



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA - UNEB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E TECNOLOGIAS -
CAMPUS XIX - CAMAÇARI/BA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

HYAGO SUZART SANTOS

**A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA
APLICAÇÃO DE PRISÕES CAUTELARES: UMA ANÁLISE DO
DISCURSO DE ÓDIO COMO POLÍTICA CRIMINAL E GARANTISMO
PENAL.**

Camaçari
2023

HYAGO SUZART SANTOS

**A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA
APLICAÇÃO DE PRISÕES CAUTELARES: UMA ANÁLISE DO
DISCURSO DE ÓDIO COMO POLÍTICA CRIMININAL E GARANTISMO
PENAL.**

Monografia apresentada a Universidade do Estado da Bahia - UNEB, no Curso de Direito do Campus XIX - Camaçari, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Marcos Marcilio Eça Santos

Camaçari
2023

SANTOS, Hyago Suzart .

A seletividade do sistema de justiça criminal na aplicação das prisões cautelares: uma análise do discurso de ódio como política criminal e garantismo penal.

Orientação: Prof. Marcos Marcilio Eça Santos

Monografia - Curso de Direito – Universidade do Estado da Bahia - Campus XIX - Camaçari, 2023.

Inclui bibliografia.

1. Razoabilidade (Direito). 2. Presunções (Direito). 3. Prisões cautelares – Brasil. 4. Dignidade.

I. SUZART, Hyago Suzart Santos II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

HYAGO SUZART SANTOS

A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA APLICAÇÃO DE PRISÕES CAUTELARES: UMA ANÁLISE DO DISCURSO DE ÓDIO COMO POLÍTICA CRIMININAL E GARANTISMO PENAL.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, Campus XIX, pela
seguinte banca examinadora:

Nome: Marcos Marcilio Eça Santos
Instituição: Universidade do Estado da Bahia

Nome: Marcia Margarida
Instituição: Universidade do Estado da Bahia

Nome: Marcelo José Santos Lagrota Felix
Instituição: Universidade do Estado da Bahia

Camaçari, 27 de Novembro de 2023.

Aos meus avós, Hilda e Gabriel.
Aos Professores que Orientam, não
somente para um trabalho de
conclusão de curso, mas, eternamente,
para a vida.

“A prisão não são as grades, e a liberdade não é a rua; existem homens presos na rua e livres na prisão. É uma questão de consciência”. Mahatma Gandhi

RESUMO

O tema da presente monografia consiste em analisar a seletividade do sistema de justiça criminal na aplicação de prisões cautelares: uma análise do discurso de ódio como política criminal e garantismo penal, como esse discurso de ódio tem legitimado às decisões judiciais na decretação de prisões cautelares? Para tanto, objetivando verificar de qual maneira o discurso de ódio tem influenciado na decretação de prisões cautelares, busca-se aporte para a presente pesquisa, do método hipotético dedutivo, sem o fim de esgotar o assunto, mas, pautado, sobretudo, em pesquisa bibliográfica, cujo resultado ensejou uma gama de reflexões. Conclui-se, entre as quais, que há um linha tênue, primeiramente, entre liberdade de expressão e a tentativa de regulação da mesma, desembocando no discurso de ódio, proveniente do abuso dessa mesma liberdade, sendo o discurso de ódio utilizado, como instrumento da sociedade moderna, em atribuir características banais à determinados indivíduos ou grupos, o que, por consequência, atinge, sobremaneira, a sociedade, resultando na influência no poder judiciário mediante os veículos de comunicação, sobretudo, mediante narrativas, cujo objeto primordial não é a pacificação social, mas sim a obtenção do lucro por parte dos donos desse quarto poder, denominado de “mídia “ em sentido amplo.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Prisões cautelares. Seletividade. Liberdade de expressão.

ABSTRACT

The theme of this monograph is to analyze the selectivity of the criminal justice system in the application of precautionary detention: an analysis of hate speech as a criminal policy and criminal guarantees. To this end, in order to verify how hate speech has influenced the decree of precautionary detention, we seek to contribute to the present research, the hypothetical deductive method, without the purpose of exhausting the subject, but based, above all, on bibliographic research, whose result gave rise to a range of reflections, among which, that there is a fine line, Firstly, between freedom of expression and the attempt to regulate it, leading to hate speech, arising from the abuse of this same freedom, with hate speech being used, as an instrument of modern society, to attribute banal characteristics to a certain individual or group, or which, consequently, affects society greatly, resulting in influence on the Judiciary through the media, Above all, through narratives, whose primary object is not social pacification, but rather the obtaining of profit by the owners of this fourth estate, called "media" in a broad sense.

Keywords: Hate speech. Precautionary detention. Selectivity. Freedom of expression.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONTROLE E DISCRIMINAÇÃO NA SOCIEDADE MODERNA	16
2.1 A SOCIEDADE CIVIL E O CONTROLE DAS AÇÕES HUMANAS	16
2.2 AÇÃO SOCIAL E DESVIO	19
2.3 CRIME OU DESVIO SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA	21
2.4 CRIMINOSO SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA	22
3 DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	25
3.1 DISCURSO DE ÓDIO E OS MEIOS DE SUA PRÁTICA	25
3.2 QUESTÕES MORAIS E ÉTICAS NA SOCIEDADE MODERNA	28
3.3 INFLUÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE COMUNICAÇÃO NO DISCURSO DE ÓDIO	31
4 DA PRISÃO E SUAS ESPÉCIES	36
4.1 POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA	41
4.2 A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA APLICAÇÃO DE PRISÕES CAUTELARES	45
4.3 PRISÕES DECRETADAS COM FUNDAMENTO NO CLAMOR PÚBLICO .	48
5 GARANTISMO PENAL	54
5.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	54
5.2 A TEORIA E SEUS AXIOMAS	57
5.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	59
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Devido a ineficácia da resposta estatal frente à crescente criminalidade descontrolada na sociedade brasileira, o refúgio último, como se pretende; na aplicação do direito penal, torna-se a resposta primeira e quase que o cerne da solução aplicada ao caso concreto, no entanto, na visão de Sánchez (2002), o princípio da intervenção mínima; enseja espaço para a intervenção máxima, o *in dubio pro réu*; enseja espaço para o *in dubio pro societate*, o discurso de reinserção do indivíduo que cometera um crime; enseja margem para o pleito de que haja penas perpétuas, quiçá pena de morte legitimadas (Sánchez, 2002).

Ainda na perspectiva do autor, por vezes, pela reprodução de um discurso que permeia a manutenção do poder no monopólio dos poderosos, ao passo que o conflito, torna-se produto de venda em todos seus aspectos (Sánchez, 2002).

Conforme Bestetti (2008), O discurso nos veículos midiáticos tem o condão de manipular sobremaneira o comportamento dos indivíduos, sejam para vender a ideia de vilões, em face de supostamente super-heróis, que gozam de uma moralidade inabalável e inalcançável por um mero mortal, bem assim, responder as autoridades como personificações dessa moralidade inabalável, dispõem como devem ser as leis e os parâmetros de cumprimento de determinado comportamento, mas também a punição severa, para aquele que não coadunar com as regras do trato social (Bestetti, 2008).

No entanto, há que se ter em consideração, que o conflito social não vislumbra ser resolvido tão somente pela ótica da mera perspectiva filosófico e paradigmático do “dever ser”, nessa linha de entendimento Nucci (2021), preconiza que, o criminoso não se torna o personagem refém da vitimização em função da carência estrutural, que, por vezes, seria resultante na motivação para o cometimento de crimes, mas o personagem do qual, são conferidos direitos e garantias que devem ser observados.

Entretanto, ainda nessa linha de pensamento do autor, da mesma forma que um sujeito, cujo o “*status quo*”, lhe impõem um tratamento especialmente favorecido, por outro lado, pelo menos no plano formal, que haja igualdade no tratamento de condições e possibilidades de defesa, havendo que se presumir inocente, até que o estado demonstre sua culpabilidade mediante meios robustos e fundamentados no bojo do processo penal (Nucci, 2021).

Neste sentido, diversas são as formas de responder em tempo hábil um crime cometido, no entendimento de Bestetti (2008), ou pelo menos, gerar a sensação na sociedade, de que fora atribuído uma resposta suficientemente capaz de evitar o cometimento de novos crimes e não causar uma sensação de impunidade, para isso existe as prisões cautelares, porém, para que seja decretada uma prisão cautelar, necessário que exista motivação idônea, robusta, suficiente, e pressupostos indispensáveis, em que pese, (*fumus commissi delicti*), e também (*periculum in libertatis*), quer dizer, que não basta o mero discurso, para que seja oferecida uma eventual acusação, para além disso, é mister que haja a fumaça do cometimento do crime, bem como, o perigo causado pela liberdade do indivíduo, motivando; excepcionalmente, a perda da liberdade de maneira cautelar e provisória (Bestetti, 2008).

Diante disso, na percepção de Assis (2011), a prisão de um indivíduo, mesmo este sendo o autor de crime, deve ser aplicado de maneira excepcional e motivada, objetivando reprimir proporcionalmente, como também no aspecto da prevenção, contudo, se observa que não há que se falar em prisão como regra instantânea, muito menos que o perfil de criminoso, atrelado à questões sociais, sejam motivação idônea para a automática decretação de prisão cautelar, ou ainda que a mera opinião pública, embase decisões judiciais, movidas com o anseio de vingança ou revanchismo (ASSIS, 2011).

Não obstante, Soares (2020), afirma que, filmes de “vilões e mocinhos”, sejam reflexos para a sociedade na busca pela “justiça almejada”, - causada pela sensação de (in) segurança, criando um bode expiatório, conseqüentemente, eliminando todos os supostamente vilões a fim de resolver problemas com o crime e a criminalidade (SOARES, 2020).

A prisão cautelar, não raro, é decretada como forma de controle social, mediante a aplicação única e exclusivamente sob o prisma do Direito penal, na visão de Bestetti (2008). O discurso de ódio, onde se cria inimigos ao Estado de Direito, sob o argumento que tais inimigos não gozam das mesmas garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, ao cometerem uma infração penal.

Por vezes, utiliza-se esse discurso contaminado de preconceitos, e conseqüentemente, influenciando sobremaneira nas decisões judiciais, bem como, para que haja o recrudescimento das penas, objetivando à “pacificação social” almejada. (Brandão, 2021)

Por outro lado, há que se levar em consideração que o estado de cerceamento da liberdade dos indivíduos, tem inúmeros contornos, ainda que esse mesmo indivíduo tenha cometido um delito tipificado como crime no ordenamento penal, porém é mister salientar que nem todos os fatos têm importância para esse ramo do Direito, apenas aqueles que são tipificados como crime ou contravenção penal, emanando singular atenção.

Há, também a banalização das prisões cautelares, conforme as lições de Lazzari (2015), em face do ativismo judicial que tem visibilidade através dos veículos de imprensa legitimador de um direito policial, onde todas as questões devem ser respondidas com mais punição, a pretexto disso, o indivíduo infrator perderia, também, os direitos não atingidos pela perda da liberdade em nome da efetividade da punição.

Entre outros enfoques possíveis de serem apurados, Brandão (2021), aponta, a influência do discurso de ódio na motivação social, tratamento desigual em face do indivíduo que tem um perfil socioeconômico que goze de *status* em detrimento de indivíduos que vivem à margem social, nem sequer existem no papel, mas tão somente como mera estatística, dado a devida importância somente quando lhe convém lucrar às custas da miséria social, mas, desprezado pelas causas sociais de marginalização, tais como a própria ingerência do poder de coerção. Pelos mesmos agentes públicos que aplicam as normas, e poderiam modificar a realidade social.

Dentre outras causas, passíveis de serem verificadas em função da segregação social vigente, com reflexo direto nas questões das prisões existentes no país, não só como forma de aplicação de uma sanção, mas sobretudo como mecanismo de controle social através do Direito, onde preserva o corpo normativo da pirâmide social, na qual prevalece a violência e ignorância, sendo viável punir com mais brutalidade de dominância e coerção (Soares, 2020).

Ainda nessa linha, Soares (2020), assevera, como é imposto através de um processo de seletividade, com visível tratamento diferenciado, com penas mais brandas para aqueles crimes de “colarinho branco”, em função de o perfil deste tipo de agente, estar relacionado, por vezes, ao exercício de cargos de poder, dentro do próprio âmbito de incongruências institucionalizadas do Estado democrático de direito; e para os mais vulneráveis, na maioria esmagadora, punição mais rigorosas, como forma de segregação, com isso, rotulando o indivíduo, imputando-lhe, como forma de retribuição pela desgraça que vivem, com regime fechado, como regra.

Visto que a política criminal do punitivíssimo tem ganhado forte adesão, frente a suposta ineficácia da justiça criminal em responder adequadamente o crescimento da criminalidade generalizada, gerando, com isso, a sensação de impunidade para os crimes de maior repercussão social, não obstante, como esse discurso de ódio tem legitimado às decisões judiciais na decretação de prisões cautelares?

Perante a isso, vislumbrando obter o objetivo geral da presente pesquisa, qual seja, identificar de qual maneira o discurso de ódio tem influência na decisão de decretação de prisões cautelares. Ao passo que, como objetivos específicos, se afigura dentre os quais: demonstrar como a política criminal tem banalizado à aplicação da pena como reprimenda suficientemente capaz de solução do comportamento desviante, verificar a observância dos direitos e garantias fundamentais na aplicação de medidas prisões cautelares, analisar as decisões judiciais de decretação das prisões cautelares motivadas pelo discurso de ódio, e analisar as premissas do garantismo penal.

A justificativa para essa temática consiste em tema de grande relevância social na contemporaneidade, cujo sua propagação tem influenciado o comportamento dos indivíduos na sociedade como um todo, alcançando as decisões judiciais na decretação de prisões cautelares resultado de uma seletividade penal.

Entretanto, compelido pela prática acadêmica na leitura de artigos, nesse enfoque prisões sob o aspecto sociológico, onde opera uma hierarquização das relações na sociedade contemporânea, mas também, a intenção de atuar nessa área quando do final da faculdade. Sendo assim, tais elementos, operam em diversas instituições, exteriores e coercitivas, de forma natural, desde o nascimento do indivíduo até a incorporação de um padrão de reprodução da manutenção da hierarquização social, resultando em condutas sutilmente reproduzidas, no âmbito das instituições de poder, tendo em vista que o direito penal, aplica-se em caráter subsidiário.

As questões estruturais da sociedade que representam os verdadeiros motivos para a crescente violência levada ao noticiário dos veículos de comunicação, que contribuem para difusão do discurso de ódio, que influencia a política criminal que assume contornos seletivos.

Objetivando trazer pontos a serem confrontados, sem a intenção de esgotar o presente tema em apreço, mas apurar enfoques pelos quais será ou não confirmada as hipóteses iniciais, para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, através

da pesquisa exploratória, com fulcro no levantamento bibliográfico, com enfoque nas questões relacionadas ao tema.

A pesquisa tem por base as obras e estudos de inúmeros autores que refletem acerca de tais premissas como: Fernanda Bestetti, Luiz Flavio Gomes, Guilherme de Souza Nucci, Nuno Brandão, dentre outros não menos importantes.

Portanto, no desenvolver da pesquisa serão analisados, sobretudo as teorias que trata sobre a matéria, com isso, trazendo argumentos críticos de como tal teoria, impacta, possivelmente, no discurso de ódio implementado no seio social, mas, com ênfase nos dias atuais.

O texto divide-se em quatro partes, a primeira parte; aborda questões como o contrato social, controle, conceituação de criminoso sob a ótica da criminologia, conceito de desvio sob a ótica da criminologia, mas também, questões sociais que chegam a um determinismo conceitual das escolas criminológicas.

