

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO

LUCAS SOUSA DO NASCIMENTO

O POPULISMO PUNITIVO E A LEI CAROLINA DIECKMANN

CRICIÚMA
2016

LUCAS SOUSA DO NASCIMENTO

O POPULISMO PUNITIVO E A LEI CAROLINA DIECKMANN

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Me. Jackson da Silva Leal

**CRICIÚMA
2016**

LUCAS SOUSA DO NASCIMENTO

O POPULISMO PUNITIVO E A LEI CAROLINA DIECKMANN

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Criminologia.

Criciúma, 30 de junho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jackson da Silva Leal - Mestre - (UNESC) - Orientador

Prof^a. Monica Ovinski de Camargo Cortina - Mestre - (UNESC)

Prof. Valter Cimolin - Mestre - (UNESC)

Dedico este trabalho aos pesquisadores do direito eletrônico.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus por ter permitido a realização deste trabalho.

Depois e não menos importante agradeço aos meus pais pela compreensão que tiveram durante todo o processo de construção desta monografia. Agradeço também a meus colegas e amigos que conquistei durante os anos nesta universidade, em especial a meus amigos Jhonata Goulart Serafim e Carolini Vitali Reis por terem me ajudado na revisão deste.

Por fim agradeço ao Professor e orientador Jackson da Silva Leal por ter me ajudado muito na concretização deste trabalho. E também meus agradecimentos aos professores Valter e Monica dos quais tive a imensa oportunidade de terem sido meus professores e contribuído para o apreço pelo tema estudado neste trabalho.

“A violência da justiça social não obriga à tolerância com a violência contra a segurança do cidadão.”

Nilo Batista

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo estudar as funções da pena e do direito penal para com o Estado e para a sociedade, analisar o papel da mídia na política criminal, e analisar a Lei 12.737/2012 conhecida como Lei Carolina Dieckmann.

Para concluir o objetivo foram utilizadas bibliografias voltadas para a criminologia, e com elas se procedeu no primeiro capítulo o estudo das origens da pena e suas finalidades para com os delinquentes e para o direito como reafirmação desses perante a sociedade. Após estudou-se o direito penal, e sua função limitadora do poder de punir do Estado, para isso foram estudados autores do direito penal e a Constituição Federal de 1988. Na sequência o segundo capítulo analisou o modo de implantação da política neoliberal no Brasil, importada do modelo Norte Americano intitulado de política de tolerância zero contra a criminalidade, verificou-se que com isso só se conseguiu aumentar o número de presos por crimes de rua no Brasil. Tratou o trabalho de analisar também a interação da mídia para o aumento do número de presos, a influência dos meios de comunicação nas políticas criminais do Brasil. E por fim o terceiro capítulo estudou-se a Lei Carolina Dieckmann como uma das legislações promulgadas durante o clamor social e com grande influência midiática. Com isso pode-se concluir que as legislações são criadas de acordo com as necessidades dos grupos de maior influência social, pelo simples apelo trazido pela mídia, privilegiando sempre os grupos socialmente dominantes.

Palavras-chave: Criminologia. Mídia. Sociedade.

ABSTRACT

This monograph has as purpose to study the functions of penalty and of the criminal law towards the State and for the society, to analyze the role of media on the criminal policy, and to analyze the Law 12.737/2012 known as Carolina Dieckmann law.

To conclude the objectives were used bibliographies focused on criminology and with them were operated in the first chapter the study of origin of penalties and their purposes to the offenders and to the law as reaffirmation of these in front of the society. After that was studied the criminal law, and its restrictive function of the power to punish of State, for this were studied bibliographies and the Federal Constitution of 1988. After that in the second chapter was analyzed the way how was implanted the neoliberal policy in Brazil, imported from the North American model entitled as zero tolerance politic against the criminality, was verified that with this the number of prisoners per street crimes in Brazil only had increased. The work also has analyzed the interaction between the media and the increase in the number of prisoners, the influence of the means of communication on Brazil's criminal politics. And finally the third chapter has studied the Carolina Dieckmann Law as an enacted legislation during the social outcry and under a great media's influence. Therefore can be concluded that the legislations are created according to the needs of the most influent social groups, for the simple appeal brought by the media, always privileging the socially dominant groups.

Keywords: Criminology. Media. Society

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Pessoas presas sem julgamento no Brasil de 2000 a 2014.....	34
Tabela 2 – Veiculação do caso Carolina Dieckmann nas emissoras de televisão mais assistidas.....	71
Tabela 3 – Tramitação da Lei 12.737/2012 na Câmara dos Deputados.....	72

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
MPSP	Ministério Público de São Paulo
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
SBT	Sistema Brasileiro de Televisão
PL	Projeto de Lei
DF	Distrito Federal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
INFOPEN	Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2. O DIREITO PENAL DO ESTADO MÍNIMO AO ESTADO MÁXIMO	14
2.1 O NASCIMENTO DO DIREITO PENAL: estudo das finalidades do Direito penal enquanto ciência e da penalidade	14
2.2 O direito penal como elemento de controle social	21
3. O NEOLIBERALISMO PENAL BRASILEIRO	31
3.1 Política criminal neoliberal brasileira	32
3.2 O papel da mídia	40
4. A LEI CAROLINA DIECKMANN: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA	54
4.1 Das razões do legislador para o projeto de lei.	54
4.2 Um estudo da lei e suas aplicações	58
4.3 Seus efeitos e críticas.....	65
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade é um tema constantemente abordado entre as pessoas, nas notícias dos jornais e na política em que são discutidos métodos para se controlar o crescimento dos crimes. Com a modernidade e os meios de comunicação cada vez mais aparelhados fazendo com que a forma de divulgação das notícias seja cada vez mais rápida, contribuindo para o aumento do medo nas sociedades, aumentando-se o clamor social para a maior repressão dos crimes. Além disso, os meios de comunicação de massa fazem o selecionamento das notícias e as direcionam em prol de benefícios para as classes mais altas da sociedade. Os resultados dessa atuação são ruins e podem ser observados quando da promulgação de legislações pelo clamor social transmitido pela mídia formando uma pressão sobre os legisladores. As consequências são leis que não foram submetidas a estudos para verificar a aplicação correta aos fatos que necessitam dessa regulamentação e a conclusão são as normas desproporcionais e inaplicáveis aos casos concretos, contribuindo e muito para o agigantamento do Direito Penal.

O objetivo desta pesquisa é analisar a atuação de controle social promovido pelo Estado sobre as sociedades brasileiras, juntamente com a mídia, e, com a premissa da necessidade de edição de novas Leis penais para controlar a atuação dos “escolhidos marginais” que apavoram as pessoas de bem.

Para cumprir o objetivo proposto o presente trabalho está dividido em três capítulos: o primeiro trata da atuação estatal com a passagem do direito penal de seu estado mínimo para estado máximo, para isso é feita uma análise bibliográfica criminológica do tema. O segundo capítulo vai tratar do neoliberalismo penal brasileiro, mostrando que teve sua origem Norte Americana com os movimentos de Lei e Ordem, e que foi implantado no Brasil como solução para a criminalidade, vai se verificar que foi solução para conter os chamados crimes de rua. Após, verifica-se o papel da mídia nesse modelo, como controladora e manipuladora tanto da sociedade como do legislativo brasileiro. E por fim, no terceiro capítulo será estudada a Lei n. 12.737/2012 (apelidada de Lei Carolina Dieckmann), que é mais umas das legislações criadas em meio à súplica da mídia para acalmar o clamor da sociedade. Serão analisados seus efeitos e apresentadas algumas críticas produzidas por autores que analisaram esse diploma normativo em específico.

Atualmente foram produzidos trabalhos voltados em analisar somente os textos de leis, geralmente não leva em conta que o Brasil já possui um vasto conjunto de normas estabelecidas para reger a sociedade. É também muito fácil encontrar trabalhos que se preocupam em trazer repetitivamente números de presos no Brasil, conseqüente da repressão penal cada vez mais incisiva.

Portanto a relevância deste trabalho se apresenta devido à pesquisa criminológica que foi realizada desde a função das penas, do direito penal, relacionando esses com a atuação do Estado como detentor do poder de punir juntamente com a mídia que hoje é responsável por de certa forma controlar o próprio controlador que é o Estado. Tudo isso dentro do contexto da modernidade e dos crimes virtuais que hoje são muito comuns devido ao avanço impressionante das tecnologias, criando um mundo paralelo, o mundo da internet, mais conhecida como rede mundial de computadores.

Essa pesquisa contará com a metodologia inicialmente dedutiva e histórica, de cunho exclusivamente bibliográfico. E posteriormente conta com uma etapa qualitativa e quantitativa sobre a Lei Carolina Dieckmann e mídia brasileira.

2. O DIREITO PENAL DO ESTADO MÍNIMO AO ESTADO MÁXIMO

Neste capítulo objetiva-se estudar o direito penal e sua missão de origem e para isso analisar as funções da pena perante os indivíduos, fazendo relação com a atuação do Estado na criação e aplicação dessas penalidades como forma de controle da criminalidade e de reinserção do delinquente na sociedade. Verificar também de qual forma o Estado se impõe sobre os indivíduos, utilizando para isso as penalidades e liberdades que lhe são dadas, e verificar a implementação de teorias que fundamentam a aplicação do direito penal por este Estado dando limites, e se essas regras são de forma concreta, seguidas e aplicadas aos fatos, e quais consequências têm trazido para a sociedade.

2.1 O NASCIMENTO DO DIREITO PENAL: estudo das finalidades do Direito penal enquanto ciência e da penalidade

Neste tópico serão estudadas as funções/finalidades do direito penal, mais especificamente as funções declaradas da pena pelo olhar criminológico. Tratar-se-á de estudar a pena e suas justificativas legitimadoras para a sua aplicação diante da sociedade.

Para isso iniciar-se-á com o conceito de direito penal de Luiz Regis Prado que se divide em conceito formal e conceito material: o conceito formal é que determina as penas ou medidas de segurança a serem aplicadas para as consequências das ações ou omissões delitivas; de outro modo o conceito material está relacionado a comportamentos de grande reprovação ou que causem grande dano a sociedade afetando seus bens jurídicos primordiais. (PRADO, 2014, p. 65).

A pena é dividida em três fases (funções) denominadas teorias da pena, que serão explanadas a seguir.

Inicia-se o estudo do Direito Penal a partir do modelo liberal que teve seu surgimento no Estado Moderno, quando também surgiu a chamada Escola Clássica, que veio com a proposta de impor limites ao poder de punir do Estado juntamente com a perspectiva de dar maior liberdade aos indivíduos frente ao tipo processual do

Estado pré-moderno que tinha como escopo o modelo inquisitório¹, que não previa nenhuma garantia ao acusado. (BUDÓ, 2013, p.28).

As Teorias retributivas da pena têm como fundamento castigar o delinquente como forma de retribuição pela violação do direito cometida. Ou seja, a pena tem função de devolver ao agente uma justa punição pelo ato praticado. Esse fundamento nasce com o Estado absolutista, que tinha como principal característica a ligação do Estado com o rei, o rei e a religião e; entre o direito e a moral. O rei representava a figura divina e assim, quem cometia um crime atacava indiretamente o soberano e a vontade divina, ou seja, considerava-se que o ataque ao rei era também um ataque a Deus. A pena era um castigo pelo qual se pagava a culpa pelo mal cometido. (BOZZA, 2015).

O Estado absolutista estava em transição, e nesta época ocorreu o surgimento da burguesia e com isso um grande acúmulo de capital; esse surgimento e desenvolvimento recente fez necessário que se desenvolvessem mecanismos de proteção para esse capital, e o Estado concentrou seu poder ilimitado de proteção para garantir o desenvolvimento do capitalismo. O capitalismo se desenvolveu e se sobrepôs ao Estado absolutista e surgiu o Estado burguês que em vez de representar a vontade divina, representava o povo. A pena não era mais a forma de expiação do pecado, mas sim de retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e transcrita nas leis. A pena emerge da necessidade de restabelecer a ordem jurídica abalada. Trocou-se a razão divina pela razão do Estado. (BOZZA, 2015).

Conforme essa teoria a pena tem como única função a de fazer “justiça”, Impõe um mal para compensar a culpa do autor do delito e se fundamenta essa culpa no livre-arbítrio do homem que pode decidir entre o justo e o injusto. (BOZZA, 2015).

Para Immanuel Kant (*apud* BOZZA, 2015) a pena é uma retribuição à culpa do sujeito e o castigo deve ser proporcional ao dano provocado pelo crime e a

¹ O modelo do processo inquisitório, que vigorou na generalidade das legislações europeias continentais dos séculos XVII e XVIII, tem subjacente o princípio de que a repressão criminal era de indispensável interesse público e competia em exclusivo ao Estado. No processo inquisitório, competia simultaneamente ao juiz inquirir, acusar e julgar, pertencendo-lhe o domínio discricionário do processo, o que tinha como consequência a perda de imparcialidade do juiz e, por outro lado, degradava o acusado a mero objeto de investigação, com a mais limitada possibilidade de defesa. (JACINTO, 2009, p.2).

resposta a uma agressão ao bem jurídico deve ser por meio de um ataque realizado pelo Estado à um bem jurídico individual de valor semelhante.

Zaffaroni e Batista (*apud* BOZZA, 2015) afirmam que a retribuição apresenta um ponto positivo, nela se tem uma limitação da quantidade de pena, e denominam esse princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva. O exercício do poder punitivo do Estado está limitado pela retribuição.

Heiko H. Lesh (*apud* BOZZA, 2015) assevera que a retribuição da pena não é outra coisa senão o restabelecimento da ordem, ou seja, o resultado necessário à transgressão da lei.

