Juliana Fröhner Dalla-Rosa (2008, p. 126) ressalta a tendência do funcionalismo sistêmico de mudar o foco da norma, sobretudo penal, que tradicionalmente serviria para a proteção do indivíduo, tornando-a um instrumento de proteção ao sistema. Soma-se o argumento de Thaísa Bernhardt Ribeiro (2014, p. 43) que denota a tendência de um poder punitivo centrado no sistema de produzir uma “*hiperresponsabilização do sujeito ativo por razões de insegurança social*”.

Essa última crítica é comum a ambas as vertentes do funcionalismo abordadas, o que também inclui o funcionalismo teleológico de Roxin.

Tangerino (2009) reúne críticas tanto ao funcionalismo teleológico quanto ao sistêmico, tendo elas o ponto em comum do esvaziamento da culpabilidade. O autor cita (TANGERINO, 2008; p. 104), em um primeiro momento, Schünemann e Hassemer como contrários a uma culpabilidade esvaziada de sentido, praticamente confundida com a finalidade preventiva, uma vez que acaba por deixar de lado a dimensão limitadora e garantidora que a culpabilidade deve, em última instância, desempenhar. Uma culpabilidade esvaziada de um conteúdo material também em Jakobs, como reconhece Tangerino (2009, p. 107), tende à mesma falta de limites.

Ferrajoli (2014, p. 259), reconhecendo o paradigma funcionalista e divergindo dele, retoma a fórmula contemporânea ao finalismo: culpabilidade é um princípio ínsito à teoria do crime, além de um dos elementos do crime considerado analiticamente, que visa avaliar juridicamente a reprovabilidade da conduta de um indivíduo em um caso específico; prevenção é um dos fins da pena, o qual delineia a pena mínima em abstrato para um determinado crime de modo que coaja a sociedade a não praticá-lo, sob a ameaça de sanção, consequentemente evitando as vinganças privadas advindas de vítimas desses crimes.

Agora, para além de uma justificativa autorreferencial sobre a insuficiência da prevenção como um critério de definição da culpabilidade – a indagação sobre a coerência da centralidade do ideal preventivo com os postulados do sistema da dogmática penal – é necessário abordar um dado da realidade e como a doutrina se porta a respeito: por que na sociedade se continua a cometer crimes, mesmo com a tipificação de novas condutas como delitos, ou mesmo o aumento das penas em abstrato de crimes já existentes?

Zaffaroni *et alii*. (2002, p. 58), ao começar por preparar a base conceitual sobre a qual vem a erigir sua teoria agnóstica da pena, discute sobre a indemonstrabilidade de uma efetiva prevenção geral negativa. O autor argumenta que pode ocorrer, com a ameaça da pena, que

alguma pessoa ou outra se veja dissuadida de cometer um crime menos grave que houvesse planejado, mas que essa ameaça de forma alguma dissuade autores de delitos de maior impacto, como pessoas *invulneráveis* ao alcance do sistema penal ao cometerem crimes de colarinho branco, terroristas motivados pelo fanatismo ideológico, administradores do crime organizado motivados por ganhos patrimoniais altos, motivações patológicas ou até mesmo a dificuldade de se refletir sobre uma motivação, como o autor de um estupro ou de um homicídio doloso.

Sendo assim, afirma o autor (ALAGIA *et alii.*, 2002; p. 58) que a exceção do indivíduo que porventura deixa de praticar um crime, por refletir sobre a consequência negativa da pena, não pode ser tomada como regra e teorizada como um objetivo do Direito Penal e da política criminal. Isso porque, independente da norma penal, os crimes ainda ocorrem, e, nessa ordem de ideias, a consequência lógica é no sentido de um incremento generalizado dos mecanismos de punição (ALAGIA *et alii.*, 2002; p. 59).

Zaffaroni (ALAGIA *et alii.*, 2002; p. 58) discute, nesse ponto, que a motivação mais forte para que um ser humano não cometa um crime advém de normas éticas e sociais – a verdadeira prevenção geral negativa – e que não compete ao Direito Penal se imiscuir nesse discurso, nem seria possível que o fizesse.

As conclusões de Zaffaroni comentadas acima podem ser ilustradas pela pesquisa de Alfonso Maíllo (2006), cujo substrato é predominantemente empírico. O autor, ao investigar a tese da escolha racional quanto ao cometimento de delitos, apresentou diversas pesquisas a respeito da eficácia que diferentes métodos desempenhavam na prevenção de delitos.

Maíllo comenta sobre diferentes pesquisas que visavam avaliar a impressão de sujeitos a respeito da severidade de penas e sua influência em um efeito dissuasivo na população que está sujeita a elas. Apresenta, em um dos resultados colhidos (MAÍLLO, 2006; p. 273) que é mais convincente a certeza da aplicação da pena, do que sua severidade em abstrato, para a decisão de um indivíduo em cometer ou não um crime.

Comenta, em outro ponto, (MAÍLLO, 2006; p. 278) sobre o potencial efeito criminógeno e autoritário que uma política criminal centrada em endurecer penas pode gerar no corpo social, uma vez que sua eficácia em prevenir o delito é indemonstrável, e sua tendência em manter indivíduos no cárcere por mais tempo os torna mais próximos da delinquência.

Um outro ponto de destaque é um possível diálogo que se pode estabelecer entre a indeterminação das motivações de um indivíduo, e, portanto, a insuficiência da simples coação psicológica da pena, apresentada por Zaffaroni *et alii.* (ALAGIA *et alii.*, 2002; p. 58)

e um ponto suscitado por Maíllo (2006, p. 273). O segundo autor, no ponto referenciado de seu texto, comenta uma pesquisa que aprofunda em um senso comum adotado pela dogmática: o de que o agente de um crime, ao planejar a execução de seu ato, efetua um cálculo de custo-benefício em que pesa os benefícios potenciais da conduta de um lado, e, de outro, os riscos e consequências de um cenário de falha, à moda do ator racional, que aproxima o criminoso da figura de um operador da bolsa de valores.

Maíllo (2006, p. 273) se sustenta em pesquisas para demonstrar a complexidade dessa questão, incluindo outras variáveis que distanciam a pena de um efetivo ideal preventivo, como a experiência do autor que já praticou vários crimes e nunca foi pego, ou do criminoso que se porta como um apostador e pode se sentir sortudo antes de praticar um crime, ou ter acreditado que a vez em que o praticou e foi pego foi um momento de azar, vindo a reincidir por se acreditar com sorte, dentre outros cenários possíveis (MAÍLLO, 2006; p. 281).

Ainda mais complicações há nessa doutrina, conforme se extrai de um artigo de Jock Young (2004) em que o autor visa propor um diálogo entre as obras dos criminólogos Robert Merton e Jack Katz, o primeiro crente em uma estrutura social que determina, de certo modo, o comportamento delitivo de sujeito, e o segundo que argumenta a favor das pulsões e energias individuais como principais fatores na prática do crime.

O que se extrai da argumentação de todos os autores citados acima (Zaffaroni, Maíllo e Young) é a insuficiência do discurso penal em se pretender, de alguma forma, como a principal ou a única instância preventiva da prática de crimes. Isso porque as fontes mais eficientes de uma verdadeira prevenção são normas éticas e sociais (ZAFFARONI *et alii.*, 2002, p. 58), ou sanções informais (MAÍLLO, 2006; pp. 264-265).

A deturpação de finalidades que acaba por ocorrer é no sentido de que o Direito Penal assume para si o papel de prevenir delitos, tanto em uma frente legislativa, ao tipificar condutas delitivas ou aumentar penas a condutas típicas, quanto em uma frente judicial, ao adotar posicionamentos jurisprudenciais mais rígidos e distantes das garantias individuais, o qual passa a ser um filtro interpretativo quanto a categorias da dogmática penal e regras e garantias processuais. E tudo isso ocorre sob o falso pretexto de que se estará prevenindo novas ocorrências delitivas.

Por último, mas não menos importante, a prevenção geral positiva que anima a doutrina do funcionalismo sistêmico de Jakobs sofre do mesmo problema – indemonstrabilidade concreta da prevenção – mas em uma gravidade ainda maior. Relembre-se as críticas de Leonardo Siqueira, Thaísa Dalla-Rosa e Ferrajoli sobre a utilização do

indivíduo como exemplo em prol do fortalecimento do sistema normativo, tensionado a partir do cometimento de um crime por esse indivíduo.

Zaffaroni (ALAGIA *et alii.*, 2002, p. 62) acrescenta sua crítica a esse modelo, ao mencionar que a necessidade de normalização das expectativas normativas, que o paradigma funcionalista sistêmico presume, leva a um emprego desmedido do poder punitivo para o cumprimento desse objetivo. Tende, assim, à construção de um Estado absolutamente bélico e vigilante, que tampouco contribui para um cenário de valores sociais reforçados no corpo social, e, como consequência, tampouco contribui para o objetivo preventivo idealizado.

Portanto, tão hipotético quanto o funcionamento regular do modelo preventivo geral positivo é a imagem do Estado apto a reforçar o funcionamento desse modelo. Ainda que fosse uma hipótese provável, não seria minimamente desejável.

4.5.3 A necessidade redutora

A culpabilidade, enquanto componente da estrutura analítica do crime e do rol de princípios limitadores da intervenção penal, se submete à lógica de proteção do indivíduo contra um poder punitivo que existe concretamente e que tende a excessos e violências.

Essa é a ideia motivadora da não reprovação de um indivíduo inimputável, que desconheça a ilicitude de seu ato ou que tenha sido impelido a agir por uma situação de pressão tamanha que não lhe fosse exigido o cumprimento da norma. A reprovabilidade de uma ação já inerentemente reprovável pelo fato de ser típica e antijurídica deve ser temperada pela consideração da relação do autor com o fato, sobretudo circunstâncias que tornem o dever de cumprimento da norma menos exigível.

Por mais que não tenha sido essa a ideia que animou as primeiras formulações da culpabilidade¹⁴, é esse o pano de fundo que hegemônico na dogmática penal minimalista, predominante atualmente¹⁵, sobretudo em território latino-americano.

A preocupação que surge dessa constatação consiste na não verificação do compromisso reducionista nas propostas do funcionalismo de Roxin e de Jakobs, que, conforme Tangerino (2009, p. 112) aponta, muito mais se encarregam de buscar uma pena útil – funcional – ao sistema, do que uma pena justa ao indivíduo.

¹⁴ Veja-se, por exemplo, Frank (2002), que idealizou a categoria da culpabilidade como um meio de se valorar uma conduta como mais grave ou menos grave a depender da situação pessoal e social do autor, e de sua possibilidade concreta de cumprir com os deveres normativos.

¹⁵ Por todos, Leonardo Siqueira (2016), Cláudio Brandão (2014), e, claro, o sistema garantista cunhado por Luigi Ferrajoli (2014).

A crítica sobre o esvaziamento de um conteúdo material da culpabilidade e substituição pela necessidade preventiva é pertinente e merece ser salientada, uma vez que é frontalmente oposta à proteção do indivíduo objetivada pela dogmática penal tradicional, lugar esse que passa a ser ocupado por uma razão de Estado com limites muito pouco definidos.

Em resposta a isso, o tópico seguinte se ocupará da culpabilidade pela vulnerabilidade, uma linha teórica expressamente dedicada à limitação do alcance do poder punitivo pela frente da culpabilidade. Não se deixará, na oportunidade, de enaltecer a necessidade redutora de um sistema penal com algum compromisso democrático.

4.6 A culpabilidade pela vulnerabilidade: consciência marginal e reprovação pelo esforço

A culpabilidade pela vulnerabilidade, como modelo teórico de Eugenio Raúl Zaffaroni, merece uma contextualização antes que se discorra sobre ela, propriamente.

Martins Júnior (2012, p. 102) ressalta que tanto a proposta em comento quanto outras surgidas no seio da obra de Zaffaroni integram um sistema de *funcionalismo redutor*, o qual propõe uma série de filtros pelos quais deve passar o poder punitivo que pretende se efetivar democrático.

Desenvolvido paradigmaticamente na obra *Em busca das penas perdidas* (ZAFFARONI, 1991), a culpabilidade pela vulnerabilidade vem como uma resposta estratégica de contenção de um poder punitivo que tende à violência e à ilegalidade. Partindo do mesmo fundamento que também deu base à formulação da teoria agnóstica da pena, mais bem explicitada em seu *Derecho penal: Parte general*, em coautoria com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (ALAGIA *et alii.*, 2002), ambas as teorias que se mostram as contribuições mais significativas de Zaffaroni à dogmática penal, para além de vários outros aportes ao contexto da criminologia latino-americana.

O contexto de desenvolvimento dessas proposições já foi analisado no capítulo 2: Zaffaroni nos momentos iniciais de seu *Em busca das penas perdidas* cuida de apresentar os principais problemas de que sofre o sistema punitivo latino-americano, em uma análise predominantemente criminológica. Analisa, sobretudo, como o discurso jurídico se vê deturpado pela corriqueira legitimação de ilegalidades, e que, apesar de seu potencial de produzir segurança jurídica e decisões democráticas, é utilizado em regra para fundamentar

um poder punitivo dominado por mortes, corrupção, privações de liberdade e outras violências (ZAFFARONI, 1991; p. 39).

Dessa forma, a argumentação de Salo de Carvalho ilustra bem o ponto de Zaffaroni: ao falar sobre a *ferida narcísica do Direito Penal*, Carvalho (2011, p. 89) se baseia no diagnóstico do autor argentino para delinear um abismo entre as funções declaradas do sistema penal e as que esse sistema efetivamente cumpre. De um lado, o poder punitivo pretende para si o controle do crime – preventivo – e a proteção de bens jurídicos, e, de outro, a dura realidade de que o Direito Penal não controla de forma alguma os índices delitivos e serve apenas para perpetuar a seletividade e o isolamento de grupos sociais que geralmente são o alvo do alcance penal.

Portanto, renunciando às alternativas de esquerda punitiva¹⁶, bem como a abolicionista¹⁷, Zaffaroni considera as peculiaridades socioeconômicas da América Latina para buscar alguma nova fórmula de dogmática penal que possa servir como mecanismo de resistência das arbitrariedades peculiares ao sistema penal da *margem*, ou seja, do Brasil e seus vizinhos.

Isso porque, como já se mencionou também no capítulo 2, Zaffaroni assume uma postura dogmática cética, no sentido de que não crê no Direito Penal como um instrumento de mudança social, apenas como uma frente de resistência do indivíduo ao sistema punitivo que argumenta ter perdido sua legitimidade (ANITUA, 2005; p. 451).

Martins Júnior (2012, p. 102) aponta que uma proposta inicial de Zaffaroni nesse sentido foi a formulação da coculpabilidade, explicitada, no Brasil, em seu manual em coautoria com Pierangeli. De acordo com o primeiro autor, no mesmo sentido de Hamilton Ferraz (2016, p. 7), a coculpabilidade nada mais é que o reconhecimento de parcela de culpa do Estado em colocar o indivíduo em uma posição de miséria tamanha, que vê o cometimento do crime como uma alternativa viável para sua própria sobrevivência.

O fundamento da coculpabilidade, comenta Lázaro Guilherme (2017, p. 106), pode, com base na teoria do estrutural-funcionalismo de Robert Merton, gerar a exclusão da culpabilidade ao ser constatada a pressão que a estrutura social exerce no indivíduo para

¹⁶ Como propõe Baratta (2011, p. 200), ao visualizar uma política criminal alternativa que mudasse o foco da repressão penal para as classes poderosas e aos crimes cometidos contra a organização do trabalho e a previdência, por exemplo. Sofre do problema de demandar uma alteração política radical, de matriz revolucionária, o que é indefensável no presente trabalho de argumentação jurídica.

¹⁷ Em que pese ser adotado como uma utopia (ANDRADE, 2014) e um ideal (talvez) inalcançável, o abolicionismo não é enxergado como uma alternativa atualmente viável por Zaffaroni (1991, p. 109) e Ferrajoli (2014, p. 234) por tornar possível o nascimento de um novo sistema de controle social, eventualmente de natureza disciplina e ainda pior que o atual sistema.

delinquir. Pode, também, na dosimetria da pena, motivar uma redução na culpabilidade enquanto circunstância de verificação da pena-base, à semelhança das previsões expressas nos Códigos Penais colombiano e boliviano nesse sentido (GUILHERME, 2017; pp. 114-115).

Apesar de ainda poder ser encontrada na obra de Zaffaroni, a coculpabilidade se viu reformatada no modelo da culpabilidade por vulnerabilidade. Hamilton Ferraz (2016, p. 7) comenta o posicionamento do teórico a respeito da necessidade da reformulação, conferindo, como principais razões para tanto: se escorar no pressuposto de que a pobreza é a única causa de delitos; habilitaria um redirecionamento do poder punitivo em direção a classes dominantes, e mais poder punitivo nunca é desejável, e; não considera a arbitrariedade que frequentemente motiva a seleção criminalizante, seja do rico ou do pobre.

A característica da seletividade, como apontam Ferraz (2016, p. 7) e Martins Júnior (2012, p. 103) é central na mudança do paradigma da coculpabilidade para a culpabilidade pela vulnerabilidade. Essa preocupação é expressada como uma introdução que Zaffaroni faz a sua discussão sobre a crise da culpabilidade, ao sustentar que

o sistema penal escolhe pessoas arbitrariamente e [...] os requisitos de tipicidade e antijuridicidade [...] nada mais são do que os requisitos mínimos que a agência judicial deve esforçar-se para responder a fim de permitir que o processo de criminalização, em curso, sobre a pessoa arbitrariamente selecionada, possa avançar. (ZAFFARONI, 1991; p. 250)

Posteriormente, Zaffaroni expõe sua visão a respeito da crise da culpabilidade, suscitando, como seu ponto principal o conteúdo predominantemente ético da reprovabilidade que a sustenta (ZAFFARONI, 1991; p. 256). Argumenta o autor que, enquanto uma visão incipiente da culpabilidade deveria perfazer um juízo da situação particular do autor e os dados que o circundavam no momento da prática do delito, não raro se desvia para um juízo ético, cujo conteúdo de reprovabilidade nunca foi, segundo o autor, suficientemente explorado pela doutrina (ZAFFARONI, 1991; p. 260).