Na segunda parte; se adentra a questão do discurso de ódio na sociedade moderna, os meios de sua prática, questões morais e éticas na sociedade moderna, como também, a influência da mídia nesse processo de criação, disseminação do discurso seja de qual gênero for, e conseqüente, poder de manipular os fatos sociais, atingindo, de certa forma a opinião pública.

Na terceira parte; buscou-se analisar o conceito de prisão e suas espécies, os argumentos de decretação das prisões trazidos pelo Código de Processo Penal, como também, analisar a seletividade penal, no que toca ao manejo e conveniência da decretação de prisões, não somente para assegurar o desfecho processual, como também, instrumento de controle social.

Na quarta e última parte, buscou-se reflexões sobre garantismo penal, sobretudo, no que diz respeito aos axiomas garantistas, cujo retrato, consiste em normas de cunho constitucional, devendo serem observadas, independentemente das circunstâncias, principalmente a garantia de legalidade estrita como norma fundante desse emaranhado de axiomas, buscando um tratamento que observe os ditames das normas, e o sistema acusatório.

2. BREVE APORTE TEÓRICO SOBRE CONTROLE E DISCRIMINAÇÃO NA SOCIEDADE MODERNA

Para que cheguemos em torno da problemática que envolve a expansão do Direito Penal, como mecanismo punitivo e de ruptura das sociedades modernas, é analisado sob a ótica de diversos autores que convergem para a temática em questão, dentre os quais: Fernanda Bestetti Vasconcellos, José de Assis Santiago, Luiz Flávio Gomes, Guilherme de Souza Nucci, entre outros, cujo intento é analisar teorias sociológicas acerca do assunto, sobretudo do controle social, de modo a compreender como a organização social, nasce eivadas de submissão e acordos escusos daqueles que lideram, em face dos seus súditos, afetando, conseqüentemente, as regras de convívio no âmbito institucional da sociedade moderna que geram as conseqüências para o direito penal.

2.1 A Sociedade Civil e o Controle das Ações Humanas

A ideia do contrato social, proveniente do movimento intitulado de iluminismo no século XVIII, emana uma série de manifestações de origem liberal que fornecem a base dos pensamentos da sociedade ocidental. Para Bestetti, (2008) “ ele é a expressão da tensão entre regulação e emancipação social, produzida pelo embate entre vontade individual e a vontade coletiva, entre o interesse particular e o bem comum”. Como resultado desse embate, nasce o Estado nacional, a educação cívica e o direito.

O contrato social moderno está assentado em critérios tanto de inclusão, como de exclusão. Ao fazer a opção de sair de seu estado natural para ingressar na sociedade civil, o indivíduo passa a ter de respeitar normas para regular a convivência social, que são válidas em toda a extensão do espaço público, restando a ele o espaço privado para realizar seus interesses pessoais (Sousa, 2006).

O contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. Os critérios de inclusão/ exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da legitimidade da contratualização das interações econômicas, políticas, sociais e culturais. A abrangência das possibilidades de contratualização tem como contrapartida uma separação radical entre incluídos e excluídos. Embora a contratualização assente numa lógica de inclusão/ exclusão, ela só se legitima pela possibilidade de os excluídos virem a ser incluídos. (Sousa Santos, 2006, p. 318).

Nesse contexto, são criadas diversas punições de cunho segregacionista, uma vez que, a não observância das regras dos mais fortes instituídas nessa sociedade enseja a punição que por vezes, não busca reprimir de maneira equilibrada o sujeito, mas, basicamente eliminá-lo, como possível ameaça da ordem reinante, bem como ameaça àqueles que regem e proferem as regras dessa sociedade. Neste caso, a punição assume contornos de vingança, por vezes, punindo não somente o súdito que desobedeceu às regras, mas toda a linhagem de sua família, evitando que aquela faísca insurgente seja disseminada e suscite uma desobediência coletiva de modo a desintegrar a estrutura posta (Assis, 2011).

Nesse sentido, a igreja tem fundamental importância sobre o caráter de vingança das penas que eram impostas a tais elementos, enquanto integrantes de um pacto social, por vezes, o critério de fragilidade do indivíduo em não ser útil como prestador de alguma bonança para o seu senhor, resultava em sua punição frente a organização social.

Paralelamente, em tempos modernos, esse critério de serventia, segundo Bauman, perpassa pela capacidade de consumo do indivíduo, frente a uma sociedade capitalista, onde o fator determinante de “honestidade”, é o consumo, e aquele que não ostente essa capacidade para tal, desconfigura a estrutura posta, tornando-se vulnerável e suscetível a sanção através do estigma e da marginalização social.

A ordem social, demonstra-se historicamente incapaz de garantir sozinha a convivência em sociedade. Assim, em dado momento, mostrou-se necessária a utilização de uma regulação das condutas humanas mais forte e precisa, o que resultou, posteriormente, na criação de uma ordem jurídica. Senão vejamos:

Nasce, assim, secundariamente, a norma jurídica que através da sanção jurídica se propõe, em determinado plano, a dirigir, desenvolver ou modificar a ordem social. O conjunto destas normas jurídicas constitui a ordem jurídica. O titular desta ordem jurídica é o Estado e o titular da ordem social, a sociedade. Tanto a ordem social como a jurídica se apresentam como um meio de repressão do indivíduo e, portanto, como um meio violento, encontrando justificativa somente enquanto necessário para possibilitar a convivência. (Munoz Conde, 2005, p.10).

É como se os meios burocráticos e as regras jurídicas legitimassem essa dominação através de todo o sistema que elege as leis a serem seguidas, e esse sistema é fruto dessa própria sociedade, que por vezes, esta pautada na dominação de uns contra os outros. Aliás, a ideia de contrato social deriva da questão de dominação dos fortes em face dos mais vulneráveis, pois, o direito serve a esse fim,

de regulamentar que forças de poder, sob pretexto do exercício de uma moral suprema, exprimam o ódio e indiferença com aqueles, que, como mencionados, são supostamente mais frágeis, servem como escravos, enquanto estado organizado (Bestetti, 2008).

Porém, adquirem esse status próprio emanado dos mecanismos de repressão e institucionalização das formas de dominação que o direito serve; ao mesmo tempo em que rege, evitando, a guerra de todos contra todos, cria, por outro lado, essa dissonância, onde a propriedade que outrora era de todos, restringe-se àqueles que permeiam o poder.

Na sociedade moderna as políticas públicas de acesso a qualidade de educação, enquanto mecanismo de agregação de valor, é fragilizado, pois, a regra da dominação diz que, quanto menor o grau de instrução, maior a capacidade de dominação e concentração do poder, e conseqüentemente da criação das regras, no monopólio de quem domina.

É como se determinados indivíduos estivessem fadados a servirem, não como um serviço digno, remunerado e reconhecido. Mas, servir como modo de naturalizar a serventia como algo que estivera designado para as camadas mais vulneráveis, enquanto o serviço mais qualificado, para aqueles que perderam essa característica de controle. Não fosse assim, na Grécia antiga, havia essa distinção de modo acentuado, pois, enquanto o labor, como instrumento de tortura era exercido pelos escravos.

A questão do pensamento de dominância é extremamente complexo e infundável, pois aquele que ascende proveniente de uma classe inferior, incorpora o pensamento de mantenedor dessa pirâmide social de submissão, impedindo que outros da mesma classe social, consigam aquilo que aparentava impossível, criando um ciclo vicioso.

Assim, o Estado moderno tem seu poder legitimado não somente pela utilização da força, mas também pela formação de um consenso, e exerce-o por meio de aparelhos burocráticos que são organizados através de regras jurídicas (Sabadell, 2005, p.140-146).

Para Bestetti, (2008), o papel da punição estaria relacionado à ideia de prevenção geral ao delito, ou seja, a ameaça de punição funcionando como mecanismo de contenção das escolhas criminosas, não podendo, de maneira alguma, ter como finalidade a tortura e a aflição do indivíduo.

2.2 Ação Social e Desvio

Desvio é o ato que vai de encontro ao que é permitido, segundo Bestetti, o estudo do desvio aponta para questões relacionadas com o poder social e para a influência das classes e grupos sociais sobre as ações dos seres humanos (Bestetti, 2008).

“Qualquer sociedade que reconheça que os seres humanos possuem diferentes valores e objetivos terá de encontrar espaço para os indivíduos ou grupos cujas condutas não se conformem com as regras seguidas pela maioria. Os que desenvolvem novas ideias, na política, na ciência, na arte ou noutros campos, são muitas vezes encarados com suspeita e hostilidade pelos que preferem trilhar caminhos mais ortodoxos”. (Bestetti, 2008 p.27 apud Giddens, 1998, p.27).

Nesse caso o indivíduo quando nasce está sujeito a uma consciência estruturante, que no caso são as instituições exteriores e coercitivas, para Durkheim, de maneira que o indivíduo incorpora aquela mentalidade habitual acerca das regras sociais, que predominam, o submetendo a sanções em caso do seu descumprimento. Ou seja, as regras subsistem aos indivíduos, por vezes, não cabendo o debate acerca da sua efetividade e alcance.

Mas, por outro lado, a sociedade evolui e as normas permanecem estáticas naquilo que seria a estruturação de maneira equânime para efetivação do pacto social primeiro, isto é, embora a sociedade modifique as leis organizacionais na tentativa de reger determinadas situações concretas, por outro lado, as regras permeadas nas instituições coercitivas, como estado, igreja, família, submetem o indivíduo num grau mínimo de participação das normas sociais no tocante ao todo da comunidade, trata-se de um espécie de alienação naturalizada com o auxílio da ação social, ofuscando de maneira sorrateira a capacidade de edificação individual abarcada no todo.

A interdependência social faz com que o indivíduo fique refém de uma consciência externa e coletiva que não permite sua evolução no sentido de criar autonomia consigo próprio e tenha o estado não como suporte para suas necessidades vitais, mas como aparelho repressor capaz de aniquila-lo na medida que o mesmo não cumpra rigorosamente as regras sociais que impõem uma punição como obstáculo para a autonomia individual.

Para Bestetti (2008), é necessário que os indivíduos que fazem parte dessa sociedade cumpram uma camada de regras generalizadas, e o problema está no fato dessas estarem relativamente abertas a diferentes interpretações.

Para Parsons, a pena não teria a função de reduzir a criminalidade, mas de manter a confiança social no sistema e na ordem jurídica, ou seja, estabilizar expectativas quanto às ações sociais.

Para o autor MUÑOZ CONDE, o controle social é condição básica, senão vejamos:

O controle social é condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contra faticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. (Munoz Conde, 2005, p.22).

Dentro dessa perspectiva o Direito penal serviria como caráter de auxílio para estrutura social de controle social, de modo que serve ao critério de outras instâncias de autoridade social mais sutis e eficazes.

A norma penal não cria, efetivamente, novos valores nem constitui um sistema autônomo de motivação de comportamento humano em sociedade. [...] A norma penal, o sistema político-penal, o direito penal como um todo, só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional, etc.), cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para a convivência entre os indivíduos através da aprendizagem de determinadas pautas de comportamento. [...] o direito penal constitui um plus em intensidade e gravidade das sanções e no grau de formalização que sua imposição e execução exigem. (Munoz Conde, 2005, p.23).

Nesse sentido, em meio ao aparato complexo e sistematizado de normais legais, sociais, de convivência. O direito penal não tem o condão de solucionar os males sociais, presumindo que tais, sejam, as condutas dos indivíduos que não cumprem com rigor o emaranhado de normais citadas, e merecem a punição, como consequência de uma consciência maior, salvaguardando esses princípios caros, evitando supostamente a instauração da barbárie, e desmotive, por conseguinte, os demais elementos desse todo complexo em permanecer estáticos ante aos diversos mandamentos legais que predominam e regem a sociedade.

Sendo assim, como autor menciona, o direito penal tem essa finalidade subsidiária de prevenção, mas também, muito forte de educação, no sentido de causar um animus social de que está efetivamente controlando os mecanismos de poder

existentes, mas naturalmente preservando a manutenção da estrutura social como algo que se renova sozinho.

2.3 Crime ou Desvio Sob a Ótica da Criminologia

Conforme as lições de Guilherme Nucci (2021), em seu livro criminologia, a origem desta ciência, ou melhor ainda quando não tinha tal status, remonta a escola positiva do direito penal, com expoentes como: Cesare Lombroso.

A partir daí o estudo do criminoso ganhou notoriedade deixando o protagonismo do crime de lado, e passando a estudar as características do sujeito tendente a cometer um crime, daí questões como o estudo do crânio, características intelectuais, de personalidade, qualidade e defeitos do criminoso. Segundo Nucci, (2021, p.79) “ no desenrolar dos estudos, Lombroso constatou que o delinquente nascia como tal e podia ser identificado pela conformação craniana, aprofundando-se na análise de cérebros de famosos criminosos da sua época. Portanto, o crime seria uma consequência do determinismo e o livre-arbítrio, uma ficção”.

Na idade média onde a Igreja gozava de grande prestígio, nessa linha de entendimento do autor, sobretudo, na punição do comportamento desviante, a pena capital, entre outras, tinha o condão não somente de punir aquele que cometera um crime, mas também de amedrontar o coletivo em eventual cometimento de novos crimes e desrespeito às regras.

Porém com o advento do iluminismo, segundo o autor, com seus grandes pensadores, essa mentalidade acerca do direito penal de aplicar penas brutais, houve gradativamente uma mudança, ganhando ares de humanismo, sobretudo porque o homem passa a ser protagonista de maior relevância na sua história.

Na lição do autor, essa evolução da criminologia, não é fruto de um livro ou produto de uma escola, tampouco resultado de um só pensamento. Mas, um século de estudos sobre o fenômeno da criminalidade. (Nucci, 2021, p.80).

Segundo as lições de Flavio Gomes, o conceito de crime trazido pelo direito penal não contempla o alcance buscado pela criminologia, pois seu objeto de estudo para além das normais penais escritas, mas muito mais abrangente e com enfoques distintos. Sendo assim, ele cita o conceito trazido pela sociologia, que utiliza o termo conduta desviada, que toma como critério de referência as expectativas sociais, pois não existe, e não pode existir um catálogo apriorístico e neutro de condutas objetivamente desviadas (Gomes, 2010, p. 67).

Ao passo que, enquanto o conceito de crime na ótica penal se reduzir ao fato típico e ilícito, no âmbito da criminologia é um conceito empírico, real e dinâmico. Pois a medida que o enfoque desta ciência não é somente as normas positivadas, como asseverado, mas aspectos maiores do contexto social.

Para Nucci, (2021) o comportamento criminoso é uma violação da lei criminal. Não importa qual o grau de imoralidade, repreensibilidade ou indecência de um ato, pois não é crime a menos que seja proibido pela lei criminal.

O crime não é um objeto concreto e visível, mas uma conduta, desenvolvida por um ser humano, que provoca uma lesão a direito alheio, seja este direito individualizado e determinado, seja ele pertencente à sociedade. O importante é dar origem a um fato, composto por conduta + resultado, unidas por um nexu causal. Portanto, é perfeitamente viável verificar-se a ocorrência do fato delituoso e, para a sua prova em juízo, demanda-se a prova da sua existência ou a sua materialidade. Associando-se a prova da autoria, chega-se à demonstração de ter ocorrido a infração penal e quem é seu autor, logo, a pessoa a ser condenada e receber a pena (Nucci, 2021, p.185).

A Criminologia deve contemplar o delito não só como comportamento individual, mas, sobretudo, como problema social e comunitário, entendendo esta categoria refletida nas ciências sociais de acordo com sua acepção original, com toda sua carga de enigma e relativismo. (Gomes, 2010, p.69).