Hegel (*apud* BOZZA, 2015) por sua vez afirma que a pena não é a retribuição do mal causado. A quantidade da pena é relacionada com a intensidade da violação ao direito, e não ao mal causado pelo delito. Pode ser dizer que a pena não tem uma ligação com a pessoa lesada, mas sim, com a justiça. A pena refirma o direito.

Lesh (*apud* BOZZA, 2015) entende a pena como retribuição funcional, que se fundamenta em manter as expectativas de segurança criadas pelo direito. Essa expectativa pode ser entendida como a sensação de segurança que o direito passa para as pessoas, garantindo a elas o direito de andar pelas ruas sem ser furtadas. A partir do momento que uma pessoa é furtada essa expectativa é frustrada, e logo a pena tem a função de restabelecer essa expectativa criada pelo direito, de que as pessoas não podem furtar. De modo que as pessoas devem manter a confiança no direito, confiando nas normas.

Verificou-se que a função legitimadora do direito penal pelas teorias retributivas é retribuir ao criminoso o mal cometido por ele, aplicando-lhe penalidades. Diferentemente, para as teorias preventivas da pena ao praticar o delito o autor manifesta a sua desaprovação para com o direito, tornando-se assim propenso a cometer atos futuros que lesionem bens jurídicos; e por essa razão e como forma de prevenir futuras condutas é que recaem sobre o agente as penas criminais.

As teorias a serem analisadas agora são as denominadas teorias preventivas da pena que se apresentam em diferentes modalidades a prevenção geral e a prevenção especial.

A *prevenção especial* propõe combater a criminalidade ressocializando o delincente (prevenção especial positiva) ou neutralizando-o e evitando que esse venha a cometer novos delitos (prevenção especial negativa). (BOZZA, 2015).

Para a teoria da prevenção especial o Direito Penal deve combater o delito punindo. “Cabe perguntar, no entanto, se o direito penal conserva sua legitimação depois que o fato que se pretendia evitar já tenha sido cometido” (BOZZA, 2015).

Respondendo a pergunta: a teoria da prevenção especial tem o objetivo de prevenir, baseada em evitar que outros delitos ocorram se voltando exclusivamente ao indivíduo em particular, tendo como objetivo garantir que esse não volte a delinquir. (BOZZA, 2015, p. 51).

Essa teoria parte da premissa que o indivíduo que pratica um crime está demonstrando sua oposição ao direito e sua tendência a praticar atos futuros que lesem o bem jurídico, por ser portador de uma espécie de desvio social e por isso necessita de correção, e essa função corretiva compete à pena. (BOZZA, 2015).

Segundo Liszt (*apud* BOZZA, 2015) a prevenção especial pode atuar de três formas: protegendo a sociedade através da prisão do delincente; intimidando o autor com a pena, para que não cometa novos delitos no futuro e; evitando a reincidência efetuando a correção do indivíduo.

Agora o objeto do estudo não é mais o crime, mas sim o homem criminoso, substituindo o livre-arbítrio pelo determinismo que é determinar o quanto é perigoso o indivíduo por fatores físicos e sociais. A pena para Liszt (*apud* BOZZA, 2015) se mede de acordo com a necessidade de se evitar a prática de novos crimes; a pena obedece à finalidade de reeducar o delincente corrigível, intimidar aqueles que são intimidáveis e neutralizar os “incorrigíveis”. Ou seja, se o projeto ressocializador (prevenção especial positiva) da pena fracassar, o membro “doente” da sociedade deve ser neutralizado (prevenção especial negativa), e nesses casos não se excluía a possibilidade de aplicação das medidas como a pena de morte ou a prisão perpétua.

Com relação à prevenção especial negativa, compara-se o Estado com qualquer outro indivíduo, e quando o administrado cede direitos ao Estado para que por este seja protegido, automaticamente está autorizando a esse lhe defender contra fenômenos que venham a por em risco o seu interesse, e assim o Estado estaria atuando em legítima defesa o que o autoriza a ser violento. (BOZZA, 2015).

Esgotada a teoria da prevenção especial passar-se-á analisar a teoria da prevenção geral que também se divide em negativa e positiva. Essa teoria pretende usar a pena criminal como exemplo para coibir a prática de crimes pelos demais membros da sociedade. (BOZZA, 2015).

Para Hassemer (*apud* BOZZA, 2015) o ponto de referência da prevenção geral da pena é que o injusto não pode ser esperado somente de quem já “pecou” uma vez, mas também de todos os outros.

A visão dessa teoria é sobre o homem que tem uma racionalidade calculável, que ao ser apresentado às consequências da violação das normas o mesmo desistirá da prática do crime. (BOZZA, 2015).

Essa modalidade de prevenção geral (negativa) não vê na pena a função de retribuição nem de ressocialização, ela vê sua influência sobre a comunidade que, ao serem ameaçadas pelas penas e pela certeza de sua aplicação, tendem a se afastar da violação. (BOZZA, 2015). Ou seja, busca-se também a prevenção de delitos, mas agora não apenas com olhares para o condenado, e sim para as pessoas em geral, considerando-as como potenciais criminosos.

No mesmo sentido Beccaria (*apud* BOZZA, 2015) afirma que “o que intimida não é a quantidade de pena, mas sim a certeza da punição”.

Segundo Bentham (*apud* BOZZA, 2015, p.75) “o mau da pena não deve ser acidental, mas sim querido”. A finalidade na pena é a prevenção que se divide em “particular” que se dirige ao delinquente; e em “geral”, que se refere aos terceiros que podem cometer os mesmos delitos.

Para que as penas cumpram sua função elas devem ser divisíveis, certas, iguais, mensuráveis, análogas ao delito, exemplares, e com grau de severidade necessário para atingir a sua finalidade que é intimidar potenciais criminosos. (BOZZA, 2015).

A função da pena agora ganha uma nova aparência, a prevenção geral não é mais intimidativa, é baseada agora em um aspecto positivo (prevenção geral positiva) de reforçar a consciência jurídica da população. (BOZZA, 2015). Ou seja, tem como objetivo manter a estabilidade das expectativas de comportamento dos indivíduos, fazendo com que eles mantenham confiança no direito para mera estabilização da ordem normativa.

Há duas posições principais a respeito dessa teoria (prevenção geral positiva), ambas com propostas semelhantes, mas com fundamentos diferentes.

Roxin (*apud* BOZZA, 2015) entende que a prevenção geral positiva consiste em reforçar a confiança do povo no ordenamento jurídico. De outro lado Jakobs (*apud* BOZZA, 2015) considera a prevenção geral positiva como única função da pena criminal, que concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição. Para ele a pena tem por finalidade o reforço da confiança da população para com as normas jurídicas, que se não houvesse a punição do Estado após um crime ter sido cometido a validade das normas seriam duvidosas.

Hassemer (*apud* BOZZA, 2015) entende de modo similar ao de Roxin com relação à prevenção geral positiva, que o direito penal tem como função dar proteção aos bens jurídicos; ou seja, proteger a norma de qualquer tipo de afronta.

Para Jakobs (*apud* BOZZA, 2015) a prevenção geral positiva se propõe como uma teoria para legitimar e fundamentar a pena, essa teoria surgiu no final do século XIX, com Durkheim. Depois da Segunda Guerra o pensamento penal passou a uma ideologia de utilidade e humanidade das penas e as sanções terem como objetivo a ressocialização. Nos anos setenta surgiu um movimento que mostrou a realidade das instituições penais, que eram inadequadas e insuficientes para atingir o fim de reeducação e reinserção do condenado.

Na mesma época da crise do Estado assistencial, diminuem os recursos dos governos para reinserir os condenados na sociedade juntamente com isso cresceu a exigência de disciplina, aumentou a população marginalizada, aumentaram os protestos de natureza política, tudo isso produziu uma profunda crise, e posteriormente a ideologia da pena se reacomoda adotando novamente a função intimidativa. E aí que surge o mérito dessa nova teoria da prevenção geral positiva, ela veio como uma nova tentativa de fundamentar a pena e proteger o sistema penal diante da profunda crise já mencionada. (BOZZA, 2015).

As normas jurídicas apresentam estabilidades, possuem validade independente de seu cumprimento pelas pessoas. Possuem também validade mesmo quando ocorre de um fato criminoso, mesmo quando as expectativas são frustradas. (LUHMANN, *apud* BOZZA, 2015).

A pena agora serve para mostrar com seriedade a todos e de forma dolorosa ao infrator, que a sua conduta não obsta a manutenção da pena. (RODRIGUES *apud* BOZZA, 2015, p.95). Ou seja, agora se pode afirmar que as penas são dirigidas àqueles que cumprem as normas, e não mais a possíveis infratores, como forma de reafirmar o zelo ao direito por parte da sociedade.

As penas têm como objetivo buscar, exercitar, frisar o reconhecimento das normas. (BOZZA, 2015, p.96).

Com a função de superar os problemas das teorias anteriores, as teorias unificadas da pena surgem com a junção das funções de retribuição, prevenção especial e prevenção geral. Dessa forma as funções da pena seriam: 1) retribuição do injusto, por meio da compensação da culpabilidade; 2) prevenção especial positiva com objetivo de recuperação do autor do crime pela ação de correção da execução da pena; 3) prevenção especial negativa, com a finalidade de atingir a segurança da sociedade com o isolamento do indivíduo; 4) prevenção geral negativa, através da intimidação de eventuais delinquentes pela ameaça da sanção contida na lei penal e; 5) prevenção geral positiva como reforço da confiança da população no ordenamento jurídico. (BOZZA, 2015).

Para Hans Heinrich Jescheck (*apud* BOZZA, 2015) o direito penal tem a missão de proteger a sociedade mediante o castigo, portando possui função repressiva. Mas por outro lado também cumpre a função de prevenir infrações que se teme no futuro, possui então também a função preventiva. Também afirma ter a pena função ressocializadora a qual cada pena tem que contribuir para que o condenado restabeleça o seu respeito com o direito. Aponta como útil a prevenção especial positiva em algumas situações e a certos grupos de criminalidade: a delinquência juvenil, a criminalidade de reincidência e aos criminosos com eficiências psíquicas.

Claus Roxin adota as teorias preventivas unidas por acreditar que a lei penal protege a liberdade individual e a ordem social. A sua tese pode ser resumida em três pontos principais: a) a pena possui um fim exclusivamente preventivo; b) deve-se renunciar a qualquer forma de retribuição e; c) a intervenção estatal deve ser limitada pelo princípio da culpabilidade. Roxin explana os três pontos da seguinte forma:

a) A teoria unificadora preventiva centraliza os enfoques preventivo geral e preventivo especial, em algumas hipóteses é o enfoque ressocializador que prevalece, em outras o preventivo-geral; quando ambas finalidades se mostram incompatíveis prevalece a prevenção-especial e; por outro lado no momento da cominação legal pode ser necessário dar vez a prevenção-geral nos casos em que por si só se fundamenta a pena criminal ao se notar uma total ineficácia preventivo-especial.

b) A renúncia a toda retribuição da pena para o autor é devido ao fato de que as instituições jurídicas não possuem fundamentos para justificar a pena além de seus fins que são os de prevenção e por isso refuta qualquer possibilidade de se fundar a pena em retribuição.

c) O princípio da culpabilidade como meio de limitação da intervenção do Estado, se fundamenta na sensação de justiça da população, impõe que nenhum ato praticado por uma pessoa deva ser castigado além do merecido. Assim deve se entender que a punição tem um limite que é a (culpabilidade), e que deve prevalecer sobre qualquer objetivo preventivo da pena. (BOZZA, 2015).

Por fim constata-se que a pena tem por meio das teorias já citadas a função de impor certo limite ao direito de punir do Estado, não explicitamente, mas implicitamente se as penas devem observar as funções de retribuição e prevenção, pode-se entender como barreiras que o Estado não deveria traspor. Entende-se com a teoria da retribuição que a pena deve “ir” até que seja “devolvido” ao criminoso o mal causado por ele e nada mais que isso, e a teoria da prevenção que o Estado deve mostrar aos indivíduos que ele está presente com suas regras de proteção a sociedade as quais se forem quebradas terá o indivíduo a certeza da punição.

2.2 O DIREITO PENAL COMO ELEMENTO CONTROLADOR DO ESTADO

Neste tópico tentar-se-á compreender as funções exercidas pelo direito penal enquanto controle das atuações estatais na esfera criminal, atuando como uma espécie de mediador na criação das normas penais entre o Estado e os Indivíduos.

Começar-se-á a análise com a professora Vera Regina Pereira de Andrade ao salientar que o direito moderno vem sendo construído e apresentado pela sociedade com suas promessas básicas de legalidade e utilidade.

[...] pela via da legalidade o sistema penal se apresenta à sociedade como um exercício racionalmente programado do poder punitivo prometendo se exercer nos estritos limites da legalidade, culpabilidade, da humanidade e especialmente, da igualdade jurídica. (ANDRADE, 2003).

Rogério Greco (2014) afirma ser também a missão do direito penal, conter a “fúria legislativa”, ou seja, o desejo do legislador de criar tipos penais, proibindo ou impondo determinados comportamentos cujos bens não mereciam ser protegidos

pelo direito penal, mas sim por outros ramos do ordenamento jurídico menos radicais do que aquele.

E de forma a proteger os cidadãos da arbitrariedade ou da “fúria legislativa” na utilização das sanções incriminadoras, abusivas e desproporcionais pelo Estado, estão presentes os princípios fundamentais informadores e limitadores do direito penal que passaram a integrar os códigos penais e o texto constitucional dos países democráticos, como forma de garantia e de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. (BITENCOURT, 2006, p. 58).

Os princípios são a plataforma mínima para que se possa elaborar um direito penal de um estado democrático de direito. Nilo Batista (2001) elege cinco princípios como básicos do direito penal, quais são: o princípio da legalidade ou da reserva legal; princípio da intervenção mínima; princípio da lesividade; princípio da humanidade; princípio da culpabilidade. Tratar-se-á de cada um deles a seguir.