Pelo contrário, a categoria da culpabilidade sempre foi solo fértil para a proliferação de discursos perigosistas, de culpabilidade do autor e de julgamentos éticos, julgamentos esses sem os quais, sustenta Zaffaroni (1991, p. 262), a noção de reprovação seria uma contradição.

Sendo assim, seu modelo de culpabilidade passa a considerar como eixo não mais a reprovação, mas a vulnerabilidade do sujeito selecionado pelas agências punitivas (ZAFFARONI, 1991; p. 267). É dizer: não mais seria considerado como pressuposto da

gradação da culpabilidade a reprovação do sujeito pelo resultado criminoso efetivado, mas o efetivo esforço que desempenhou para ser, ao final, selecionado.

Nesse sentido, são conceitos-chave para a compreensão da culpabilidade como vulnerabilidade os de *posição ou estado de vulnerabilidade* e *esforço pessoal para a vulnerabilidade* (ZAFFARONI, 1991; p. 270). Segundo o pensamento do autor, a posição de vulnerabilidade é um fator condicionado socialmente, decorre de estereótipos ou do simples pertencimento do indivíduo a alguma classe ou minoria social, e define o risco que essa pessoa tem de ser selecionada pelas agências punitivas. Quanto mais desfavorecido pela estrutura social for o indivíduo, maior será a vulnerabilidade de sua posição, e, conseqüentemente, maior será o risco de ser alcançado pelo sistema penal.

O segundo conceito, de esforço pessoal para a vulnerabilidade, compreende uma ordem de fatores que fazem com que um indivíduo transite entre posições de vulnerabilidade. Quanto mais bem favorecido socialmente for, maior deve ser o esforço pessoal do indivíduo que efetivamente chega a uma posição de vulnerabilidade que leve à seleção. Quanto menos favorecido, menor o esforço pessoal (ZAFFARONI, 1991; p. 271).

Pense-se, por exemplo, no empresário de renome que precisa sonegar mais de R\$ 20.000,00 em tributos para ser processado pelo crime correspondente, e os dois jovens negros comumente abordados pela polícia por estarem andando juntos em uma motocicleta, sem indício de terem cometido crime¹⁸.

A culpabilidade pela vulnerabilidade, portanto, é um juízo de valor que toma como pressuposto uma certa determinação social do indivíduo à dificuldade em cumprir com os deveres normativos, não podendo esse dado influir em seu julgamento. Nos termos de Zaffaroni (1991, p. 270), “*o estado, ou [posição] de vulnerabilidade é incobrável*”. O que pode ser cobrado – o autor prefere o termo *cobrança a retribuição* – por outro lado, é apenas o esforço que o agente efetivamente empregou para se colocar na situação em que veio a ser selecionado.

¹⁸ Nesse ponto, vale um comentário pessoal: em círculos informais tem-se falado sobre a tendência atual do sistema penal em *criminalizar a riqueza*, fato esse que teria ocupado os noticiários com frequentes reportes de grandes escândalos de corrupção envolvendo empresas de grande porte e o governo. Desde a ótica da vulnerabilidade, no entanto, esse tipo de ocorrência não significa posicionar os grandes empresários como novos vulneráveis. Por outro lado, políticos bem estabelecidos e grandes empresários nunca foram, nem nunca serão vulneráveis no contexto do sistema penal diagnosticado por Zaffaroni: simplesmente o que ocorre no atual contexto é um tamanho esforço pessoal de cada um dos envolvidos selecionados em uma bizarra série de coincidências, com as devidas contribuições de avanços investigativos e delações premiadas, que permitem evidenciar a estrutura sistematicamente corrupta das instituições do poder público brasileiro.

A cobrança feita pelo juízo nesses moldes, segundo Zaffaroni (1991, p. 272), foge ao problema do conteúdo ético geralmente presente na reprovação tradicional, que deixa de lado as pressões sociais a que indivíduos vulneráveis se encontram submetidos, ao impor a todos os sujeitos uma mesma capacidade de fidelidade aos deveres normativos e aos padrões hegemônicos.

Ao considerar a posição de vulnerabilidade ocupada pelo autor do crime, o juízo de valor da culpabilidade pela vulnerabilidade visa corrigir defasagens advindas de dosimetrias de pena motivadas por argumentos de culpabilidade de autor. Essa espécie de argumentação não raro demanda a imposição de uma pena mais grave a um sujeito que, a despeito de ter praticado uma conduta muito pouco lesiva a um bem jurídico, recebia uma qualificação negativa sobre sua personalidade, contaminando também o juízo de valor feito sobre a conduta analisado no caso penal.

A culpabilidade pela vulnerabilidade foi apresentada em notas breves no presente tópico enquanto uma resposta democrática à crise da culpabilidade, visando, por meio dessa resposta, a formação de uma categoria dogmática que pudesse ser operacionalizada no cotidiano judiciário como um mecanismo de contenção do poder punitivo, em oposição a outras propostas justificadoras.

Seguindo a ordem lógica pretendida no presente trabalho, o próximo capítulo se ocupará da questão argumentativa central apresentada: a mídia de massa. Posteriormente, a culpabilidade pela vulnerabilidade será retomada e analisada em conjunto com os resultados de pesquisa colhidos acerca da mídia, que, a título de hipótese, se discute ser uma relevante fonte de formação de estados de vulnerabilidade, não apenas no posicionamento de indivíduos dentro de estereótipos negativos, como no incremento da demanda punitiva internalizada pelas autoridades competentes para fazer funcionar o aparato repressor do Estado.

5 EXCLUSÃO SOCIAL, MÍDIA DE MASSA E VULNERABILIDADE

5.1 Introdução

O capítulo atual tem a tarefa de traçar uma linha de raciocínio originada de um ponto de partida distinto da dogmática penal – como foi feito no capítulo anterior – mas visando convergir com ela no último ponto suscitado: a culpabilidade pela vulnerabilidade. É provavelmente a parte mais atraente do trabalho, no sentido de que busca subsídios em áreas distintas do saber para enriquecer com novos pontos de vista o debate jurídico sobre o crime.

Em tempos de comunicação de massa, a mídia noticiosa passa a estabelecer uma relação cada vez mais íntima com o crime e com os sujeitos envolvidos nele: o aparato para sua repressão, o agente e a vítima. Ao estudioso do fenômeno criminoso basicamente resta assistir aos efeitos que essa inter-relação gera na realidade do sistema punitivo, tentando conter com instrumentos jurídicos um fenômeno que foge completamente à realidade jurídica e que não encontra tradução no discurso do direito.

E mais, a mídia de massa se mostra um fenômeno cujos efeitos, inclusive, não são suficientemente explorados por pesquisas acadêmicas da área. Seguindo a antiga e consolidada tradição de haver um constante diálogo entre academia e prática, que possibilita que a pesquisa sofistique os meios de aplicação de uma determinada ciência, não se pode esperar que o discurso jurídico concreto/concretizado esteja pronto para lidar com um fato que não foi explorado pela academia com a racionalidade merecida.

É sob esse pretexto que se dedica parte do presente trabalho a um estudo mais aprofundado da relação entre a mídia de massa e o crime – mais especificamente a reação social ao crime. Para tanto, a investigação passará pela exposição – ainda que sintética, afinal trata-se de uma pesquisa de objeto jurídico e criminológico, não de comunicação social – das principais vertentes de estudo do campo da *teoria da mídia*.

Em uma ordem lógica de raciocínio, busca-se explorar de modo racional quais papéis e funções os meios de comunicação em massa desempenham no cotidiano da sociedade ocidental contemporânea, quais valores e sentidos eles pretendem ver construídos, bem como em que medida podem funcionar como um instrumento de exclusão social. São esses os principais tópicos a serem abordados, e, portanto, a estrutura de ideias expostas no capítulo.

A exclusão social se liga intimamente à ideia de vulnerabilidade abordada no final do capítulo anterior. Portanto, percorrer o caminho argumentativo da presença da mídia até o desempenho de seus efeitos nocivos no corpo social – exclusão – é essencial para se testar a hipótese do trabalho de que a mídia de massa é um forte mecanismo de produção de estados

de vulnerabilidade, e que a operacionalização da culpabilidade pela vulnerabilidade é um caminho válido para reduzir os danos advindos dessa situação fática.

Trata-se de olhar com olhos científicos algumas das conclusões parciais que o cidadão atento toma – não se vive sem informação, não se desgruda os olhos da tela da TV e/ou do celular, a mídia só noticia crimes cometidos por pobres, dentre outras – e submetê-las à discussão acadêmica, analisando seus efeitos nocivos na sociedade, e, sobretudo, no funcionamento do sistema penal.

5.2 Teoria(s) da mídia e seus ditos efeitos

Como se mencionou nas notas introdutórias ao capítulo, o campo de estudo da teoria da mídia serviu como uma importante ferramenta para a investigação desenvolvida no presente trabalho. A fim de evitar possíveis confusões, teoria da mídia não diz respeito às ciências exatas ou ao estudo de ferramentas tecnológicas para a propagação de informações. Não tem por objeto teorizar sobre quais as peças necessárias para construir o melhor aparelho de rádio, ou a programação necessária para que um site de notícias se mantenha no ar e leve mais informação para as pessoas.

A teoria da mídia, por outro lado, é um campo em que dialogam tanto a comunicação social e a sociologia. Aborda-se, nesse campo, a transmissão de informações a um público difuso (comunicação social), bem como os efeitos culturais que se gera ou que se espera gerar nesse público (sociologia), em constante diálogo entre pontos de vista e institutos das respectivas áreas.

O estudo da teoria da mídia é excepcionalmente útil para o pesquisador – sobretudo em uma pesquisa que visa estudar os efeitos concretos da *mass media* no discurso jurídico – pois contribui para explorar sentidos comuns teóricos que permeiam a área da comunicação e submetê-los ao filtro da ciência. Portanto, contribui para testar e encontrar um possível meio termo entre hipóteses opostas como a de Bourdieu (1997) sobre a idiotização do ser humano que se expõe às conclusões prontas da televisão passivamente, bem como a descrita por Baran e Davis (2013), de natureza normativa, que pressupõe uma responsabilidade social aos veículos de notícias ao realizarem uma exposição quase que espelhada da realidade concreta.

5.2.1 Teorias normativas e influência direta

Primeiramente, a respeito das teorias normativas da mídia, pode-se notar que não revelam um posicionamento majoritário dentro do campo da teoria da mídia. Como notam Baran e Davis (2013, pp. 86-87), gestado em um período pós Segunda Guerra Mundial, o paradigma normativo de responsabilidade social na comunicação em massa se mostrou de difícil aplicação e aderência entre os veículos de mídia. Esses, majoritariamente motivados pela lógica do lucro e pela comercialização da informação, acabam por visualizar maiores vantagens em acatar as demandas do mercado – sobretudo seu braço de publicidade de grandes marcas, que precisa dos veículos de comunicação para sobreviver – e dirigir seu conteúdo às camadas sociais mais suscetíveis a essa publicidade, e não àquelas que se beneficiariam mais diretamente da responsabilidade social preconizada por essa abordagem.

O ideal da responsabilidade social é ainda mais subvertido diante do atual cenário de *commodificação da cultura* – tornar a cultura um commodity. Conforme descrevem Baran e Davis (2013, p. 328), o apelo comercial da mídia de massa – não apenas a noticiosa – tem levado os veículos hegemônicos a se apropriar de expressões culturais de minorias, remover de sua apresentação seu contexto histórico e, muitas vezes, seu caráter de resistência, e transformá-lo em um produto quase caricato para ser consumido pelo público geral, como é feito com o rap e com expressões da cultura LGBT.

Alain de Botton (2014, p. 24) apresenta esse contexto do ponto de vista do espectador, apontando o quanto o *tédio* é um fator importante para a definição da pauta que o veículo de comunicação irá abordar. O autor argumenta que, de modo a prender a atenção do espectador, o veículo deve se fazer consciente da capacidade de seu público de sentir tédio, e que um programa que causa esse tipo de sentimento tem pouco potencial comercial.

Para evitar esse fato, o noticiário deve nutrir alguma espécie de sensação na consciência de seu espectador, seja a raiva pela situação política dominante, seja o alívio por não ter sido vítima de um desastre natural ou um crime violento, ou a sensação de risco de vir a ser, como explicitam Anelise Schütz Dias e Isabel Padilha Guimarães (2014, p. 286).

Retomando o raciocínio de Botton (2014): considerando, ao contrário do ideal da responsabilidade social visualizado pelas teorias normativas, que a prioridade do veículo de comunicação não pode ser a transmissão de todo e qualquer tipo de conteúdo sob pena de entediar o público e esvaziar o potencial de lucro que o veículo possui, esse veículo deve lançar mão de alguns recursos.

O primeiro, de caráter mais formal, é limitar sua narrativa a um espaço editorial que contemple todas as notícias que o corpo de editores entenda como, de algum modo, funcional a seu público: eliminar, nas palavras de Botton (2014, p. 66), “*ideias sem potencial*” da edição

final. É o expediente jornalístico de escolher notícias por intuição do editor sobre o que seria uma boa história, de dar ao público o que ele quer, ou mesmo partir de vieses ideológicos que poderiam definir a utilidade de tal ou qual fato como notícia (COHEN, 2002; p. 32).

Outros procedimentos úteis, dizendo respeito agora ao conteúdo, passam por garantir o dinamismo e um fluxo constante das notícias com a seguinte fórmula: “*é melhor ter logo uma percepção parcial e duvidosa do que esperar algum tempo por um entendimento mais abrangente e seguro*”. E mais: esses pequenos fatos, ou percepções parciais, tendem a ser sempre incluídos em um contexto maior, esse sempre ligado à produção de uma sensação no espectador (BOTTON, 2014; pp. 24-25).

Por exemplo, um assalto no centro da cidade nunca é só um assalto no centro da cidade, mas uma expressão do contexto maior de insegurança e impunidade que assola a vida do cidadão médio; uma pequena apreensão de drogas é expressão do descontrole do tráfico; a deflagração de investigação de um político envolvido em ilegalidades com uma grande empresa é expressão da incorporação sistemática da corrupção no sistema político nacional; dentre outros.

Mas isso não significa, como se vê principalmente em Pierre Bourdieu (1997), que o consumo da mídia de massa seja um hábito catastrófico que interrompe as faculdades pensantes do espectador. A obra de Bourdieu (1997, p. 40) *Sobre a televisão*, publicada primeiramente em 1996, se mostra influenciada por uma discussão iniciada pelo escritor Gustave Flaubert em meados do século XIX que introduziu essa tradição de encarar os meios de comunicação.

Conforme descreve Botton (2014, pp. 58-59), Flaubert se via preocupado com a disseminação de um novo tipo de estupidez com o crescimento dos jornais, enxergando esses como instrumentos que pensam em substituição ao leitor. Bourdieu (1997, pp. 40-41), ao discutir sobre a disseminação, pelos meios de comunicação, das *ideias feitas* que não demandam reflexão para sua apreensão pelo espectador, referencia a crítica de Flaubert, e acrescenta que a televisão é solo fértil para esse tipo de disseminação, privilegiando a recepção acrítica da informação pelo público e não lhe deixando espaço para o pensamento – esse, em sua natureza, subversivo.

E mais: longe de ser uma recepção de informações inofensiva e desinteressada, Bourdieu (1997, p. 20) argumenta que expedientes assim são excepcionalmente úteis para a “*manutenção da ordem simbólica*”, é dizer, um mecanismo de geração de conformismo quanto aos ideais que movem os bastidores dos veículos de comunicação: seja um

conformismo político ao *status quo* dominante, seja um conformismo econômico quanto aos interesses financeiros que animam o veículo enquanto negócio.

Bourdieu (1997, p. 23) ainda destaca que uma dosagem de notícias de variedades – “*que não devem chocar ninguém, que não envolvem disputa, que não dividem, que formam consenso, que interessam a todo mundo, mas de um modo tal que não tocam em nada de importante*” – misturadas àquelas que pretendem fazer avançar alguma pauta latente pelo veículo, é útil para ocupar o tempo que poderia ser utilizado para dizer outra coisa.

Por outro lado, Bourdieu, em seu pessimismo acerca da mídia de massa e da recepção de mensagens latentes de conformismo recebidas pela audiência, a um ponto de quase manipulação, acaba por incorrer em críticas comuns a teóricos da mídia associados à abordagem dos *efeitos diretos*. Explica-se.

A abordagem dos efeitos diretos, ou *direct effects theory*, é uma das proposições que compõem a tradição de pensamento dos *efeitos da mídia – media effects theories* –, um conjunto de hipóteses mais ou menos consolidadas junto à comunidade científica dos teóricos da mídia que por muito tempo dominaram a epistemologia do campo.

Semelhante à viragem epistemológica ocorrida na criminologia etiológica que, ao longo da década de 1960, transitou para um paradigma crítico ao mudar o objeto de análise do indivíduo criminoso para o poder, a teoria dos efeitos da mídia operou uma alteração metodológica consistente em abandonar a pretensão de incutir responsabilidade social nos veículos de mídia, passando a analisar quais efeitos esses veículos poderiam ou não produzir no corpo social.

Feita uma breve explanação sobre o contexto necessário para se discutir a teoria dos efeitos diretos da mídia, traça-se, agora, o paralelo entre essa teoria e as ideias expressadas por Pierre Bourdieu.

A teoria dos efeitos diretos, conforme demonstra Kevin Williams (2003), é o primeiro passo de uma linha de evolução teórica que visou estudar a recepção das mensagens midiáticas pela sociedade. Williams (2003, p. 171) aponta justamente que a abordagem dos efeitos diretos foi a primeira a enfrentar o tema, e hoje em dia chega a ser considerada ingênua pela comunidade acadêmica da área. O motivo, discute o autor, é que essa abordagem parte de um pressuposto *behaviorista* de um ser humano incapaz de interpretar as mensagens que recebe, e que motiva seu agir acriticamente como reações a impulsos.