Conforme o autor assevera, o crime, com efeito, não é como qualquer objeto físico do mundo natural, como um pedaço de ferro. Ainda quando não se compartilhem os postulados radicais do *labelling approach*, em particular a natureza definitorial do delito (não ontológica) e a eficácia constitutiva do controle social (este criaria o delito, não se limitaria a declarar sua existência), já ninguém discute que dificilmente pode-se compreender a realidade do crime e seu volume, prescindindo por completo da reação social, assim como de complexos processos sociais de definição e seleção (Gomes, 2010, p.70).

Portanto, para além de uma definição meramente formal de desvio ou crime, urge a necessidade de análise sob a ótica sistemática do que é crime, como aquela conduta subscrita como tal, se a sociedade a entende como desvio, ou se trata da presunção dos legisladores em tipificar uma conduta habitual como criminosa.

2.4 Criminoso Sob a Ótica da Criminologia

Para Nucci, o criminoso é um ser humano comum, capaz de assumir condutas infringentes a direitos ou interesses alheios, relativos à sociedade em que está

inserido; entretanto, tais condutas consideradas graves se denominam como crimes (Nucci, 2021).

O delinquente não é anormal, louco ou um ser monstruoso. É uma pessoa normal, dotada de livre-arbítrio, mentalmente sã e amadurecida, ao atingir os 18 anos, no direito penal brasileiro, como regra, pronta para desenvolver a conduta que considere válida ao seu objetivo e interesse. Da mesma forma que não se pode tachar o criminoso de anômalo, parece-nos, igualmente, não se deva considerá-lo uma vítima do destino, do entorno social onde vive, das companhias com as quais convive, enfim, um ser inocente e ingênuo. Torna-se importante dar o devido valor à sua vontade de agir num ou noutro sentido, assumindo a responsabilidade pelo que faz de certo e de errado (Nucci, 2021, p.208).

Na perspectiva do autor, o sujeito que comete o crime não é vítima da sociedade ou fruto dessa concepção que os meios o levaram a delinquir, mas um sujeito comum, que optou espontaneamente pela prática ilícita, motivada por motivos outros, que não meramente resultado do meio.

Segundo Flavio Gomes, diversas são as imagens e estereótipos do infrator, a imagem do delinquente, e hoje com inúmeras outras vertentes, porém, existem quatro respostas paradigmáticas: a clássica, a positiva, a correccionalista e a marxista.

Na concepção *clássica*, proveniente da perspectiva da valoração do homem enquanto senhor de si e do seu destino, e que haveria uma igualdade de todos os homens sem distinções. “ O absurdo comportamento delitivo só pode ser atribuído ao mau uso da liberdade em uma concreta situação, não a razões internas, nem a influências externas. O crime, possui suas raízes em um profundo mistério ou enigma. Para os clássicos, o delinquente é um pecador que optou pelo mal, embora pudesse e devesse respeitar a lei” (Gomes, 2010, p.71).

O positivismo criminológico trazido por Luiz Flavio Gomes, citando Ferri, dirá:

O homem não é o rei da criação, como a terra não é o centro do universo, senão uma combinação transitória, infinitesimal da vida...uma combinação química que pode dar irradiação da virtude, da piedade, do gênio, porém não mais que um átomo de toda a universalidade da vida. O livre arbítrio é uma ilusão subjetiva”. Em consequência, o positivismo criminológico insere o comportamento do indivíduo na dinâmica de causas e efeitos que rege o mundo natural ou o mundo social, em uma cadeia de estímulos e respostas: fatores determinantes internos, endógenos (biológicos), externos e exógenos (sociais) explicam sua conduta inexoravelmente (Gomes, 2010, p.71).

Nessa corrente, a percepção de criminoso está inteiramente relacionada ao meio ao qual o indivíduo está submetido, e a carência de desfrutar do essencial a todos, resultaria no cometimento da conduta criminosa.

A filosofia correccionalista na perspectiva pedagógica, vê no criminoso um ser inferior, deficiente, incapaz de dirigir por si mesmo sua vida, cuja intervenção do Estado se faz necessária. O homem delinquente aparece como um menor de idade, como um inválido (Gomes, 2021).

Já na perspectiva do marxismo, atribui a responsabilidade do crime a determinadas estruturas econômicas, de maneira que o infrator, torna-se mera vítima inocente e fungível daquelas, com a culpa sendo da sociedade (Gomes, 2010, p.72).

Porém para o autor, a concepção perpassa por todas essas escolas, mas ganha novos elementos, conforme as mudanças sociais, senão vejamos:

Hoje não podemos negar a imagem muito mais rica, dinâmica, pluridimensional e interativa do ser humano dada por disciplinas empíricas como a Psicologia, as ciências da conduta etc. o indivíduo não é um ser solitário, desarraigado, que se enfrenta com sua liberdade existencial sem condicionamentos, sem história (tese dos clássicos); porém, tampouco é uma mera concatenação de estímulos e respostas, uma máquina de reflexos e hábitos ou um prisioneiro de seu código biológico e genético (tese positivista), que olha só o passado; nem uma peça insignificante na engrenagem do universo social, mero observador passivo do acontecimento histórico ou vítima das estruturas que ele mesmo criou. Pelo contrário, o homem é um ser aberto e inacabado. Aberto aos demais em um permanente e dinâmico processo de comunicação, de interação; condicionado, com efeito, muito condicionado (por si mesmo, pelos demais, pelo meio), porém com assombrosa capacidade para transformar e transcender o legado que recebeu e, sobretudo, solidário com o presente e com a visão no seu próprio futuro, ou no futuro alheio. Esse homem, que cumpre as leis ou as infringe, não é o pecador dos clássicos, irreal e insondável; nem o animal selvagem e perigoso do positivismo, que inspira temor; nem o inválido da filosofia correccional, que necessita tutela e assistência; nem a pobre vítima da sociedade, mero pretexto para reclamar radical reforma das suas estruturas, como proclamam as teses marxistas. É o homem real e histórico do nosso tempo, que pode acatar as leis ou não cumpri-las por razões nem sempre acessíveis à nossa mente; um ser enigmático, complexo, torpe ou genial, herói ou miserável, porém, em todo caso, mais um homem, como qualquer outro (Gomes, 2010, p.72).

Embora a irretocável definição do nobre professor citado, na contemporaneidade, tais escolas ainda influenciam a mentalidade dos julgadores e legisladores, pois muitos desconhecem a realidade vigorante nos confins do Estado, por outro lado, se mostram indiferentes quando se trata de empatia, criando por vezes leis que atendem ao clamor por mais punição, para suprir uma falsa sensação de que, quanto mais coerção em face do criminoso, mais seguro estará a sociedade. E a criminologia, justamente desmistifica essa questão, com um olhar clínico e mais acurado.

3. DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE MODERNA

Neste capítulo a fim de abordar o tópico de maneira a sistematizar as informações e trazer à baila diversos aspectos acerca do tema, sem o intuito de delimitar de maneira objetiva tais entendimentos, foram verificados autores que tratam sobre a matéria, dentre os quais, Carolina Soares da Silva, Nuno Brandão, Dejalma Cremonese, dentre outros, objetivando fundamentar os pontos trazidos.

Desde os tempos mais remotos os indivíduos convivem em agrupamentos ligados por algum laço constitutivo da sobrevivência em face do desconhecido. Contudo, sempre houvera conflitos sejam em âmbito dos estamentos, seja em conflitos com subgrupos distintos. O homem objetiva, com a convivência em bandos, preservar a sua integridade, bem como, sobretudo, resguardar a integridade do seu patrimônio (ASSIS, 2011).

Nesse diapasão, para preservação dessas premissas, mecanismos de defesas são criados de maneira temporal, mas também o próprio ataque, como instrumento característico dessa defesa individual, ou do subgrupo.

Tal contextualização serve, entre outras coisas, para que se chegue num conceito apriorístico da questão a ser debelada com o discurso de ódio. Entende-se como discurso de ódio a manifestação do pensamento de maneira inócua capaz de humilhar, menosprezar, por vezes; relacionados a características como raça, etnia, religião, orientação sexual, perfil socioeconômico etc.

3.1 Discurso de Ódio e os Meios de Sua Prática

Nas lições de Brandão, (2021) a popularização da *internet* tornou o que outrora era impossível, a comunicação instantânea entre diversos grupos sociais, e com isso, tal interação serviu para fins benéficos, mas também, traz inerente a esse processo, vícios sociais, como preconceitos, inferiorização de raça de determinados grupos, que não se adequem ao padrão, cuja mercantilização criou como ferramenta de lucro.

A prática desse comportamento se opera sistematicamente nos veículos de comunicação, como telejornais e atualmente nas redes sociais, isto é, nos agrupamentos externos constituídos de indivíduos dotados de crenças limitantes e segregacionistas. Como mencionado na percepção de Brandão (2021), por vezes, tais comportamentos surgem como mecanismos de defesa da sua subsistência.

A internet, simplesmente potencializou aquilo que já havia no subconsciente dos indivíduos, consistente na fragmentação de grupos de poder em face de minorias vulneráveis. O ordenamento jurídico no seu objetivo primário de assegurar a pacificação social, delimita regras como o art. 5º, Inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, assevera que: “ é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CF, 88). Tal preceito tem sido compreendido, deveras, como absoluto, pois no anonimato, os indivíduos gozam de uma liberdade não somente para exprimirem suas respectivas opiniões, porém, para destilarem o ódio, compreendido como um discurso segregacionista capaz de submeter outrem ao vilipêndio público, afetando garantias como a honra, a intimidade, a vida privada, entre outros direitos naturais imanentes ao homem.

Em paralelo com a teoria do etiquetamento social, que tem o condão de criar o esteriótipo do sujeito que praticara o crime, no entendimento de Brandão (2021), a questão do discurso, tem sobremaneira o condão de atribuir a determinados indivíduos características tais, que nesse abuso do exercício da liberdade de expressão, emanam a dúvida de serem ou não reais tais atributos. Diante da popularização das redes de navegação, as verdades são tidas como mentiras, e mentiras tidas como verdades.

Torna-se uma linha tênue para o estado punir determinadas condutas, sem que exercesse uma censura sutil e disfarçada de regulamentação, gerando com isso uma fragilidade, que por vezes, é utilizada de forma dolosa para a criação de mentiras sistematizadas objetivando a ascensão ao poder.

“A ambiguidade que a própria designação da figura encerra e a pluralidade e diversidade de pontos de vista a partir dos quais ela é enfrentada geram naturalmente dificuldades de apreensão do seu conteúdo e limites, bem assim como dos termos em que poderá justificar limites ao exercício da liberdade de expressão. Questiona-se, desde logo, se é legítimo proibir um certo discurso pelo facto de ir imbuído de um espírito de ódio, exprimindo e fomentando sentimentos de hostilidade, desprezo e abjeção em relação a terceiros. E mais do que isso, caso se admita que sim, que tal proibição é legítima, se será legítimo reforçar a sua efetividade através de penas criminais ou de outras sanções” (Brandão, 2021, p.68).

Agentes políticos se valem dessa lacuna legal, para propagarem informações de caráter duvidoso, fomentando em escala alarmante seus seguidores na reprodução massiva daquilo que foi dito contra seus oponentes. Técnica avançada de colonização, colocar o dissenso para dominar com efetividade. Quanto maior é o nível

de poder exercido por aquele indivíduo e sua influência, menor, sobremaneira o risco de punição desse comportamento.

Ou seja, o agente de poder que goza de um status quo seletivo, goza de uma “liberdade de expressão”, sutilmente absoluta, vez que cria padrões, bem como, posteriormente, isso irá resultar nas normas de organização social, pois as normas nascem a partir do comportamento dos indivíduos que compõem a sociedade decorrente da sua mentalidade incorporada com o tempo e modo de viver (Brandão, 2021).

No entendimento de Brandão (2021), o pensamento do discurso de ódio é instrumentalizado por regimes autoritários para perseguir e punir nem mais, nem menos do que certas minorias, vozes críticas ou dissidentes, justamente as pessoas que se pretende proteger com a figura do discurso de ódio (Brandão, 2021).

Na medida que as relações sociais se intensificaram com o avanço das tecnologias e a facilidade de aproximação, cresceram as disparidades entre povos.

Para Brandão (2021), há um consenso quanto à qualificação como discurso de ódio de manifestações racistas, xenófobas, homofóbicas etc, incitadoras da violência e discriminação contra grupo determinado.

Já serão, em princípio, de tomar como discursos de ódio as manifestações de carácter discriminatório de menorização ou achincalhamento de um grupo social ou de uma pessoa pertencente a esse grupo em função dessa pertença. Estou a pensar, nomeadamente, nos casos em que grupos de pessoas são tratados como não humanos, sendo, por exemplo, equiparados, de forma mais ou menos explícita, a animais ou a vermes; são qualificados como um grupo inferior ou como um povo pária; são alvos de apelos a uma exclusão da sociedade; são expostos a símbolos ou acções simbólicas que visam a rememorar ou glorificar traumas passados (por exemplo, a realização de um cortejo nazi com a exibição de bandeiras com a cruz suástica num bairro judeu); etc (Brandão, 2021, p.74/75).

Para o autor, boa parte dos comportamentos censurados por apelo à figura do discurso de ódio são moeda corrente em muitos estratos sociais e não são poucas as vezes em que figuras públicas, incluindo pessoas com elevadas responsabilidades políticas, os adotam publicamente.

“ Ameaçar com o direito penal condutas discriminatórias que se manifestam através da grosseria e da boçalidade, mas que não vão além disso, envolve o risco de o transformar num mero tigre de papel, reduzido a uma função simbólica de apaziguamento dos potenciais visados e dos que se sentem repugnados com atitudes desse jaez. Num caso ou noutro, sobretudo quando vá envolvida alguma comoção social, a intervenção penal acabará por ser efetiva. Mas só numa ínfima minoria das situações é que isso acontecerá,

tornando os infratores numa espécie de bodes expiatórios” (Brandão, 2021, p.76).

Diante disso, trata-se de um terreno fértil e sensível pois ao não criminalizar determinados discursos atentatórios às minorias, permitem que tais incitações proliferem de maneira sistemática, tendo como possíveis efeitos a crença de que realmente aqueles indivíduos devem ser tratados como escória ou mesmo rotulados como criminosos no âmbito das regras sociais, por outro lado, a tipificação de determinados discursos como sendo penalmente relevante para o direito penal, consagra a intervenção máxima do estado na mitigação da liberdade de indivíduos que proferem tais discursos, muitas vezes como recurso último de crítica, antes as indiferenças sociais que estão sujeitos, acabando, por conseguinte, em amordaça-los de maneira brutal e presunçosa.

3.2 Questões Morais e Éticas na Sociedade Moderna

Nas lições de Cremonese (2019), ética é a reflexão crítica acerca de valores constantes nas ações dos indivíduos na sociedade.

A ética estaria ligada aos hábitos e aos costumes de um indivíduo ou da sociedade e de como ela se comporta em um determinado lugar ou em um determinado período histórico. Pode-se definir a ética, então, como uma reflexão sobre regras, leis, modo de ser, caráter, costumes e valores de uma sociedade (Cremonese, 2019, p.10).

Ou seja, a ética é inter-relacionada ao meio social ao qual determinado período de tempo e espaço sugerem ser adequadas para reger a sociedade e serve, entre outras coisas a fim da preservação social.

No entendimento do autor, a ética em kant consiste no imperativo categórico, senão vejamos:

A ética em Immanuel kant, está ligada a questão do imperativo categórico, ou seja, a prática individual que reverbera no todo, isto é, o dever do sujeito agir conforme princípios dos quais considera que seriam benéficos caso fossem seguidos por todos os seres humanos: se é desejado que um princípio seja uma lei da natureza humana, deve-se colocá-lo à prova para consigo mesmo antes de impor tal princípio aos outros (Cremonese, 2019, p.12).