O primeiro surgiu com a revolução burguesa como garantia ao indivíduo frente ao poder estatal, e como delimitação do poder incriminador do mesmo Estado. Está preceituado entre os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, (art. 5º, XXXIX) e no art. 1º do Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal) com a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, e tem como função primária limitar a atuação arbitrária do ente estatal, de forma a regular os excessos cometidos pelos governantes no passado.

O princípio da reserva da lei impõe limitar o exercício da função punitiva somente às sanções previstas pela lei como delitos: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*. Isso exclui, particularmente, a possibilidade de introduzir penas no âmbito de qualquer dos poderes do Estado que não seja o Legislativo. (BARATTA, 1987, p.07).

O princípio da legalidade pode ser considerado a pedra fundamental de todo o direito penal que estima proporcionar a segurança jurídica; não somente como uma previsibilidade da intervenção punitiva do Estado, mas também transmitir o sentimento de segurança jurídica, de forma a garantir que o cidadão não será submetido à coerção penal diferente daquela que foi postulada na lei. (BATISTA, 2001).

Nilo Batista (2001) ainda traz quatro funções de garantias individuais pelo princípio da legalidade, são elas:

Primeira, função de proibir a retroatividade da lei penal (não há crime nem pena sem lei previa), tudo que se refira ao crime e tudo o que se refira à pena não pode retroagir em detrimento do acusado, essa irretroatividade deve ser aplicada também às medidas de segurança. A lei penal retroagirá sempre que for para beneficiar o acusado.

Segunda, função de proibir a criação de crimes e penas pelo costume (não há crime e não há pena sem lei expressa), somente lei escrita e promulgada do acordo com as previsões constitucionais poderá criar crimes e definir as penas.

Terceira função de proibir o uso da analogia para a criação de crimes, fundamentar ou agravar penas (não há crime e não há pena sem lei específica).

Analogia é utilizada pelo juiz quando atribui a um caso que não possui expressa regulamentação legal as regras que estão previstas para um caso similar. É estritamente inaplicável o uso da analogia em todas as normas que definem crimes e cominem ou agravem penas. São permitidas somente em situações que favoreçam o acusado, as chamadas analogias *in bonam partem*.

Quarta função é proibir incriminações vagas e indeterminadas. As leis penais que definem os crimes devem ser claras e simples de forma que todos os cidadãos possam entender seu significado e abrangência. O princípio da legalidade proíbe que se formulem tipos penais “genéricos ou vazios”. Bittencourt (2012) nesse sentido alerta que, para garantir que esse princípio cumpra com a sua função de estabelecer as condutas a serem incriminadas e as penas para elas, se faz necessário evitar o uso de expressões vagas e ambíguas, que venham a dar margem a qualquer interpretação diversa pelo juiz.

Além disso, também exige que a norma traga em seu texto além da descrição do comportamento proibido, bem como a determinação que corresponda a sanção penal, de forma mais precisa possível para que impeça uma punição excessiva que não corresponda a uma violação de cunho penal.(BITENCOURT, 2012).

O segundo princípio também foi concebido em meio ao movimento de crescimento da burguesia como reação ao sistema penal.

Com relação à limitação do Direito Penal, tem-se que o princípio da intervenção mínima propõe à pena ser a “última instância” e deriva de sua consideração como “remédio sancionador extremo”, que deve, portanto ser usado

somente quando quaisquer outros se revelem ineficientes. (BATISTA, 2001, p. 87). Ainda sobre este princípio, Bianchini pondera que:

Mesmo quando uma conduta viole um bem jurídico, ainda os instrumentos jurídico-penais devem ficar fora de questão sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por meios não criminais de política social: a necessidade social torna-se em critério decisivo de intervenção do direito penal, assim arvorado, em ultima ou extrema ratio da política social. (BIANCHINI, 2002, p. 76).

Como anotou Bianchini, também tendo como referência a ponderação de Nilo Batista, o Direito Penal deve ser a “última ratio”, ou seja, a intervenção deve ser mínima, somente usada em casos de extrema necessidade que não puderam ser resolvidos por outros instrumentos jurídicos não criminais (BATISTA, 2001).

Assim, dignos ou merecedores de tutela penal são exclusivamente aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para a sua conservação, observando-se que essa dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda necessário verificar, no caso concreto, se existe a necessidade da tutela de natureza penal. (BUDÓ, 2013).

Da mesma maneira, nos dizeres de Montesquieu (*apud* BATISTA, 2001) “toda a pena que não deriva da necessidade é tirânica” ou Beccaria, que “Se se proíbem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos”. Portanto a punição aplicada de forma desnecessária se torna injusta, e a repressão desordenada de quase todos os atos que venham a ser crime resultam na criação de novos crimes em tese gerados por essa proibição.

De acordo com Bitencourt (2012, p.54) na acepção de Muñoz Conde, a intervenção do direito penal se justifica quando: “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”. Ou seja: se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. O mesmo ensina Maurach (*apud* BATISTA, 2001, p.87) quando diz que “não se justifica aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave”.

Por fim, cabe ressaltar que o texto constitucional seleciona as situações em que devem necessariamente ser tratadas pelo legislador penal, que são nos casos daqueles bens essenciais à vida e ao bem estar do povo (BATISTA, 2001).

O terceiro princípio garante que somente sejam castigadas aquelas condutas que causem lesão aos direitos de outras pessoas, as condutas aqui são os pensamentos exteriorizados em ações que lesem o bem jurídico. Pois a conduta interna, ou individual seja ela ruim, imoral, escandalosa ou diferente, falta a lesividade para legitimar a intervenção penal.

As principais funções desse princípio em Batista (2001) são:

1. Proibir que seja criminalizado uma atitude interna qual sejam: ideias, convicções, desejos, aspirações, sentimentos, nem mesmo se forem voltadas para a prática de crimes. Qualquer atitude interna deve ser acompanhada de uma exteriorização para que seja punível.
2. Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Exemplos dessas condutas são: atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja sua execução não foi iniciada; a autolesão, ou seja, a conduta embora tenha sido exteriorizada e sendo ela violadora de um bem jurídico, porém não ultrapassou o âmbito do próprio autor, quais podem ser a automutilação ou o suicídio.
3. Proibir a incriminação de estados ou condições existenciais dos indivíduos. O direito penal deve ser um direito penal de ação, ou seja, o homem deve responder pelo que ele faz e não pelo que ele é. O princípio da lesividade proíbe a constituição de um crime a um estado ou condição da pessoa talvez por essa tiver sido etiquetada de “perigosa”, por já ter cometido outro crime.
4. Proibir a incriminação de condutas desaprovadas pela coletividade que não afetem bens jurídicos; uma característica da pessoa, um hábito de não cortar cabelo ou fazer a barba, por exemplo, não pode ser criminalizado, pois não viola nenhum bem jurídico. A função do direito não se caracteriza em controlar o indivíduo em seu modo de natural de ser, mas somente as suas condutas.

O quarto princípio se originou no mesmo processo histórico que deu origem ao princípio da legalidade e da intervenção mínima. E visa que a pena não

pode fazer sofrer o condenado além do necessário e não pode esquecer que o réu é pessoa humana.

É hoje reconhecido explicitamente pela Constituição, nos incisos III (proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante), XLVI (proporcionalidade da pena) e XLVII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas) do artigo 5º.

A racionalidade e a proporcionalidade das penas tiveram grande importância no surgimento do princípio da humanidade, antes deles as penas eram voltadas a simples retributividade, que nada se distinguiam das vinganças, eram ineficazes do ponto de vista da prevenção geral. E agora preveem mais garantias ao condenado como a proibição da prisão perpétua que se extrai do princípio da proporcionalidade.

O quinto é o princípio que tem como objetivo impedir que uma pena ultrapasse a pessoa do delinquente, como está preceituado na Constituição brasileira de 1988 em seu (artigo 5º., inciso XLV).

De acordo com Nilo Batista (2001) deve-se entender este princípio como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, e, deve também ser entendido como exigência de que a pena não seja aplicada senão quando a conduta do sujeito seja reprovável. Ou seja, é primordial analisar se o resultado estava relacionado com a vontade do indivíduo de desejar aquele resultado e para isso tenha agido de forma reprovável.

O princípio da culpabilidade demanda a subjetividade da responsabilidade penal, pois não cabe no direito penal a responsabilidade objetiva fazendo-se uma mera associação causal entre a conduta e o resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico. A culpabilidade não pode ser presumida.

Demanda também a personalidade da responsabilidade penal, da qual se derivam a intranscendência da pena, que vem para impedir que a pena ultrapasse a pessoa autora do crime ou autores e partícipes.

Findado o estudo dos princípios regradores do arbítrio Estatal, passar-se-á estudar e verificar que as promessas do direito penal e de seus princípios garantidores que não conseguem de forma concreta impor esses limites na sociedade. O direito penal que se pretende não é o mesmo que se tem.

É reconhecida pela maioria dos pensadores jurídicos modernos que a função direta do direito penal é a proteção dos bens jurídicos indispensáveis ao indivíduo e a comunidade, isso é de suma importância visto que não se pode criar

um delito e uma penalidade para este sem que se se determine qual o bem jurídico está sendo lesionado ou sob ameaça de ser. (PRADO, 2014).

A função básica do direito penal para Juan Martos Nuñez (*apud* BIANCHINI, 2002, p.30).

[...] é a de “estabelecer, mediante a proteção de bens jurídicos, o mínimo social-ético necessário para a convivência, na opinião da maioria”. Dai é necessário que se faça a busca de um equilíbrio justo e harmônico entre a proteção da sociedade e a proteção dos direitos fundamentais da pessoa. “Portanto, o direito penal cumpre uma função de garantia ao assegurar de valores de grande transcendência social, tecnicamente denominado bens jurídicos, os quais constituem o objeto típico de proteção das normas penais”.

Para a autora o direito penal alcança também a função de garantir valores morais da sociedade, e por isso que é necessária a definição dos bens que realmente necessitam ser juridicamente tutelados pelo âmbito criminal, ponderando a cerca de proteger ao máximo os bens e ao mesmo tempo deve cuidar para que não afronte os princípios básicos das pessoas.

Tem-se que as definições acerca do bem jurídico penal sofreram inúmeras variações históricas, mas para Jorge Figueiredo Dias (*apud* BIANCHINI, 2002, p. 38). “a noção de bem jurídico não pôde ser determinada e talvez jamais venha a ser”. Resta, no entanto um consenso expressivo através do qual se pode defini-lo como, “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso deve ser juridicamente reconhecido como valioso e portanto protegido pelo direito”. Portanto, o bem jurídico tutelado é fruto de um consenso de vontades das pessoas que estabelecem qual o nível de importância esse bem tem perante a sociedade e isso se reflete na esfera jurídica que o reconhece como “bem essencial” e por isso se deve mantê-lo em sua plenitude e assim o torna merecedor da tutela penal.

Nilo Batista (*apud* BIANCHINI, 2002 p.116) entende que, em uma sociedade dividida em classes o direito penal estará protegendo relações sociais escolhidas pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, ainda que contribuindo para a reprodução dessas relações. Então embora o ordenamento jurídico indique a necessidade de o legislador fazer um juízo positivo de valor a respeito de quais bem jurídicos são estritamente indispensáveis para a sociedade e

que devem realmente ser tutelados, por trás dessa “imparcialidade” sempre haverá um interesse classista, que irá fazer com que essa proteção seja dirigida para as relações sociais das classes superiores, classes essas as quais estão inseridos esses mesmos legisladores, que legislam para todos os indivíduos, ou ao menos tem esse dever.

Como visto anteriormente há no Brasil com a Constituição Federal de 1988, e com o direito penal, um sistema penal voltado à intervenção mínima e garantista. No entanto, recentemente o Direito Penal vem sofrendo um expansionismo com um objetivo e tentativa de proporcionar maior tranquilidade social, atitude que vem contribuindo para que seja feito uso excessivo da sanção criminal, medida que conforme entende Prado (2014, p.139), “não garante maior proteção dos bens, pois condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa”.

A esse respeito, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1999 p. 466) asseveram que:

[...] toda manifestação irracionalista no campo de direito penal tem tentado arrasar com o conceito de bem jurídico” não sendo “estranho que, de maneira geral, todas as manifestações do direito penal autoritário tenham desacreditado este conceito. O tipo implica o dever de abster-se da realização da conduta que a norma proíbe. Quando não se pergunta para que a norma proíbe essa conduta, só nos resta dizer que o dever se impõe por si mesmo, porque é o capricho, o preconceito, o empenho arbitrário de um legislador irracional.

Poder-se-á perceber que Zaffaroni e Pierangeli indicam que, todas as normas criadas sem que antes se verifique qual o bem jurídico está sendo ameaçado para que justifique a aplicação da pena, é demonstrar um modo ditatorial e injustificável de decretar pelo legislador, e isso desvaloriza a ideia de estar protegendo um determinado bem Jurídico ou até mesmo faz com que essa ideia seja esquecida e o direito venha a ser desacreditado pelas pessoas.

Francisco Muñoz Conde (1988) classifica como verdadeiro ciclo vicioso o estabelecido entre o aumento da criminalidade e o aumento do rigor nas leis penais.

Além disso, deve ser trazido de forma rápida para a discussão o modo de atuação do sistema judiciário que é caracterizado por um grau de discricionariedade, haja vista que,

[...] a norma penal é abstrata, aberta e repleta de lacunas que são preenchidas pela agência judicial, e para isso se servem de um *second code*, um código que determina a aplicação das normas abstratas e determinam a distribuição desigual das definições criminais na realidade social. (BUDÓ 2013, p. 45).