Sintetiza o mesmo autor, mais adiante, que “*audiences are no longer passive gullible entities easily manipulated by the media*” (WILLIAMS, 2003; p. 205). A discussão a esse respeito levada a efeito pelos teóricos da mídia de massa enfraquece a argumentação dos

adeptos dos efeitos diretos, bem como a de Bourdieu, uma vez que considerar o espectador como um receptáculo acrítico das pautas hegemônicas comunicadas pela mídia é partir da falsa premissa do público incapaz de interpretar e enxergar um contexto maior.

5.2.2 Efeitos limitados

Por considerar a audiência como um corpo social composto por indivíduos capazes de interpretação, mas também por reconhecer a limitada capacidade para tanto devido ao cuidado dispensado pelos veículos midiáticos para manterem o apelo emocional – e, assim, criarem um *rapport* irracional com seu público, uma relação de credibilidade – prevalece como uma das principais propostas dentro da teoria da mídia a teoria dos efeitos limitados.

A abordagem dos efeitos limitados, conforme demonstra Williams (2003), compreendeu distintas análises sobre os efeitos da mídia no indivíduo ou no corpo social, mas sempre com um núcleo em comum consistente em afirmar a capacidade que o indivíduo tem de filtrar via interpretação e não assimilar acriticamente todas as informações a que tem acesso pelos veículos midiáticos.

A hipótese principal da teoria dos efeitos limitados é a de que a capacidade de reter a comunicação de massas depende de uma série de condições que o indivíduo apresente, seja seu *background* social, seus preconceitos e suas crenças (WILLIAMS, 2003; p. 174). A teoria dos efeitos limitados da mídia é a prova maior do peso que o viés de confirmação tem na vida do ser humano médio: o valor e a busca pela zona de conforto providenciada por ouvir novas informações que se encaixem em um conjunto de ideias já incorporadas como pré-conceito.

Portanto, uma *ideia pronta* – nos termos de Bourdieu – que a mídia de massa apresenta para seu público não tem uma aderência automática e unânime apenas pelo fato de ter vindo dessa mídia de massa. Essa ideia passa por um processo de filtragem, ainda que inconsciente, por cada indivíduo que teve acesso a ela, determinando sua aderência ou, como se tem utilizado em tempos recentes, sua rotulação como *fake news*.

As teorias dos efeitos limitados apontam tais efeitos tanto no indivíduo – como a incorporação de sensações e necessidades compatíveis com seus valores – quanto em grupos macro. É o que Williams (2003, p. 179) atribui como objeto da *teoria dos efeitos culturais*, a qual, discutem Baran e Davis (2013, p. 131), pesquisa o papel da mídia na criação, compartilhamento, aprendizado e aplicação da cultura.

Os dois últimos autores denotam a existência de um processo contínuo de negociação entre um contexto micro e outro macro na relação entre mídia e sociedade: o contexto micro é

o conjunto de valores que cada indivíduo possui e que determina sua suscetibilidade a receber as informações veiculadas pela mídia, além de determinar, com o nível de aderência que essas informações apresentam, a própria credibilidade do veículo para si. O contexto macro é o conjunto de valores dominante em um grupo social, que a mídia de massa contribui para manter coeso, e dentro do qual trabalha para definir quais informações abordar e como abordá-las (BARAN *et al.*, 2013; p. 132). A mídia de massa, portanto, é mais eficiente em pautar *as coisas em que pensar – what to think about – do que o que pensar sobre as coisas – what to think* (WILLIAMS, 2003; p. 181).

5.2.3 Abordagem “mídia e violência”

Uma última hipótese útil de ser analisada é a intitulada *mídia e violência*, uma das correntes atuais dos estudos dos efeitos da mídia, localizada metodologicamente entre as teorias do efeito limitado. Logo pelo nome se percebe uma aproximação possível com as ciências penais.

Com efeito, a abordagem da mídia e violência teve um início muito próximo à criminologia de matriz etiológica. Kevin Williams (2003, p. 183) descreve que alguns pesquisadores se filiaram a essa tendência teórica visando estabelecer possíveis relações entre o consumo de mídia de massa e a prática de atos violentos.

No entanto, além de problemas metodológicos que dificultaram o estabelecimento de uma efetiva relação entre consumo de mídia e violência, Williams (2003, p. 184) põe em xeque a premissa moralizante que os trabalhos voltados a essa vertente apresentavam: as pesquisas do campo consideravam conteúdos violentos e sexuais – esses não necessariamente violentos – como igualmente reprováveis moralmente, o que mancha a cientificidade da argumentação que visava ligar a exposição a esses elementos a uma tendência a praticar violência.

Caída em desuso¹⁹ essa abordagem inicial, continuou sob o rótulo acadêmico de *mídia e violência* uma corrente de pesquisas de viés mais crítico. Segundo esse novo *approach*, a relação entre mídia e violência não deveria ser enxergada como causal, à moda da teoria dos efeitos diretos, mas mais sutil e, conseqüentemente, complexa de constatar.

¹⁹ Fala-se de um desuso acadêmico, naturalmente. Não faltam oportunidades no mundo real em que o público se comove contra episódios de violência supostamente influenciados pelo consumo de material violento por parte de seu autor, sendo os videogames o alvo principal dessa espécie de crítica.

Williams (2003, p. 187) sintetiza as principais pesquisas gestadas desde esse ponto de vista, mais abrangente na principiologia sociológica, que aponta outros problemas sociais das mais diversas magnitudes como origens da violência, o que não compete à teoria da mídia analisar ou propor soluções a respeito. Passa a ser preocupação da teoria, por outro lado, examinar como a mídia de massa aborda esses problemas sociais e a violência causada por eles, bem como os efeitos que essa abordagem gera na percepção da sociedade afetada ou não por esses problemas.

É nesse ponto que se enxerga mais claramente uma aproximação entre a teoria da mídia e as ciências penais: nas pesquisas realizadas com esse recorte metodológico, tendem a apontar como solução as práticas punitivistas.

Williams (2003, p. 187) descreve uma pesquisa de impressões realizada no Reino Unido por George Gerbner, um dos mais importantes teóricos sobre os efeitos da mídia, em que se buscou avaliar a percepção da violência na sociedade ao redor de pessoas que consumiam mais ou menos mídia de massa.

Concluiu-se, com a pesquisa narrada, que uma frequência maior de consumo de mídia correspondia à visão da sociedade, das ruas e da polícia como mais violentas, e das pessoas como menos confiáveis. Aponta, ainda, a percepção que os entrevistados mais ligados ao consumo da mídia possuíam quanto ao maior risco de se tornarem vítimas de um crime, bem como uma relação com o apoio a pautas políticas de lei e ordem (WILLIAMS, 2003; p. 187).

Garland (2001, p. 108) acrescenta que a percepção da polícia como violenta, mas ineficiente para conter a violência, contribui para formar uma opinião pública de que o aparato de justiça criminal não possui compromisso com a segurança pública, originando uma resposta a esse fenômeno no recrudescimento dos recursos da política criminal já existente.

Essa problemática será abordada com maior detalhe nos tópicos a seguir, em que será abordado o papel da mídia de massa na construção, ainda que fictícia, de uma realidade violenta que demanda uma resposta no campo penal. Tanto as condições sociais que contribuíram para a proliferação desse ideal quanto as respostas comumente buscadas serão exploradas na oportunidade.

5.3 A mídia em ação, parte 1: fortalecimento de uma base valorativa

O presente tópico se concentrará em descrever os pressupostos sociais que tornaram a sociedade contemporânea suscetível às respostas punitivas compartilhadas por um senso comum hegemônico e pelas interpretações usuais da mídia de massa a fatos cotidianos que

envolvem a violência. A discussão parte da abordagem dos efeitos limitados da mídia, em relação à qual o espectador é considerado um sujeito interpretativo, que não possui uma suscetibilidade automática a concordar com todas as interpretações conferidas pelos veículos de mídia, mas tem essa possibilidade de certo modo amplificada se a interpretação em questão concorda com valores que já professa.

A mesma abordagem, ainda que não nomeada expressamente, é ponto de partida da argumentação de autores como David Garland e Jock Young, cujas obras *Culture of control* e *Exclusive society*, respectivamente, são de grande relevância à compreensão da transição valorativa ocorrida ao fim do século XX. Essa transição, conforme se demonstra, permitiu a disseminação de uma cultura punitiva no seio de grupos sociais hegemônicos, tendo a mídia de massa como uma importante ferramenta.

Para examinar a tendência punitivista atual, é necessário retomar um ponto já aberto em um momento anterior do trabalho, mas a partir de um olhar distinto.

No tópico 2.3, descreveu-se o fenômeno da *crise etiológica* com base em obra de Jock Young (1993, p. 6). Esse fenômeno, típico do período em que prevaleceu o Estado de bem-estar social, consistiu em uma quebra de expectativas dentro do corpo social que gerou um efeito cascata até hoje sentido em nossa mentalidade penal.

Discute o autor referenciado (YOUNG, 1993; p. 6) que a política criminal no período posterior à Segunda Guerra Mundial em países centrais como Estados Unidos e Inglaterra seguia à lógica de que a pobreza e a exclusão de indivíduos da lógica do mercado seria a mais relevante causa para a criminalidade, e que atacar essas causas causaria uma influência positiva nos índices de criminalidade.

Apesar de hipóteses desenvolvidas na área e a aderência desse discurso no *mainstream* político desses países – bem como algum senso comum dentro do próprio discurso jurídico que ainda liga pobreza à criminalidade – a conclusão aferida pela estatística gerou a quebra de expectativa: as taxas de criminalidade continuavam crescendo apesar de políticas assistenciais em pleno vapor. Ainda mais grave, nos Estados Unidos os índices de criminalidade cresciam proporcionalmente aos índices de consumo (YOUNG, 1993; p. 7).

O discurso dominante durante a época do *welfare State*, conforme delineia Young (1999, pp. 4-5) em seu *Exclusive society*, era um discurso predominantemente de inclusão. O desviante age assim porque não foi devidamente incluído na estrutura social, não consome e não está inserido no mercado de trabalho. Portanto, o indivíduo desviante era considerado parte do corpo social, e deveria ser reaproximado desse por meio de políticas intervencionistas, inclusivas e ressocializadoras de responsabilidade do Estado.

O aumento dos índices de criminalidade, aliado a dois outros fatores prementes, provocou uma grave crise, ao longo das décadas de 1960 e 1970, no paradigma *welfarista* como resposta de política criminal.

O primeiro desses fatores é a crítica metodológica gestada internamente ao próprio paradigma *welfarista* e correcionalista, em um movimento acadêmico exposto por Garland (2001, p. 57) que veio a questionar o pressuposto de utilização do poder punitivo para provocar a alteração no ser humano, e, assim, supostamente ressocializá-lo. Inspirado nas discussões de Foucault, e, posteriormente, incorporado pelos próprios pensadores sociais-democratas americanos no início da década de 1970, o paradigma se viu em crise (GARLAND, 2001; pp. 54-55).

O segundo fator é bem descrito por Loïc Wacquant (2003, p. 24), que é a crise financeira do modelo de gestão do *welfare*. O autor, em sua célebre obra *Punir os pobres*, relata a transição, em matéria de política criminal, do Estado protecionista e inclusivo do *welfare* em direção à tendência de exclusão e supressão de classes subalternas, sobretudo as economicamente vulneráveis.

Segundo o argumento de Wacquant (2003, p. 24), a ineficiência dos programas de bem-estar em promover efetivas condições de inclusão social – citando, por exemplo, a precariedade de emprego a que os supostos incluídos acabavam por se submeter – chamou a atenção de políticos em ascensão que assumiram a missão de enxugar os cofres públicos e aplicar o dinheiro do contribuinte em pontos melhores do que em programas sociais que não geravam efeitos desejados. Conforme indicam Orfield e Askinaze (*apud* WACQUANT, 2003; p. 24), esse foi um dos argumentos determinantes para alavancar a campanha do paradigmático neoliberal Ronald Reagan à presidência dos Estados Unidos.

Para não repetir o relato já trazido no tópico 2.3, sobre as mudanças de política criminal e a ascensão, dentro da atuação concreta do sistema penal, de discursos de lei e ordem, os fatos vindos a seguir serão explorados de um ponto de vista distinto: da reação da sociedade e do papel da mídia em pautar essa reação.

Conforme discute Garland (2001, p. 13), o discurso dos especialistas que marcava a fundamentação do paradigma correcionalista típico do *welfare State* passa a entrar em descrédito: passa a predominar como narrativa oficial sobre o crime não aquela de finalidade inclusiva ou ressocializadora, mas aquela da vítima direta do crime, ou seja, estabelecendo um antagonismo nos meios de comunicação que favorecia a dor sofrida pela vítima, e não a exclusão social que pode ter motivado o agente a cometer o crime.

Esse movimento coincidiu, ao longo da década de 1960, com um crescimento exponencial na presença de meios eletrônicos de mídia de massa, sobretudo a televisão, nos lares de países influentes como Inglaterra e Estados Unidos. O sistema nacional e unificado de informação proporcionado pela televisão, além de concorrer com o jornal impresso geralmente local, assumiu muito rapidamente um papel de instituição central da vida moderna e no estabelecimento de relações e identidades de grupos (GARLAND, 2001; p. 85).

No entanto, a televisão, que poderia servir de um relevante instrumento de normalização da diversidade, da inclusão cultural de indivíduos, dentre outros fins mais virtuosos, acaba sendo apropriada pelo discurso de temor ao crime e exclusão social: o criminoso como degenerado (GARLAND, 2001; p. 13). A aptidão dos meios de comunicação para produzir pânico morais²⁰, argumenta Young (1999, p. 25), foi um recurso relevante para a transição do paradigma inclusivo para o excludente.

Nesse contexto surgem os tabloides, uma íntima intersecção entre notícias e entretenimento, e a venda de espaço publicitário em horários de exibição, o que de fato movimenta financeiramente a máquina midiática (GARLAND, 2001; p. 85). Naturalmente, com essa situação, os veículos de mídia, motivados pela lógica do lucro, passam a atrair muito facilmente uma audiência cada vez maior ao oferecer conteúdo que engaje emocionalmente, que fale a língua do público e que atenda a seus interesses: o espaço para a responsabilidade social e discursos inclusivos é reduzido (BARAN *et al.*, 2003), e a notícia-entretenimento se sobrepõe.

O público privilegiado pela comunicação em massa, por ser uma maioria suscetível ao consumo e aos valores tradicionais transmitidos pelas interpretações das notícias e pela publicidade é a família tradicional, devidamente inserida no mercado e nas dinâmicas sociais: “*Mum, Dad, two kids, house, Garden, the cat. ‘Dad the breadwinner’, Mum the nurturer and provider of a little extra income*” (YOUNG, 1999; p. 113).

É a família do *Joe Briefcase* – “Joe da Maleta” – que David Foster Wallace (1993) descreve em seu artigo *E Unibus Pluram*, o homem trabalhador de classe média que sustenta

²⁰ Termo esse – pânico moral – cuja incorporação ao léxico das ciências sociais Malcolm Feeley e Jonathan Simon (2007, p. 40) atribuem à obra de Stanley Cohen (2002), *Folk devils and moral panics*, publicada primeiramente em 1972, sendo esse pânico uma parte da equação da reação social oficial ao crime, desde sua exposição nos meios de comunicação em massa até a apreciação judicial. Também Jock Young comenta sobre o pânico moral a partir da obra de Cohen, como uma energia expendida pelo conjunto de empresários morais interessados em ver a opinião pública voltada contra um determinado grupo, parte do processo de exclusão que é descrito no tópico 5.3 (YOUNG, 2007; p. 58).

o lar com o próprio esforço e é o alvo fácil para as rasas mensagens noticiosas e publicitárias da mídia, que o fazem se enxergar dentro daquela realidade proposta.

Essa constatação, que poderia pressupor uma dicotomia clara entre uma classe incluída a quem se dirigem os valores subjacentes às mensagens midiática, e outra classe excluída movimentada por outros conjuntos valorativos, é investigada por Young (2004), que contesta essa visão binária de uma inclusão e exclusão pura e simples.

Segundo o autor (YOUNG, 2004; p. 170), a mídia de massa contribui para quebrar a noção sobre a existência de comunidades ilhadas entre si, protagonizadas por excluídos e incluídos. O mesmo fazem a educação em massa, o mercado de trabalho e as políticas assistencialistas do Estado, todas elas mecanismos da disseminação dos mesmos valores consumistas para todos os estratos sociais: a educação ao preparar para a participação no mercado; o mercado, ao aproximar pessoas de diversos *backgrounds* sociais na dinâmica do trabalho e ao exigir profissionais dedicados em troca de melhores pagamentos como um fim em si mesmo; as políticas assistencialistas ao facilitarem o consumo por pessoas desfavorecidas (YOUNG, 1999; p. 82), e; a mídia com seus mecanismos de produção de consenso sobre uma boa qualidade de vida via notícias e publicidade.

No entanto, os complexos movimentos sociais típicos da modernidade tardia geram problemas que acabam por tornar precária uma efetiva inclusão (YOUNG, 2004; p. 172), havendo uma relação muito próxima entre a afirmação da identidade de um indivíduo dentro de um grupo e a distribuição de recompensas.

Enquanto o discurso predominante nos meios de produção de consenso – dentre eles a mídia – é permeado por ideais de meritocracia e, sem dúvidas, assimilado pelo cidadão de classe média, a realidade acaba por se mostrar mais complexa.

Em consonância com Nilo Batista (2002, p. 3), Young (2004, p. 167) descreve um cenário de transição neoliberal tomado por fatores gerais de descontentamento como a precarização do trabalho, a ameaça da automação de funções, a insegurança nas relações de emprego e a distribuição desigual de recompensas e reconhecimento identitário (YOUNG, 2004; p. 172) acaba por gerar um sentimento de não pertencimento efetivo ao grupo, uma crise de identidade. É o que o sociólogo Anthony Giddens (*apud* YOUNG, 2004; p. 173) denomina de insegurança ontológica.