O imperativo categórico presume uma normal de aplicabilidade universal guiada, basicamente pelo indivíduo em face do todo, no sentido de que, uma vez praticado consigo mesmo aquela ação benéfica, como por exemplo, a felicidade, estaria adequada para a prática em face dos demais indivíduos da comunidade.

Por outro lado, a moral consiste em valores culturais estabelecidos que orientam o indivíduo, ou seja, valorações do indivíduo com relação as normas sociais (Cremonese, 2019).

[...] a moral é um conjunto de coisas a que um indivíduo se obriga ou que proíbe a si mesmo, não para aumentar a sua felicidade ou o seu bem-estar, o que não passaria de egoísmo, mas para levar em conta os interesses ou os direitos do outro, para não ser um malvado, para permanecer fiel a uma certa ideia de humanidade e de si (Cremonese, 2019, p.18, apud Comte-Sponville, 2002).

A moral cristã imbuída nas normas sociais, sobremaneira, influenciam paulatinamente, nas normas atuais provenientes do contrato social e, remonta seu surgimento às periferias do Império Romano, onde a percepção que o autoritarismo sofrido pelo Estado, resultaria na salvação em função do sofrimento, conforme a moral cristã propagada a época, segundo Cremonese (2019), principalmente esses ideais difundidos por escravos que foram perseguidos e torturados nos primeiros séculos.

O cristianismo exerce grande influência nas condutas ocidentais da idade média até o século XVIII, ao impor um temor as leis e as coisas provenientes da natureza como requisito para o alcance da eternidade, conforme os dizeres de Cremonese (2019), senão vejamos:

O cristianismo nos promete tudo: a eternidade. O quarto evangelista – São João – também conhecia a filosofia estoica: “No princípio era o verbo (logos) e o verbo estava com Deus. Tudo foi feito por meio dele e sem ele nada foi feito. E o verbo se fez carne e habitou entre nós”. Há uma diferenciação básica entre a filosofia e a religião. Enquanto a filosofia é pensar por si mesmo, a religião é confiar em um “outro”. Outra diferenciação: enquanto a pólis grega se baseava na escravidão, o cristianismo pregava a igualdade. Em relação aos judeus que pregavam a Lei, os cristãos pregavam a Consciência. Da mesma forma em relação aos estoicos: estes pregavam o homem como fragmento cósmico inconsciente, já o cristianismo prega a imortalidade pessoal, a ressurreição dos corpos (Cremonese, 2019, p.21).

É sabido que a Instituição da igreja exercia grande influência na sociedade medieval, juntamente com os principados que centralizam o poder nas mãos dos reis, para que seus comandos fossem efetivos no sentido de as regras serem respeitadas e não opostas, havia a propagação do medo de eventual condenação ao inferno para aqueles que se opusessem a essa ordem supostamente a personificação da vontade, divina nesse contexto.

Nesse sentido na perspectiva de Cremonese (2019), são três fases que perpassa a moral até a era moderna, passando por um processo de mutação conforme os movimentos filosóficos e políticos da sociedade, sendo assim, a primeira fase, se amparava no aspecto judaico cristão, em que pese:

Mais especificamente podemos encontrá-la no Velho Testamento, quando Moisés recebe as Tábuas da Lei. A moral teológica era inseparável dos mandamentos divinos que foram recebidas por revelação. A Bíblia era o fundamento da verdadeira moral. Essa moral afirmava que fora da Igreja e de seus ensinamentos não havia virtudes. Com o cristianismo, Jesus, no chamado Sermão da Montanha, centraliza as atenções para os valores da pessoa. A ideia é que o amor (ágape) possa elevar o homem de sua condição puramente humana para uma condição de valores transcendentais. O homem com princípios morais é um homem que teme a Deus e espera nele a salvação de sua alma (Cremonese, 2019, p.21).

O temor a uma punição proclamada como sendo divina, legitimou durante muitos séculos a violência praticada em nome dessa moral suprema que a Igreja representava, enquanto correspondente de Deus.

A segunda fase, para o autor, começa no início do século XVIII e termina no início do século XX, denomina-se, *moral laica moralista*, conforme se verifica:

De forte inspiração iluminista, a moral moderna procura se emancipar da moral religiosa da Igreja. Os fundamentos da moralidade laica se fundamentam nos princípios da racionalidade, também chamada de moral natural, que estariam presentes em todos os homens. Kant e Voltaire são os defensores de uma ética enraizada na natureza humana. Kant propõe que o conceito ético seja extraído do fato de que cada um deve se comportar de acordo com os princípios universais, conhecido como princípio categórico (obrigação – não dependente de quaisquer desejos da pessoa). A lei máxima do imperativo categórico kantiano é: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (Cremonese, 2019, p.22).

Ainda dentro dessa perspectiva do referido autor, os valores gradativamente vão se modificando como questões relacionadas ao credo, para uma lei moral mais laica e voltada as regras sociais.

A terceira fase, crucial para o autor, tem seu ápice no século XVII e XVIII, e denomina-se como “ pós-moralista” (Cremonese, 2019, p.22-23).

A moral pós-moralista exalta mais os desejos, o ego, a felicidade e o bem-estar individual do que o ideal de abnegação. De certa forma, ficou abandonada a moral do dever sacrificial, pois hoje o que importa é o sucesso pessoal, são os direitos dos indivíduos, e não os seus deveres. O que impera hoje é o relativismo moral, sendo que cada um pode fazer o que bem entender: “Nada está errado”. O que importa é o bem-estar pessoal, numa realidade em que os “deveres” foram relativizados, vivendo-se uma moral

mais de cunho emocional. O dever sacrificial não é mais exaltado na escola, nem nos livros, nem na esfera pública. Antes a moral era austera e autoritária, vinda geralmente dos discursos disciplinadores do clero (Cremonese, 2019, p.23).

A moral pós-moderna, como sendo reflexo dessa sociedade, segundo Bauman, onde as relações são líquidas e absolutamente nada é feito para durar, as relações humanas, principalmente nos grupos, escorrem pelas mãos como o tempo, tornando-se cada vez mais fluidos valores como a ética e moral.

Na perspectiva de Cremonese (2019), a mídia assume o lugar da educação moral anterior, pois fixa as prioridades, resultando numa moralidade sem parâmetros e nem sanções, surgindo, daí uma moralidade, segundo o autor, emocional e interpessoal, adaptada aos novos valores individualistas, em que cada um se porta a sua maneira.

Cada um tem uma posição sobre o aborto, sobre o consumo de drogas, sobre a pena de morte, sobre eutanásia, sobre casamento homossexual, sobre fertilização com ajuda médica, tudo isso configurando a pluralidade de morais. A moral no mundo contemporâneo é uma moral que rompe com o modelo harmônico dos gregos, medievais e modernos. Trata-se de uma tripla ruptura (Cremonese, 2019, p.23).

Sendo assim, esse processo cultural que perpassa a questão moral resulta, em outras palavras, na generalização de concepções do certo e errado, criando preconceitos e óbices entre os indivíduos com valores incongruentes, levando a potencialidade de conflitos sociais devido a isso (Cremonese, 2019).

Com isso, exerce forte impacto quando da criação de novas normas de organização social.

3.3 Influência dos instrumentos de Comunicação no Discurso de Ódio

Desde os tempos mais remotos que o discurso exerce, seja em praça públicas ou em associações, o papel fundamental de transmitir informações para os demais elementos da comunidade. Nas lições de Soares (2020), o que ele chama de criminologia midiática, com seu ápice no século XIX, quando ocorre a transição do uso de jornais em papel, para a utilização ampla e irrestrita da televisão, sobretudo por meio de telejornais informativos, com o objetivo de informar.

Nesse sentido, tendo em vista a ascensão desse veículo midiático, conforme a lição do autor, a chamada criminologia midiática atua num processo, cujo o discurso

desencadeia determinado controle e influência em variados aspectos da sociedade (Soares, 2020).

Nesse processo que a mídia ganha protagonismo cabal na modificação da sociedade, discursos são manipulados, a atuação nos processos políticos de maneira que comunicadores se tornam populares ao ponto de se elegerem como representantes da população no congresso, mas também, foi se verificando, nas lições de Soares (2020), que temas relacionados com as fragilidades sociais ganhavam grande repercussão, gerando a comoção e ganhando substancial audiência e progressivamente mais poder na mensagem transmitida.

Entretanto, conforme o poder compelido a esses veículos, há inúmeras distorções de informações que são passadas conforme interesses do capital, ou seja, interesses não somente dos donos desses veículos, mas também dos grandes financiadores como políticos, empresários, corporações etc. Cria-se inimigos públicos ao Estado, nas lições de Soares (2002), de maneira a vender soluções aparentemente adequadas para aquelas questões cujo noticiário incessantemente transmitem, fazendo com que, inclusive, soluções radicais apareçam como inofensivas e única capaz de solucionar o produto vendido como problema.

Nesse contexto, restou cada vez mais visível como integrantes da mídia atuavam (e atuam) influenciando a percepção de mundo da sociedade, decidindo como merecem ser interpretados os fatos com os quais se têm contato, criando, portanto, certos estereótipos de vitimização, fazendo-se com que o público se sinta estimulado ao aplauso (ou à repulsa) de determinados comportamentos. Fatos, portanto, assim interpretados apenas porque seus interlocutores acham (ou simplesmente decidem) que determinadas medidas (como, por exemplo, a pena de morte), apesar de extremas, valeriam o sacrifício de determinados valores democráticos (como a regra da inviolabilidade da vida, por exemplo), tudo em função do alegado alto teor de perigo apresentado por determinados grupos sociais (e por sua alegada incorrigibilidade), geralmente constituídos de pessoas historicamente estigmatizadas por aquela outra parcela da sociedade constituída pelo que se denomina cidadãos de bem (melhor seria de bens) (Soares, 2020, p.3).

A influência exercida por esses veículos, sobretudo em decorrência da globalização, onde o acesso a informação ficou mais veloz, era exercido por meio dos representantes da monarquia na idade média, porém na modernidade é como se a mídia exercesse um poder de tal forma, que alguns designam como o quarto poder da república.

A insensibilidade de quem rege esses tipos de poder é movida principalmente pelo lucro exorbitante que o capitalismo o oferece. Pois, uma vez que a sociedade do

consumo está pautada pelo dinheiro, ou seja, pelo status quo, que é adquirido conforme a aquisição dessa moeda de troca. O valor do ser humano, é esvaziado frente ao preço da verdade que é ofertada, e qual retorno financeiro que aquilo irá arrecadar.

A utilização da mídia é estratégica, conforme percepção de Soares (2020), pois há o estímulo a uma cultura do medo e vitimização, ou seja, são implementadas narrativas presunçosas independentemente de qual efeito negativo que terá, para a afirmação da seletividade penal (Soares, 2020).

Nas lições de Schukes (2017), as mídias não apenas influenciam como determinam parcela significativa do comportamento social, na medida que são postas janelas restritas pelas quais os telespectadores olham a realidade.

Em consequência da ação dos jornais, da televisão e dos outros meios de informação, o público sabe ou ignora, presta atenção ou descarta, realça ou negligencia elementos específicos dos cenários públicos. As pessoas têm tendência para incluir ou excluir dos seus próprios conhecimentos aquilo que os mass media incluem ou excluem do seu próprio conteúdo. Além disso, o público tende a atribuir àquilo que esse conteúdo inclui uma importância que reflete de perto a ênfase atribuída pelos mass media aos acontecimentos, aos problemas, às pessoas (Schukes, 2017, p.26 apud Wolf, 2001, p. 144).

Os enredos que são transmitidos, por vezes, eivados de intenções escusas, moldam a sociedade na medida que as pessoas se alimentam cotidianamente por informações daquela fonte, e cria conflitos ou potencializa os já preexistentes, ou seja, o bombardeio de informações que são lançadas no cidadão que não goza de um filtro no sentido de diferenciar ou indagar aquelas afirmações, geram uma reprodução da informação captada de maneira que, posteriormente se tornará um discurso, ora para a pacificação social, ora para a continuidade dos conflitos inerentes à sociedade enquanto tal.

Na percepção de Schukes (2017), a violência é um elemento em grande parte criado pela mídia, objetivando manter determinada tensão, para manter em alerta os indivíduos, potencializando suas fragilidades, nesse sentido, simultaneamente é combatida a violência, mas também alargada, num processo de retroalimentação.

Os autores de infração penal (inimigos sociais) são tratados pelos meios de comunicação numa perspectiva maniqueísta, orientada pelo paradigma dicotômico (bom-mau – nós-eles). O criminoso seria etiquetado, por assim dizer, como um sujeito antropológicamente indecifrável, movido por um instinto antissocial obscuro e profundo. Sobretudo, a transmissão midiática deixa como mensagem a ilusão de que o autor da infração penal não pode

ser recuperado socialmente, mas pode e deve ser apenas combatido e encarcerado (Schukes, 2017, p.31 apud Souza, 2010, p. 136).

Nesse sentido, fica evidente o quanto o poder atuante de influência das mídias nos comportamentos sociais, gerando, como se verifica inimigos aos bons costumes, para que a punição seja efetivamente informada como maneira de adequação social, criando, com isso, estigma aos indivíduos que geralmente são vistos como bandidos, havendo, por conseguinte, uma pré-condenação, um pré-julgamento, e uma pré-concepção.

Denomina-se de opinião pública aquela ênfase que é dado pelos veículos de imprensa a notícias que passam incontáveis vezes até que a mensagem sublimar seja atingida.

Nesse sentido há uma enorme dificuldade em haver um tratamento imparcial do judiciário frente aos anseios supostamente da sociedade, que são materialidades suscitadas pela grande mídia.

O cidadão juiz é, além de um profissional aplicador do direito, um indivíduo que está inserido no contexto social sobre o qual age e decide. Suas decisões afetam a vida de seus semelhantes e a sua própria. Logo, a consciência sobre os atos que pratica é tão ou mais elevada quanto maior sua capacidade de entender que o direito é a argamassa pela qual ele constrói e solidifica o cenário social. Nesse aspecto, é interessante notar que a discricionariedade, a imparcialidade e mesmo as convicções do juiz darão forma ao tecido social circunscripto à sua jurisdição, entretanto, hoje, como o poder de difusão cada vez maior dos meios de comunicação, decisões de um lado a outro do país servem como paradigma para casos análogos. As regionalizações pesam cada vez menos para um direito que se faz ubíquo (Schukes, 2017, p. 36).

Isto é, embora haja disposições legais as quais o juiz está compelido na motivação de suas decisões de modo geral, sobretudo, na decretação de uma prisão, torna-se imperioso afirmar de que toda sociedade de alguma maneira é movida pelas informações que se alimentam, pelas crenças que congregam e pelos valores axiológicos que estão sujeitas, de tal modo que é quase impossível negar o quanto a mídia ou “opinião pública”, não exerça influência sobre decisões judiciais, sobretudo no âmbito criminal.

Desta feita, há a necessidade de exibir temas que causem comoção social, constituindo a seletividade temática, que atinjam a moral do indivíduo, fazendo-o questionar sobre a conduta do infrator. Deste modo, o discurso argumentativo é decisivo para a exteriorização do ódio e indignação para com o aparato estatal por não ter criado meios para impedir tal ato ou o fato de não punir mais severamente, construindo os rótulos que recaem ao

delinquente, concebendo o papel da seletividade ideológica (Soares, 2020, p.6).

Diante disso, a necessidade de lucro das empresas por detrás dos veículos de comunicação, cujo valores éticos, são preceitos secundários, tampouco o compromisso com a justiça e a pacificação social, tendo enorme espaço para forjar sua própria percepção e com a conivência dos poderes constituídos a quem, em regra, cabe fiscalizá-los como os próprios agentes políticos, propagando desinformação visando tão somente o lucro e/ou a satisfação dos fomentadores dessa manipulação.