Essa aplicação de normas abstratas se tornando desiguais na forma de definir os crimes dentro da realidade social é visíveis lacunas das normas que como visto no início do tópico são coibidas pelo princípio da legalidade que impõe um dever de a norma ser estritamente certa e determinada para a situação fática, justamente para impedir que a agência judicial viole esse princípio e arbitre uma pena que não estava expressamente definida para o fato.

Além disso, Bergalli nas palavras de Budó (2013, p. 45) afirma que a subjetividade do juiz pode interferir nos motivos da sentença sem que isso seja percebido no seu resultado. Levando em consideração que a aparência do réu tem grande peso, pois se julga a aparência e a biografia do indivíduo, e não o fato ocorrido. Assim [...] fazendo uso do poder para definir que supõe as decisões judiciais, é possível atribuir ao controle jurídico-penal e, em particular, ao que exercem os juízes uma vasta competência na estigmatização daqueles que resultam selecionado mediante a ação destes processos de aplicação do direito. Assim sendo, o autor entende que há um selecionamento de classes sobre os indivíduos por parte dos juízes, que esperam um comportamento mais próximo da lei aos indivíduos que pertencem a classes sociais médias e superiores, e o contrário esperam dos que pertencem às classes inferiores.

Também cabe tratar da seletividade do sistema penal que percebida através da existência de muitos fatos definidos como crimes que ocorrem diariamente, mas que não são noticiados.

Além da questão da estigmatização oriunda do selecionamento referido anteriormente, também deve ser levado em consideração que o sistema penal está incapacitado estruturalmente de operacionalizar, através das agências policial e judicial, toda a programação da lei penal em virtude da magnitude de sua abrangência, pois está limitada a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, inferior a 10%. (BARATTA, 1993, p. 49, *apud* ANDRADE, 2003, p. 51). Zaffaroni (*apud* BUDÓ, 2013 p. 36) supõe que se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado “provocaria uma catástrofe social”, ou seja, se

todos os crimes e contravenções previstas fossem concretamente criminalizados conforme prevê a lei penal, praticamente toda a população seria criminalizada.

Perante essa suposição torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente aos setores vulneráveis. (ZAFFARONI, *apud* BUDÓ 2013, p.36).

Portanto o sistema penal possui uma espécie de discriminação “dando máxima ênfase na proteção do patrimônio privado de grupos sociais de elite e orientando se para atingir as formas de desvio típicas dos grupos mais marginalizados” (BARATTA, 2002, p.176) da sociedade, uma espécie de controle social sobre indivíduos determinados e selecionados, as leis são criadas de forma que tendem a criminalizar as classes mais baixas da sociedade, mas também são estabelecidas de forma a dar vantagens para aos que estão no topo da sociedade, demonstrando que agem de forma tendenciosa, apontados para proteger os “amigos” mais próximos.

3. O NEOLIBERALISMO PENAL BRASILEIRO

O período a ser estudado neste capítulo é o novo modelo de Estado denominado neoliberalismo², que propõe regular a atuação dos órgãos de controle social de modo a se buscar o bem estar social e manter a ordem com a atuação mais intensiva do próprio Estado nas relações sociais.

Inicialmente cabe destacar que o cenário internacional teve inúmeras influências no Brasil e ainda tem. Portanto é de suma importância analisar a relação entre o neoliberalismo penal brasileiro e as políticas governamentais norte americanas. Relação essa que gerou o aumento da repressão penal no Brasil e tem como referência o Movimento de Lei e Ordem originado nos Estados Unidos, influenciando diretamente a elaboração de leis penais na década de 1990. O Movimento de Lei e Ordem “entende a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser perverso” que não pode ser mantido entre as pessoas de “bem” (FRANCO, *apud.* BUDÓ, 2006 p.06).

Outro modelo que veio a complementar o Movimento de Lei e Ordem e também serviu de “inspiração” para o Brasil foi a doutrina de “Tolerância Zero”, que foi adotada em Nova Iorque pelo prefeito Rudolph Giuliani, que transformou a cidade em um mostruário da política de repressão penal para todo o mundo quando “autorizou que as forças de ordem atuassem de forma agressiva sobre os pequenos crimes e reprimir os mendigos e os sem-teto nos bairros mais abandonados da cidade”. (WACQUANT, 2001, p.25).

“A teoria de ‘tolerância zero’ se apresenta tendo como alvo o negro e como favorecido o branco” (WACQUANT, 2001, p.37). Esse modelo desde que foi aplicado em Nova Iorque passou a fazer parte dos discursos políticos de várias partes do mundo, inclusive no Brasil. (BUDÓ, 2013, p.73).

Em Manhattan, um complemento da “teoria de tolerância zero” que se popularizou segundo BUDÓ, (2013) citando DI IULIO JR, (2001) foi a “vidraça quebrada”, que sustenta que é lutando contra os pequenos problemas criminais do

² O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é O Caminho da Servidão, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política. (ou seja, trata de apostar nas políticas de livre mercado e no capitalismo como únicas alternativas para todas as economias do mundo). (ANDERSON, 1995)

dia-a-dia (os crimes de rua) que se consegue diminuir os crimes de grande monta, com o argumento de que assim se poderia controlar a criminalidade que só cresce. Mas a real função dessa doutrina é a de administrar a pobreza (prender os pobres), dando prioridade na perseguição dos crimes pequenos, cometidos pelos marginalizados da sociedade.

3.1 POLÍTICA CRIMINAL NEOLIBERAL BRASILEIRA

Nesse tópico analisar-se-á a vinda da política neoliberal para o Brasil que se consolida a partir da década de 90, em meio a dois discursos antagônicos: o do bem-estar social que mantém o foco na recuperação dos indivíduos “maus” com a intervenção do Estado, e ao mesmo tempo o discurso da fase de reestruturação e instalação do Estado punitivo legitimado como “único salvador”.

O “Estado providência” dá lugar ao “Estado punitivo”, sucumbindo o modo de prevenção e de assistência estatal para dar lugar à atuação policial e carcerária. Esse novo paradigma altera a imagem das classes populares carentes de políticas sociais e as configura como inaptas, quando não como simples parasitas do Estado (SALLA, *apud* PASTANA, 2012 p. 31).

Wacquant (2001) nas palavras de Pastana (2012, p.32) afirma que essa transição entre o que ele denomina “Estado Providência para o Estado-Penitência” destina-se,

“[...] aos miseráveis, aos inúteis e aos insubordinados à ordem econômica e étnica que se segue ao abandono do compromisso fordista-keynesiano e à crise do gueto.” Volta-se para aqueles que compõem o sub-proletariado negro das grandes cidades, as frações desqualificadas da classe operária, aos que recusam o trabalho mal remunerado e se voltam para a economia informal da rua, cujo carro-chefe é o tráfico de drogas.

Assim a forma que o Estado tem de controlar a criminalidade é perseguindo aqueles mais pobres, as classes subdesenvolvidas da sociedade que não possuem a qualificação exigida para entrar no mercado de trabalho da economia atual que paga mal e maltrata os que carecem de informação para exigir o pouco de direito que lhes sobrou, são esses os preferidos do sistema de controle, pelo simples fato de ninguém se importar com o que acontece com eles. O negócio é limpar os “maus” das ruas.

Nesse processo, o ideal seria que os legisladores buscassem através de políticas públicas sociais para melhorar a vida da população, utilizando o processo legislativo como um fim para isso. Mas na realidade elas são utilizadas como um meio de ganhar votos, propondo normas que garantam as próximas eleições, transformando a política em um espetáculo, de modo a agradar alguns eleitores, (eleitores esses das classes mais altas da sociedade), fazendo parecer necessário à promulgação de leis que satisfaçam as ansiedades destes eleitores, e nada melhor para isso do que a promulgação de leis de repressão penal; pois as leis penais são um dos meios preferidos do Estado e de seus operadores, em razão de ser baratas e de fácil propaganda, pois enganam fácil a população sobre a sua eficácia. (BUDÓ, 2013).

Nesse contexto, onde se caminha para uma transição do Estado social máximo para o Estado social mínimo, e do Estado penal mínimo ao Estado penal máximo, segurança não é mais significado de garantia da satisfação dos direitos sociais, busca-se garantir a proteção dos direitos fundamentais, através das mudanças nas legislações em favor do aumento da repressão penal, fazendo-se necessário com isso o aumento nos investimentos nos aparatos de controle pelo governo, através do sistema penal, pois a política neoliberal age de forma a reestruturar a sociedade tendo como base a política de redução de gastos no âmbito social que resulta na grande marginalização e exclusão, obrigando a aplicação de políticas de contenção e de controle social. (DORNELLES, *apud* BUDÓ 2013).

Wacquant (2001, p.28) apresenta dados que indicam a banalização dos direitos sociais em Nova York, pioneira na divulgação das políticas de “tolerância zero”, registrou em 1999 uma imensa expansão dos recursos destinados à manutenção da ordem, aumentando o orçamento para a polícia em 40%, número quatro vezes maior que as verbas destinadas a saúde pública. E no mesmo período houve um corte de um terço nos gastos com os serviços sociais da cidade, que resultou em uma perda de 8.000 postos de trabalho.

A difusão do medo do caos e da desordem tem servido para justificar estratégias de exclusão e disciplinamento planejado das massas empobrecidas. (BATISTA *apud* BUDÓ p.113). O grande interesse na exploração da violência tem induzido a práticas das funções veladas do cárcere: a formação do proletariado industrial e desenvolvido no controle da reprodução da força de trabalho assalariada. (SOBRINHO, 2010, p.149).

A partir dessa propagação de políticas e o sistema penal cada vez mais carregado, forma-se uma sensação de intranquilidade, gerando uma dominação do “medo”. Bauman (2008, p.8) traz que:

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, cessá-la estiver além do nosso alcance.

E na suposta tentativa de combate a estes medos, que se reage através da criminalização primária, utilizando-se do poder legislativo para a criação de normas penais para a solução do problema. O Direito Penal ao invés de atuar como instrumento de garantia dos bens jurídicos protegidos, passa a ser apenas um meio de confronto aos “medos” sociais. A legislação brasileira da década de 90 ampliou a criminalização primária e enrijeceu o modo de execução das penas. Houve também paralelo a isso a alteração no modo de cumprimento das penas que resultou em mais pessoas sendo presas e permanecendo por mais tempo presas, sendo presos provisórios ou definitivos. Como mostra a tabela com dados do Ministério da Justiça:

Tabela 1 - Pessoas presas sem julgamento no Brasil de 2000 a 2014.

Anos	Homens	Mulheres	Total
2000	77.393	3.382	80.775
2001	75.064	3.373	78.437
2002	76.699	3.536	80.235
2003
2004	78.592	8.174	86.766
2005	98.222	3.894	102.116
2006	107.968	4.170	112.138
2007	122.334	5.228	127.562
2008	124.892	5.853	130.745
2009	143.941	8.671	152.612
2010	154.780	9.903	164.683
2011	163.718	10.100	173.818
2012	184.284	10.752	195.036
2013/jun.	204.644	10.995	215.639
2014	198.605	13.619	212.224

Fonte: Ministério da Justiça. Relatórios anuais do Infopen.
(...) Informação não disponível.

Os dados apresentados na Tabela 1 reforçam esta percepção de descontrole e enrijecimento, mostrando que, em uma década, o número de pessoas presas sem julgamento no Brasil dobrou.

A lei 8.072/90 que aumentou as penas para os delitos classificados como hediondos, e estabeleceu a proibição de progressão de regime, aumentou o prazo para o livramento condicional, é um dos exemplos que de aumento da repressão penal que contribuiu e muito para o aumento das taxas de encarceramento no país. (CARVALHO, 2010, p. 34).

Ainda sobre o aumento da repressão penal e os elevados níveis de encarceramentos no Brasil, Jackson da Silva Leal (2013) citando Salo de Carvalho aponta em sua pesquisa a partir de dados do DEPEN Departamento Penitenciário Nacional que essa história inventada para legitimar a atuação estatal em aprisionar é falsa, pois ele demonstra que,

[...] embora o encarceramento tenha dobrado o seu número em um lapso temporal de dez anos – em 1997 havia 108,36 presos e em 2007 passou-se a ter 228,06 presos (para cada 100.000 habitantes) – o índice de homicídios no mesmo período (de 1997 a 2007, para cada 100.000 habitantes) teve variações insignificantes, ficando entre 24,2 homicídios no ano de 1997, e tendo seu ápice no ano de 2003, com 28,16 homicídios. Tais dados deixam claro o discurso falacioso do suposto aumento da criminalidade para justificar o incremento do controle e da punição, dos poderes de polícia e do aumento do encarceramento de forma significativa.

Além destes números, Salo de Carvalho (2010, p.35) ainda lista vários fatores do poder legislativo que contribuíram para o aumento dos índices de encarceramento:

- (a) criação de novos tipos penais a partir do rol de bens jurídicos expostos na Constituição (campo penal);
- (b) ampliação da *quantidade* de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal);
- (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal);
- (d) criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal);
- (e) enrijecimento da *qualidade* do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução pena);
- (f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); e

(g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal.

Ou seja: criam-se cada vez mais barreiras para manter os pobres dentro das cadeias, retirando benefícios, limitando possibilidades, fechando o cerco para de alguma forma criminalizar as classes marginais criadas pelas políticas adotadas pelo governo para justificar esse modo de atuação controlador, estendendo a sua mão sobre as pessoas e as fazendo acreditar que o Estado atua mesmo tentando combater toda a criminalidade, a começar pelos crimes de rua, os pequenos delitos.