Além dos dados da realidade que já tornam a inclusão dos excluídos difícil – como oportunidades mais frágeis de ter uma boa educação ou um espaço de trabalho para ter seu esforço reconhecido – a insegurança ontológica professada pelos supostos incluídos é um

fator que acaba por distanciar aqueles ainda mais de uma efetiva assimilação à dinâmica social.

Isso porque essa insegurança na classe média gera sentimentos generalizados que, traduzidos em condutas, criam um discurso ficcional que justifica a segregação e a criação de bodes expiatórios. Explica-se, com base na discussão traçada por Young (2004).

O cidadão médio, inibido quanto a seus impulsos e movido pela autodisciplina que cria as condições para um comportamento conforme o ideal do mérito, e, ainda assim, desprovido das recompensas que logicamente se esperaria de um agir esforçado, acaba por nutrir um sentimento negativo contra aqueles que recebem alguma recompensa sem o devido esforço, e, assim, conseguem se incluir no mercado de consumo (YOUNG, 2004; p. 175). São os casos, por exemplo, da mãe solteira que recebe pensão, de cidadãos pobres que recebem assistência financeira do governo, e, atualmente no Brasil, quotas para ingresso em universidades, dentre outros.

Portanto, como demonstra Jock Young, em dois trabalhos distintos, essa sensação de insegurança quanto ao outro, que está tomando a recompensa do cidadão esforçado, dá azo a processos de homogeneização (YOUNG, 2004; p. 174) e essencialização (YOUNG, 1999; p. 96) do *outro*, para o qual a mídia de massa contribui fortemente.

Fala-se de um *outro* em sentido forte, de alguém que não compartilha dos mesmos valores que *nós* – considerados os cidadãos de classe média – e que é responsável pelos problemas que *nós* passamos. Opera-se uma construção discursiva da intolerância quanto às características e comportamento do *outro* (YOUNG, 1999; p. 97), que, por um lado, une os membros do *nós* em um movimento de coesão social e pertencimento a um grupo de vítimas, e, por outro, torna homogêneos dentro do grupo cada um dos *outros* problemáticos. Charaudeau (2015, p. 18) argumenta que “*não há tomada de consciência da própria existência sem a percepção da existência de um outro que seja diferente. A percepção da diferença do outro constitui, antes de mais nada, a prova da própria identidade*”.

A essencialização de que fala Young (1999) é atribuir uma essência – daí o nome – desviante a um grupo específico, sendo praticamente inescapável que cada indivíduo membro desse grupo possui, em seu núcleo de valores, a característica desviante e o potencial para causar danos ao grupo pretensamente incluído.

Com um processo de essencialização e homogeneização em andamento contínuo com a contribuição da mídia de massa – sobretudo ao preferir ocultar os desvios praticados por membros da classe média, ou normalizar comportamentos que seriam considerados desviantes se praticados por quem não pertence a ela – o próximo passo discursivo é o da *demonização*

do outro. É a exclusão como única resposta possível. É utilizar o discurso do crime, e a suposta essência criminosa da classe subalterna, para excluí-la de vez da dinâmica social e fechar os olhos para os problemas sociais que poderiam estar motivando essa criminalidade (YOUNG, 1999; p. 111).

Todo esse processo, construído socialmente com a ajuda dos aparatos de massa – mídia, mercado, educação, etc. – sob uma base de insegurança no emprego, crises de identidade e distribuição desigual de recompensas, leva, como já se antecipou, à construção de uma sensação coletiva de *ressentimento* contra o outro, uma indignação moral que leva à tendência a castigar esse outro (YOUNG, 2004; p. 175), a se vingar dele e não apenas almejar um equilíbrio nas recompensas para todos (YOUNG, 1999; p. 178).

Stanley Cohen (2002, p. 7), ao estudar especificamente o fenômeno da indignação – pânico – moral enquanto fato disseminado ao longo corpo social, aponta como um de seus principais fatores o trato que a mídia de massa oferece a fatos desviantes, compondo um dos principais aparatos da reação social ao desvio. Como o espectador recebe a informação de segunda mão, após a filtragem que o meio de comunicação faz sobre o que informar e em que contexto posicionar a informação, não raro essa informação chega carregada de argumentos sobre valores essenciais à sociedade que são lesados com o desvio, deixando no público uma sensação de ansiedade e de que algo precisa ser feito a respeito (COHEN, 2002; p. 7).

Essa base concreta aliada ao humor coletivo de ressentimento quanto ao outro foi solo fértil para as tendências punitivista que Garland (2001; p. 97) descreve entre as décadas de 1970 e 1980 nos Estados Unidos e Inglaterra, cuja influência desagua, naturalmente, na grande maioria dos países ocidentais.

O autor discute que essa época foi prolífica em demonstrações de articulação do descontentamento popular por figuras públicas em suas mensagens midiáticas, especialmente em pronunciamentos e campanhas eleitorais. A já existente indignação moral que permeava a percepção das classes incluídas sobre as excluídas passa a incorporar posicionamentos reacionários e socialmente conservadores, embasados especialmente por discursos de intelectuais americanos de viés de direita religiosa (GARLAND, 2001; p. 99).

O resultado disso foi a tendência a justificar, com argumentos valorativos conservadores, a impressão de que a fonte da imoralidade e do desvio que vitimiza o cidadão decente é o comportamento das classes pobres, essencializadas. A vítima, pela maior identificação que o público dos meios de comunicação passa a nutrir por ela, toma o protagonismo da narrativa midiática do desvio: o engajamento emocional com a audiência é

certo, e é um commodity muito valioso para ser explorado pelos executivos da imprensa (GARLAND, 2001; p. 143).

Sendo assim, pode-se apontar como pressupostos para a aderência do discurso midiático excludente de hoje em dia os seguintes: a) a articulação da opinião pública sobre os altos custos e a ineficiência de programas públicos de *welfare*, especialmente com a promessa não cumprida de controle da criminalidade; b) a instabilidade do mercado e desequilíbrio na distribuição de recompensas, que levam o cidadão médio inibido e esforçado a um estado de insegurança ontológica e ressentimento quanto ao *outro*, ao mesmo tempo em que tornam difícil a concretização dos valores consumistas que assimila continuamente; c) a direção dos argumentos negativos sobre os desequilíbrios de recompensas em direção às classes subalternas, que supostamente não mereceriam os privilégios que possuem e subtraem oportunidades do cidadão médio; d) a construção coletiva de uma identidade de grupo essencialmente desviante em relação a esse *outro*; e) a incorporação de valores reacionários e intolerantes ao discurso dominante, bem como em plataformas políticas, que aprofundaram a distância entre o *cidadão decente vitimizado* e o *outro imoral e desviante*.

Garland (2001, p. 146) nos lembra que o público não é infinitamente maleável à influência da mídia, e que ela não age sozinha, mas se apoia em condições psicológicas e sociais pré-existentes na massa. Como se percebe, a percepção atual do discurso da mídia sobre o crime não parte de mera insistência dos veículos de massa em tentarem convencer seus espectadores de que determinada classe é perigosa e a fonte maior de crimes e desvio na sociedade. Pelo contrário, teve como pressupostos toda uma gama de contextos sociais e psicológicos que tornaram esse discurso atraente para o cidadão médio, e que se converteram, depois, em condutas e políticas concretas, o que será analisado no tópico seguinte.

5.4 A mídia em ação, parte 2: influência no controle dos indesejados e construção da vulnerabilidade

Tal como a construção de um edifício depende de uma fundação para que as paredes se ergam firmes, a incorporação das mensagens alarmistas sobre o crime que a mídia de massa transmite também depende de uma fundação. O tópico anterior examinou essa fundação, e o atual se destina a investigar o conteúdo dessas mensagens e os expedientes que permitem sistematicamente um aproveitamento dessa base valorativa comum – fundação – para conferir aderência ao discurso punitivo midiático.

A exposição será feita em duas partes, cada uma analisando facetas diferentes do argumento em questão: uma delas inclusiva, concernente à identificação do público com as vítimas comumente retratadas, e outra excludente, em que a segregação do *outro* é aprofundada ainda mais por meio do discurso de não pertencimento e do antagonismo contra aqueles que pertencem ao grupo do *nós*.

5.4.1 A vítima funcional

O modelo de persecução penal que predomina na realidade forense atual é um de minimização do papel da vítima: em que pese possa ser representada em juízo via assistência de acusação, o Ministério Público em regra toma seu lugar sob o pretexto do interesse da sociedade em ver um crime punido. A vítima muitas vezes tem sua importância revelada como testemunha no processo, mas sem que sua vontade prevaleça efetivamente na sistemática argumentativa do processo.

Justamente por reconhecer a discrepância que essa espécie de situação gera entre a percepção popular sobre a vitimização e a efetiva vitimização, Jock Young e John Lea defendem mecanismos para se conferir efetiva voz ao indivíduo que se viu lesado em uma situação de crime, o que o primeiro autor denomina de uma vitimologia radical (YOUNG, 1993; p. 30).

É dizer, enquanto a percepção do senso comum tende a crer em uma predominância de crimes patrimoniais praticados por membros de uma classe desfavorecida contra outros mais favorecidos, as estatísticas demonstram, dentre outras situações, um expressivo índice de pessoas pobres que se veem vítimas de crimes patrimoniais, bem como de uma alta taxa oculta de ocorrências de violência doméstica (YOUNG, 1993; p. 32). Graças a impressões deturpadas que os meios de comunicação em massa contribuem para criar em relação aos grupos vulneráveis à vitimização, às condutas de que se corre o risco de ser vítima, bem como a uma suposta leniência na atuação policial na repressão do crime (YOUNG, 1993; p. 29), o amparo à vítima tende a ser deficiente e deixar de lado uma relevante fração de efetivas vítimas ou de pessoas que correm o risco de sê-las.

Diante disso, Lea e Young (1993; p. 43) defendem que uma política criminal que efetivamente se pauta pela promoção da dignidade das pessoas envolvidas em sua atuação, enquanto leva a sério os riscos e danos reais que o crime provoca, deve valorizar o contexto da vítima como indivíduo que sofreu uma lesão e pode ser acolhido pela comunidade em proteção. Propõem, ainda, que se confira um status de maior relevância à vítima no processo,

com oportunidade de expor à autoridade judicial a efetiva gradação do dano que sofreu (LEA *et al.*, 1993; p. 266) – o que poderia levar a chances tanto de um incremento na punição quanto da contenção de uma acusação excessiva.

No entanto, a proposta de Lea e Young, por mais que se denomine realista, acaba por ser realista apenas na dimensão do planejamento e de seus pressupostos: acaba reduzida a *plausível* ou *provável*. A realidade que se fez dominante entre as décadas de 1970 e 1980 até hoje, conforme se introduziu ao final do tópico anterior, é um palco de intolerância marcada por uma barreira discursiva que o grupo dominante – em geral classe média ou alta, brancos, heterossexuais, conservadores – impõe para excluir os demais da dinâmica social. A operacionalização dos meios de comunicação em massa e do sistema penal se mostram importantes recursos para alcançar – e a todo momento renovar – essa exclusão.

Nesse ponto o assunto sobre a vítima é retomado. Zaffaroni (2014) aponta, em seu livro *A palavra dos mortos*, que o atual contexto do sistema penal é permeado por uma *criminologia midiática*: a onipresença do trato dos meios de comunicação com o crime e sua imbricação no cotidiano do poder punitivo. Considerando a maciça participação da comunicação de massa no dia a dia do cidadão médio e na formação de uma consciência de mundo média, essa hipótese é confirmada pelos próprios fatos.

Diferentemente da criminologia realista de Lea e Young que incluem a vítima na dinâmica pré-processual e processual penal para ter sua voz ouvida perante o juízo, e diferentemente também da inspiração criminológica crítica que motiva o discurso garantista que nosso sistema penal *declaradamente* incorpora e que minimiza a participação da vítima no espaço do processo, a criminologia midiática reserva um papel específico a quem assume essa posição.

A imbricação dos meios de comunicação e sistema penal, no que diz respeito à vítima, funciona sob a seguinte dinâmica: a notícia dramatiza o conflito, o dano que a vítima sofreu, com a habitual “*intensificação e exagero gráfico, temático, linguístico e semântico*” (VIANNA *et al.*, 2014; p. 789) inerente ao sensacionalismo que permeia a grande maioria dos modelos de noticiário pelo mundo. O misto de jornalismo e dramaturgia (NEGRINI *et al.*, 2009; p. 2) que praticamente se institucionalizou nos meios de comunicação, assim, reconstrói o caso penal com recursos de imagem e entrevistas, e em um segundo momento entrega o mesmo caso pronto – com um culpado, um dano e uma vítima – para o sistema penal cumprir seu protocolo e confirmar a decisão já tomada no noticiário.

Nilo Batista (2002, p. 6) argumenta que a dramatização e a carga emocional presentes nessa espécie de comunicação impedem qualquer pretensão de fidedignidade ao noticiar,

tornando-se o noticiário, assim, um ato político. Ou seja, o discurso deixa de ser informativo e passa a ser persuasivo.

A *commodificação* da cultura, como descrita como tendência atual na dinâmica das comunicações de massa por Baran e Davis (2013, p. 328), naturalmente não deixa de lado a vítima, que por sua vez é um importante *commodity* aos executivos da mídia (GARLAND, 2001; p. 143).

A exploração da imagem da vítima pela comunicação em massa impulsiona o discurso do controle, aproveitando das condições sociais e psicológicas pré-existentes em seu público médio. A vítima funcional, como se infere de Zaffaroni (2014, p. 320), é aquela selecionada por se encaixar no discurso midiático do controle: alguém que gere identificação junto ao público predominante – “*um amplo setor social*” – e que expresse uma quantidade relevante de sofrimento e insegurança.

A identificação gerada é um pressuposto que facilita que o público assimile essa insegurança, pautando uma impressão generalizada de medo contra o crime. O telespectador que vê eternizada a imagem do luto não elaborado da vítima ou de sua família tem argumentos mais do que convincentes para temer com todas as suas forças virar a próxima vítima (ZAFFARONI, 2014; p. 321).

Anelise Schütz Dias e Isabel Padilha Guimarães (2014, p. 284) discutem com base em estatísticas, tanto do Reino Unido quanto do Brasil, que as vítimas funcionais geralmente são mulheres brancas de classe média ou média-alta: ganham o maior espaço de exibição nos noticiários apesar de não serem o maior estrato social vitimado pelo total dos crimes que efetivamente acontecem. A vítima, por exemplo, moradora da favela que sofre um assalto à noite enquanto voltava do trabalho, ou que sofre violência doméstica, ou que morre em uma briga de bêbados no bar não é tão funcional porque não reproduz a ideia de insegurança e risco para o grupo incluído.

Portanto, percebe-se uma clara inversão na distribuição de papéis de vítima operada na transição entre o paradigma do *welfare* e o predominante, conservador. Enquanto o paradigma inclusivo do bem-estar via o criminoso como vítima da estrutura social, direcionando seu aparato para assimilá-lo, o modelo excludente segrega discursivamente os grupos dos já incluídos e já excluídos, não mais utilizando o discurso majoritário para favorecer ou buscar incluir os excluídos, e expondo como vítimas apenas aqueles incluídos que sofrem danos por parte de pessoas de fora de seu grupo.

Ao agir privilegiando – ou explorando – a vítima funcional, o noticiário cumpre tanto o objetivo de cativar a audiência quanto de pautar uma percepção coletiva mais grave sobre a

violência, já que retrata a criminalidade como uma realidade muito mais íntima de parte expressiva de seu público, que percebe um risco maior de ser vítima de comportamentos imorais e lesivos vindos dos *outros* (DIAS *et al.*, 2014; p. 286). A mensagem que permanece nas entrelinhas é que você, telespectador, pode ser a próxima vítima: o âncora das notícias funciona tanto como uma figura de alarme quanto uma figura quase paternal, que ensina cautela (VIANNA *et al.*, 2014).

Outra relevante consequência da figura da vítima funcional é a dimensão de reafirmação identitária que advém do discurso da vítima, que Garland e Young, principalmente, já analisaram.

Garland (2001, p. 97), como já se fez referência em momento anterior, denota a predominância de argumentos de vitimização do cidadão decente pelos pobres no discurso hegemônico dos debates políticos e da comunicação em massa. Young (2004), em sentido semelhante, argumenta que a sensação de falta de pertencimento do cidadão da classe média à integralidade da dinâmica social, com o desequilíbrio na distribuição de recompensas e a insegurança ontológica já discutidos, leva à incorporação de um sério ressentimento ao humor coletivo.

O ressentimento, a insegurança, a indignação contra o *outro* e o medo de ser vítima são signos identitários fortes do cidadão alvo do discurso dos meios de comunicação (DIAS *et al.*, 2014; p. 286). Portanto, para que o veículo de mídia garanta estar sempre *falando a língua* do público, deve garantir também que as informações que exhibe e como decide exhibir essas informações também tenha como pauta esses mesmos signos.

Com isso, o programa captura e mantém seu índice desejado de audiência, e os membros dessa audiência ganham, em troca, a reafirmação de sua identidade dentro do coeso grupo de cidadãos de bem, trabalhadores, que reconhecem e temem o risco de serem vítimas de crimes praticados pelos pobres e imorais, enquanto o mundo exterior segue movido por supostas injustiças e privilégios mal distribuídos para quem não se esforça tanto quanto *nós*.

5.4.2 *O suspeito execrado*

O título do presente sub-tópico homenageia o artigo escrito por Túlio Vianna e Jamilla Sarkis (2014) denominado *Execrando suspeitos para atrair audiência*. No texto, os autores analisam como noticiários policiais se utilizam de expedientes sensacionalistas como o exagero linguístico, a dramatização das narrativas e o posicionamento do âncora do programa como uma autoridade em moral e em segurança pública para, em troca, forçar que o público

compre um caso penal devidamente reconstruído, com uma vítima lesada e um suspeito culpado acima de qualquer dúvida.