4 DA PRISÃO E SUAS ESPÉCIES

Neste capítulo objetivando analisar a questão das prisões e seus desdobramentos sob a ótica da política criminal, para tanto, foi verificado autores, dentre os quais, Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, Ana Carolina Mezzalana, Virgílio Mvumbi Betuel, entre outros, a fim de fundamentar a presente pesquisa.

No que se trata ao conceito de prisão predominante, sem distinção de suas espécies, é mister mencionar a definição trazida por (Nucci, 2016), no seu manual de processo: “ É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”. (Nucci, 2016, p.543).

Uma das regras permeadas no subconsciente dos operadores do direito é de que a liberdade é regra quase que absoluta, e seu cerceamento, se impõem em situações excepcionais, como no caso da prática de um delito, cuja a pena enseja a prisão do indivíduo. Nesse sentido, o notável autor, faz a analogia da tutela de urgência do âmbito do direito civil, com relação a prisão, no sentido de que sua concessão se dará quando houver elementos comprobatórios de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (Nucci, 2016)

Sendo assim, (o *periculum in mora e fumus boni iuris*), do âmbito do direito civil, transpõem-se para o, (*periculum libertatis e fumus commissi delicti*), ou seja, o perigo da liberdade do imputado ao permanecer em liberdade para a persecução penal e/ou para a integridade da vítima, ao passo que, a fumaça do cometimento do crime, suscita à comprovação da existência de um crime, e indícios suficientes de sua autoria. Para que, conseqüentemente, seja verificado a necessidade de decretação da prisão. Ou seja, o Estado enquanto detentor do poder punitivo, necessita de motivação robusta, levando em consideração tais elementos, para, excepcionalmente recolher o indivíduo ao cárcere.

Além do regramento de Direito Penal, existe todo um aparato constitucional que deveras ser observado na condução de tais nuances. Em que pese, o artigo 5.º, LXI preconiza que “ ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Fica evidente, com isso, que a prisão será decretada por ordem legal com motivação idônea de juiz competente ou em caso de flagrante delito, pelas autoridades ou por qualquer do povo. (Nucci, 2016)

Nesse emaranhado, porém, existe as denominadas prisões cautelares, entre as quais, serão aprofundadas as mais notáveis, quais sejam: prisão preventiva, prisão temporária e prisão em flagrante.

Prisão em flagrante: segundo o conceito de Guilherme de Souza Nucci, flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Sendo assim, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, inicialmente, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal, crime ou contravenção penal, (Nucci, 2016, p.557).

Por não exigir no momento da evidência do crime, uma ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, goza de natureza administrativa, pois após a lavratura do auto de prisão em flagrante, que será remetido à autoridade competente, para em caso de ilegalidade, relaxar a prisão, ou havendo os elementos que requeiram a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou então, conforme o (art. 319, do CPP) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Desta maneira, existem modalidades de prisão em flagrante, segundo a doutrina e o próprio Código de Processo Penal, quais sejam, flagrante facultativo, em que qualquer do povo pode efetuar a prisão de alguém em cometimento de crime, em nome da lei (art.301, CPP). Flagrante obrigatório, em que as autoridades públicas estão imbuídas, ao ser observado o cometimento de uma infração penal, por estrito cumprimento de dever legal, efetuá-lo imediatamente, conduzindo à autoridade policial.

Existe o flagrante próprio ou perfeito, que consiste na hipótese do art. 302 do Código de Processo Penal. Quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal, incisos I e II, do mencionado artigo, ao passo que, o flagrante impróprio ou imperfeito, o sujeito é perseguido logo após o cometimento do crime em situação que faça presumir sua culpa (art. 302, III, do CPP).

O flagrante presumido, o sujeito é identificado portando objetos que pressupõem ser ele o autor do crime em perseguição (art. 302, IV do CPP). Exemplo mais latente é o que ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica às autoridades a ocorrência de um roubo e a viatura persegue o sujeito à procura dos objetos subtraídos. Flagrante preparado ou provocado, consiste na hipótese de haver um agente provocador do cometimento da infração penal. Trata-se de crime impossível (art. 17, CP) (p.562).

Flagrante forjado, trata-se de um enredo totalmente artificial, composto por terceiros, fato atípico, afastando o crime e conseqüentemente a punibilidade. E por último, e não menos importante, o flagrante esperado, nesse caso, a polícia recebe notícia de que haverá o cometimento de um crime se deslocando para o local, e aguardando sua consumação ou não, ou mesmo a tentativa, sendo válida a prisão em flagrante, se efetivamente ocorrer (Nucci, 2016).

Prisão preventiva: o conceito trazido por Fernando Capez (2023, p.121) dar conta de que a prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cujo o risco de demora pode ferir sua efetivação. (Capez, 2023).

Como mencionado inicialmente, a prisão somente será decretada atendendo os requisitos da lei com decisão devidamente fundamentada, ou em flagrante delito, no caso da prisão preventiva essa exigência torna-se mais rigorosa, uma vez que, somente será deferida em caso em que não caiba medida cautelar diversa da prisão, (art. 282, § 6º, CPP). Além disso, todas as formas de prisões cautelares exigem que os elementos que a ensejaram sejam contemporâneos à decisão que determinam. Ou seja, a determinação por motivos não contemporâneos enseja seu relaxamento tornando a prisão meramente ilegal, ferindo o disposto no art. 312, do Código de Processo Penal.

Consoante a Súmula 9 do STJ, a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LXI). Pode, assim, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência.

Somente poderá ser decretada quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*). Nesse sentido, dispõem o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (Capez, 2023).

A medida é estritamente excepcional, e não será imposta, se possível a aplicação de outra medida menos invasiva ao direito de liberdade, entre as elencadas no rol do art. 319 do CPP. O juiz somente decretará a medida caso estejam presentes os requisitos:

- (1) Prova da existência do crime
- (2) Indícios suficientes de autoria

(3) Perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Não se admite a prisão preventiva quando improvável esses elementos supramencionados, sob alegação do *in dubio pro societate*, a existência do crime ou a autoria imputada ao agente.

Ainda consegue se extrair dos ensinamentos do nobre professor Capez que, o art. 312 do CPP elenca como pressuposto indispensável para a prisão preventiva o perigo gerado pelo estado de Liberdade do imputado. A exigência da comprovação retirou o caráter de estado automático e presumido ou de risco para o processo, exigindo do magistrado uma fundamentação completa ao decretar a prisão preventiva (Capez, 2023).

A prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social.

O clamor popular não autoriza, por si só, a custódia cautelar. Sem *periculum libertatis* não há prisão preventiva. O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pálio, muita injustiça pode ser feita, até linchamentos (físicos ou morais). Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. Garantir a ordem pública significa impedir novos crimes durante o processo. (Capez, 2023, p.122).

Outro elemento, para decretação da prisão preventiva é a conveniência da instrução criminal, que consiste em impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos. Ao passo que, a garantia de aplicação da lei penal trata-se do caso iminente de fuga do agente delinquente, inviabilizando a futura punição.

Garantia da ordem econômica, muitos dizem que se trata do mesmo requisito da ordem pública, pois é hipótese trazida no bojo do artigo 312 do CPP. O descumprimento da medida cautelar imposta poderá ensejar a aplicação da prisão, senão vejamos: havendo o descumprimento de qualquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, poderá o juiz substituí-la por outra medida; impor cumulativamente mais uma; e, em último caso, decretar a prisão preventiva (CPP, art. 312, parágrafo único).

As hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão preconizadas no seio do art. 313 do CPP, senão vejamos:

Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no [inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#); [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. ~~[\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#)~~. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Vale destacar o § 2º, do mencionado artigo “que não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”. Sendo assim, a prisão decretada com a finalidade de antecipação de pena é categoricamente ilegal, devendo ser relaxada pelo próprio juiz, ou mesmo pela instância superior.

Prisão temporária: trata-se de modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é garantir a investigação policial, desde que voltada à crimes de particular gravidade, devidamente descritos em lei (Capez, 2023), e caberá nas situações previstas pelo art. 1º da Lei n. 7.960/89. São elas: imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial; indiciado não tem residência fixa ou não fornece dados necessários ao esclarecimento de sua identidade; fundadas razões da autoria

ou participação do indiciado em qualquer um dos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado (art. 148 do CP), roubo, extorsão, estupro, atentado violento ao pudor, raptio violento (art. 219 do CP, revogado pela Lei n. 11.106/2005), epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia e, por fim, crimes contra o sistema financeiro.

O prazo de duração das prisões temporárias é de 05 (cinco) dias, prorrogáveis por mais 05, porém, em caso de crime hediondo esse prazo se estende para 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período com motivação para tal. Sendo assim, tal modalidade de prisão cautelar é exclusivamente decretada nos casos trazidos pela lei supra, e devidamente fundamentada por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. No entendimento de Fernando Capez.

A prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave. Inequivocamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do periculum libertatis. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória. Concordamos, portanto, com a terceira posição. (Capez, 2023, p.127).

Cabe lembrar que nem a prisão preventiva, tampouco a prisão temporária caberá a decretação de ofício pelo juiz, em ambos os casos deverá ser levado em consideração o princípio da necessidade e adequação, ou seja, sempre resguardos os direitos constitucionais dos indivíduos. Entretanto, a autoridade na decretação de tais prisões, seja ela em caráter cautelar ou mesmo como proveniente de uma ordem escrita e fundamentada, deve sempre ter em mente a melhor resposta estatal ao caso concreto, mas sobretudo, ao estado de liberdade do sujeito, visto que se trata de regra, enquanto a restrição desse direito se opera excepcional e provisório, pois, também, não permite o ordenamento jurídico pena de caráter permanente e perpétuo.

4.1 Política Criminal Contemporânea

A política criminal na perspectiva de Virgílio (2021), representa a condução de poder punitivo no âmbito da sociedade em função do processo de concretude das formas de tratamento do crime e do criminoso sob o aparato estatal.

Nas lições de Virgílio (2021), a expressão política criminal (*kriminal politik*), foi concebida no final do século XVIII, pelos juristas como Kleinschrod e Feuerbach, com o sentido filosófico de busca de uma sabedoria para o Estado legiferante (Virgílio, 2021, p.16).

Nessa linha do autor, a política criminal ganhou o *status* de disciplina científica com Franz Von List que reconhece “ o Direito positivo como ato de vontade do legislador”. Dando ênfase a política criminal como a “ a arte de legislar”, e portanto, uma ciência que complementa e interage com a Dogmática Penal (Virgílio, 2021, p.16).

Entretanto, para o referido autor, a política criminal evolui a contemporaneidade, consistindo, assim, como mecanismo de ação que o Estado adota na perspectiva da prevenção ao crime e em termos de justiça penal, regendo uma gama de entes e instituições que desempenham competência para instrumentalizar o processo criminal (Virgílio, 2021, p.16).

O termo Política expandiu-se graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada Política. Segundo o pensamento filosófico de Aristóteles, o problema político se define como uma forma de problema humano. Desde Aristóteles houve muita preocupação em relação às estruturas da sociedade e, ao longo da história, muitos pensadores procuraram sistematizar as questões de legitimação e justificação do Estado e do governo. Isto é notório porque a política abarca, de certa forma, a concepção de governo, entendida (contemporaneamente) como a conciliação de interesses e participação de diversos atores sociais, por meio da gestão da coisa pública (Virgílio, 2021, p.17).

Sendo assim, a política refere-se a concentração de poder sistemizada em torno das relações sociais, de modo a ensejar a regulamentação das pretensões de setores da sociedade personificando, bem como, regendo a coisa pública.

O fenômeno político é subitamente, nas lições de Virgílio (2021), complexo e se materializa por meio do exercício de poder, que se opera mediante a utilização do aparato institucional, objetivando seus próprios fins em si mesmos, sendo a política, um requisito moral que prescreve o parâmetro comportamental, com vistas a legalidade formal normativa (Virgílio, 2021).

É a partir desta base, da fundamentação do poder estatal, que emerge a ideia do poder penal, entendido como a força que o Estado dispõe para impor as suas decisões ao cidadão, especialmente em situações que afetem direitos

fundamentais como a vida, a liberdade, a integridade física, a saúde pública ou relações como a propriedade, a confiança pública e a segurança comum, etc. Estas ações estatais são moldadas em razão da pretensão do Estado de proteger os direitos legalmente prescritos, por meio de padrões sancionatórios (Virgílio, 2021, p.18).

É através do processo de centralidade do poder, que se outorga ao Estado a deliberação de assuntos pertinentes a sua autopreservação, bem como, lhe incumbe um poder de coerção para emanar normas do trato social, com o fim da pacificação social, principalmente, nesse processo, a ascensão da centralidade de poder na esfera criminal.

A Política Criminal é parte de uma política geral de Estado, estando presente em vários contextos da justiça criminal e também em situações específicas. Por possuir uma dimensão multifocal a política Criminal transcende os limites do Direito Penal e alcança outras formas de controle social, já que a política Criminal, encontra-se inserida na política pública (Virgílio, 2021, p.52).

A justiça criminal é exercida não somente por aspectos meramente técnicos baseados em estatísticas, ou a crescente criminalidade tão somente, mas, sobretudo, decorrente de uma política estatal engendrada no bojo do Estado, que por vezes, trata-se da repressão e determinismo sistematizados voltados a criminalizar sujeitos sociais, sob pretexto de ordem pública. Na perspectiva de Virgílio (2021), possui caráter axiológico, sendo, pois, modificada para determinados fins, o que compromete a sistematização racional.

Estas restrições devem ser levadas em consideração porque os efeitos e os contornos da sentença penal podem evidenciar o status da justiça penal. A improvisação, a arbitrariedade, a irracionalidade, não podem fazer parte do sistema penal, já que a política Criminal incorpora sempre elementos de referência da situação do Estado, assim como os elementos inerentes aos ditames constitucionais. Além disso, deve-se compreender que a Política Criminal traz sempre caracteres ideológicos que permitem determinar e identificar os princípios fundamentais e os ditames que regem a Política Criminal de um determinado Estado. Portanto, é sempre necessário e importante, a priori, entender-se o conceito básico e a realidade política e constitucional específica do Estado em questão, já que não existe uma fórmula única e geral para determinar ou identificar o tipo de controle ou de política Criminal de um determinado Estado (Virgílio, 2021, p.58 apud Heinz, 1979, p. 23-24).

Na perspectiva de Virgílio (2021), a criminologia desempenha função especial nesse emaranhado, como suporte na criação e aplicação da política criminal, sendo esta, exercendo forte influência sobre aquela.

A irracionalidade, contemporaneamente, ocorre em razão da inobservância de critérios de ponderação das penas e as condutas transgressoras da

norma, o que leva, muitas vezes, à atribuição de penas muito altas para determinadas condutas que, podem ter danos sociais mais moderados, face à definição de penas brandas, ou mesmo a despenalização de certas condutas, com potencialidade de lesão social alta (Virgílio, 2021, p.59).

Devido a generalizações fruto dos conflitos sociais, sobretudo, pela manutenção do poder frente ao aparelho repressor estatal, a observância das normas tem o condão de segregar seletivamente a aplicação, ora de medidas mais brandas, ora de um processo de seletividade penal, cujo o filtro é direcionado previamente pela ótica da política criminal, que sofre, por sua vez, enorme influência externa dos preceitos políticos gerais.