Assim escreve David Garland (2008, p. 110):

O Estado deveria ser um agente da reforma assim como da repressão, do cuidado assim como do controle, do bem-estar assim como da punição. A justiça criminal no emergente Estado de bem-estar não era mais – ou pelo menos não era apenas – a relação entre o Leviatã e o súdito rebelde. Em vez disto, a justiça criminal se tornou, em parte um Estado de bem-estar, ao passo que o indivíduo criminoso, especialmente o jovem, o desfavorecido ou a mulher, passou a ser objeto de necessidades assim como da atribuição de culpa, passou a ser um cliente tanto quanto um criminoso.

Logo, o Estado deveria usar dos mesmos artifícios que utiliza para controlar, reprimir e punir para do mesmo modo, reformar, cuidar e promover concretamente o bem-estar social. Mas atua com a necessidade de ter os cidadãos desfavorecidos como clientes necessários, lhes atribuindo a culpa pela criminalização em massa.

As sociedades atuais são fundadas a partir da lógica de dominação que interpretam os fatos conforme o seu momento histórico e a ideologia vigente, de modo que as lógicas dos grupos dominantes devem prevalecer, cedendo assim a sua parcela de liberdade em troca de se restaurar a ordem, mesmo com a arbitrariedade ou opressão. Assim se verifica a atuação da política em traduzir o medo como mecanismo de dominação política e social, subtraindo os direitos dos cidadãos desvalidos em troca de satisfazer os clamores das classes “superiores”.

É nítido perceber que o medo é instalado principalmente nas classes mais baixas da sociedade com o objetivo de legitimar (justificar) a atuação arbitrária do Estado, que retira cada vez mais os direitos das pessoas de uma maneira “sorradeira” e imperceptível, se tornando uma estrutura de poder dominante perante os indivíduos.

Baratta (1999, p.206-207) sobre este fenômeno de dominação diz que, sendo a sociedade capitalista baseada na desigualdade e subordinação, é

necessário um sistema de controle social do desvio altamente repressivo, através de um sistema penal forte, típico do direito burguês, vez que o direito penal é um instrumento precípua de produção e reprodução das relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e exploração do homem pelo homem.

Como exemplo, podemos citar os dados apresentados por Débora Regina Pastana (2007, p.36) sobre a política de encarceramento no Brasil:

[...] que aumentando vertiginosamente nos últimos anos ultrapassou, no ano de 2006, a marca dos 401.000 presos. O sistema penitenciário brasileiro, por sua vez, ocupa de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional: 1051 estabelecimentos com um total de 236.088 vagas (homens: 223.164 e mulheres: 12.924), e, portanto, *déficit* de mais de 166.000 vagas.

Segundo estudos realizados pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas (ILANUD), “[...] o perfil para o presidiário brasileiro é de alguém majoritariamente pobre, do sexo masculino, de até 35 anos, com baixa escolaridade e baixa capacidade de inserção no mercado de trabalho”. (JACOBS *apud*. PASTANA, 2007 p.37). Isso demonstra claramente que também no Brasil se opera a criminalização da miséria, apontada por Wacquant, (2001) na Europa.

Nas palavras de Nilo Batista citado por Débora Regina Pastana (2007, p.38).

[...] o empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com conseqüentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de “flexibilizar” direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capaz de, tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir aposentadoria e auxílios previdenciários [...]; esse empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza.

Consequentemente é o próprio sistema de controle social cria a marginalização que futuramente será combatida pelas políticas de controle penal, com a premissa de que é prendendo os pobres que se chegará à diminuição da criminalidade em todas as classes da sociedade.

Batista entende e escreve nessa mesma linha:

[...]. A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos

que criou. Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe. (BATISTA, *apud*. PASTANA, 2007 p.39).

Por isso, a criminalização é, na era do neoliberalismo, a forma e talvez a única maneira de controle das sociedades de que dispõe o governo, legitimada como a solução rápida e definitiva para os problemas sociais. Mas, não se consegue visualizar o problema do crime sendo solucionado e, neste particular, Marcos Rolim cita em sua matéria publicada em setembro de 2013 pelo jornal Extra Classe do Rio Grande do Sul, a síntese do conservador economista americano Milton Friedman:

Após décadas de experiência, é evidente que mais polícia, mais prisões, penas mais duras, aumento dos esforços de apreensão, mais publicidade sobre os males das drogas – tudo isto tem sido acompanhado por mais, não menos, viciados; por mais, não menos, crimes e assassinatos; por mais, não menos, corrupção e por mais, não menos, vítimas inocentes. (ROLIM, 2013, p. 11).

Por conseguinte, enquanto em alguns países é discutida a descriminalização das drogas como solução, e em alguns outros que já aplicaram esse modelo a algum tempo e hoje comemoram os resultados positivos. O paradigma desses países é a redução dos danos, visto que a proibição não é a solução, mas sim parte do problema. Marcos Rolim escreveu que no Brasil os políticos optam pelo inverso e travam uma batalha contra as drogas:

[...] como se houvesse algum discernimento na tarefa de secar gelo. Apostando na ausência de reflexão e na demonização das drogas, os “senhores da guerra” escondem o fato de que os efeitos agregados pelo tráfico de drogas são muito mais danosos do que os efeitos danosos de todas as drogas ilegais somadas. (ROLIM, 2014, p.11).

Dessa maneira é que se caracteriza o acelerado crescimento do sistema prisional, por uma política de descentralização das unidades e de encarceramento em massa, focadas no proibicionismo de crimes patrimoniais e de drogas, como exemplo cita-se um trecho do texto do jornalista, sociólogo e professor Marcos Rolim sobre a opção adotada pelos EUA:

Desde um ponto de vista histórico, é irônico que o proibicionismo tenha sido o caminho proposto pelos EUA, país que havia experimentado a receita por 13 anos com a desastrosa “Lei Seca”. Em 1920, a 18ª emenda à Constituição americana estabeleceu a proibição da fabricação, do comércio, do transporte, da exportação e da importação de bebidas alcoólicas. O governo acreditava que o álcool era a fonte de todos os problemas sociais e que a proibição reconduziria a população à virtude.

[...] Os resultados, como se sabe, foram muito diferentes. A ilegalidade criou o tráfico de bebidas, estruturando a máfia nos EUA; as prisões foram superlotadas, as polícias foram corrompidas e as taxas de violência bateram todos os recordes. A ilegalidade do álcool ainda agregou novos problemas à saúde pública, criando o espaço para que produtores inescrupulosos vendessem álcool metílico, o que produziu cerca de 30 mil mortos e mais de 100 mil casos de lesões permanentes como cegueira e paralisia. (ROLIM, 2013. p. 11).

Visto isso, não é possível que ainda os governantes insistam na proibição ao invés da prevenção, e continuem a investir em políticas que fracassam que tem por resultado o imenso aumento do número de presos e os índices de vendas de drogas se manterão estáveis sem qualquer diminuição.

Nilo Batista nas palavras de Marília de Nardin Budó (2013) afirma que “o processo de relegitimação do direito penal desloca o foco da criminalidade política para a criminalidade comum de forma a tentar se compreender a violência urbana”. Portanto os grandes inimigos do Estado e da sociedade estão agora nos crimes praticados pelos miseráveis, “é no criminoso de rua, no pequeno delinquente, que passa a se encontrar o principal protagonista da mais nova transfiguração do *crimen lesa magestatis*”. (DAL RI JR, *apud.* BUDÓ, 2013).

Em uma sociedade fundada em consumo, em expansão do capital, onde se busca implementar estratégias de políticas de segurança pública estatal, que contém com um novo modelo de dominação conduzida pela indução das práticas dos indivíduos pela busca incessante pelo consumismo, e dessa forma que se tem a forma de controle social das massas pobres. Para Vera Malaguti, os consumidores falhos, os que não conseguem serem consumidores, são os novos alvos da sociedade, que passou a definir como impuros os incapazes de se inserir na sociedade do consumismo, isto porque “o ideal de impureza da sociedade moderna passa pela criminalização dos problemas sociais” (2003, p. 79). Portanto, o controle hoje é sobre os não consumidores, que são os pobres da sociedade.

O direito penal é hoje “[...] instrumento de encerramento de uma população considerada tanto desviante e perigosa como supérflua, no plano econômico”. (WACQUANT, 2001, p 98). Não se importa mais com a reinserção do indivíduo na sociedade, modificando o modo dele de pensar, “a atual forma de conceber as políticas de combate à criminalidade abandona a perspectiva humanista de reinserção do criminoso para focalizar a simples imposição de mecanismos de controle”. (GARLAND *apud.* PASTANA 2012, p.33).

Garland (1999, p.61), reafirma que “[...] a segregação punitiva – penas de longa duração em prisões ‘sem frescuras’ e uma existência estigmatizada, controlada de perto, para aqueles que são, finalmente, libertados – é cada vez mais a escolha que se impõe”. Assim é o modelo atual de estado liberal, que aprisiona mais e por mais tempo, e quando liberta passa a controlar de forma incisiva, visto que o sistema não recupera ninguém, apenas “enxuga gelo”.

Pastana (2012, p.37). escreveu que:

Atualmente pode-se dizer, sem receio, que vivemos sob a mais violenta intervenção do Estado na vida dos cidadãos, materializada através de uma dominação simbólica articulada pelo medo e por uma democracia fraturada, assente essencialmente no plano formal.

[...] “Por não sabermos mais distinguir a violência legítima da ilegítima, somos incapazes de determinar a dívida, quer dizer, o preço do ingresso na vida em comum”. (GARAPON, *apud* PASTANA 2007 p.35).

O modelo político brasileiro centralizado na punição, que usa o direito penal como solução para praticamente todos os conflitos sociais e tem como função simbólica de mecanismo tranquilizador da opinião pública que vem trocando a cidadania pela “proteção”. Intervenção essa orquestrada pela dissipação do medo entre as pessoas, pelos diversos meio de comunicação, a mídia é o elemento fundamental e indispensável para isso.

3.2 O PAPEL DA MÍDIA

A mídia jornalística tem influência direta nesse processo interventivo, essa influência se estabelece partindo da premissa de que nos tempos atuais devido aos grandes avanços tecnológicos trazidos pela era da globalização a facilidade com que as pessoas têm acesso à informação, “os meios de comunicação são onipresentes, de modo que em quase todos os lugares somos “bombardeados” por informações advindas de diversos tipos de meios de comunicação” (BUDÓ, 2013).

Os meios de comunicação de massa são os maiores influentes na era da informação, por conseguirem acessar todas as áreas e todas as classes da sociedade, e por isso possuem grande poder, tornando-se potentes órgãos de controle social.

Mas anterior a isso, o jornalismo tinha como escopo a função de defender o interesse público contra o poder do Estado nas questões políticas e sociais, e somente em segundo plano a obtenção de lucros. (BUDÓ, 2013) Mas a partir do século XIX a busca do jornalismo foi pela obtenção de lucros e a influência da propaganda, e aí “a imprensa torna-se uma instituição pertencente a determinados membros do público, assim facilitando a entrada de privilégios privados na esfera pública” (HABERMAS *apud* BUDÓ, 2013 p. 78). Essa mudança é característica do meio social atual, pois se sabe que os grandes meios de comunicação são dominados por grandes empresários que visam obviamente o lucro, e para a obtenção desse lucro é necessário cada vez mais o aumento dos índices de audiência e para isso fazem com que as informações possuam uma característica de produto que buscam atrair clientes específicos (público-alvo) ou consumidores desse “produto” chamado de informação. (BUDÓ, 2013).

Mudança também importante na veiculação da informação foi a adição da subjetividade do jornalista ao publicar a notícia, introduzindo a sua opinião na notícia. (TOUCHMAN, *apud* BUDÓ, 2013, p.79). Os jornais perceberam isso e começaram a identificar as suas colunas como sendo análises da notícia, separando assim o fato da interpretação, pois segundo a teoria mais antiga, a chamada teoria do espelho que consistia em “as notícias são como são porque a realidade assim as determina” (TRAQUINA, *apud*. BUDÓ p.80). Assim nota-se que os jornais adotaram artifícios para mascarar suas atuações e interpretações ao noticiar o fato.

Outrora os meios de comunicação de massa vieram a influenciar na construção social da realidade, fazendo com que as pessoas passem a pensar e agir de acordo com os assuntos previamente designados e construídos por “eles”. McCombs e Shaw desenvolveram teorias na década de 1970 que vem sendo atualizadas pelos mesmos autores até hoje. A teoria de Shaw afirma que “o público é, consciente ou ignora, presta atenção ou descuida, enfatiza ou passa por cima de alguns elementos específicos dos cenários públicos por influência dos meios de comunicação”. (SHAW *apud*. BUDÓ 2013, p.83). Ou seja, apesar de as pessoas possuírem opiniões formadas sobre diversos assuntos, somente alguns deles vão ter a atenção da sociedade de acordo com o foco que a mídia dá para cada um deles.

Nessa mesma linha McCombs diz que, o papel do meio de comunicação consiste em por como relevante um tema específico (MCCOMBS, *apud* BUDÓ, 2013

p.83). A partir dessa hipótese é que as relações entre a mídia e o crime se estabelecem de forma que os meios de comunicação dão prioridade a um tema de crime e deixam de lado outras discussões até mais importantes sobre a segurança social, e assim, reafirmando a função limitadora de opinião que o jornalismo possui. “a notícia não espelha a realidade, ajuda a construí-la como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento a notícia define e dá forma a esse acontecimento”. (TUCHMAN, *apud.* BUDÓ, 2013, p. 88).

Existem duas teorias que partilham o paradigma das notícias como construção social, a teoria estruturalista e a internacionalista. A Teoria estruturalista é uma teoria que destaca o papel de reproduzir a ideologia dos dominantes. Já a teoria internacionalista é caracterizada pelo estudo de como a produção da notícia interfere no modo como ela será noticiada, e se percebe que o jornalismo é parte dos processos cognitivos da realidade e contribui para a sua construção. Nelson Traquina (1993) define essas teorias como construtivistas, por enquadrar os acontecimentos, de modo a selecioná-los, excluir alguns, e acentuar diferentes aspectos do acontecimento, esses são alguns exemplos de como a notícia vem dando vida ao acontecimento constrói o acontecimento e constrói a realidade também. (*apud.* BUDÓ, 2013, p.89).