Os *suspeitos usuais* exibidos nessa espécie de programa acabam por coincidir com os clientes usuais do sistema penal brasileiro, os mais vulneráveis que em regra não possuem condições de se protegerem juridicamente das investidas do punitivismo, nem protegerem sua imagem das investidas sensacionalistas. Conforme Vianna e Sarkis (2014, p. 791) demonstram, esses sujeitos são alvo de toda espécie de um discurso moralista que tende a apontar cada traço de seu comportamento como perverso, e a clamar ao *cidadão de bem* que se cerque dos cuidados necessários para que não caia vítima, também, nessa espécie de situação.

A situação descrita por Vianna e Sarkis (2014), além de Tondo e Negrini (2009), diz respeito aos famosos noticiários policiais, tais como *Cidade Alerta*, *Brasil Urgente*, dentre outros. Esses veículos notadamente sensacionalistas não gastam esforços para esconder uma suposta imparcialidade, mas, inversamente, praticamente declaram uma guerra contra a criminalidade e a imoralidade.

A situação mais complexa, como se percebe em Zaffaroni (2014, p. 327), não é o predomínio dessa espécie de noticiário na programação de um canal, ou mesmo seu alto índice de audiência. Por outro lado, a situação se agrava ainda mais quando os meios ordinários são transformados em instrumentos de proliferação desse pânico moral.

É dizer, quando se noticia tais crimes cometidos de tais formas contra tais pessoas, e se intercala com outras notícias sobre economia, política, cultura, dentre outros assuntos do cotidiano do cidadão, o crime – do pobre contra o *cidadão de bem* – passa, efetivamente, a fazer parte desse cotidiano e de sua visão de mundo. O efeito é mais insidioso do que aquele produzido no telespectador que sintoniza no noticiário policial apenas para assistir o crime do dia, e não espera se deparar com a notícia sobre as flutuações do mercado, ou sobre a escalação de seu time de futebol, ou se inteirar sobre o mundo a sua volta de um modo mais abrangente.

E para que os noticiários ordinários construam essa impressão não é necessário um esforço de fabricação da verdade *à la 1984* de George Orwell. Basta que o noticiário se omita sobre algum outro fato relevante que enfraqueça essa percepção do cidadão de bem vitimado, ou mesmo que se pronuncie a respeito, mas em uma intensidade ínfima em relação a outro que vá de encontro com a pauta excludente (ZAFFARONI, 2014; p. 312), recebendo esse último toda a fluida atenção do telespectador mantida através do dinamismo da exibição das informações pelos meios de massa (CARVALHO, 2011; p. 33).

Uma das maiores provas do sucesso do discurso de exclusão do outro pela via do sistema penal – além de fenômenos como o encarceramento em massa no Brasil – é a aderência de seus argumentos por usuários de redes sociais. Como as redes sociais são espaços de troca de informações entre indivíduos, que exprimem suas próprias opiniões e validam opiniões das quais concordam via *likes* ou *retweets*, e como todas essas interações podem ser mensuradas por números, a validação de um determinado discurso por um número expressivo de usuários de redes sociais sempre será um termômetro muito eficiente sobre a incorporação desse discurso no senso comum de um grupo social.

Fenômeno relativamente recente e de consequências e alcance sempre mutável, a relevância das redes sociais e sua íntima relação com o discurso excludente sobre o crime e o desvio é analisada em artigo de Gustavo Noronha de Ávila e Marcelo Butelli Ramos (2014). Os autores mencionados analisam o comportamento de usuários e páginas do Facebook no trato com a questão do crime, e denota-se de seu texto a incorporação do senso comum punitivista nas interações que se desenvolvem na rede.

Os autores argumentam que o discurso majoritário nas redes sociais é muito mais explícito no que diz respeito à indignação do usuário/cidadão com o crime, seus argumentos se aproximando mais dos argumentos típicos do noticiário sensacionalista, do que da moderação do noticiário tradicional, apenas excludente em suas entrelinhas. O cidadão com voz no espaço da rede social busca na indignação contra o crime, contra os *direitos humanos do bandido* e contra toda espécie de imoralidade “*signos de conformidade/identidade com aquilo que acredita ser o ‘todo social’*” (ÁVILA *et al.*, 2014; p. 159): afirma-se como um cidadão de bem ao se opor vocalmente contra o mal dos crimes cometidos pelos excluídos e, tal como o âncora do noticiário policial (VIANNA *et al.*, 2014; p. 794), defender toda sorte de práticas autoritárias, como abuso de autoridade e outras espécies de violência policial.

Alain de Botton sustenta algo semelhante, em seu livro *Notícias*, ao tratar sobre as caixas de comentários em portais de notícias na internet. Com uma dinâmica semelhante à das redes sociais em relação à possibilidade de expressão individual, esses espaços revelam consistentemente “*um nível de indignação até há pouco inimaginável na população*” (BOTTON, 2014; p. 48). Essa expressão individual, seja por redes sociais ou comentários, denota a aderência do discurso punitivista da grande mídia – criminologia midiática – no senso comum expressado por parte considerável de seu público.

É de relevo a análise, ainda que breve, desse fenômeno do ponto de vista expressado por Howard Becker (2006) em seu livro *Outsiders*, com o *labelling approach*, que tornou

célebre enquanto discurso criminológico, além de uma das relevantes bases para a consolidação da criminologia crítica.

Becker, fundamentado pela tradição do interacionismo simbólico, que visa a reconhecer as diversas práticas e interações que são construídas no âmbito da sociedade por meio do discurso, argumenta que o que se reconhece majoritariamente como desvio ou desviante – e conseqüentemente crime ou criminoso – é, na realidade, o resultado de um processo que pauta uma reação social negativa – alguma sanção – contra essa conduta que vem a ser rotulada desviada, e não, necessariamente, algo ontologicamente desviante (BECKER, 2006; p. 22). A hipótese de Becker em termos abstratos já foi explicitada no tópico 2.4, então a referência no atual momento do texto será abreviada.

Importa analisar a adequação da abordagem do etiquetamento, enquanto hipótese, à realidade fática da imbricação entre mídia de massa e crime. Como Becker (2006, p. 27) aponta, o processo de produção de regras e de seu reforço por meio da distribuição dos *rótulos* de desviante pressupõe uma situação de predominância de um determinado grupo social sobre outro, grupos esses que denomina *empresários morais*. Vários grupos sociais coexistem e se motivam por conjuntos distintos de regras, mas para que uma regra seja criada e assimilada como predominante e passível de uma sanção oficial, o empresário moral – que pode ser um político, uma classe profissional, dentre outros – deve cumprir seu trabalho de assimilá-la ao discurso, esse também, oficial.

Há que se considerar com parcimônia a posição de Becker, no entanto, para que não se caia em uma percepção de que nenhum conflito é real, sendo todos construídos socialmente. Há o risco de se concluir extremos como uma lesão real que não seria considerada desviada por não gerar reação social, ou uma conduta não lesiva gerar uma reação social e, por isso, atrair para seu agente o rótulo de desviante. Até exemplos como o consumo de drogas que, sabidamente, geram dano apenas ao próprio usuário, são interpretadas sob a lente argumentativa de uma lesão difusa à saúde pública.

A utilidade da abordagem do etiquetamento (BECKER, 2006) é a de evidenciar a *intensidade* em que o desvio é considerado: a conduta é *mais desviante* ou *menos desviante*, lesa a regra em uma intensidade maior ou menor. Se o indivíduo é *outsider*, ou seja, pertence a um grupo social do qual já se espera o desvio, o discurso excludente tende a impor uma sanção ainda mais grave pela reprovação moral de levar uma vida em desconformidade às regras majoritárias que devem ser reforçadas com maior rigor, desde a primeira resposta pela polícia, até o tempo de pena e as condições de seu cumprimento. Sendo um *insider*, por outro

lado e por mais que venha a gerar o mesmo dano em concreto, o indivíduo é um de *nós* e demandaria uma resposta oficial mais leniente por já ter assimiladas essas regras.

O etiquetamento, conforme evidenciado por Becker, é um importante mecanismo de defesa colocado à disposição dos empresários morais, uma vez que pauta a reação social de modo muito mais grave contra grupos de fora em comparação a desvios ocorridos dentro de grupos hegemônicos. Além disso, neutraliza os indesejáveis que pudessem interferir com suas demandas inclusivas ou demais pautas prejudiciais aos interesses dominantes.

Zaffaroni (2014, pp. 317) interpreta a abordagem do etiquetamento sob as lentes da criminologia midiática, evidenciando o discurso dominante de desmonte do Estado de bem-estar social que, na América Latina, nunca existiu por completo, e a exclusão discursiva de *amplios setores da população* da dinâmica social e posterior inclusão nos mecanismos de controle do sistema penal. Essa exclusão, prossegue o autor (ZAFFARONI, 2014; p. 322), é feita sob o clamor popular atizado pelos empresários morais enquanto jornalistas e políticos oportunistas, ou seja, a reação social e a distribuição de rótulos é feita com maior severidade sob a pauta do discurso dos empresários morais.

A discussão da obra de outro autor também contribui para enxergar outros caracteres sociais nessa inclusão. Trata-se da obra *Estigma*, de Erving Goffman, texto esclarecedor sobre a dinâmica da exclusão social de indesejados, ou *estigmatizados*.

Publicado pela primeira vez em 1963, Goffman ainda não levava em consideração a comunicação de massa como um recurso de exclusão, até porque seu desenvolvimento se deu entre meados da década de 1960 até por volta da década de 1980, com uma evolução exponencial do papel da televisão na vida da família média ocidental. A análise de sua obra contribui para, comparativamente, definir pontos relevantes do discurso midiático sobre a exclusão e estigmatização.

O principal fator de diferenciação reside no trato da sociedade com os estereótipos. Goffman (1988, p. 46) discute que a resposta pautada pelo estereótipo é comum como primeiro contato, mas que com o estabelecimento de novas interações com o indivíduo estereotipado a relação se torna mais íntima e se pode ver para além do estereótipo.

A realidade da mídia de massa, e, assim, a criminologia midiática, impede essa espécie de procedimento. A comunicação massiva em sua essência é imediata e privilegia conclusões parciais, conforme já se discutiu com Botton (2014, p. 24). Logicamente se limita a trabalhar com os estereótipos de quem vem a ser retratado nas notícias, uma vez que aprofundar na narrativa de vida e na intimidade do retratado colide fortemente com a exigência do dinamismo do noticiário: há outros assuntos na pauta.

Com isso, o noticiário sobre o crime se torna o próprio reforço do estereótipo: estatisticamente, o telespectador é levado a pensar, muitas das pessoas que cumprem com um estereótipo tendem a cometer crimes. Zaffaroni (2014, p. 307) provoca: “*não é necessário verbalizar para comunicar que a qualquer momento os parecidos farão o mesmo que o criminoso*”.

O domínio dos estereótipos no discurso midiático em muito contribui para o processo de essencialização do outro descrito por Jock Young (1999, p. 96) e já analisado no tópico anterior. Em síntese, trata-se do recurso argumentativo de reduzir um determinado grupo social a uma suposta essência: para o avanço da pauta excludente, essa essência é o crime. Ou seja, é da essência do grupo excluído o cometimento de crimes, motivo pelo qual merece continuar sendo excluído. A essencialização se torna *demonização* (YOUNG, 1999; p. 110): os culpados pelo problema do crime são os excluídos, professa o discurso excludente.

Essencializar o outro implica, automaticamente, se incluir do lado de fora da essência problemática. Significa se identificar socialmente com o grupo incluído, não essencializado, que faz parte da solução. Vocalizar a indignação quanto à essência imoral e desviante do grupo excluído é um importante signo de afirmação de identidade, conforme Ávila e Butelli (2014, p. 156) já argumentaram ao examinar o fenômeno nas redes sociais.

Stanley Cohen (2002, p. 20), por exemplo, analisa o trato que os meios de comunicação em massa reservavam às subculturas *rocker* e *mod* na Inglaterra dos anos 1960: uma linguagem deliberadamente exagerada que pretendia encaixar o máximo possível de traços de seu comportamento a noções de desvio, contexto em que era práxis “[t]he regular use of phrases such as ‘riot’, ‘orgy of destruction’, ‘battle’, ‘attack’, ‘siege’, ‘beat up the town’ and ‘screaming mob’”. O que Cohen descreve como a reação social aos traços culturais – essencializados – das culturas *rocker* e *mod* britânicas pode, hoje em dia no Brasil, ser assemelhado com a reação majoritária a expressões do funk carioca, do rap, da cultura das favelas e expressões que, em sentido semelhante, enaltecem as virtudes das classes desfavorecidas.

O discurso de exclusão que se segue à essencialização, como demonstra a linguista Diana Pessoa de Barros (2015, p. 63), é marcadamente passional, “*com ênfase nas paixões do medo e ódio*”, e seu caráter de sanção à ameaça que os *outros* representam “*a nosso modo de ser, de pensar, de agir*”.

É uma espécie de discurso de natureza cautelar, no sentido que antevê um risco e busca pautar uma resposta oficial para que esse risco não se implemente. A notícia alarmista sobre o crime nada mais é do que um aviso de que o risco se implementou, e clama para que

as agências de repressão tomem uma atitude para que não ocorra novamente. É a característica da *previsão*, sempre presente nos pânicos morais, que pressupõe que aquele desvio que ocorreu inevitavelmente aconteceria de novo, por ser da natureza do grupo social X agir dessa forma (COHEN, 2002; p. 26).

Zaffaroni (2014, p. 312) argumenta sobre a causalidade mágica que anima a atuação da criminologia midiática: o imediatismo do sofrimento da vítima e a premência do risco de que novas vítimas sejam feitas gera a demanda por uma resposta. Essa resposta sempre será impossível, visto que, em se tratando de um crime, não há qualquer demanda que a mídia de massa possa realizar que faça com que o fato deixe de ter existido.

A resposta válida passa a vir e ser incorporada pelas agências oficiais, então, em formatos como a naturalização da violência contra o *outro* (ZAFFARONI, 2014; p. 311), demandas de incremento punitivo como forma de proteção contra os riscos de vitimização (DIAS *et al.*, 2014; p. 285) e severidade na aplicação ou mesmo não aplicação de garantias fundamentais em favor do suspeito ou réu (VIANNA *et al.*, 2014; p. 789), sendo frequente que o cenário midiático aponte o devido processo legal como um verdadeiro estorvo à necessidade, quase que em um ato de fé, de que uma pena deve ser aplicada o quanto antes diante da grave conduta que foi objeto da notícia (BATISTA, 2002; p. 4).

Quanto a esse último ponto, tanto Vianna e Sarkis (2014, p. 789) quanto Zaffaroni (2014, p. 315) apontam a suscetibilidade comumente verificada em juízes aos argumentos populistas veiculados pela criminologia midiática: a negação de garantias, a condenação a uma pena desproporcional ao efetivo dano, ou a manutenção de uma prisão preventiva ilegal são expedientes dos mais comuns quando o público busca, junto ao judiciário, uma resposta que supostamente vá acalmar seu clamor e impulsos vingativos, reduzir o sentimento de impunidade e aplicar uma medida considerada, por esse mesmo público, como mais justa do que aquelas previstas em uma supostamente leniente legislação penal.

Ou, como Alexandre Morais da Rosa (2004, p. 215) ilustra, ao citar passagem de Nilo Batista, “*acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal*”.

Para concluir e formatar uma síntese das ideias até o momento expressadas, a exclusão de desfavorecidos pelo sistema penal se sustenta em um conflito discursivo consistentemente reforçado entre *nós* cidadãos de bem, trabalhadores e esforçados e *outros* injustamente privilegiados e imorais, de essência criminosa. A essencialização e a resposta estereotípica – inclusive a oficial – diante do *outro* são signos de afirmação da identidade dominante dos incluídos e um mecanismo de defesa contra os ataques a essa identidade, em detrimento dos

excluídos que se deparam com barreiras cada vez mais fortes a uma efetiva inclusão na dinâmica social.

6 DISCUSSÃO: O JUIZ TAMBÉM É TELESPECTADOR, OU A CONTAMINAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL PELA PRESSÃO MUDIÁTICA E O QUE A DOGMÁTICA PENAL TEM A DIZER SOBRE ISSO

6.1 Introduzindo o último ato da presente narrativa

Em respeito à tradição acadêmica de se estruturar um trabalho a partir de sua divisão em resultados de pesquisa e a discussão desses resultados em face do tema e da hipótese propostos, o presente capítulo realizará uma discussão em conjunto dos dois pontos suscitados ao longo de momentos anteriores na presente dissertação: o estado da arte do estudo da culpabilidade na dogmática penal crítica simbolizado pela culpabilidade pela vulnerabilidade, e os sutis, porém consistentes, métodos de exclusão social operados pela mídia de massa e a incontestável influência que exerce em seu público.

Para tanto, as informações até então colhidas serão analisadas sob o foco da hipótese traçada, de que a mídia de massa pauta uma percepção distorcida sobre a criminalidade na sociedade, influenciando níveis ainda mais expressivos de exclusão social, sobretudo por meio do aparato oficial de persecução penal.

De modo a se apresentar uma argumentação o mais completa possível, a discussão será fundamentada pela retomada de informações já colhidas entre os capítulos 2 e 5, com eventuais contribuições de autores que analisam o fenômeno da decisão judicial a partir de um ponto de vista sociológico ou político, confrontando-os com o senso comum dos juristas de que a decisão judicial é um ato meramente jurídico de subsunção do fato à norma. Autores ligados à criminologia crítica e a uma dogmática penal crítica tendem a fornecer valiosas contribuições em análises nesses termos, uma vez que um dos mais relevantes focos da crítica dogmática é a revelação das entrelinhas da atuação do sistema penal, o discurso real que se oculta atrás das categorias jurídicas e se legitima por elas.

Esse trabalho mesmo, como vale recordar, parte de uma matriz de dogmática penal crítica, utilizado como base do pensamento de autores como Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni, Vera Andrade, René Van Swaaningen, dentre outros referenciados ao longo do capítulo 2.