Nas lições de Silva (2015), a política criminal será entendida somente quando ocorrer uma aproximação com o sistema econômico e político que a segura, senão vejamos:

O programa neoliberal, que é o fundamento teórico do sistema social ao qual quer ajustar o Brasil, tem divulgado que o Estado moderno deve se assentar basicamente na proteção da economia de livre mercado e em sua menor intervenção, de forma que devem ser deixadas ao Estado apenas as funções consideradas indispensáveis à sua manutenção, como saúde pública, educação básica, saneamento urbano, segurança pública, etc. Além disso, mais que um discurso político ou econômico, “ é um discurso ideológico, que busca justificar sua atuação de modo a tornar confiável a ideia de que estamos nos limites de uma nova era, onde os grandes conglomerados e as forças exclusivas da iniciativa privada são capazes e mais que suficientes para proporcionar a todos um estado de bem-estar e liberdade, e evidentemente de absoluto controle da criminalidade (Silva, 2015, p.74).

Isto é, que o exercício de poder realizado sob o argumento econômico atualmente tem o condão, sobremaneira, de manipular os discursos voltados, em última instância, para a regulação da criminalidade pela ótica do setor privado e das grandes corporações monopolistas.

Atualmente, pode-se observar que a opinião, a perspectiva, o sentimento de segurança e a vontade da população são incisivamente influenciados pela mídia, que oferecem, de forma gratuita e proliferada, sensações e sentimentos à população. É comum que a violência, o crime e suas causas sejam divulgados pela mídia e pelos discursos políticos de forma distorcidos, inseminando na população a falsa ideia de que a maior severidade das penas e o maior tempo de condenação é o toque mágico para a solução da criminalidade, chegando-se ao ponto de se avocar a pena de morte em diversas sociedades, como suposta medida para a contenção de determinados tipos de delitos (Virgílio, 2021, p.73).

Nessa linha de raciocínio do autor, há um movimento político que circunda na percepção de “repressão simbólica”, para apaziguar os anseios sociais (Virgílio, 2021).

É difundido o medo, para legitimar um processo de expansão do direito penal, materializando a narrativa contemporânea de que o recrudescimento das penas, mitigando, com isso, a dignidade do criminoso, ganha autenticidade nesse medo deliberado e sintomático social.

É fundamental, que se observe, nos dizeres de Silva (2015), os princípios fundamentais, humanamente e sem arbitrariedades, de modo que tanto as vítimas, quanto os autores e população em geral, desfrutem, conseqüentemente, de uma legalidade estrita no sentido da observância das regras de tal modo que a injustiça não prevaleça.

Todo esse aparato institucionalizado no processo da criminologia, leva em consideração enfaticamente, no dizeres de Silva (2015), a um processo cultural de seletividade penal, cujo produto da legitimação do recrudescimento penal se faz pelo pretexto da violência.

4.2 A Seletividade do Sistema de Justiça Criminal na Aplicação de Prisões Cautelares

Para que se adentre a questão da seletividade penal, faz necessário analisar sobretudo as prisões, pois é por meio desse instrumento que, por vezes, são modificadas as sociedades, nas lições de Mezzalira (2022).

Assim, deve-se primordialmente reconhecer que o campo de estudo envolvendo a prisão cautelar envolve amplos aspectos e dominação, “característicos de um tipo particular de poder”, que precisa urgentemente ser desvelado, pois escondido por detrás de um discurso teórico repleto de “prolixidade e zelo” (Mezzalira, 2022, p.4 apud Foucault, 2019, p. 226).

Na perspectiva de Mezzalira (2022), o encarceramento provisório está sendo adotado no curso da história nacional em torno de um argumento ideológico categoricamente atrelado a preceitos autoritários, incidindo a culpabilidade e questões de controle social (Mezzalira, 2022).

A ideologia da defesa social sustentada pela criminologia positiva) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de

peessoas, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Isto se dá porque os grupos dominantes possuem a capacidade de impor uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Além disso, enquanto o sistema subestima e imuniza as condutas que causam os danos sociais mais altos e difusos (delitos econômicos, ecológicos, etc.) – praticados geralmente pela classe dominante –, superestima infrações de menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como os crimes contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, débeis e marginalizados (Bevilaqua, 2015, p.93).

Nas lições de Bevilaqua (2015), esse processo de imunização das classes dominantes, opera-se através de um código social, no qual consiste num processo de seleção, onde se cria estereótipos, de forma que é propagado aspectos sobre a cultura da criminalidade, tendo como interlocutor o senso comum.

Essa escolha pelo encarceramento provisório se dá mais frequentes em crimes cujo o bem jurídico salvaguarda o patrimônio, pois, encontra-se uma grande vulnerabilidade social em face do sujeito ativo desse tipo penal, na visão de Mezzalira (2022).

Na pesquisa realizada por Vasconcellos, em 2007, concluiu-se pela existência de uma grande vulnerabilidade social dos réus acusados da prática de crimes patrimoniais, os quais possuíam “pequenas possibilidades de defesa frente ao sistema punitivo” tendo em vista a baixa escolaridade, ausência de emprego formal e a falta de condições financeiras para contratação de advogados particulares para a realização da defesa nos seus processos criminais (Mezzalira, 2022, p.7).

Tais condicionantes, na visão de Mezzalira (2022), se opera no indicativo de um tratamento distinto a determinados crimes, a critério como questões de cor, gênero, classe social, resultado do contexto histórico constituído de privilégios e discriminações que perpetuam no tempo e espaço (Mezzalira, 2022).

Para Bevilaqua (2015), este tratamento dotado de distinções emana, entre outras instituições, da própria polícia, senão vejamos:

Nas ruas, nos ônibus, nas periferias, vilas e favelas, na blitz e na abordagem regular, a realidade é filtrada pelas escolhas policiais, que, na sequência, servem ao Ministério Público e à Justiça o prato feito. As sentenças cospem no sistema penitenciário e nas chamadas entidades socioeducativas os personagens de sempre, “restos” da sociedade, “sobras” indigestas. Os presídios estão repletos de pobres e negros, do sexo masculino, jovens (Bevilaqua, 2015, p.7).

Diante disso, tal perfil é traçado, não como tendente a práticas delituosas, mas aparentemente com o fim de exclusão social, pois tais sujeitos mencionados são

desprovidos de meios adequados de defesa social em sentido amplo, seja na defesa de seus direitos, seja como assistido do Estado em função do aparelho repressor.

É por isso que Davis (2018, p. 25) sugere que se faça uma importante reflexão sobre qual é, hoje, o papel das prisões no sistema de justiça criminal, pois, segundo a autora, é possível que as mesmas simplesmente tenham substituído aquele ocupado pela escravidão, levando esse grupo racial a uma “servidão involuntária legalizada”. A ativista também compreende que a prisão seria uma das formas ocultas de manutenção do racismo institucional, embora “raramente são reconhecidas como racistas”.

Nas lições de Bevilaqua (2015), o direcionamento aos crimes patrimoniais pelas polícias, influencia no elevado número de prisões provisórias no meio da população mais pobre, vislumbrando a teoria do labeling approach como fenômeno capaz de reflexão acerca do assunto.

A teoria do etiquetamento social cuida não somente dos efeitos estigmatizadores decorrente da pena aplicados pelos órgãos competentes, mas também cuida de entender de forma minuciosa quem é o agente delinquente, na perspectiva de Mezzalira (2022).

Barata alerta que a teoria voltada à sociologia criminal concluiu não ser possível entender a criminalidade sem estudar “a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela”, tratando de analisar, especialmente, as “normas abstratas” que atuam nesse processo, as chamadas “second code”, responsáveis por definir quem seriam os criminosos a serem capturados e responsabilizados, atribuindo-lhes “etiquetas de criminalidade, ao lado do código oficial” (Mezzalira, 2022, p.9 apud Baratta, 2011, p. 88).

Sendo assim, na perspectiva de Mezzalira (2022), opera um fenômeno de seletividade, o qual rege diretamente o sistema, ocorrendo a designação das condutas a serem verificadas sob a ótica criminal, emanado dos agentes políticos, que detém o poder do aparelho repressor estatal, ou seja, o que é relevante, neste sentido, é qual conduta interessa punir e quais sujeitos devem ser punidos (Mezzalira, 2022).

Para Bevilaqua (2015), os “homens de bem”, não são percebidos pelo sistema penal na mesma amplitude. Praticam condutas típicas, mas não são os criminosos. Em nada se parecem com aqueles que superlotam o sistema

penitenciário, pois não se enquadram ao estereótipo do delinquente (Bevilaqua, 2015, p.7).

Nesta perspectiva, o sistema penal opera com enfoque da criminologia positiva, no sentido de não haver indagações a característica do sujeito delinquente, que é atribuído a certas pessoas, de forma que a delinquência não é, senão a consequência da atribuição de rótulos bem como a imputação de punição a determinados comportamentos designados como crime pelos agentes com o fim a que se destina, em que pese, a finalidade de tipificar condutas (Bevilaqua, 2015).

Não se pretende aqui afirmar que a falta de instrução e a pobreza são corolários lógicos para a conduta criminosa. Em outras palavras, a baixa escolaridade e a escassez de recursos não conduzem, necessariamente, o indivíduo à vida do crime, mas o “qualificam” como um criminoso em potencial. Não se trata de sorte, senão de um rótulo, um estigma. O que se quer dizer é justamente o contrário: a seletividade do sistema penal se volta àqueles que estão à margem sociedade (Bevilaqua, 2015, p.8).

Ou seja, a condição de vulnerabilidade social não enseja um automático comportamento tendente ao cometimento de crimes nos ditames legais, mas que tal condicionante social, potencializa, sobremaneira, a centralização da repressão estatal em função, sobretudo, desses indivíduos marginalizados por causas diversas e que recebem com maior repressão a resposta estatal, esta, conduzida por agentes com influências externas, por vezes, pessoais; tem o condão de manutenção de distanciamento social entre quem, de alguma forma está predestinado para ser o sujeito imputado ao crime, e quem, por outro lado, estará predestinado em gozar de um tratamento diametralmente oposto, como fosse sociedades diversas, e que as lentes que observam as garantias para alguns, são indiferentes para outros.

4.3 Prisões Decretadas com Fundamento no Clamor Público

Não há previsão legal de que a prisão deverá ser decretada para salvaguardar o clamor público em voga, e sim como garantia da ordem pública, porém muitos juízes sob tal argumento, compelidos pelo clamor público, atendem um interesse que por vezes não é fruto de um processo, onde se observara o devido processo legal, bem como a presunção de inocência do acusado.

Nos ensinamentos de Capez (2018, p. 335), “o clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime,

assim, ressalta o autor que este elemento não autoriza de forma alguma a custódia cautelar”.

Nas lições de Varela (2020), apesar do argumento de clamor público não conste no CPP para prisões cautelares, está justificativa resta configurada na predominância de decretação das prisões cautelares. “ Entendido essa expressão como um profundo descontentamento ou revolta social, ante a crimes repulsivos” (Varela, 2020, p.33).

Neste sentido, é como se o argumento de ordem pública prescrito em lei, estivesse revestido de grande carga simbólica a materializar, na verdade, o clamor popular conferido a determinado caso que ensejou o recolhimento cautelar do indivíduo.

Cabe ressaltar que, a prisão antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, se aplicará em caráter meramente excepcional, em não sendo cabível à aplicação de medidas cautelares diversas, e por vedação expressa do CPP, a prisão cautelar jamais será decretada como antecipação antecipada do cumprimento de pena.

Nas reflexões sobre o fundamento da decretação de prisão preventiva, em sede de *Habeas Corpus* nº **34.679 – RS**, citou o clamor público nos seguintes termos:

“Preocupo-me muito quando as prisões são decretadas sob o enfoque do clamor público, especialmente, no sentido diverso dos argumentados expostos nas cidades pequenas. Qualquer fato grave, ou não, repercute de forma intensa numa cidade menor. Não é o crime de maior gravidade o fato de um grave crime ter sido cometido em uma cidade pequena. Claro que a repercussão é maior, mas, nem por isso, exige-se a custódia preventiva, pois o que a exige, por exemplo, o enfoque da aplicação da Lei Penal. Portanto o argumento de que o clamor público ocorreu – facilmente ocorreria em cidade pequena – não autoriza a custódia preventiva. É um risco muito grande estarmos a decidir imbuídos, de certo modo, pelo clamor público. O clamor público é um vento que sopra mais forte de um lado ou mais forte de lado diverso, apesar do vento ser sempre forte contra crimes graves. Mas não é ele que autoriza a custódia preventiva; é ele, sim, e mais a instrução criminal; é ele, sim, e mais o risco da aplicação da Lei Penal [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

Dito isto, a prisão muito mais do que atender a fim do clamor público, deve ser levado em consideração realmente a necessidade de sua decretação para o fim de persecução penal, excepcionalmente, quando demonstrado o caráter indispensável de tal medida.

Dentro dessa premissa, o Ministro Celso de Mello julgou de forma semelhante o *Habeas Corpus* nº **80/397/SP**, nos seguintes termos:

A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada. O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. [...]

Sendo, portanto que se afastar o caráter de concreção da opinião pública na condução da prisão preventiva e cautelares no geral, sob pena de infringir os ditames constitucionais, que evitam, conseqüentemente a tirania do poder coercitivo.

É possível compreender que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, ou então “clamor público”, acaba por ser utilizada de modo a prevenir e contribuir com a segurança social. Todavia, descaracteriza o legítimo sentido da prisão provisória ao atribuir-lhe uma função preventiva que não está fadada a cumprir, sendo, na verdade, um termo inconstitucional, pois a prisão preventiva não está concebida como pena antecipada que possa cumprir fins de prevenção, tal ideia iria contra a presunção de inocência do ordenamento jurídico brasileiro. (Varela, 2020, p.34).

Na lição de Varela (2020), por vezes a decretação da prisão está fundamentada com o objetivo de restabelecer a credibilidade nas instituições, o que não se aplica, pois, as instituições não são fracas de modo que um crime sabotaria o seu papel, tampouco a prisão cautelar se presta a buscar tal credibilidade. (Varela, 2020).

Para Aury Lopes Júnior, refletindo sobre o tema (2018, p.409), assevera que:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, mídiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). Explorado mídiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos... Ou seja, constrói-se mídiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado (Lopes, 2018, p.409).

Nas lições do referido autor, a opinião pública desencadeada pela grande influência dos veículos midiáticos, que não passa, senão, de “opinião publicada”,

recebe singular importância no contexto de populismo penal, não somente como critério de justiça ou da apropriada tutela jurisdicional em face de bem jurídico burlado, mas decorrente sobretudo do ativismo midiático denominado de “clamor público” (Lopes, 2018).

Na linha dessa percepção de influência midiática no curso de processos penais, existem alguns casos dos quais se pode extrair tais convicções de maneira mais evidente, nas lições de Varela, (2020).

Em maio de 2009, tornava-se público o fatídico caso de Eliza Samudio e do ex goleiro Bruno Fernandes, o qual atuava como jogador de um grande clube de futebol brasileiro. Segundo relatos, Elisa Samudio seria vista pela última vez em junho de 2010, época em que buscava judicialmente o reconhecimento de paternidade do filho a Bruno Fernandez. (COMPROMISSO E ATITUDE, 2017).

Em resumo, o crime passou a ser investigado após a polícia receber uma denúncia anônima, através do disque-denúncia, alegando que Eliza teria sido espancada e morta no sítio de Bruno, em Esmeraldas, região metropolitana de Belo Horizonte. Após esse fato, a situação passou a ser diretamente vinculada a imagem de Bruno. (JORNAL NACIONAL, 2010). Conseqüentemente, iniciaram-se as especulações referentes ao caso, em diversos veículos de comunicação, com matérias acusando, inclusive, como sendo indefensável aquela afirmação de ser ele autor do crime, antes de haver, sequer, inquérito policial em curso (Varela, 2020).