Essas teorias partem do mesmo pressuposto da teoria do etiquetamento³, ou seja, de que a realidade é construída através dos processos sociais, e ao mesmo tempo em que se constrói a realidade social, se constrói o modo como o homem percebe o mundo, de maneira dialética, buscando a verdade por meio das discussões sociais. (BUDÓ, 2013). [...] E é evidente que por detrás disso estão os interesses das empresas midiáticas, que atuam segundo o marco político geral, quase sempre em oposição a qualquer tentativa de construção do Estado social [...] geralmente com interesses justapostos de outras corporações ou grupos financeiros, dado o volume de capital que eles controlam. (ZAFFARONI, 2013 p.211).

Como se sabe a quantidade de informações e fatos a serem noticiadas são imensas, e para lidar com esse montante excessivo os jornalistas usam conhecimentos, hábitos e classificam os acontecimentos que vão se tornar notícia,

³Surgida nos EUA da década de 1960, a teoria do labelling approach, ou teoria do etiquetamento, sofreu uma forte influência do interacionismo simbólico, corrente sociológica que sustenta que a realidade humana não é tanto feita de fatos, mas da interpretação que as pessoas coletivamente atribuem a esses fatos. Isso significa, entre outras coisas, que uma conduta só será tida como criminosa se os mecanismos de controle social estiverem dispostos a assim classificá-la.(SELL, 2007).

isso é a chamada tipificação. Os informantes usam a tipificação para moldar os acontecimentos particulares do mundo em matérias-primas que possibilitem passarem por um processamento de rotina para serem disseminados. Esse modo de processamento da notícia pode causar sérias consequências para a atividade jornalística, pois essa objetivação feita pelos jornalistas pode conter erros de modo a aplicar equivocadamente estereótipos de criminoso a uma pessoa e dar a ela uma aparência criminosa perante a sociedade que não condiz com a realidade dos fatos, sendo essa pessoa inocente. (BUDÓ, 2013).

A seleção da notícia é o ponto mais relevante talvez na análise dos comportamentos da mídia na sociedade, é essencial, portanto analisar como se dá essa seleção e a construção das informações a serem noticiadas. “E quando não há naquele dia nenhum homicídio noticiável, repete as notícias dos dias anteriores, quando não o tem no lugar, mostra o de outra cidade, minimizando a referência geográfica”. (ZAFFARONI, 2013, p.208).

Os jornais tomaram como alternativa para uma possível falta de fatos que interessam para sociedade a construção de uma rede de informações, constituída em “posicionar” jornalistas em diferentes locais estratégicos de onde tendem a surgir os acontecimentos noticiáveis. Essa rede gerou questionamentos. Tuchman questiona o fato de que esse posicionamento estratégico parte da presunção de que nestes locais a possibilidade de surgirem fatos a serem noticiados é muito maior que em outros. Esses locais também indicam os tipos de fatos que serão noticiados. “A rede informativa impõe uma ordem ao mundo social porque faz possível que os acontecimentos informativos ocorram em algumas zonas, mas não em outras”. (TUCHMAN, *apud* BUDÓ, 2013, p. 92). Esse modo de seleção das notícias traz para a sociedade a falsa impressão de que nestes locais ocorrem praticamente todos os fatos ruins, causando nas pessoas o medo que posteriormente passam a etiquetar e repudiar os moradores destes locais como sendo os “marginais” daquela região.

Segundo Tuchman (1983), esse posicionamento dos jornalistas seguem três métodos baseados no que eles imaginam serem os interesses dos leitores. O primeiro a territorialidade geográfica, pressupõem que os leitores estejam interessados em locais específicos, a capital do país e cidades de grande importância econômica e política. O segundo método parte do pressuposto de que os leitores se importam com atividades específicas, o que leva os jornais a posicionarem seus repórteres em instituições centralizadas que geram notícias,

quais são: a polícia, o executivo do município do estado, o legislativo, etc. E o terceiro critério é a criação de departamentos independentes dentro da organização jornalística, com seus próprios pressupostos, que em caso de conflitos entre esses setores, o chefe geral da editora é que decidirá qual a notícia dentre as selecionadas como importantes irá integrar as páginas mais nobres do jornal. (TUCHMAN *apud* BUDÓ, 2013).

Para saber quais as condições os acontecimentos devem satisfazer para que se tornem notícias, condições essas que são chamadas de valores-notícia, que pressupõem que o fato deve ter relevância, interesse e pertinência de acontecimento para ser noticiado. Os valores-notícia servem para tornar rotineiro o trabalho de seleção de notícias, já que os fatos mudam diariamente. Tendo em vista que sempre surgem acontecimentos novos e que as notícias devem ser veiculadas cada vez mais rapidamente, os critérios de seleção devem ser fáceis e rápidos de utilizar. Esses critérios não são sempre os mesmos, pois em dado momento podem ser noticiados e em outro virem a não ser, já que o contexto pode ter mudado. Mauro Wolf classifica os valores-notícia de acordo com o seu conteúdo, a disponibilidade de material e critérios relativos ao produto informativo, ao público e à concorrência. (WOLF, *apud* BUDÓ, 2013, p. 94).

Com relação ao conteúdo da notícia a importância do fato é um dos principais fatores a ser levado em conta, visto que a importância tem quatro variáveis: 1. Grau e nível hierárquico dos envolvidos no acontecimento podem ser pessoas de elite ou países de elite; 2. Impacto sobre o interesse social, tendo como relevante a significância do acontecimento; 3. A quantidade de pessoas que o acontecimento envolve, considerando a notoriedade das pessoas, ou seja, quanto mais elitizados, maior será a noticiabilidade do acontecimento; e 4. A relevância e significação do acontecimento quanto a sua evolução futura de uma determinada situação. (COTTA, *apud* BUDÓ, 2013).

Por outro lado, o interesse da história a ser noticiada está ligado a sua capacidade de entretenimento, capacidade essa de atrair a atenção do público. Nesse contexto está à ideologia da notícia que é o pressuposto segundo o qual são noticiados primeiro os acontecimentos que representem uma infração, um desvio do uso normal das coisas. (BUDÓ, 2013). Ou seja, serão noticiados os fatos que mechem com o costumeiro das pessoas, é isso que traz mais audiência, porque as pessoas têm interesse maior nesses tipos de notícias.

Os delitos sexuais também interessam ao público, como afirma Zaffaroni:

Em certas ocasiões, o interesse midiático centra-se em alguns delitos sexuais, porque são fatos cujas imagens provocam muita indignação e também despertam grande interesse mórbido, ainda que não em todos os delitos sexuais, mas só naqueles que lhes servem. (ZAFFARONI, 2013 p. 202).

Desta forma, são as notícias negativas que estão no topo das mais preferidas de serem noticiadas, as que mais provocam o interesse do público. Não deixando de lado que também é levada em conta a importância do perfil editorial do jornal e do público ao qual ele se volta. (BUDÓ, 2013). Ou seja, a seletividade vai se voltar para alguns acontecimentos e enquadramentos deixando ocultos tantos outros, dependendo do público que se quer atingir.

A ocultação de fatos traduz a característica monopolizada dos jornais, que optam por mostrar certos fatos definidos por “eles” como relevantes e importantes (que geram audiência e lucro), e não mostram o outro lado da “moeda”, para não serem contrariados, e garantir o seu modo de conduzir as notícias a um só rumo determinado para chegar ao fim por eles predefinido que é a exclusividade na construção social da realidade.

O crime tem um grau de noticiabilidade singular, “os jornais sempre têm espaço para agressões e mortes”. (BUDÓ, 2013 p.102). Os crimes são os que mais possuem características interessantes dentre os acontecimentos negativos, pois “propiciam a busca por um culpado, contra quem a sociedade passa a se voltar e ao mesmo tempo geram uma trama digna de ficções que tem novos capítulos a cada dia. A violência e os crimes tendem a estar no topo das notícias” (BUDÓ, 2013 p.102), e por isso a rede informativa está formada de uma maneira que normalmente se tem um repórter responsável por verificar com exclusividade as notícias da polícia, as operações realizadas por ela, os flagrantes, as prisões e objetos apreendidos. “Isso significa que a pauta das notícias sobre crimes parte desde já das agências de controle social formal e por si só provocam de entrada um processo de seleção a respeito da realidade”. (RAMÍREZ *apud.* BUDÓ, 2013, p. 102).

As fontes das notícias são quase sempre as oficiais, em alguns momentos intercalam com as vozes das vítimas e de seus familiares, mas dificilmente vai existir uma outra fonte que fale de forma contrária, como por exemplo o próprio sujeito rotulado de criminoso.(BUDÓ, 2013). Ou seja, as características das

notícias de crime são a unanimidade das agências de controle social formal, juntando-se em solidariedade com as famílias da vítima e contrárias ao “criminoso”. Cabe destaque que a polícia já que atua nas ruas e tem o primeiro contato com a situação, é a fonte oficial do momento do acontecido.

A principal característica da atuação dos órgãos formais do sistema penal, em especial a polícia, é a seletividade, e das “teorias de todos os dias”, a polícia procura a criminalidade sempre no mesmo local, onde espera encontrá-la, deixando imunes fatos que são também contrários as leis, mas que estão fora dessas definições de preferência. As notícias são reproduções dos discursos das agências de controle penal e vão sempre incidir sobre uma determinada parcela da sociedade e contra uma específica parcela de atos, os crimes de rua. (RAMÍREZ, *apud* BUDÓ, 2013, p.104). Essas reproduções destes atos são fundamentais para a mídia alimentar o processo de controle social, alimentando as ansiedades da sociedade.

A mídia se vale de estereótipos do criminoso para a produção da notícia. “O estereótipo ligado aos desviantes pela mídia é um caminho de simplificação da realidade. Isso não é uma distorção calculada do mundo real nem uma cuidadosa reflexão dos eventos reais, mas antes é uma tradução da realidade dentro dos estereótipos”. (COHEN, *apud* BUDÓ, 2013, P.104). Nesse mesmo prisma a violência que é produzida pelo próprio sistema penal ao repreender de forma arbitrária as classes desfavorecidas, não é vista e nem noticiada como violência, pois tem baixíssima pontuação no quadro dos valores-notícia. Pode-se perceber neste aspecto que se forma um círculo vicioso onde as notícias tendem a simplesmente servir de alimento para os estereótipos e o senso comum sobre a criminalidade e os criminosos, e cada vez mais se realimentando e acabando por reproduzir os estigmas. Portanto se tem o grande papel de construção social da realidade vindo dos meios de comunicação.

O discurso dos jornalistas é que sempre buscam mostrar o lado do bem e o lado do mal para que todos possam se posicionar, mostrar a vítima e o acusado. Mas para BUSTOS RAMÍREZ “isso é um discurso de conto de fadas, mas com aparência de objetividade, autoridade e o máximo de credibilidade, e isso aumentado pelo profissionalismo tanto do jornalista como também da fonte, a polícia”. (DUDÓ, 2013, p.105). Esse discurso convence facilmente os leitores, que são manipulados sem perceberem.

Os discursos sobre crime noticiados pela mídia são quase sempre uma forma de legitimar a ação das agências de controle social, de um modo geral, o discurso é feito com a ideia de que os considerados criminosos “tendem a cometer crimes”, a questão da periculosidade entre outros também fazer parte desses discursos. Isso decorre da função de enquadramento da notícia e pela questão de seleção do que ser noticiado, “os fatos mais propensos a ser noticiados são os que a vítima é de classe média, branca e mulher e ao mesmo tempo o criminoso deve ser jovem, negro e pobre” (BUDÓ, 2013, p.105).

Budó (2013) nas palavras de Andrade percebe que a mídia passou a colonizar a função legitimadora da criminologia positivista operando com o mesmo senso comum, criminologicamente modelado na dimensão do espetáculo de amplíssimo alcance. A forma de expor a separação entre o bem e mal, entre pessoas criminosas e as de pessoas de bem, que antes era feito pela criminologia agora passou a ser feito pela mídia. Essa utilização excessiva de fontes institucionais para as notícias sobre crimes tem um significado negativo de reafirmação e legitimação a violência do controle penal que foi caracterizada nos países latino-americanos como genocídio em marcha (ZAFFARONI, 2001). Desse modo, se torna evidente que os órgãos de controle social informal e os de controle social formal ⁴constroem a fidelidade das pessoas aos valores do sistema. Ou seja, esses processos de estigmatização e etiquetamento dos desviantes têm início através dos órgãos de controle social informal. Segundo Lola Aniyar de Castro (2005), o que fica demonstrado é que a interação dos órgãos de controle é quase perfeita e quase inexistem contradições entre o que é transmitido pela família, ou pela igreja, ou pela televisão, etc., e as instituições de tratamento.

Com a mudança de paradigma nas pesquisas em comunicação, que ao perceberem as notícias como construção social, se opõe a visão de que a mídia manipula a massa e passa a considerá-los como “veículos de controle dentro de uma ideologia de controle, dentro das características próprias de um sistema de mercado e de consumo”. (RAMÍREZ, *apud.* BUDÓ, 2013). Esse controle se reflete na sociedade e gera a difusão do medo em uma parte da população, e quanto mais

⁴ No controle informal temos como pilares básicos o dia-a-dia, a família, religião, escola, etc., o informal socializa o indivíduo desde a infância, não possuindo penalizações. Já no controle social formal quem o exerce são os órgãos públicos que atuam na esfera criminal, como exemplo Ministério Público, Polícias, Sistema Penitenciário, etc., sendo assim, o indivíduo precisa seguir as normas, pois caso desobedeça alguma e cometer alguma infração penal passaram a ser controladas por esses órgãos, sofrendo penalizações bem mais rigorosas que no controle informal. (XAVIER et al., 2009).

o medo é difundido mais se tem o controle social desta determinada parcela da sociedade da qual se implantou o temor. “dessa maneira não é difícil perceber o papel legitimador dos meios de comunicação de massa em relação à adoção de políticas criminais autoritárias”. (BUDÓ, 2013 p.107).