A premissa, em síntese, é de que o discurso penal deve se valer, expressamente, de dados da realidade que existe a sua volta, da sistemática exclusão a que, sobretudo, negros, pobres e jovens são submetidos, para programar decisões judiciais que reconheçam essas vulnerabilidades e visem reduzir os danos até então já infligidos, e não se utilizem de um

discurso pretensamente legítimo – ou legitimado pelas categorias do direito – para, nas entrelinhas, avançar ainda mais a pauta excludente.

No caso do presente trabalho, optou-se, por razões metodológicas, por analisar a influência da mídia de massa sob o prisma da culpabilidade, visto que é a categoria jurídica que mais corre o risco de sofrer influências ocultas no discurso da decisão judicial, compreendendo, não raro, juízos de valor de caráter moral ou, de qualquer outro modo, excludente.

Além de se analisar a conformidade da atuação da mídia de massa com a formulação teórica da culpabilidade por vulnerabilidade, a título de hipótese, pretende-se, também, examinar como esse instituto poderia influenciar concretamente na decisão judicial, utilizado persuasivamente pela defesa, e incorporado na fundamentação da decisão pelo magistrado. Desse modo, objetiva-se proporcionar à comunidade jurídica um modelo estratégico que possa ser aplicado no cotidiano forense com uma finalidade expressa de redução de danos e programação de uma pena dentro dos limites razoáveis delineados pelo ordenamento jurídico vigente, partindo-se do pressuposto de uma eventual não refutação da hipótese.

Portanto, como já se antecipou nesse momento introdutório, o presente capítulo será esquematizado, primeiramente, discutindo-se sobre as entrelinhas ou discursos latentes que geralmente compõem uma decisão judicial, passando-se para a confrontação da hipótese por via de uma análise conjunta da culpabilidade pela vulnerabilidade e os expedientes excludentes operados pela mídia de massa, finalizando-se com uma análise mais concreta de como a vulnerabilidade poderia ser aferida em juízo para fim de valoração da culpabilidade do indivíduo.

6.2 As entrelinhas da decisão judicial, o juiz telespectador e o júri: sobre sociologia da punição e discursos latentes

O senso comum teórico compartilhado pelos juristas consiste, principalmente, em crer que aquilo que a doutrina aponta como *dever ser* de fato *é*. Enquanto o *mainstream* dogmático leva a acreditar que é justo e desejável para o sentimento coletivo que uma decisão judicial seja tomada de modo imparcial, com o respeito à ampla defesa, à isonomia entre as partes e ao contraditório sobretudo em sua dimensão de capacidade efetiva de influenciar a decisão, a realidade se mostra mais colorida e desigual.

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 7) praticamente introduz seu manual sobre a parte geral do Código Penal evidenciando esse fato: o discurso penal que comumente se estuda e se

reproduz em juízo gira em torno de suas *funções declaradas*, como a proteção dos bens jurídicos mediante e imposição de penas proporcionais e a aplicação igual e neutra da lei penal a todas as pessoas que cometem crimes. Evidenciado, pela criminologia crítica, o descumprimento sistemático dessas funções e até mesmo a inviabilidade de uma efetiva proteção de bens jurídicos pelo sistema penal – a ferida narcísica do Direito Penal (CARVALHO, 2011; p. 89) –, os acadêmicos da área cuidam de discutir quais os verdadeiros fundamentos que animam o funcionamento desse sistema.

A perpetuação da exclusão social e manutenção dos privilégios das classes já dominantes é apontada como o principal desses fundamentos, ocultado por um manto discursivo pretensamente neutro e racional de aplicação proporcional do ordenamento jurídico. Tal posicionamento pode ser encontrado na obra de autores como Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 7), Vera Andrade (2014, p. 208) e Zaffaroni (*et alii.*, 2002; p. 43), por exemplo.

Essa programação verticalizante e excludente encontra solo fértil para sua perpetuação no campo da decisão judicial, um dos métodos de controle social mais diretos e eficientes presentes na sociedade contemporânea.

Alexandre Morais da Rosa (2004, p. 182), em capítulo de sua obra, analisa manuais de Direito Processual Penal comumente adotados nos cursos de graduação, visando evidenciar concepções problemáticas incorporadas ao senso comum teórico a respeito da decisão judicial, e reproduzidas na realidade forense. Caracteres frequentes são a pretensão de neutralidade de subsunção do fato à norma e a busca da *verdade real*, que comumente leva o juiz a tomar iniciativas probatórias no processo e, logicamente, contaminar sua imparcialidade – afinal, quem procura, procura algo.

No entanto, percebe-se que o ponto de partida hermenêutico adotado para a interpretação da norma que vem a ser aplicada ao caso nem sempre é o mais adequado para a produção de uma decisão democrática e controlável por meio do instrumental jurídico. O autor aponta a tendência de teóricos tradicionais do processo, como Cândido Rangel Dinamarco, de atribuir ao juiz e ao processo funções de pacificar anseios sociais e reproduzir seus bons costumes e boas influências ao interpretar e decidir um caso (MORAIS DA ROSA, 2004; p. 184).

Criticando diretamente a obra de Dinamarco, paradigmática na formação de juizes e demais práticos do direito ao longo do país, Morais da Rosa (2004, p. 276-277), em concordância com os professores mineiros Marcelo Cattoni e Rosemiro Leal, aponta que a atribuição da função de atendimento a anseios sociais para além da decisão do caso não mais

se sustenta em um paradigma democrático de processo. Objetivos assim, incorporados à interpretação e às entrelinhas dos fundamentos da sentença, fogem ao controle discursivo das partes, que, em um processo, discutem um conflito concreto e a melhor norma a ser aplicada para a decisão desse conflito, e não a necessidade de se atender ao clamor público ou a reproduzir tal ou qual valor social.

Apesar disso, por mais que a doutrina processual recente procure evidenciar a insustentabilidade do paradigma da instrumentalidade do processo à promoção do bom social, Morais da Rosa (2004, p. 277) revela o que o prático do direito frequentemente percebe em seu cotidiano:

não se pode negar, pela construção até aqui realizada, que o *um-julgador* esteja informado por fatores externos, condicionantes ideológicos, criminológicos, midiáticos, inconscientes, enfim, subjetivos que sempre são coprodutores da decisão, mesmo que obliterados retoricamente.

Isso se deve à permanência, no senso comum dos juristas, da *decisão conforme a consciência*, analisada com clareza por Lênio Streck (2013).

O autor, ao estudar a permanência de uma tradição hermenêutica que privilegia a consciência do juiz como marco interpretativo de conceitos e categorias jurídicas, bem como de provas processuais, adverte sobre a tendência de que “*a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que ‘o juiz pensa acerca da lei’*” (STRECK, 2013; p. 30).

O predomínio da consciência leva a espaços de total descontrolo argumentativo pelas partes, nos quais o magistrado opta por uma interpretação dentre as possíveis – *boa escolha discricionária* (STRECK, 2013; p. 32) – por razões não jurídicas.

Esses mesmos espaços tendem a ser preenchidos pelos condicionantes ideológicos, criminológicos, midiáticos e inconscientes de que Alexandre Morais da Rosa (2004, p. 277) fala, encontrando-se uma interpretação da norma que se adequa à escolha feita. Em síntese, o atendimento aos anseios sociais é o fator mais comum de preenchimento desse espaço, sendo pertinente a observação de Werneck Vianna (*apud* STRECK, 2013; p. 30) sobre o juiz médio se conceber “*como um ser singular, auto-orientado, como se a sua investidura na função fizesse dele um personagem social dotado de carisma*”. Em outras palavras, como se o juiz devesse satisfação à sociedade sobre a matéria que decide.

De um lado, a doutrina majoritária da teoria geral do processo impõe que o juiz deve satisfação à sociedade e realize seus anseios ao decidir, e, de outro, a criminologia midiática exige essa satisfação ao clamar por uma decisão rigorosa que pode até flexibilizar a norma,

mas que aplaque o sentimento coletivo de insegurança que a ela própria – a mídia de massa – ajuda a construir (VIANNA *et al.*, 2014; p. 8; ZAFFARONI, 2014; p. 315). Nesse cenário, exige-se uma coragem descomunal da parte da mídia dos juízes para enfrentar todo esse contexto e, de fato, assumir uma postura contramajoritária, respeitadora da dignidade humana, ao decidir.

Essa situação também é pesquisada no campo das ciências sociais, cujo instrumental teórico leva a uma conclusão próxima, com os termos próprios de sua área. Conforme demonstra Eduardo Gutierrez Cornelius (2016, p. 68), o estudo da sociologia da punição tem por objetivo evidenciar os fatores de poder que agem para que uma decisão judicial seja tomada, ou um tribunal assumira uma determinada posição como dominante. Segundo o autor, esse campo denota duas abordagens possíveis para a tomada de uma decisão: uma jurídico-formal, que vê como suficiente o argumento da norma jurídica para a tomada da decisão e atende à neutralidade pretendida pela dogmática tradicional, e uma segunda, político-substantiva, que revela fatores sociais como classe e raça como determinantes, e o discurso jurídico como um simples meio para fazer manifestar a decisão tomada com aqueles fundamentos.

Há, conforme a pesquisa de Cornelius (2016, p. 71) um vocabulário de motivos que acompanha a decisão interna do magistrado e a torna legítima no contexto do discurso jurídico. Isso gera uma dupla violência em desfavor do indivíduo penalizado: em primeiro lugar uma violência física consistente na própria pena, e em segundo lugar uma violência simbólica caracterizada pela ocultação, por trás de um discurso legitimado pela sociedade e pela jurisprudência, dos verdadeiros motivos discriminatórios que levaram a condenação a ser proferida nos termos em que foi (CORNELIUS, 2016; p. 76). Nisso se compreende tanto a escolha por condenar quanto a interpretação de determinadas circunstâncias para tornar a pena mais ou menos grave, obstando ou possibilitando sanções alternativas à prisão, etc.

Ainda argumentando dentro do contexto da sociologia da punição, e, tal como Cornelius, embasado nas pesquisas de Pierre Bourdieu, Rodrigo Azevedo (2010, p. 101) discute que a conformidade da decisão à norma e aos precedentes não é a razão determinante da decisão, mas um instrumento de racionalização, dando uma aparência de neutralidade e objetividade a uma decisão que, na realidade, é determinada por fatores diversos como opiniões políticas ou até mesmo reconhecimento profissional (AZEVEDO, 2010; p. 102).

Percebe-se, portanto, como a agência judicial, nas palavras de Zaffaroni, é um espaço dos mais férteis para a promoção da exclusão social e legitimação de atos excludentes que outras também praticaram: a contundente opinião midiática sobre o suspeito de um crime, a

prisão em flagrante realizada pela polícia, a denúncia alarmista apresentada pelo Ministério Público, e a confirmação de toda a narrativa com a condenação a uma pena alta do perigoso bandido.

Todo esse caminho é permeado de espaços de discricionariedade preenchidos pelo inconsciente – ou consciente, mas não dito expressamente – ideológico, criminológico, político, etc., do julgador, que, enxergando-se como figura carismática de quem a população ensandecida pela narrativa do crime pode esperar satisfação, assume para si o objetivo de acalmá-la. A vulnerabilidade do indivíduo sujeitado ao controle penal é explorada desde que sua narrativa é capturada pelo discurso midiático e as várias etapas da resposta estereotípica são ativadas: esse sujeito cumpre com o estereótipo que nutrimos do desviante, logo, sua perversidade é incontestável e sua neutralização é necessária para que não faça mais vítimas.

Portanto, com o auxílio de espaços de discricionariedade e fatores inconscientes que permeiam e determinam a decisão judicial em matéria criminal, o sistema penal enxergado concretamente se vê incapaz e desinteressado em promover direitos e garantias individuais do réu, incorporando, ao invés, o discurso midiático periculosista que clama por uma resposta severa.

A classe dos juízes não apenas ouve os apelos da sociedade, mas também faz parte da classe média-alta a que se dirige o pânico moral do discurso midiático. Os membros da classe percebem em primeira mão o risco de serem vitimizados pelo *outro* demonizado e desviante, se identificam com a vítima funcional explorada pela narrativa midiática, sendo uma das poucas classes – junto, por exemplo, dos políticos, policiais e promotores de justiça – que pode, por suas próprias mãos, fazer algo para acalmar o pânico do discurso oficial, que, naturalmente reducionista, clama pela resposta ao crime pela via da repressão penal o mais rígida possível.

A situação se agrava quando se aborda o tribunal do júri, ponto também digno de nota, em que o juiz delega seu protagonismo ao conselho de sentença. Concebido inicialmente como a garantia de que o cidadão será julgado por seus pares quando acusado de um crime contra a vida, o júri se encontra em séria crise de legitimidade no estado da arte da discussão do direito processual (STRECK, 2001; SILVA; SEEGER, 2016).

A decisão judicial tradicional, proferida pelo juiz, é submetida a um ônus de fundamentação, em que o magistrado deve explicitar o caminho interpretativo que percorreu para chegar à compreensão fática e à escolha normativa que veio a tomar. Sendo assim, eventuais inconsistências em seu discurso – como o preenchimento de espaços vazios

hermenêuticos com categorias antidemocráticas, preconceitos, vieses – podem ser apontadas pelas partes e fazerem parte da discussão do caso penal em um eventual recurso.

Entretanto, o júri não se submete a esse ônus: a motivação de suas decisões é íntima e não consta do processo, apenas seus votos. O jurado pode decidir tanto pela lógica ou pela razão, quanto por instinto ou por influências momentâneas (STRECK, 2001), sobretudo de carga emocional.

Esses motivos não são passíveis de controle ou de argumentação pelos recursos jurídicos que são corolário da garantia da ampla defesa, tampouco de conhecimento, já que a convicção do jurado é íntima. Frequentemente acaba por restar à acusação e à defesa operar em um nível emocional os debates do júri, em uma dinâmica conhecida pelo senso comum e descrita por Alexandre Morais da Rosa como um teatro, teatro-júri, *“onde as atuações performáticas e pirotécnicas dos atores responsáveis pela peça-teatro-processo é mais importante do que a conduta do acusado”* (MORAIS DA ROSA, 2004; p. 315).

Como Lenio Streck (2001, p. 129) aponta, o júri é mais um dos palcos propícios para atos de exclusão social, argumentando a presença maciça de membros de classes sociais favorecidas em conselhos de sentença gera um índice elevado de condenações. Ao defender que há *“uma forte relação de causa e efeito entre os resultados de julgamentos e a correlação de forças que existe entre as classes/camadas sociais que julgam e as que são julgadas”*, Streck (2001, p. 130) contribui com os dados até o momento colhidos, a respeito de uma notável introjeção de valores excludentes do considerado *outro desviante* por parte dos grupos dominantes, dos quais participam, expressivamente, indivíduos que se tornam juízes ou jurados.

A mídia de massa, ao contribuir para pautar uma visão de mundo contaminada por pânico morais e necessidades de se neutralizar severamente o desvio, tem seu papel na produção de toda uma população suscetível a reproduzir esses valores no ambiente da decisão judicial: o juiz, com seus espaços vazios de interpretação, e o jurado ao interpretar intimamente o caso e sua subsunção à norma com seus vieses pré-programados e reforçados pelo *promotor zeloso* (BATISTA, 2002; p. 19).

Isso sem mencionar o comum expediente acusatório de exhibir, perante o conselho de sentença, uma cópia do noticiário em que o crime é narrado (BATISTA, 2002; p. 19). A verdade absoluta do noticiário, legitimada por sua pretensa imparcialidade, é um prato feito de emoções e sensacionalismo que compõem, todos, os fundamentos da íntima convicção do jurado que se converterá em voto e decisão.

A defesa meramente técnico-jurídica, nesse cenário, não tem chance de prosperar contra a carga emocional que o jurado absorveu e que o levou a interpretar a norma de tal ou qual forma, até porque não tem condições de conhecer a extensão dessa carga. Resta, como Alexandre Morais da Rosa (2004, p. 315) argumenta, participar do mesmo teatro e trabalhar os fatores subjetivo-emocionais que programam a decisão. Resta a tarefa de demonstrar que o réu não é um *outro*, mas que se aproxima em muito de *nós*, e não merece ser excluído.

6.3 Enfrentando os sistemas finalista e funcionalista de culpabilidade a partir das conclusões extraídas até agora

No tópico 4.6 analisou-se a culpabilidade pela vulnerabilidade como uma das possíveis respostas ao movimento punitivista prevalente no discurso oficial do sistema penal. Apresentada, na oportunidade, como uma proposta dogmática para servir como um dos possíveis filtros às arbitrariedades estruturais no sistema penal, vale, nesse momento, uma releitura à luz da interdisciplinaridade buscada no presente trabalho.

Também vale uma releitura, primeiramente, dos demais modelos de culpabilidade – funcionalista e finalista – em vista dos dados da realidade até agora colhidos da criminologia e da teoria da mídia, bem como influências recíprocas que conformam nossa realidade concreta.

Primeiramente, a centralidade do ideal preventivo presente nos modelos funcionalistas dá azo a novos espaços de discricionariedade do julgador ao inserir como categoria valorativa a necessidade preventiva, condicionando a direção que a decisão judicial toma, bem como sua gravidade.

Além de uma crítica mais próxima à dogmática, que aponta a não verificação de uma efetiva prevenção de crimes com a imposição de penas criminais, há outro argumento um pouco mais distante da dogmática mas igualmente próximo da realidade dos juízes enquanto seres humanos que fazem parte de um corpo social: o perigo dos pânicos morais.

O espaço de discricionariedade possibilitado pela práxis da decisão judicial no Brasil proporciona ao julgador com competência criminal, como filtro hermenêutico, vieses ideológicos, criminológicos, políticos, etc., não raro ocupado pela preocupação em pacificar o pânico moral contra a criminalidade dos desfavorecidos – *outros* – contra os cidadãos de bem – *nós* – criado pelo discurso midiático e tornado um anseio popular da maior das prioridades por esse discurso. Como isso se compatibiliza com o discurso da prevenção preconizado pelo funcionalismo é o problema central que a dogmática, mesmo de viés crítico, não costuma enfrentar.