Contudo, a precipitação por parte dos veículos de comunicação, segundo aponta Varela (2020), tornou-se indubitável, ferindo severamente os princípios básicos do direito penal brasileiro, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa bem como o indispensável princípio da presunção de inocência, pois a imagem ilustrada fora divulgada em julho de 2010, momento em que não havia sequer inquérito policial instaurado. (Nacif, 2016).

Independentemente do resultado final, tornou-se evidente o quão afoito foi o julgamento midiático, em sua campanha pela condenação do acusado. Pois, em agosto de 2010, o ex-goleiro teve sua prisão preventiva decretada, considerando a gravidade da imputação e a premissa em preservar o clamor social gerado a época dos fatos. (NOTÍCIAS STF, 2017).

Apesar do ex-goleiro Bruno ter sido condenado a prisão por homicídio e ocultação de cadáver, apenas em 4 de março de 2013, ficou demonstrado com veemência o quão foi fundamental aquele processo midiático para a decretação da

prisão preventiva, neste caso, por mais que posteriormente descobrisse ser ele realmente autor e/ou mandante do crime, com sua devida punição nos termos da lei, a questão central é o momento de aplicação da cautelar de maneira a aliviar o anseio por justiça propagada com matéria de telejornais e imprensa no geral, assim como verifica-se essa repercussão em outros casos, motivados pela pressão popular (Varela, 2020, p.48).

O autor Varela (2020), analisa mais outros casos, como no caso de Elian Lucas Ferreira Dias, preso em flagrante, no dia 19 de janeiro de 2019, por possuir ilegalmente em sua residência um Fuzil AR – 15, de uso restrito às forças armadas. Lavrado o termo de prisão em flagrante, constatou-se a idoneidade moral do acusado, que, até o momento, não possuía antecedentes criminais. (CLICRBS, 2019).

Ao mesmo dia, iniciou-se a audiência de custódia, conduzida pela Juíza Ana Luísa Schmidt Ramos, a qual decidiu por relaxar a prisão em flagrante, concedendo ao acusado a liberdade provisória, condicionada a substituição por outras medidas cautelares menos gravosas, visto que o acusado não preenchia os pressupostos necessários para efetuar a prisão preventiva. Ao concluir seu despacho, a juíza ainda determinou que o Coronel Araújo Gomes, do Comando Geral da Polícia Militar de Santa Catarina, justificasse em 48 horas. (CLICRBS, 2019).

Tal comandante de polícia, como muitos outros agentes de segurança pública, passaram a veicular em redes o descontentamento com as medidas aplicadas pela magistrada, gerando grande repercussão social contra a magistrada, de maneira que entidades emitiram notas públicas se posicionando contra, bem como houveram diversas reportagens no sentido de acusar o indivíduo pela sua suposta periculosidade e o fato de simplesmente a juíza não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, na análise de Varela (2020).

Embora Elian possuísse residência fixa, fosse réu primário e sem antecedentes criminais, esses fatos não seriam suficientes para manter a ordem pública, tal qual, não afastariam a necessidade da decretação da prisão preventiva. (TJSC, 2019).

Em decisão interlocutória, a relatora em plantão, Bettina Maria Maresch de Moura, conheceu do recurso e lhe deu provimento, alegando a presença de *fumus comissi delicti* e relativamente ao *periculum in libertatis*, verificando-se a necessidade em garantir a ordem pública, determinando a prisão preventiva do réu. (TJSC, 2019).

Ocorre que os advogados de defesa do réu impetraram um pedido de Habeas Corpus (HC) junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), tratando-se de um HC

substitutivo de recurso próprio com pedido de liminar, buscando suspender a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), alegando incongruências processuais, pois o MP não poderia impetrar mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao recurso criminal. Devido a esse fato isolado, decidiu o Ministro João Otávio de Noronha, determinando a soltura imediata do acusado, fazendo valer a primeira decisão proferida, seguindo os trâmites processuais. (TJSC, 2019).

Dando prosseguimento ao processo judicial, o réu, Elian Lucas Ferreira Dias, tornou a, ser preso preventivamente, e, posteriormente, em decisão judicial, foi considerado culpado, condenado à pena privativa de liberdade, com pena de três anos de reclusão, bem como pagamento de dez dias de multa, tendo o réu o direito a recorrer em liberdade. (TJSC, 2019).

Já em sede recursal, interposta a apelação pelo MPSC, restou a condenação do réu, majorando a pena para quatro anos, dois meses e dezoito dias de reclusão em regime fechado. (TJSC, 2019).

Conforme pontua Varela (2020), não se pode olvidar o quão impactante é essa comoção de que o crime deve ser retribuído com a isenção de garantias, e conseqüentemente aplicação da lei ao caso concreto, sob argumento de injustiça, que neste caso, cria-se uma universalidade, e retira do homem sua capacidade de intervenção nos processos sociais (Varela, 2020).

Resta configurado, nas premissas do autor que, de que a pressão social é por si só capaz de decretar uma prisão cautelar, sob o suposto argumento de “ordem pública”, ainda que, em regra, o juiz seria esse filtro social, cuja competência de pesar bens jurídicos na aplicação ao caso concreto, sobremaneira, recebe brutalmente influência externa de cunhos vingativos, em outra palavras, a pressão popular que sofre o poder judiciário, tem a percepção de que somente cabe àquele acusado pelos agentes públicos a vingança privada como forma de retribuição do crime praticado independente da condição de sujeito de direitos (Varela, 2020).

5. GARANTISMO PENAL

Neste capítulo objetivando tratar do garantismo penal, foi analisado, sobretudo, o doutrinador Luigi Ferrajoli, mas também autores que se debruçaram sobre o tema como, Rodrigo Fernando Novelli, Marcus Firmino Santiago, a fim de trazer elementos que pudessem fundamentar a discussão.

Inicialmente cumpre delimitar aquilo que é entendido por garantismo, que provém de garantia; significado, por vezes, atribuído a observância de um direito natural imanente ao homem, naturalmente positivado nas normas jurídicas vigentes.

Conforme se verifica, garantismo penal é a salvaguarda dos cidadãos, na égide de um Estado Democrático de Direito, em face das normas serem provenientes da Constituição, assim, atua como mecanismo para moderar o poder punitivo e assegurar, no máximo a liberdade dos cidadãos. (Novelli, 2014)

O garantismo, encontra respaldo não somente na área Penal, mas em todo o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que todos os cidadãos gozam das mesmas possibilidades e dispõem de direitos que lhe são conferidos pelo poder constituinte originário.

Pode ser entendido também, como uma política criminal, ensejando à intervenção mínima do Estado, no sistema normativo punitivo. Pautado não somente na legalidade da norma, mas também na sua efetividade, impondo ao Estado buscar o fim a que se destina a norma penal (Novelli, 2014)

5.1 Estado Democrático de Direito

No período absolutista, quem governara era o poder do rei, supostamente a personificação da vontade de Deus, passada de maneira hereditária, havendo diversos arbítrios, pois o mesmo rei que impunha as regras da comunidade, por outro lado, expressava sua vontade ao punir um determinado súdito em função do seu comportamento não lhe render vantagens, seja no pagamento de impostos, ou mesmo como servo do rei, para seu bel prazer.

Conforme a sociedade progredia, no sentido de fragmentar com a antiga ordem vigente, regime que cada vez mais, tornava-se obsoleto, frente à ânsia de conferir ao indivíduo direitos imanentes e resguardá-los contra os arbítrios do soberano, sendo assim, houve etapas, nas quais percorreu-se essa aspiração coletiva, sobretudo em função do pós guerra, como também com o movimento denominado de iluminismo,

contudo, há que se levar em consideração, preceitos dos períodos da Grécia antiga, onde já havia, cidade *pólis* na Grécia antiga, cujo sua forma de organização em determinados períodos, ainda que minimamente, assegurava alguns direitos para os cidadãos, embora já houvesse seletividade, entre aqueles a quem se denominava com tal atribuição. Sendo assim, para que se chegasse ao Estado de Direito, transcorreu pelos dogmas do Estado Liberal, Estado Social até que resultasse no, Estado Democrático de Direito, que emanou inúmeras formas pelos quais se enxerga o Estado enquanto ente detentor do poder de todos, e modificou substancialmente a forma de relacionamento entre a sociedade e o Estado. (Assis, 2011)

Dos abusos verificados durante o sistema absolutista, no qual a figura do Estado se confundia com a do rei, surgiu a necessidade de controlar o poder do Estado, revendo as formas e pressupostos condicionados ao poder, evitando, consequentemente eventuais abusos perpetrados, por todos aqueles que dispunham de cargos de confiança do rei, no qual manejavam o poder de modo delegado. (Assis, 2011)

Para que ninguém pudesse abusar de seus direitos em função dos direitos dos demais indivíduos, a humanidade criou o estado organizado. Porém, com o passar, se verificou que o Estado, enquanto ente abstrato, acabou-se por usá-lo para fins meramente pessoais, independentemente dos demais membros do pacto que opera no Estado. (Assis, 2011).

O Estado Democrático de Direito surge com características erigidos a partir de alicerces constitucionais, como resultante da história de evolução da constituição, dispondo de aspectos peculiares que manifestamente o distinguem, entre o quais:

Constitucionalismo: a Constituição emerge como validade do Estado, consistindo em elemento central dos atos e ações estatais, implementando uma ordem de valores que permeiam a vontade de todos, cabendo delimitar as obrigações desejadas e essenciais do Soberano. (Santiago, 2019)

Democracia: a ampla participação de todos os membros do Estado, tende a consolidar a influência na constituição da leis e regras que regerão o todo, de maneira a assegurar a cada um, sua devida importância, havendo o mínimo de restrições com o fim de que a liberdade seja resguardada de maneira plena, e todos gozem da mesma igualdade preconizada. (Santiago, 2019)

Proteção dos direitos fundamentais: neste aspecto, o cerne do ordenamento jurídico como um todo, reside na importância dada aos direitos fundamentais, como

elemento central da ordem, garante, pois, a finalidade precípua, para qual o Estado fora criado, em que pese, assegurar a observância dos direitos como algo elementar, como valor inerente ao ser humano, resguardando sua dignidade, bem como priorizando à efetivação desse direito como indispensável e irrenunciável. (Santiago, 2019)

Outro elemento central, nesse sentido, trata-se de mais um direito ordenado formalmente, consagrando o que gradativamente se apurou como regras válidas, capazes de gerar a paz social, em que pese.

Legalidade: todo ato estatal deve ser motivado no regimento normativo sistemático das normas, não somente infraconstitucionais, mas sobretudo, nas normas constitucionais, bem como seus princípios basilares, com enfoque para os direitos fundamentais, portanto a legalidade não se trata de mero objeto discricionário de deleite por conveniência, mas sim, mandamento supremo da ordem vigente, de maneira a ser obrigatoriamente observado a todo e qualquer momento, independentemente das circunstâncias a ser imputada resolução sob a ótica do Estado. (Santiago, 2019)

Entre inúmeros aspectos dogmáticos que podem ser extraídos, não cabe esgotar as dimensões almejadas pelo processo de constitucionalização do Estado moderno, enquanto diretriz da vontade supostamente de todos os indivíduos da sociedade. Porém, uma vez analisada essas hipóteses supramencionadas, com o objetivo de contextualizar o fim a que se destina, de maneira detalhada, para que se observe à importância, com a qual nasce o Estado de Direito, vinculado categoricamente à questão dos direitos fundamentais, como elementar do Estado, justamente evitando a coerção imotivada por parte de quem representa esse Estado, enquanto personificação da vontade de todos os indivíduos.

O Estado Democrático de Direito, consagrou-se como fundamento da República Federativa do Brasil, trazendo consigo a noção de valores imanentes à organização e condução do Estado em todas as políticas coordenadas, de maneira a observar os direitos e garantias preconizados como cerne do ordenamento jurídico, retirando o Estado como pura e simplesmente autoridade soberana engessada, que leva em conta, tão somente o interesse público, exercendo seu arbítrio. Atribuindo-lhe uma responsabilidade objetiva, no sentido de que o poder proveniente do Estado, deriva do próprio indivíduo, com isso, deve ser proporcionalmente o tratamento

atinentes as questões estatais, tendo em vista os direitos e deveres a serem impostos na observância legal como um todo.

5.2 A Teoria e Seus Axiomas

Fica evidente quanto a teoria do garantismo Penal, encontra respaldo na Constituição de um modelo Democrático, que contempla os indivíduos enquanto detentores de direitos fundamentais, em face do arbítrio das autoridades na condução da punição, bem como, acerca do comportamento em desacordo com as regras, como se verifica, cuja importância para tal teoria traz esclarecimentos acerca da temática ora em análise, prescrever axiomas, modelo basilar do pensamento garantista, como se verifica a seguir:

“ Os axiomas garantistas - formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores - não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Trata-se, em outras palavras, de implicações deonticas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dará vida a modelos deonticos, normativos ou axiológicos. A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. Isso não impede o caráter descritivo e não normativo de sua análise teórica e, sobretudo, de seu uso - como se realizará no curso deste livro - para interpretar e explicar os princípios de justificação política e de convalidação jurídica dos diversos sistemas penais concretos, além das separações, inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade e efetividade penal”. (Ferrajoli, 2002, p.74).

Não obstante, que a intenção subjetiva do autor como ele próprio assevera com relação aos axiomas, que são perquiridos, a fim de que sejam observados naturalmente no desenrolar do processo penal, para isso ele preconiza que: “não expressam proposições assertivas”, mas “prescrevem o que deva ocorrer”. (Ferrajoli, 2002).

Neste sentido, são delimitados 10 (dez) axiomas a serem verificados na aplicação da norma, visando resguardar os direitos fundamentais de todos os envolvidos em face da desproporcionalidade do Estado enquanto detentor do *ius puniendi*, em face dos indivíduos que constituem a comunidade. Conforme o seguinte: (1) *Nulla poena sine crime* (não pena, sem crime), (2) *Nullum crimen sine lege* (não crime, sem lei), (3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal, sem necessidade), (4) *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade, sem injúria), (5)

Nulla injuria sine actione (não há injúria, sem ação), (6) *Nulla actio sine culpa* (não há ação, sem culpa), (7) *Nulla culpa sine judicio* (não há culpa, sem judiciário), (8) *Nullum judicium sine acusatione* (não há judiciário, sem ação), (9) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação, sem provas), (10) *Nulla probatio sine defensione* (não há acusação, sem defesa) (Ferrajoli, 2002, p.75).

Segundo o autor, tais garantias estão intimamente vinculadas à princípios correspondentes, como:

- 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade;
- 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação;
- 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade. (Ferrajoli, 2002, p.75).

Diante disso, conforme sua vinculação aos princípios ordenados, explica basicamente o sistema garantista de direito ou de responsabilidade penal, ou seja, as regras a serem perquiridas pelo aplicador da norma ao caso concreto, Ferrajoli, (2002, p.75) “Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal” "absoluto".

Sendo assim, um dos principais princípios enumerados, em que pese, cuja à importância sobrepõem os demais é o da legalidade, pois, “ não há crime, sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Legalidade no sentido lato, e legalidade no sentido estrito se configuram como duas ferramentas diferentes, consistente por cláusulas diversas, resultante da interpretação penal conferida pela validade das preposições. Nesse sentido, o eminente autor, preconiza:

“Mediante uma fórmula sintética se pode dizer que a jurisdição consiste no uso dos conceitos dos quais o legislador estipula as regras de uso; ou bem, segundo a dicotomia usual na lingüística antes recordada, enquanto esta é

um fato da língua, aquela é um fato da linguagem. Está claro que a linguagem, isto é, o uso da língua, está tão vinculada quanto seja vinculante a língua, isto é, as regras da linguagem. Deste modo, quanto mais precisas sejam as definições dos pressupostos típicos abstratos ditados na lei, de conformidade como princípio de legalidade estrita, tanto mais determinados serão os pressupostos típicos concretos aos quais aquelas se referem e tanto mais nelas subsumíveis mediante proposições verdadeiras ou falsas e, antes mesmo, verificáveis e falseáveis” (Ferrajoli, 2002, p.77).