Os meios de comunicação de massa auxiliam os demais meios na construção social da delinquência ao informar e mostrar apenas um lado da delinquência com as notícias de tragédias, e na construção social do delinquente ao moldá-lo de uma determinada forma para a sociedade através da edição das notícias, seu lugar na página, e os caracteres que são utilizados, as fotos e o modo particular de vocabulário que é usado para se referir a ele. (BUDÓ, 2013).

Os crimes cotidianos se inscrevem no interior do estereótipo da criminalidade do senso comum e são dominantes nas campanhas alarmistas sobre eles. A mídia juntamente com a opinião pública classificam estes delitos e os dividem os papéis da vítima e do agressor que geralmente correspondem a relação entre grupos sociais privilegiados “elitizados” de um lado, e de outro lado grupos marginais e “perigosos” (estrangeiros, jovens, pobres, desempregados etc.). (BARATTA, *apud.* BUDÓ, 2013 p.108).

Aí se percebe que os meios de comunicação de massa não tem somente o papel de legitimar o sistema penal, pois as campanhas da mídia através da implantação do medo e da violência vêm a coincidir com os movimentos de política criminal que reivindicam o aumento da repressão penal.

Convivemos atualmente com a busca da relegitimação do sistema penal, que é operada pelos meios de comunicação de massa em seus discursos diários quando noticiam de forma sensacionalista os crimes e os transformam em espetáculos. A notícia é hoje uma mercadoria, pois é um produto de uma empresa como qualquer outra. O sensacionalismo dos jornais é o que garante os lucros necessários para a manutenção das empresas de comunicação, é uma forma de transformar o acontecimento de uma forma que ele seja mais atrativo aos consumidores.

Ao mesmo tempo em que o crime é informação ele também é entretenimento, os exemplos são os programas pseudojornalísticos como o Linha Direta e Brasil Urgente, que são programas de entretenimento do público onde os protagonistas das “tramas” são as pessoas em ocasiões reais. Debord em 1967

explica que “a realidade surge no espetáculo, e o espetáculo é real. Essa alienação recíproca é a essência e a base da sociedade existente”. (BUDÓ, 2013).

Temos respaldo dessa alienação na forma como se dá a política atual, o fato de que a grande dimensão do espetáculo oferecido pela mídia tem como objetivo ocultar o fato de que o sistema penal não cumpre e nem tem o objetivo de cumprir com a sua função declarada. Esse sistema penal apenas exerce uma função simbólica e o *déficit* da tutela dos bens jurídicos é compensado com a criação diante do público de uma ilusão de segurança e de confiança nas instituições de controle penal. (BARATTA, 2002 p.22).

Os conflitos que legitimam a adoção de posturas mais repressoras são propagados pelos sensacionalismos da mídia, que espalha o medo da mesma forma. E a luta contra essa sensação de insegurança é canalizada para adoção de medidas contra uma criminalidade construída socialmente como sendo a pior ameaça à sociedade. Essa sensação de pânico leva para o público o sentimento de que os valores precisam cada vez mais ser protegidos, gerando assim as pré-condições para a criação de novas regras ou definição de problemas sociais. (COHEN, *apud* BUDÓ, 2013 p.111).

Vemos, assim, passo a passo, como a construção social da notícia, mediatizada pelo poder econômico e político, vai gerando atitudes e valores, isto é, elementos de juízo, para que se crie um sentimento de insegurança que é absolutamente seletivo. Esse processo indica o que é que se deve temer, deixando na sombra situações e condutas abertamente danosas que, entretanto, não causam temor. (CASTRO, 2005, p.216).

Ou seja, apenas as parcelas mais pobres e marginalizadas da sociedade são responsabilizadas pelos problemas da criminalidade, voltando-se contra elas o sentimento de insegurança, criando uma rejeição e originando discursos reacionários, voltando para elas a agressividade coletiva e não aos verdadeiros responsáveis por essa situação que são os detentores do poder.

Desse modo “a delinquência é entendida como um problema de ordem pública e não um problema social” (CASTRO, 2005 p. 234), o que faz com que para atender ao clamor da população por mais segurança pública torna-se primordial os investimentos em repressão penal, implementando medidas jurídicas como a edição de leis e também a modificação no modo de atuação da polícia no modo como faz as abordagens que se concentram nos bairros mais pobres.

Essa criação de que a criminalidade está generalizada de forma a criar a sensação de insegurança na sociedade servem para provocar o excesso de punição, pelo fato de que os crimes violentos são os mais propagados quando trabalhados pelas mídias que geram a impressão de que são mais corriqueiros do que os crimes menores. Os meios de comunicação de massa para Zaffaroni (2001, p.127) “são as fábricas de realidade, que induzem os medos que legitimam e desencadeiam as campanhas de lei e ordem quando o poder das agências encontra-se ameaçado”, nesse sentido os meios de comunicação assumem funções de fabricação de criminosos através da criação de estereótipos de forma seletiva. Os meios de comunicação hoje são considerados indispensáveis para o exercício do poder de todo o sistema penal.

Nos jornais podemos ver discursos que possuem as características de higiênicos, como as expressões utilizadas no Rio de Janeiro a “operação limpeza” que constituem nas atuações da polícia com o resultado de exterminar as pessoas classificadas como sujeira, tendo em vista que as favelas são tachadas de possuírem o caos da sujeira. (BATISTA, *apud*. BUDÓ, 2013 p.114).

Nesse sentido, Zaffaroni entende que:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de *peças decentes*, diante de uma massa de *criminoso*, identificada através de estereótipos, que configuram um *eles* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de *diferentes* e *maus*. Os *eles* da criminologia midiática incomodam, impedem que se durma com portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, *sujam* por todos os lados e, por isso, devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, *para resolver todos nossos problemas*. Para isso é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem nenhum obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros, imaculados. (ZAFFARONI, 2013 p.197).

Na visão de Zaffaroni os estereotipados são pela mídia separada da sociedade, são vistos como seres diferentes e maus que devem ser eliminados das ruas, sob a premissa de que estão atrapalhando a vida dos seres de bem, e o método principal para isso é o ataque direto e sem precedentes da polícia. O que demonstra que pouco restou do modelo liberal e democrático, sendo reproduzidos discursos cada vez mais conservadores e autoritários, que legitimam as torturas e mortes, caracterizando um tipo de Estado Ditatorial.

Nilo Batista referido por Marília Denardin (2008) afirma que no capitalismo tardio, não há mais como ver a mídia apenas como agência de comunicação social,

com função apenas comunicativa. A mídia vem assumindo um papel de agência executiva do sistema penal, pois influencia diretamente nas investigações policiais e no curso do processo.

Os veículos da mídia hoje instauram verdades juntamente com os órgãos da Justiça e são reconhecidos pela sociedade como autoridades para julgar e transmitir esse julgamento prévio como se já tivessem total certeza dos culpados e fazem a sua condenação perante a sociedade. Os meios de comunicação de massa estão tomando o lugar das agências de controle do sistema penal, produzindo inquéritos com gravações de imagens e áudios, acusam, condenam e ainda executam a pena. E partem da idéia de que “bandido deve ser castigado, deve sofrer, bandido bom é bandido morto”, o grande problema nisso é que são abominados pelas pessoas conforme a mídia sugere e muitas das vezes ainda sem terem sido acusados formalmente.

Ferrajoli, entende que desta forma,

[...] retomou-se nos nossos dias a antiga função infamante de intervenção penal que caracterizou o direito penal pré-moderno, onde a pena era pública e o processo penal corria em segredo. Apenas que a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas dos jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação, mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumido inocente.(FERRAJOLI, *apud* BUDÓ, 2013, p.116).

Essas violações são facilmente percebidas quando ocorre a divulgação de imagens dos acusados, de sua identidade, afirmando serem eles os culpados sem ter conhecimento de uma sentença transitada em julgado para confirmar tal relato. Sem mencionar que a pena imposta pela mídia é muito pior, pelo fato de que o ódio que é colocado sobre o “condenado” não pode mais ser removido, é irreversível o seu estado de inocência.

A política aliada com a mídia da maneira como foi tratada no tópico anterior, se aproveita dessa situação de drama diário das pessoas transformando-o em espetáculo e fazendo surgir daí a necessidade de aumento na repressão penal, pois simbolicamente essas edições de leis penais e a adoção de políticas de tolerância zero permitem que se compense o *déficit* da tutela real dos bens jurídicos, o que faz criar para o público uma ilusão de segurança, fazendo a sociedade acreditar no ordenamento e nas instituições, que na realidade possuem uma base muito fragilizada e debilitada. (BUDÓ, 2013). Ou seja, só se faz passar por um

sistema que busca realmente a diminuição da criminalidade, quando não passa de um sistema falido.

Portanto nesse contexto atual do neoliberalismo embora o sistema penal aparente possuir o papel utópico declarado de em casos extremos aplicar a sanção penal estabelecida com o objetivo de conter e diminuir a criminalidade, mas, não é isso que acontece, pois na prática temos o intrometimento da mídia nesse processo de contenção tornando-o assim um processo de criminalização precoce, sem precedentes, sem respeitar o devido processo legal. O neoliberalismo hoje se tornou um sistema midiático penal, onde seu papel é o de punir e também causar o pavor na sociedade criando a cultura do medo, visto que é através do medo se legitima a utilização de medidas extremas pelo poder público que deveriam ser impensáveis em qualquer Estado Democrático de Direito.

A referida cultura do medo está enraizada nas sociedades de modo a refletir a produção do imaginário amplamente divulgado primordialmente pela mídia, mas também pela família e pela religião. Quanto mais nos induzem a acreditar que estamos vivendo no caos, temos aumentada a sensação de insegurança, mas devemos perceber que as nossas sociedades estão de certa forma “doentes”. (PALASTINO *apud*. SOBRINHO, 2005, p. 220).

O discurso do medo está se tornando cultural, a “cultura do medo”, assim entendida pela forma como está sendo disseminada socialmente, criando o senso comum, manipulando o imaginário das pessoas, que passam a exigir mais intervenção estatal, que cada vez mais disciplinadora e emergencial.

Como visto o neoliberalismo que se espalhou para o mundo teve forte influência da política Norte Americana, que serviu e serve de modelo para a criação das políticas penais de vários países, o Brasil tem tentado aderir esse modelo e tenta até hoje com o aumento da repressão criminal, investindo nos órgãos de controle formal. A mídia sem dúvida desempenha seu papel de forma a contribuir com a propagação das notícias de crimes, tornando-as uma espécie de “circo” que diverte de certa forma os espectadores e assusta a população, criando os medos na sociedade. Essa forma de atuação conjunta da mídia com o governo está contribuindo de forma assustadora para o aumento da população carcerária, sobrecarregando os presídios que já estão abarrotados em sua grande maioria de presos por crimes de drogas, os crimes de rua, que são cometidos geralmente pelos pobres das sociedades. De forma lamentável está prendendo-se os pobres, de

modo a começar a “limpeza” por baixo, seguindo o modelo Norte Americano e levando as sociedades aos caos punitivo do mundo moderno.

De modo a direcionar o crescimento punitivo no mundo moderno existem diversas Leis criadas pelo governo para fazer de conta que o Estado está preocupado com a diminuição da criminalidade, uma delas é a Lei 12.737/2012, que será mais bem explanada do capítulo seguinte.

4. A LEI CAROLINA DIECKMANN: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

No presente capítulo estudar-se-á a política criminal no Brasil, o que é levando em conta para criar leis penais, considerando a participação da mídia e conseqüentemente da população nesse processo como grandes estimuladoras da criação de legislações inovadoras. Especificamente a análise se baseia na Lei 12.737/2012, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann.

Primeiramente se verificará os motivos dos legisladores para apresentação do projeto de lei, explanando as fundamentações apresentadas por estes para a necessidade de aprovação desse projeto e de que forma beneficiará a sociedade. Após será feita uma análise básica da norma legal, com base nos autores que discutem o tema. Serão tratados os modos e casos de aplicação da norma. E por fim, serão estudados os efeitos e as críticas direcionadas a forma como foi concebida a norma dos crimes eletrônicos.

4.1 DAS RAZÕES DO LEGISLADOR PARA O PROJETO DE LEI

A lei é fruto do projeto apresentado pelos Deputados Federais Paulo Teixeira, Luiza Erundina, Manuela D'Ávila, João Arruda, Brizola Neto e Emiliano José em 29 de novembro de 2011 na Câmara dos Deputados, pois viram a necessidade de criar uma legislação que regulamentasse de forma mais específica o uso “criminoso” dos meios cibernéticos devido ao impulso tecnológico do século XXI.

São inegáveis os avanços para a sociedade decorrente do uso da Internet e das novas tecnologias. Estes avanços trazem a necessidade da regulamentação de aspectos relativos à sociedade da informação, com o intuito de assegurar os direitos dos cidadãos e garantir que a utilização destas tecnologias possa ser potencializada em seus efeitos positivos e minimizada em seus impactos negativos. (BRASIL, 2011, D).

O avanço tecnológico, o advento da internet de forma acelerada abriu caminhos e encurtou distâncias. As pessoas passaram a poder acessar seus arquivos de qualquer lugar de forma muito simples e rápida. Logo isso também abriu caminhos para novos delitos, que até então não estavam tipificados.