A necessidade preventiva, enquanto capítulo necessário da decisão de um juiz sobre um crime, leva que ele considere, necessariamente, um *escopo metajurídico* – à la teoria geral do processo de Dinamarco e seus seguidores –, qual seja, o envio de uma mensagem tanto ao indivíduo quanto à sociedade para que não cometam crimes, e ao indivíduo para que não reincida, senão uma pena será imposta. Ademais, a medida da pena também deve atentar à necessidade preventiva, ou seja, não deve ser leniente a ponto de gerar uma mensagem insuficiente.

A compatibilização entre uma eventual concretização da sistemática funcionalista na sociedade altamente influenciada pela mídia de massa em que nossas agências de persecução penal estão inseridas leva, em síntese, à noção de que qualquer punição ou medida processual restritiva de direitos será insuficiente. Juízes constantemente aplicam penas altas, tribunais produzem precedentes limitativos das garantias fundamentais e reveem interpretações que tornam mais rígida a aplicação da lei penal, mas não há sinal de qualquer redução no tom das notícias da criminalidade e no pânico moral que a mídia de massa constrói sobre ela.

Nem com a redução histórica nos homicídios no estado de São Paulo nos últimos anos, por exemplo (CERQUEIRA, 2018), o tom dos noticiários se tornou menos alarmista e o anseio popular por medidas punitivas severas se tornou menos marcante. O medo do crime produzido discursivamente pelos meios de comunicação se sobrepõe a uma experiência real de maior segurança (ZAFFARONI, 1991; p. 128) e às estatísticas.

Diante disso, qualquer medida que um juiz adotasse dentro da lei seria recebida por esse sentimento coletivo punitivista como leniente. O crime recebeu sua cobertura pela mídia, o suspeito apontado e execrado no noticiário, a vítima explorada, a prisão em flagrante decretada e convertida em preventiva, e a sentença que, considerando uma supostamente elevada gravidade do crime e a *perversidade* do autor, impõe um longo tempo de prisão. O sentimento coletivo de perigo e pânico moral não é amenizado, apenas deslocado para o próximo fato noticiado e para o medo abstrato de que uma nova tragédia pode acontecer pelas mãos do criminoso estereótipo.

A fundamentação preventiva, contaminada pela necessidade de atendimento aos anseios sociais incorporada pelos juízes nacionais, geraria um *continuum* de penas exemplares que em nada contribuiriam para saciar o clamor popular por segurança via pena.²¹ Os veículos noticiosos não abandonariam um de seus mais valiosos *commodities* – o crime – diante dessa

²¹ Não necessariamente negando que seja esse o caso do funcionamento concreto de nosso atual sistema, que, apesar de finalista na teoria do crime, adota a prevenção como fundamento predominante da teoria da pena.

nova realidade, o qual é devidamente explorado apenas quando gera o efetivo engajamento emocional no público – medo – e nutre e mantém os índices de audiência. Audiência alta encarece o espaço publicitário, que reverte em lucro para o veículo de comunicação.

Em uma realidade permeada pela criminologia midiática como a brasileira, que influencia em larga escala os anseios sociais, que, por sua vez, influenciam nos marcos interpretativos adotados pelos juízes, a prevenção preconizada pelo sistema funcionalista tenderia a se tornar mais um dos mantos discursivos que encobrem os abusos estruturais do sistema penal, gerando uma tendência a valorações sempre severas da categoria da culpabilidade.

Em um segundo momento, deve-se analisar também os problemas da culpabilidade finalista, sobretudo na sistematização do finalismo no Código Penal brasileiro e sua aplicação.

Leonardo Siqueira (2016, p. 62), mesmo com suas críticas contidas ao discurso interno da dogmática jurídica, já revela problemas sérios na aplicação da culpabilidade finalista, sobretudo o posicionamento jurisprudencial, sustentado por relevante doutrina, de inserir na valoração da reprovabilidade do indivíduo caracteres de sua personalidade: fundamentos de periculosidade do agente somados à valoração da culpabilidade pelo fato. Sustentado em uma teoria normativa pura da culpabilidade, Siqueira (2016, p. 66) assevera ser impossível compatibilizar a culpabilidade pelo fato com a culpabilidade do agente, categoria específica da seara da periculosidade.

No Brasil, Siqueira (2016, p. 92) argumenta que, apesar da opção legislativa expressa pela adoção do sistema normativo e funcionalista da culpabilidade, a jurisprudência tem se orientado em um sentido mais psicológico-normativo no molde proposto por Edmund Mezger, discutido no tópico 3.4. Segundo esse modelo, procura-se na decisão judicial valorar a reprovação do autor pelo fato, além da reprovação da personalidade desviante do agente e sua vida pregressa, considerando-se o fato criminoso como uma expressão dessa personalidade.

Ao se abrir a valoração judicial em relação a qualquer dado que não seja a reprovação do fato concreto, abre-se a oportunidade para julgamentos morais negativos sobre os caminhos pelos quais o indivíduo criminalizado decidiu conduzir sua vida, sobre a posição social em que nasceu e de que nunca saiu, sobre as oportunidades que teve e deixou de ter e outras possíveis divagações éticas em que o juiz não deve se imiscuir e que não fazem parte, de forma alguma, do discurso processual da instrução e julgamento de um caso penal. Veja-se, para tanto, o esforço argumentativo que Ferrajoli (2014), em *Direito e razão*, emprega

para buscar um sistema de decisão judicial despido de valorações que sejam morais ou que fujam ao controle das partes, ou seja, que fujam da subsunção do fato à norma jurídica válida.

Permitir a valoração da personalidade como componente da valoração total da culpabilidade é fornecer mais argumentos acobertados pelo discurso jurídico para legitimar a resposta estereotípica do julgador exposto ao criminoso que encaixa no estereótipo.

Trata-se, como Goffman (1988) argumenta, de pautar uma resposta praticamente automática ao se visualizar o estereótipo: o agente da persecução penal – juiz, delegado ou promotor – toma contato com o indivíduo que desde logo demonstra ser desfavorecido por ser negro, pobre ou morador de regiões pobres, ou todos cumulativamente, e a resposta estereotípica começa a entrar em efeito. Se é usuário de drogas, ainda que recreativamente, não possui domicílio ou não possui um trabalho fixo, por exemplo, a resposta estereotípica contra o *outro* demonizado ganha ainda mais força, aproximando-se o indivíduo concreto do estereótipo do imoral grupo essencialmente desviante, e atraindo a resposta punitiva mais grave, que reforça a coesão social de *nós* e neutraliza a imoralidade do *outro*. Serve, ainda, como capítulo na interminável luta contra o pânico moral e o medo da vitimização dos grupos incluídos.

Consideradas, portanto, as críticas que se fizeram pertinentes aos modelos funcionalista e finalista a partir da análise criminológica desenvolvida no trabalho, parte-se do gancho da ineficácia prática do finalismo na realidade forense brasileira para, no tópico seguinte, se analisar a culpabilidade pela vulnerabilidade e sua conformidade com os dados da realidade – domínio do *ser* – até o momento colhidos.

6.4 A culpabilidade revista sob o foco da vulnerabilidade e dos estereótipos

A culpabilidade pela vulnerabilidade é uma técnica de decisão inserida no contexto do funcionalismo redutor como resposta de Zaffaroni à crescente aceitação dos funcionalismos teleológico (Roxin) e sistêmico (Jakobs) no *mainstream* dogmático penal. O funcionalismo redutor pode ser caracterizado, como sistematiza Bruno Castelo Branco (2015, p. 127) como uma série de mecanismos de operacionalização da dogmática penal com uma finalidade expressamente redutora de danos. Dentre esses mecanismos se vê a culpabilidade pela vulnerabilidade.

Conforme já explicitado no tópico 4.6, com a culpabilidade pela vulnerabilidade Zaffaroni (1991) questiona a neutralidade do juízo de reprovabilidade que preenche o conteúdo da culpabilidade. Diante da seletividade estrutural do sistema penal e a manipulação

do discurso judicial para perpetuar a exclusão social e neutralizar os indesejados, o discurso ético/eticizante da reprovabilidade penal não mais se sustentaria em um paradigma pretensamente democrático de sistema penal.

Por mais que em um momento acabe por discordar dos fundamentos a respeito da culpabilidade pela vulnerabilidade de Zaffaroni, Leonardo Siqueira (2016, p. 144) fornece um importante subsídio para que se discuta a favor da teoria em última instância, e, ao final de sua obra, reconhece o valor do argumento (SIQUEIRA, 2016; p. 159). É no momento em que defende que a culpabilidade finalista no Brasil não tende a ser aplicada de maneira neutra como preconizada pelo modelo normativo, mas levando em consideração a reprovação do indivíduo em si – necessariamente moralizante, extrajurídica – em conjunto com a reprovação da ação, sendo legítima essa segunda apenas (SIQUEIRA, 2016; p. 92).

Para que se alcance efetivamente uma finalidade redutora com a aplicação de um instituto jurídico, como a culpabilidade, faz-se necessário abandonar a pretensão de neutralidade que acompanha a maioria das construções da dogmática penal e assumir uma posição expressa de redução de danos. Essa mesma pretensão de neutralidade é justamente o fator que contribui para que a violência inerente ao sistema penal brasileiro se perpetue acobertada pela racionalidade que o discurso dogmático pressupõe. Tomar uma posição expressamente reducionista é justamente o que Zaffaroni faz ao construir os componentes dogmáticos de seu funcionalismo redutor, sobretudo a culpabilidade pela vulnerabilidade.

Diversos fatores sociais contribuem para gerar estados de vulnerabilidade que afetam camadas sociais desfavorecidas, e, assim, mais suscetíveis ao controle penal. Uma concepção tradicional de dinâmica social pressuporia, por exemplo, o local de residência, a cor de pele, a profissão (ou falta dela), as roupas que se veste, o modo como se fala, dentre outros, como fatores que favorecem o estado de vulnerabilidade ou imunizam um indivíduo, a depender dos interesses que predominam nos mecanismos de controle a respeito do estereótipo do indesejável que se pretende neutralizar.

Na sociedade de massa, altamente orientada pelos meios de comunicação, esse estereótipo é reforçado pelo discurso majoritário e um consenso social sobre quem são os indesejáveis é produzido muito mais facilmente com a adesão de grande parte da sociedade. O medo de ser vitimizado, reforçado a todo momento pelo tom alarmista do noticiário e pelas notícias geralmente veiculadas – aquelas que geram apelo emocional por corroborar com a ideia do *outro* desviante e da vítima que faz parte de *nós* – torna coeso o grupo que se apropria do medo do crime e clama pela neutralização dos outros que, de acordo com o

discurso midiático, causa esse medo. Isso quando, na verdade, é o próprio discurso midiático que gera a ilusão desse medo (ZAFFARONI, 1991; p. 128).

De todo modo, a resposta estereotípica contra o grupo dos *outros* de essência (construída como) desviante é uma resposta de vingança e neutralização, principalmente. Ao se encaixar no estereótipo, já presente no imaginário popular e fortalecido pela mídia de massa com seu discurso de alterização, desmonte do Estado de bem-estar social, reacionário, etc., o dinamismo da narrativa midiática e até mesmo da rapidez e anonimato peculiar à sociedade da modernidade tardia tornam cada vez mais difícil reagir ao diferente com uma resposta que não seja a estereotípica.

Ocorre que a resposta estereotípica contra quem se encaixa no estereótipo do desviante é uma resposta que se conecta às ideias de crime e controle: como o cidadão que se considera *de bem* que atravessa a rua ao avistar uma pessoa mal vestida, ou a ronda policial que aborda essa mesma pessoa por ter julgado negativamente sua aparência. Ou o caso do jovem da periferia que é abordado pela polícia com a quantidade X de algum entorpecente e atrai o alarde midiático sobre a *apreensão do traficante*, enquanto o jovem universitário de classe média que é encontrado com quantidade 2X, 3X ou mesmo muito maior desse mesmo entorpecente é tratado como usuário, e, sobretudo, apenas como *jovem universitário*, nos noticiários. Sua identidade não é associada à do traficante, pois não se encaixa no estereótipo.

Naturalmente toda essa resposta se traduz em um tratamento judicial diferenciado da questão, o discurso é reproduzido até que o vulnerável, o indivíduo que sofreu a resposta estereotípica negativa, é tratado judicialmente conforme o estereótipo e julgado negativamente por ser quem é. O juiz, lembre-se, também é telespectador, incluído, e um dos principais receptores do clamor social por medidas punitivas severas, além de ter a sua disposição espaços de discricionariedade que o senso comum teórico sobre a decisão judicial deixam, preenchidos com toda sorte de pré-conceitos e vieses ideológicos.

Os dados até o momento trabalhados reforçam a argumentação de Zaffaroni (1991, p. 270) sobre a vulnerabilidade e sobre a seletividade penal: certas pessoas, por pertencerem a determinado grupo social, se encontram mais suscetíveis ao controle social-penal e suas condutas são valoradas, em um juízo de reprovação, como mais graves por serem uma expressão de uma personalidade desviante – a essência desviante do grupo a que pertencem. A aproximação à avaliação de Siqueira (2016, p. 92) sobre a aplicação de uma culpabilidade do autor/periculosidade na práxis brasileira é clara.

Zaffaroni (1991, p. 263), assim, pretende abandonar a reprovabilidade como critério de aferição da culpabilidade por carregar, necessariamente, um conteúdo ético que não cabe em uma sistemática penal que se pretenda democrática, ou, ao menos redutora de danos.

No entanto o próprio Zaffaroni (1991, p. 271) parece não abandonar por completo a reprovabilidade, ao sustentar como critério para a valoração da conduta do indivíduo não apenas sua vulnerabilidade social e o risco para que fosse selecionado pelo poder punitivo, mas também o *efetivo esforço pessoal* empreendido por esse indivíduo para que fosse, em algum momento, selecionado.

A construção da culpabilidade pela vulnerabilidade, com a adstrição da valoração do magistrado apenas ao esforço pessoal que o acusado empreendeu para, a partir de seu estado de vulnerabilidade mais ou menos acentuado, vir a ser criminalizado pelo sistema penal, se aproxima do que Leonardo Siqueira (2016, p. 159) constrói, em sua obra, como um conceito material da culpabilidade: a avaliação judicial da ação individual dentro do contexto de sua liberdade de escolha. O contexto da liberdade de escolha seria o cenário social em que o indivíduo é inserido, sua maior ou menor liberdade para se ver levado ao crime, e a ação individual corresponderia ao esforço pessoal.

Em síntese, Siqueira e Zaffaroni chegam a soluções semelhantes, o primeiro com uma fundamentação predominantemente dogmática e o segundo orientado pela criminologia crítica.

A fundamentação dogmática de Siqueira (2016, p. 80) passa, em dado momento, pela noção da exigibilidade extraída da obra de Heinrich Henkel, como princípio geral do direito e com clara influência na dogmática penal – como na definição dos limites de normas incriminadoras, na exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade, dentre outros. Diverge de Henkel (SIQUEIRA, 2016; p. 83) ao defender a exigibilidade como um fator normativo, que leva em consideração um núcleo de valores fundamentais para a convivência em sociedade e as circunstâncias mais ou menos prementes que fazem ser exigível agir conforme o valor ou que excluam sua exigibilidade.

O discurso jurídico, persuasivo que é por natureza, tem a aptidão de incorporar novos dados da realidade que permitam uma valoração mais ou menos estrita da exigibilidade de agir conforme o direito, atenuando ou agravando a reprovabilidade da ação (SIQUEIRA, 2016; p. 87). Nesse contexto, agir dentro de um estado de vulnerabilidade premente e, assim, com um mínimo esforço pessoal para a seleção criminalizante, é um fator de atenuação da reprovabilidade do indivíduo (ZAFFARONI, 1991; p. 273), podendo até chegar a excluí-la,

de tão ínfimo que seria o esforço do indivíduo para sua criminalização (SIQUEIRA, 2016; p. 159).

Apesar disso, a resposta estereotípica motivada pela criminologia midiática aparenta trabalhar a exigibilidade em outros termos.

Ao ser amoldado ao estereótipo do criminoso habitual, o indivíduo criminalizado é encaixado discursivamente em um novo nível de exigibilidade, em razão do qual é praticamente esperado pela sociedade e pelas agências punitivas que ele delinqua, pois faz parte de um grupo que possui a essência desviante. Sujeita-se a uma nova exigibilidade, invertida discursivamente, que não consiste em considerar seu contexto concreto – psicológico ou social – que tornasse de certo modo aceitável o delito, mas uma *exigência* de mostrar, o mais ostensivamente possível, que não faz parte de um estereótipo essencialmente desviante, de quem não se tolera qualquer circunstância que torne inexigível o cumprimento do dever jurídico.

A exigibilidade aplicada ao estereótipo, denota a análise criminológica, o é em um grau muito maior do que ao grupo de cidadãos conformados no grupo social dominante. A imoralidade intrínseca atribuída pelo discurso midiático e outros discursos oficiais aos grupos excluídos se sobrepõe ao argumento dogmático de que a exigibilidade *deve ser* sempre valorada da mesma forma, diante de fatores de tensão a que se vê exposto o indivíduo criminalizado, tornando a pena mais necessária e o mal a ser retribuído pela via da pena ainda mais grave em relação ao *outro*.

A resposta judicial estereotípica em relação ao vulnerável é a de exigir dele um cumprimento muito mais estrito dos deveres jurídicos e a efetiva incorporação e prática desses valores – residência em um bairro *bem ordenado*, emprego fixo, linguagem e trajas comedidos, dentre outros – para, na doutrina de Goffman (1988), a comunicação entre sujeitos se aprofundar e ultrapassar a resposta estereotípica.

Ultrapassando a resposta estereotípica, é possível falar na presença de condições que possibilitam uma valoração justa da determinação da ação do indivíduo e da exigibilidade de seu comportamento conforme o direito; dentro da resposta estereotípica, a exigibilidade é altíssima e a valoração tende a ser negativa e moralizante, pois o grupo estereótipo sempre tenderá a cometer crimes e deve ser reprimido fortemente.