Entretanto, como já mencionado, a legalidade estrita; assegura uma segurança maior, bem como, é suscetível de margem para afirmação, nos tipos penais abstratos, impondo a observância substancial do nexos causal entre ação, o dano e a culpa. Ao passo que, a jurisdicioriedade, em sentido estrito, confere a verificação dos tipos concretos, por meio dos direitos da ampla defesa, condicionada o ônus da prova por parte de quem acusa, e o direito de ampla defesa por quem se defende. (Ferrajoli, 2002).

Em suma, conforme lições do eminente autor em análise, tanto legalidade em sentido estrito, quando jurisdicioriedade em sentido estrito, dispõem de mecanismos capazes de prescrever a salvaguarda ao exercício do direito, na medida que deverá haver a previsão legal delimitando a conduta como fato típico, com posterior sanção penal, ao rigor da legalidade estrita. Nesse sentido, o autor traz:

Legalidade estrita e estrita jurisdicioriedade resultam, assim, mediadas e conectadas, a primeira como pressuposto da segunda, pelo princípio cognitivo da significação normativa e da certeza probatória, no sentido declarado no capítulo precedente, de que o juiz comprova ou prova como verdadeiro (que se cometera um delito) apenas (se o fato comprovado ou provado corresponder a) o que estiver taxativamente denotado na lei como delito (Ferrajoli, 2002, p.77).

Neste sentido, para que haja a devida retribuição Estatal frente ao crime, necessário ser observado o regramento legal, sobretudo, na análise de provas cabais para a condenação do indivíduo que comete um crime, nos termos da Constituição Federal.

5.3 Princípio da Legalidade

Dentre os axiomas relevantes enumerados em sua obra Luigi Ferrajoli, tem o princípio da legalidade estrita como sendo um de cunho indispensável.

Este princípio, que já illustrei sumariamente no parágrafo 1 e que redefinirei analiticamente no parágrafo 9, ocupa um lugar central no sistema de garantias. Distingue-se do princípio de mera ou lata legalidade, expresso no

axioma A2 e de maneira mais completa na tese T67, por sua distinta forma lógica. Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue, como melhor esclarecerei nos parágrafos 26 e 28, um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes (Ferrajoli, 2002, p.76).

Nas lições do conceituado autor, há uma diferença entre a mera legalidade, que consiste numa condição de aplicabilidade da norma observada pelos juízes e operadores, ao passo que a legalidade estrita, muito mais que isso, transcende para o aspecto legislativo voltada ao legislador no procedimento da elaboração das normas como um todo, senão vejamos:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados. No primeiro sentido (*lato*), o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa de lei, entendendo "lei" no sentido formal de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (*estrito*), identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta de lei, entendendo "lei" no sentido substancial de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei (Ferrajoli, 2002, p.77).

Para Novelli (2014), tal distinção pode extrair a premissa de que, o primeiro sentido *latu* como modo de enumerar as premissas de validade da lei, e o segundo sentido *estrito* como um elemento de existência da norma, com a atribuição da matéria e sua respectiva incidência.

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do

que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido. [...] O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas. (Ferrajoli, 2010, p. 40).

Nas lições de Novelli (2014), o princípio da legalidade emana uma segurança basilar das normas penais, sendo a distinção capaz de pontuar o direito penal do Estado de direito, de direito penal nos Estados simplesmente legais, nos quais o agente legiferante é onipotente e, portanto, são observadas absolutamente todas as leis válidas, sem imposição a premissa legal (Novelli, 2014).

Nas lições deste autor, Ferrajoli relaciona outras duas garantias, a fim de se chegue ao princípio da intervenção mínima no direito penal através da legalidade estrita, quais sejam:

O primeiro, nas lições de Novelli (2014), é a garantia da irretroatividade das leis penais, relacionado com ampla defesa. Ou seja, que leis penais não podem retroagir em desfavor do réu para que o tratamento seja mais rigoroso.

Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais está deva ser irretroativa não se consideram mais necessários – determina que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação a mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova (Novelli, 2014, p.9).

O segundo, conforme aponta o autor, guarda íntima correlação com o princípio da legalidade, consiste na proibição da utilização da analogia em norma penal.

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permita a chamada “analogia antecipada”, (Novelli, 2014, p.9).

Sendo assim, caso resulte em analogia que favoreça o réu, analogia *in bonam partem*, não é constatado prejuízo em face do acusado, quando da aplicação da lei penal.

Na perspectiva de Novelli (2014), segundo o princípio da legalidade estrita não comportaria analogia em função de agravar a situação do réu, porém, caso tal analogia for em função de um tratamento privilegiado, conforme os demais axiomas, caberia sua aplicação imediata com enfoque nos demais princípios elencados por Luigi Ferrajoli em harmonia com o sistema garantista.

Diante disso, verifica-se uma fragilidade do sistema garantista, sobretudo em face do ativismo judicial decorrente do populismo penal, sob o argumento de que o garantismo estenderia além do comum, as garantias processuais e materiais atribuídas ao acusado, em face da acusação formulada pelo Estado acusador, sendo uma benesse para o sujeito infrator em face da vítima, sob pretexto de garantia da ordem pública, por exemplo, é mitigado, por vezes, tal princípio buscando uma resposta estatal frente ao anseio de justa medida.

6 Considerações Finais

Foi identificado na presente pesquisa, que o discurso de ódio se opera em diversas situações de maneira constante e, por vezes, normalizada pela sensação de impunidade que vigora na sociedade, mas não somente isso, como também, pelo desconhecimento da limitação ao direito de liberdade de expressão, utilizado como arma a fim de condenar pessoas determinadas, e também, legitimar determinados discursos, que atores sociais, como políticos, podem usar como slogan de campanha.

Neste sentido, os veículos de comunicação social, que por um lado, facilitam a interação social dos indivíduos de maneira célere e instantânea, por outro, gozam de uma liberalidade capaz de distorcer padrões e criar verdades, cuja falta de senso crítico dos interlocutores agravam a situação, sendo o objetivo geral respondido de forma que a mídia televisiva é o instrumento pelo qual esse discurso tem um poder ilimitado.

No decorrer da pesquisa, coube, conceituar o comportamento desviante sob a ótica da Criminologia, e como o contrato social, fruto de um pacto de intenções, torna-se capaz de banalizar a pena, são somente como instrumento de punição em face do cometimento do crime.

Mas também, no que toca a características derivadas das escolas criminológicas do século XVIII, que influencia as sociedades modernas, cujo desconhecimento dos fatores marginais, que levam o sujeito a se tornar um delinquente, não dispõem de atenção e são indiferentes pelo discurso perpetrado pelos meios que conduzem a criação das leis, como uma questão moral capaz de solucionar os entraves sociais com mais punição, mostrando a premissa, com isso, de que a percepção de quanto maior o rigor da pena, mais a sensação de justiça é aumentada, por outro lado, a sensação de impunidade mitigada.

Buscou-se trazer à tona o conceito de prisões e suas diversas espécies sob a previsão da lei, como também os argumentos de sua decretação, sobretudo analisando o CPP, e as disposições constitucionais como a ordem escrita e fundamentada de uma prisão, o princípio da presunção de inocência como garantia indispensável num Estado Democrático de Direito.

Constatando-se em um aparato legal, robusto e sistematizado capaz de salvaguardar os direitos individuais em face da coerção excessiva, mas por outro lado, restou comprovado, que tais garantias, são aplicadas por conveniência do perfil

socioeconômico, isto é, que tais garantias são afastadas inúmeras vezes, conforme a visibilidade conferida pela mídia e que a motivação ao invés de observar uma garantia constitucional, prevalece uma lei penal imbuída pela opinião pública, quando da aplicação de uma prisão cautelar, cuja finalidade é distorcida.

Diante disso, evidenciou o papel da mídia como elemento que atuava como um “quarto poder”, capaz, pois, não somente de modificar os rumos da sociedade pós-moderna, mas atuar como órgão acusador de Estado, movido pelo “clamor público”, que, reveste-se no argumento legal de ordem pública, utilizados de maneira indiscriminada pelos magistrados, quando são pressionados por narrativas prévias, quase que um inquérito paralelo, cujo resultado final, praticamente, só leva à condenação do acusado.

Verifica-se a inobservância do devido processo legal, e os meios amplos de defesa, resultando na perda de reputação do imputado, sem posterior indenização pelos danos à sua imagem, para isso, foi corroborado esse objetivo específico com exemplos de visibilidade, como o caso do ex-goleiro Bruno, cuja prisão preventiva fora decretada sobretudo com o auxílio da mídia, e o caso de Ederlan cuja a prisão preventiva não foi decretada em audiência de custódia, mas que a mídia, atuou no sentido de transmitir uma repercussão negativa da decisão de relaxamento de um prisão considerada ilegal, o que, gerou o encarceramento posterior, em sede de recurso interposto pelo Ministério Público, demonstrando de forma latente como esse veículo de comunicação atua como um “quarto poder”.

Na parte final do texto, buscou-se analisar as premissas do garantismo penal, em que pese, os axiomas provenientes das lições de Luigi Ferrajoli, no sentido de prescrever valores axiológicos como basilares na observância das chamadas “garantias”, destinadas, sobretudo, para os juízes, na aplicação de um tratamento decorrente de uma pena, para isso foi analisado o princípio crucial de legalidade.

O problema de pesquisa consistiu em verificar qual a influência do discurso de ódio na decisão de decretação de prisões cautelares, em função do sentimento de impunidade da sociedade e da aparente ineficiência das instituições em retribuir o injusto penal de maneira adequada e célere, sendo assim, restou-se, constatado, de que tal mecanismo serve como elemento de legitimação de prisões conforme a opinião pública, e que o discurso de ódio, entendido como discurso capaz de menosprezar, hostilizar, segregar, influencia, na verdade, a manutenção de controle social por meio

do direito penal, sobretudo em função da necessidade de punição para a crescente criminalidade e, satisfação do chamado “populismo penal”.

A limitação encontrada para a presente pesquisa consiste em definir objetivamente, de que o discurso de ódio é utilizado como mecanismo de encarceramento e segregação, frente à um anseio social por punição, com maior rigidez, pois o motivo legal, de garantia da ordem pública ou ordem econômica, por exemplo, apesar de serem vagos, sujeitos a valorações diversas, existe determinada discricionariedade do magistrado ao aplica-los, uma vez que, encontra guarida legal no art. 312, do CPP, tornando difícil esse levantamento de modo objetivo.

A recomendação que fica para o pesquisador que se defrontar com a mesma linha de pesquisa é de que analise os fenômenos culturais dos discursos, sobretudo nas redes sociais, onde se cria um padrão, e que esse padrão causa repercussão nas normas, sobretudo, nas normas penais.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BETUEL, Virgílio Mvumbi. **POLÍTICA CRIMINAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**: o caso de Angola. 2021. Brasília. Tese (Doutorado em ciências sociais) - Universidade de Brasília. Unb, Brasília, 2021.
- BEVILAQUA, Victor Matheus. **SISTEMA PENAL E SELETIVIDADE SOCIAL**: o sistema penal como reprodutor da desigualdade social. 2015. 15ª edição. Rio Grande do Sul, (Revista da Defensoria Pública – RS).
- BOZZA, Fabio da Silva. **POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA E NEOLIBRALISMO**. CANOAS. Rio Grande do Sul, (Revista eletrônica Direito e Sociedade), v. 3, 2015.
- BRANDÃO, Nuno. **DISCURSO DE ÓDIO EM PERSPECTIVA PENAL**. 2021. Rio de Janeiro. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 68-80, Jan.-Mar. 2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (30ª edição). Editora Saraiva, 2023. Acesso em: 19 ago. 2023.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**: 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CREMONESE, Dejalma. **ÉTICA E MORAL NA CONTEMPORANEIDADE**. 2019. Campos Neutrais – (Revista Latino-Americana de Relações Internacionais), Vol. 1 Nº 1, Janeiro – Abril de 2019. Acesso em: 23 de ago. 2023.
- DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2019.
- GARCÍA, Antônio Pablo de Molina. GOMES, Luiz Flávio. **CRIMINOLOGIA**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos juizados especiais criminais. São Paulo: RT, 2010.
- GIDDENS, Anthony. **Desvio e Criminalidade**. In: Revista Sub Judice – justiça e sociedade, Coimbra, n. 13, 1998, p. 09-30. Janeiro: Forense, 2016.

Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Prisão Temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em: 15 fev. 2023.

LIGAÇÃO ANÔNIMA INICIA INVESTIGAÇÕES DO CASO BRUNO. *Jornal Nacional*, 07 de jul. de 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/07/ligacaoanonima-inicia-investigacoes-do-caso-bruno.html>.

Acesso em: 15 de out. 2023.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**: 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEZZALIRA, Ana Carolina. **PRISÃO PROVISÓRIA E CRIMES PATRIMONIAIS**: a seletividade do sistema de justiça aplicada à medida cautelar do encarceramento. 2022. (Revista da Defensoria Pública RS, Porto Alegre), v. 2, n. 31, p. 61-76, 2022. Rio Grande do Sul.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NETO, José de Assis Santiago. **Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2011.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. **A Teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade**. *Revista Jurídica Unigran*. Dourados, MS. v. 16. n. 31. Jan-Jun. 2014.

Nucci, Guilherme de S. **Criminologia**. Disponível em: **Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2021**. Acesso em: 03 de set. 2023.

Nucci, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci**. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro.

PARSONS, Talcott. **El sistema social**. Madrid: Revista do Ocidente, 1966.

QUISTER, Ezequiel Schukes. **A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA DECISÃO PENAL**. 2017. Rio de Janeiro, (Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal- UFRJ). Vol. 5, Nº 1, 2017.

SAGAZ, Leandro Varela. **A MÍDIA E A PRISÃO PREVENTIVA**: sua influência na incitação ao clamor público. 2020. Florianópolis.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **Estado democrático de direito**: uma utopia possível? Goiás. R. Fac. Dir. UFG, v. 43, p.01-19, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SILVA, Caroline Soares da. **A CRIAÇÃO DO SENSO COMUM PUNITIVO POR INTERMÉDIO DA CRIMINOLOGIA MUDIÁTICA**: uma análise da realidade construída a partir de matérias exibidas no plantão Alagoas. 2020. Bahia. Salvador, v. 9, n. 9, p. 202-224, jan/jun. 2020.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **UM SILÊNCIO INCÔMODO**: crítica à incriminação do discurso de ódio. Belo Horizonte. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 163-194, jan/jun. 2008.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**. 2015. Belo Horizonte. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul/dez. 2015. Acesso em 20 de outubro de 2023. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 34.673 - RS. Relator Ministro Paulo Medina. 04 de jul. de 2004. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7196870/habeascorpus-hc-34673-rs-2004-0047015-3-stj/relatorio-e-voto-12942570>. Acesso em: 23 de out. 2023.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80379-SP. Relator Ministro Celso de Mello. 18 de dez. de 2000. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778395/habeascorpus-hc-80379>. Acesso em: 23 de out. 2023.

THOMÉ, Leonardo. Homem preso com fuzil AR-15 em Florianópolis é solto em audiência de custódia. **Gauchazh**, 19 de jan. de 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/01/homem-presos-com-fuzil-ar-15-em-florianopolis-e-solto-em-audiencia-de-custodia-cjr41s44i000d01lo9vj7kfyw.html> Acesso em: 07 de nov. 2023.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.