Uma noção criminologicamente fundamentada (ANDRADE, 2014) da exigibilidade, e, assim, da culpabilidade, passa por abandonar a pretensão de neutralidade que encobre o discurso excludente latente que motiva grande parte da violência desmedida de nosso sistema penal.

Como adverte Zaffaroni (1991, p. 279), antecipando críticas possíveis, adotar um modelo de culpabilidade por vulnerabilidade não significa ceder a uma *culpabilidade de autor* no discurso de fundamentação da decisão, mas reconhecer que é o discurso oficial que a adota. A culpabilidade por vulnerabilidade objetiva justamente o contrário: não valora caracteres do indivíduo para definir a gradação da reprovação, mas os reconhece para avaliar qual foi o efetivo esforço empreendido por esse indivíduo para ser selecionado pelo poder punitivo. Ou seja, pela constatação da posição de vulnerabilidade mais ou menos acentuada do indivíduo, avalia-se o efetivo esforço – ação – que desempenhou para chamar que o sistema penal acreditasse ser necessário puni-lo: quanto mais vulnerável é o indivíduo, maior a tendência de o discurso oficial adotar e reforçar a necessidade de puni-lo, e menor o esforço necessário para que essa necessidade seja atingida.

Portanto, ao produzir e fortalecer posições de vulnerabilidade, o discurso midiático fortalece, juntamente, respostas estereotípicas de uma sociedade amedrontada que clama por segurança, e de praticos do direito – juízes, promotores, delegados – que atendem a esse clamor, acobertando a resposta estereotípica com categorias do discurso jurídico, especialmente, como se evidencia nesse trabalho, com um juízo negativo de culpabilidade – deve-se, sim, reprovar essa conduta – e com uma gradação mais acentuada por meio de uma avaliação moral e moralizante da condução de vida do indivíduo estereotipado.

Operar em termos da culpabilidade por vulnerabilidade, desse modo, é propor uma resposta que vá além da estereotípica, que restrinja a valoração judicial ao esforço pessoal do indivíduo traduzido em reprovabilidade e em uma medida justa de pena, ao contrário do pretensamente neutro finalismo normativo que, na verdade, sistematicamente encobre cada vez mais exclusão pela via do sistema penal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho partiu do tema-problema da mídia de massa e sua influência no sistema penal, limitado metodologicamente à influência na decisão judicial. Outras dimensões de influência, como a legislativa ou medidas executivas como o policiamento ou investimentos em política carcerária, por exemplo, foram deliberadamente deixadas de lado da discussão para que uma análise mais aprofundada fosse reservada à culpabilidade.

Como hipótese que orientou a discussão do trabalho, propôs-se que a mídia de massa, onipresente na vida do cidadão da modernidade tardia e conformadora de muito do que se percebe da realidade social, cria um consenso social sobre a criminalidade que a atribui majoritariamente a classes desfavorecidas, o que se reverteria em um trato judicial mais rígido e excludente.

O primeiro capítulo após a introdução – capítulo 2 – concentrou a dimensão epistemológica do trabalho, em que se defendeu um penalismo crítico, subsidiado pela discussão criminológica e suas avaliações sobre a realidade concreta para fundamentar uma aplicação verdadeiramente racional dessa – no sentido do respeito ao objetivo constitucional da promoção da dignidade humana, não em uma racionalidade meramente científica e autorreferencial.

O terceiro e quarto capítulos deram conta de uma reconstrução histórica do discurso dogmático sobre a culpabilidade, apresentando-se, no terceiro, as discussões travadas pela academia até a metade do século XX desde uma concepção psicológica da culpabilidade até a normativa, adotada pelo sistema finalista que serve de fundamento para nosso Código Penal; no quarto capítulo, partiu-se do marco finalista para analisar proposições que o sucederam, criticando suas bases teóricas – funcionalismos – e sua aplicação concreta – culpabilidade pela vulnerabilidade.

O quinto capítulo, por sua vez, deixa em suspenso a discussão dogmática para receber influxos de outros campos de estudo, como a teoria da mídia e a criminologia orientada pelas ciências sociais. O capítulo em comento mostra sua relevância no trabalho ao trazer à pesquisa em matéria penal e criminológica uma discussão mais pormenorizada sobre a extensão – limitada – da influência efetiva da mídia no corpo social, e quais as condições pré-existentes nesse corpo social possibilitaram a aderência do discurso midiático.

Não foi sem a ajuda de um sentimento coletivo – compartilhado sobretudo pela classe média, público-alvo da maioria dos meios de comunicação em massa – de insegurança ontológica, de instabilidade do mercado de trabalho, do desequilíbrio na distribuição de

recompensas, que o discurso midiático de desmonte do Estado de bem-estar social e da necessidade de excluir os diferentes, injustamente privilegiados (de acordo com esse discurso), teve aderência no senso comum dominante.

Ao se discutir e cotejar os resultados obtidos ao longo da pesquisa, no capítulo 6, examina-se a influência desses discursos de criminologia midiática nos espaços de discricionariedade que a práxis da decisão judicial – inclusive em matéria criminal – permite. Confirmou-se, com argumentos da hermenêutica e da sociologia da punição, que vieses ideológicos, políticos, morais, dentre outros, tendem a preencher esses espaços de discricionariedade e serem fatores determinantes para que o julgador escolha uma dentre as interpretações possíveis da norma.

Isso é agravado tanto pela formação teórica de grande parte dos práticos do direito, que privilegia teorias da decisão judicial que atribuem ao magistrado o objetivo de pacificar anseios sociais e conservar valores e ideais dominantes, bem como da sociedade (ou seus grupos hegemônicos) representada pelo discurso midiático, que clama por medidas punitivas mais severas. Esse segundo elemento – demandas sociais – se vê bem expresso no júri, que, despido da necessidade de fundamentar suas decisões, tem um ambiente livre para interpretar esses anseios e incorporá-los em seu voto, posteriormente convertida em decisão judicial.

Como resposta a isso, segue-se no capítulo 6, examinou-se a adequação dos modelos de culpabilidade examinados ao longo dos capítulos 3 e 4 a essa realidade de influência do discurso midiático na percepção social sobre o crime, e como essa percepção pauta as tendências interpretativas dos juízes. Demonstrada a insuficiência dos modelos finalista e funcionalista, defende-se, no tópico 6.4, a adequação do modelo da culpabilidade por vulnerabilidade a esse contexto, visto que esse modelo fornece subsídios para se reconhecer expressamente a situação de vulnerabilidade de determinados grupos sociais e dos indivíduos neles inseridos, vulnerabilidade essa que gera um risco maior de seleção criminalizante pelo poder punitivo.

Ao reconhecer um nível de vulnerabilidade determinado, esse modelo de culpabilidade abandona a pretensão de neutralidade que anima os demais paradigmas, e, assim, avalia o efetivo esforço empreendido pelo sujeito para ser criminalizado. Um indivíduo mais vulnerável que outro tende a ter que se esforçar muito menos para que as agências punitivas acreditem ser necessário puni-lo, enquanto um menos vulnerável em regra tem que empreender maior esforço.

Busca-se defender que indivíduos vulneráveis, por pertencerem a um grupo estereotípico criado pelo senso comum e reforçado pelo discurso midiático, são sujeitos a um

nível de exigibilidade de comportamento conforme ao direito muito maior que os demais, incluídos. De modo que já se espera que o estereotipado cometa o crime, a resposta estereotípica da punição em um elevado grau se mostra necessária – já que o grupo é essencialmente desviante, devendo ser neutralizado –, e nenhuma circunstância da realidade é apta a flexibilizar essa exigibilidade, já que flexibilizá-la implica em deixar de lado os anseios dominantes da sociedade por segurança e contribuir para a manutenção do pânico moral que movimenta o senso comum punitivo. Tudo isso encoberto pelo discurso pretensamente neutro da dogmática.

Portanto, ao se demonstrar os espaços de discricionariedade em geral presentes na formação da decisão judicial, bem como a tendência presente na tradição brasileira de ocupar esses espaços com interpretações que se curvam a anseios sociais – além da cobrança da sociedade via mídia para que seus anseios sejam atendidos –, a função jurisdicional perpetua os estados de vulnerabilidade criados pelo senso comum e fortalecidos pelo discurso midiático *mainstream*, confirmando e tornando oficial a exclusão social até então informal que esses grupos sofrem discursivamente.

Com isso, a hipótese formulada se mostra confirmada, tendo sido cumpridos os objetivos de investigar o instituto da culpabilidade, em seus modelos teóricos e de aplicação, bem como as possíveis influências que a mídia de massa gera no senso comum coletivo sobre a criminalidade, e como esse senso comum se revela como um ponto de partida interpretativo para decisões judiciais comumente desfavoráveis em casos penais em que figuram indivíduos estereotipados e excluídos.

Confirmada a hipótese, defende-se o emprego, possível com as ferramentas normativas vigentes no ordenamento jurídico, como as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal²² ou a atenuante inominada do artigo 66²³ para a fixação da pena, que reconheçam a vulnerabilidade do indivíduo criminalizado e valorem o efetivo esforço desempenhado para capturar a atenção dos órgãos de persecução penal, reduzindo-se, assim, o *quantum* de pena imposto e podendo favorecer a obtenção de benefícios e sanções alternativas à privação da liberdade.

Essa interpretação é adotada a partir das necessidades de se promover uma revisão crítica das categorias dogmáticas em ciências penais, que se mostre de fato comprometida

²² “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime[...].” (BRASIL, 1940).

²³ “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (BRASIL, 1940).

com a redução da violência estrutural que permeia o sistema que essa dogmática fundamenta, visto que, como Brandão (2014) argumenta, o espaço interpretativo para criar novos âmbitos de liberdade dentro dos sentidos possíveis da norma penal deve ser o mais amplo possível.

Para se alcançar um contexto de real redução de danos, a dogmática deve abandonar sua posição de neutralidade, e, sobretudo em países como Brasil, fortalecer mecanismos dentro de seu discurso para reconhecer e amenizar a tão óbvia violência que os órgãos de persecução penal empregam em desfavor de classes subalternas e indivíduos sem capacidade de se defender. O discurso midiático não apenas normaliza essa violência, como também clama por um incremento nela.

Como a regulação da mídia de massa é uma questão a ser abordada pelos acadêmicos da comunicação social e articuladores do assunto junto ao poder público – que podem examinar com muito mais cautela e subsídios próprios, por exemplo, a problemática da liberdade de expressão e sua relação com discursos intolerantes, dentre outros assuntos correlatos –, resta ao acadêmico das ciências penais tomar a influência dos meios de comunicação, limitada que seja, como uma realidade concreta que produz efeitos no âmbito da decisão judicial em matéria penal. Foi justamente essa a análise que se propôs no presente trabalho, e que teve seu desfecho com o estudo da culpabilidade pela vulnerabilidade, de operacionalização plenamente viável no ordenamento jurídico vigente no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte general**. 2ª edição. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historia de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; RAMOS, Márcio Buttelli. “Eu, vigilante”: (Re)discutindo a cultura punitiva contemporânea a partir das redes sociais. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, Ano XII, n. 52, p. 145-162, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Sociologia e Justiça Penal: Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARAN, Stanley J.; DAVIS, Dennis K. **Mass communication theory: Foundations, ferment and future**. 7ª edição. Stamford, Connecticut: Cengage Learning, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARROS, Diana Pessoa de. Intolerância, preconceito e exclusão. In LARA, Glauca Proença; LIMBERTI, Rita Pacheco (orgs.). **Discurso e (des)igualdade social**. São Paulo: Editora Contexto, 2015.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. **Revista Passagens**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, ano 1, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Biblioteca On-line de Ciências da Computação. p. 16. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

- BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**, Ciências Penais, vol. 1, p. 171-184, jul. 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal - Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.
- BRASIL. Código Penal (1940): Decreto-lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em agosto de 2018.
- BOTTON, Alain de. **Notícias: Manual do usuário**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2014.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06). 5ª edição. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. **Revista Polis e Psique**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 143-164, 2013.
- CASTELO BRANCO, Bruno Cortez Torres. **Dogmática penal do perigo e o perigo da dogmática penal: Dois mirantes sobre o excesso da punição nos crimes patrimoniais**. 2015. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- CERQUEIRA, Daniel (org.). **Atlas da violência 2018**: Ipea e FBSP. Rio de Janeiro: Ipea e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf> Acessado em setembro de 2018.
- CHARAUDEAU, Patrick. Identidade linguística, identidade cultura: Uma relação paradoxal. *In* LARA, Gláucia Proença; LIMBERTI, Rita Pacheco (orgs.). **Discurso e (des)igualdade social**. São Paulo: Editora Contexto, 2015.
- COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics: The creation of the Mods and the Rockers**. 3ª edição. New York: Routledge, 2002.
- CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. Sociologia da punição e a contribuição de Pierre Bourdieu: Formulação teórica da decisão judicial punitiva como objeto de pesquisa. **Confluências: Revista interdisciplinar de sociologia e direito**, Rio de Janeiro, vol. 18, nº 3, p. 65-91, 2016.

DALLA-ROSA, Juliana Fröner. **Tendências do Direito Penal contemporâneo**: Uma análise das funções e dos limites do Direito Penal a partir de Ferrajoli e Jakobs. 2008. 183 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

DIAS, Annelise Schütz; GUIMARÃES, Isabel Padilha. **Mídia noticiosa, crime e violência**: Discussões teóricas. Sistema Penal & Violência, Rio Grande do Sul, vol. 6, n. 2 (julho-dezembro de 2014), p. 280-291, 2014.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Folk devils and moral panics: An appreciation from North America. In DOWNES, David; ROCK, Paul; CHINKIN, Christine; GEARTY, Connor (orgs.). **Crime, social control and human rights**: From moral panics to states of denial. Portland: Willan Publishing, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Hamilton. Culpabilidade pela vulnerabilidade: Uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 120 (maio-junho, 2016), 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: História da violência nas prisões. 40ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Reimpresión. Buenos Aires: B de F, 2002.

GARLAND, David. **The culture of control**: Crime and social order in contemporary society. The University of Chicago Press: Chicago, 2001.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª edição. Rio de Janeiro, LTC Editora: 1988.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Princípio da coculpabilidade e culpabilidade pela vulnerabilidade: Mecanismos de controle e limitação (correção) da seletividade penal**. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

LEA, John; YOUNG, Jock. **¿Que hacer con la ley y el orden?** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: Um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introducción a la Criminología**. 4ª edição. Madrid: Dykinson, 2006.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. **Vida e morte (e vida) da culpabilidade penal: Contribuição da teoria do delito para um Estado Democrático de Direito**. 2012. 116 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Libro de estudio, Parte General**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. 2004. 443 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JR., Salah. **In Dubio Pro Hell: Profanando o Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

NEGRINI, Michelle; TONDO, Rômulo. **Espetacularização e sensacionalismo: Reflexões sobre o jornalismo televisivo**. In Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 22, 2009, Anais..., Curitiba, Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2009, p. 1-11.

O Abutre. Direção Dan Gilroy. Intérpretes Jake Gyllenhaal; Rene Russo e outros. Roteiro: Dan Gilroy. Los Angeles: Bold Films, Nightcrawler, Sierra/Affinity. 2014. 118 minutos.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PLANAS, Roberto Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e Direito Penal Econômico**. 2ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal 1: Parte Geral**. 9ª edição rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. **Culpabilidade e função: Análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Günther Jakobs**. 2014. 284 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

RODRIGUES, Leonardo Monteiro. **A evolução das teorias da culpabilidade: do causalismo ao funcionalismo-teleológico**. 2016. 107 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-

Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal**. Traductor: Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: Parte Geral. 5ª edição rev. ampl. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2012.

SARKIS, Jamilla; VIANNA, Túlio. Execrando suspeitos para atrair audiência: O uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem. *In* SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (orgs.). **Ciências criminais em debate**: Perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

SEEGER, Luana; SILVA, Edenise Andrade da. **O tribunal do júri e o poder de influência da mídia contemporânea nos casos de crimes de homicídio**: Reflexões para pensar políticas públicas de garantias de imparcialidade dos jurados. *In* Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 13, 2016, Anais..., Santa Cruz do Sul, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016, p. 1-28. Disponível em <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/15810/3709>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: A trajetória do conceito material de culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri**: Símbolos e rituais. 4ª edição rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SWAANINGEN, René Van. **Perspectivas europeas para una Criminologia Crítica**. Buenos Aires: B de F, 2011.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia: Contribuições para um Direito Penal mais ético**. 2009. 281 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **La nueva Criminología**: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997.

VON LIZST, Franz. **Direito Penal Alemão – Tomo I**. Traduzido da última edição e comentado pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. – Editores 16 e 18, 1899.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WALLACE, David Foster. *E unibus pluram: Television and U.S. Fiction*. **Review of contemporary fiction**, Victoria, Texas, v. 13, n. 2, 1993.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**: Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Segunda reimpression. Buenos Aires: B de F, 2004.

WILLIAMS, Kevin. **Understanding media theory**. Londres: Arnold, 2003.

YOUNG, Jock. **El fracaso de la criminología**: La necesidad de un realismo radical. *In* Criminología Crítica y control social 1: El poder punitivo. Rosario: Editorial Juris, 1993.

YOUNG, Jock. **La energía en Merton, la estructura em Katz**: la sociología de la represión y la criminología de la trasgresión. *Revista Anthropos*, Barcelona, n. 204, 2004.

YOUNG, Jock. Slipping away – moral panics each side of “the Golden Age”. *In* DOWNES, David; ROCK, Paul; CHINKIN, Christine; GEARTY, Connor (orgs.). **Crime, social control and human rights**: From moral panics to states of denial. Portland: Willan Publishing, 2007.

YOUNG, Jock. **The exclusive society**: Social exclusion, crime and difference in late modernity. Londres: SAGE Publications, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra dos Mortos**: Conferências de Criminologia Cautelar. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: A perda da legitimidade do sistema penal. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.