Segundo a justificação para o projeto da referida lei, os deputados mencionam que entre alguns outros projetos que abordam a matéria encontra-se o

PL 84/1999 de autoria do deputado Luiz Piauhyllino. No entendimento dos autores desse novo projeto o antigo traz propostas de criminalização muito abertas e desproporcionais, que são capazes de ensejar a tipificação criminal de condutas corriqueiras praticadas por grande parte da população na internet. Tipifica também matérias como à guarda e acesso a registros de conexão, que deveriam estar inseridos em uma norma de internet mais abrangente e atenta aos direitos do cidadão. A sociedade, os especialistas participaram de manifestos virtuais em desfavor a aprovação deste projeto devido a essas características mencionadas que segundo eles, eram um tanto desproporcionais e criminalizaria condutas comuns dos usuários de internet em geral. (BRASIL, 2011, D).

Diante disso foi apresentado a PL nº 2.793 de 2011 com algumas diferenças em relação à 84/99, destacam-se algumas:

Trata apenas de tipificações penais.

[...] não se abordam as questões relativas a guarda e fornecimento de registros, ou demais obrigações imputáveis a provedores de serviços de internet - questões que encontram lugar mais adequado numa regulamentação civil sobre a matéria. (BRASIL, 2011, D).

Apresenta um número significativo menor de tipos penais.

[...] Norteamo-nos, nesta escolha, pela compreensão de que grande parte das condutas relativas praticadas por meios eletrônicos já se encontra passível de punição pelo ordenamento jurídico pátrio. Ainda, pautamo-nos pela visão de que não é a proliferação de tipos penais que levará à maior repressão de condutas. (BRASIL, 2011, D).

Para isso buscaram excluir as condutas que entendiam ser exaustivas na PL original, e também não eram claras e precisas, por serem muito amplas e indeterminadas. “Buscou-se, a este respeito, a utilização de terminologias que já encerrasse de forma adequada as condutas que se pretende criminalizar, sem estendê-las indevidamente”. (BRASIL, 2011, D).

Muitos tipos penais de mera conduta:

Por apresentar redação muito aberta, cuja simples prática “independentemente do resultado obtido ou mesmo da específica caracterização da intenção do agente - já corresponderia à consecução da atividade criminosa”, (BRASIL, 2011, D) de modo que traria uma antecipação do dano, típica de direito penal do inimigo, criando uma legislação que tipificaria delitos de perigo abstrato.

Esse projeto tende pela busca de equilibrar as penas de acordo com a gravidade das condutas, busca também harmonia com as penas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende também evitar a expansão desnecessária para novas searas penais. (BRASIL, 2011, D).

Feito essa introdução pelos legisladores, agora atentar-se-á na análise específica dos tipos propostos pelo “novo” projeto de lei: iniciando pela análise do artigo 154-A do diploma criminal, que tem como elemento específico do tipo a “invasão de dispositivo informático”, e se insere no capítulo que se refere aos “crimes contra a liberdade individual, e na seção correspondente aos crimes contra a inviolabilidade de segredos”. “[...] Apresenta como elemento nuclear o verbo “devassar”, representando assim um acesso indevido”. O objeto violado é o “dispositivo informático alheio”, que pode ou não estar conectado a rede mundial de computadores. (BRASIL, 2011, D).

Evita-se, assim, a tipificação dos casos de violação ou devassa de um equipamento do próprio proprietário, como a remoção de medidas técnicas de proteção embutidas em sistemas operacionais de dispositivos informáticos. (BRASIL, 2011, D).

Impõe a necessidade dessa invasão ocorrer mediante a violação indevida do mecanismo de segurança do dispositivo “evitando, assim, a criminalização do mero acesso a dispositivos desprotegidos”. (BRASIL, 2011, D).

Determina que a intenção do “invasor” seja específica de “instalar vulnerabilidades, obter vantagem ilícita ou obter ou destruir dados ou informações não autorizados”. E somente se pune quando a conduta do agente relacionar-se com o resultado danoso, ou quando o objetivo do agente for reprovável e que não se possa confundir com atividades legítimas da internet. “E assim se exclui os casos de mero acesso ou obtenção de informações, que por sua natureza não seriam passíveis de restrição de acesso”. (BRASIL, 2011, D).

Também é atribuída pena semelhante para quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde programas de computador que tenham o objetivo específico de praticar as condutas definidas no *caput*. (BRASIL, 2011, D).

Busca-se, assim, sancionar a produção e difusão de vírus de computador e códigos maliciosos, como aqueles empregados para o roubo de senhas e demais atividades nocivas. (BRASIL, 2011, D).

A necessidade de o agente ter a finalidade específica com a dissipação destes programas seja a de permitir que terceiros pratiquem atividades nocivas tipificadas. Assim se afasta de serem tipificados a produção e distribuição de ferramentas que tenham a finalidade de mero teste de segurança de sistemas informáticos, “e que, caso empregadas indevidamente, possam servir a finalidades nocivas. Isto porque faz-se necessário ao agente o dolo específico de permitir práticas criminosas”. (BRASIL, 2011, D).

Quando a invasão resultar em prejuízo econômico para o proprietário do dispositivo invadido – com majorante de um sexto a um terço, previsto no parágrafo segundo –, ou quando da invasão resultar o controle remoto do dispositivo – previsto no parágrafo terceiro com pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. Exemplo de controle remoto: quando o agente invade o computador alheio e a partir dele invade outros dispositivos para a prática de atividades nocivas. (BRASIL, 2011, D).

Também se prevê pena maior - de seis meses a dois anos, e multa - para os casos em que, por meio da invasão, o criminoso obtém mensagens de e-mail de terceiros - que são protegidas pelo direito à privacidade, ou informações expressamente reconhecidas como sigilosas em Lei. (BRASIL, 2011, D).

Neste caso, trata-se de forma qualificada do delito de informática, previsto no parágrafo terceiro do dispositivo estudado.

O parágrafo quinto, traz causa de aumento de pena quando o crime for cometido contra altas autoridades públicas, por considerar o legislador que essa conduta terá maior lesividade.

Destaca-se que estes crimes quando cometidos contra particular, deverão ser objeto de ação penal pública condicionada a representação do ofendido/interessado, conforme art. 154-B. “Evita-se, assim, que haja repressão a condutas reputadas inofensivas pelos próprios ofendidos, com o conseqüente desperdício de recursos na ação estatal repressiva”. (BRASIL, 2011, D).

O projeto ainda fez alterações em artigos já existentes no Código Penal. A primeira foi no artigo 266, que atualmente protege apenas os serviços telegráficos, radiotelegráficos ou telefônicos, agora ampliado por esse projeto que tipifica a conduta de interrupção, impedimento ou dificuldade do restabelecimento de serviço

telemático ou serviço de informação de utilidade pública. “É, portanto, mera “atualização tecnológica” da redação de dispositivo já existente”. (BRASIL, 2011, D).

Foi incluído também um parágrafo único no art. 298 do CP para equiparação de cartões bancários eletrônicos, de crédito e débito a documentos particulares, com objetivo de permitir a tipificação do crime de falsificação de documento particular. Pois segundo o legislador “é preciso efetuar tal alteração para deixar claro que o crime de “falsificação” também ocorre quando o objeto é um cartão de crédito ou débito”.

Espera-se, com este projeto, oferecer à sociedade uma alternativa equilibrada de repressão a condutas socialmente consideradas como indesejáveis, sem, no entanto operar a criminalização excessiva e demasiado aberta que permitiria considerar todo e qualquer cidadão como um potencial criminoso em seu uso cotidiano da rede mundial de computadores. (BRASIL, 2011, D)

Essas foram as razões apresentadas pelos deputados autores da PL nº 2.793 de 2011, para aprovação deste como forma de preencher lacunas presentes na legislação brasileira atual, com objetivo de frear a atuação livre de criminosos do “mundo” virtual.

4.2 UM ESTUDO DA LEI E SUAS APLICAÇÕES

Em 07 de novembro de 2012 foi aprovado o Projeto de Lei, nº 2.793 de 2011. Apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”, a Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012, teve seu pleno vigor no dia 02 de abril de 2013.

Referida lei, ainda projeto de lei, gerou mais discussão após fotos em que a atriz Carolina Dieckmann aparece nua terem sido divulgadas na internet. Segundo o site de notícias da Globo (G1) (<http://www.g1.globo.com>) “ao todo, 36 imagens foram publicadas na *web* em maio de 2012”. A atriz diz ter recebido um telefonema que foi atendido pela empregada onde um homem que disse estar de posse das fotos pediu R\$ 10 mil reais para não divulgá-las. “Em seguida, o hacker teria enviado duas imagens por e-mail para o empresário de Carolina, por meio da conta *vempropapai200101@hotmail.com*”.

Esse fato do vazamento das fotos por ter acontecido durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, deu origem ao apelido da lei com o nome da

atriz global. Conhecida como Lei Carolina Dieckmann, a Lei 12.737 alterou o Código Penal brasileiro, acrescentando os artigos 154-A, e 154-B, e ainda alterou o texto dos artigos 266 e 298, inserindo os crimes praticados via meios informáticos na legislação penal.

Vejamos o texto legal.

LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.

Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B:

“Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.”

“Ação penal

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

Art. 266.

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR)

“Falsificação de documento particular

Art. 298.

Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 30 de novembro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo (BRASIL, 2012, F).

O bem jurídico tutelado é a liberdade individual, agora mais especificamente trata-se da violação da liberdade do usuário do dispositivo informático, através de outro dispositivo informático. (NUCCI, 2014).

É crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que praticar a conduta descrita pelo tipo penal, pois a lei não exige nenhuma qualidade ou condição especial do agente. Ou seja, não necessita ser um *hacker*⁵ o invasor. (JUNIOR, 2013, NUCCI, 2014).

O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que seja titular do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador que foi violado. (NUCCI, 2014).

Pode o mesmo ser o proprietário ou detentor do dispositivo, nos casos que o equipamento é fornecido pela empresa ao funcionário para utilização profissional. (PRADO, 2013)

Essa causa de aumento somente se aplica quando o prejuízo econômico for consequência direta da invasão do dispositivo, e não quando for um meio utilizado pelo agente para praticar um crime contra o patrimônio por meio da internet, ou seja, a lesão ao patrimônio deve decorrer da própria invasão. (JUNIOR, 2013).

O elemento subjetivo do crime é o dolo. Não se pune a forma culposa. (NUCCI, 2014). Para caracterizar as condutas do tipo penal é fundamental o dolo e o especial fim de agir que é a obtenção, a adulteração ou a destruição de dados ou informações, também a obtenção de vantagem ilícita. (REIS, 2014).

⁵ Um hacker pode ser definido como o indivíduo que detém certos conhecimentos como a prática de invadir e acessar sistemas não autorizados, independentemente da finalidade ou não de causar um dano ou obter vantagem indevida. O fato de ter esses conhecimentos, não significa necessariamente que irá utilizá-los para cometer delitos. (JUNIOR, 2013).

Admite a forma tentada quanto à violação do dispositivo informático, porém não se aceita no tocante a figura §1º, pois trata da preparação do previsto no *caput* e não se pune a tentativa da preparação, pois já é uma exceção em matéria de criminalização. (NUCCI, 2014).

As formas qualificadas pelo resultado quando a invasão resultar na obtenção de conteúdo de comunicação eletrônica privada, segredos comerciais ou industriais, informes sigilosos, definidos em lei, ou o controle ou acesso remoto sem autorização ao dispositivo, a pena será de reclusão, de 6 meses a 2 anos, e multa, se não constituir crime mais grave – prevista no art.154-A parágrafo terceiro –. Aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro dos dados e informações obtidos – parágrafo quarto do art.154-A. (MPSP, 2013).

Aumenta-se a pena conforme o parágrafo quinto do art.154-A, de 1/3 (um terço) até 1/2 (a metade) se o delito for praticado contra Presidente da República, governadores e prefeitos, Presidente do STF, Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado, de Assembleia Legislativa, da Câmara Legislativa do DF ou Câmara Municipal e de dirigente máximo da administração direta ou indireta, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (NUCCI, 2014).

A ação penal é pública condicionada à representação da vítima. Ou seja, “para que o criminoso possa ser investigado pela Polícia e processado pelo Ministério Público, é preciso que a vítima autorize, oferecendo a representação” (Nota Técnica do MPSP, 2013), salvo quando o delito é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos, nesses casos o Ministério Público pode processar diretamente (NUCCI, 2014).

Importante a informação da Nota Técnica Ministério Público de São Paulo (2013).

Se a conduta for mais grave que a simples invasão com a finalidade de obtenção, adulteração ou destruição dos dados ou informações, ou a instalação de vulnerabilidades, como por exemplo, fraudes em netbanking (furto qualificado), estelionato ou extorsão, interceptação de comunicação telemática, o crime de invasão de dispositivo informático será desconsiderado, porque constituirá somente um meio para o cometimento daquelas condutas.

O principal objetivo da Lei é proteger a privacidade do indivíduo com relação a seus dados e informações pessoais e profissionais que estejam armazenados em dispositivos de informática, que teve sua segurança violada sem autorização.

Wanderlei José dos Reis (2014) explica que se trata de um tipo penal misto que possui duas linhas incriminadoras, a invasão do dispositivo informático alheio, que estejam ou não conectados a Internet, e que consista na violação indevida de dispositivo de segurança, com o objetivo de adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo. Também dispõe a Lei sobre a instalação de vulnerabilidades para obtenção de vantagem ilícita.

A exigência do art. 154-A também é de que o dispositivo informático seja alheio, isto é, não pertença ao agente que o utiliza. “Assim, por exemplo, se alguém coloca informações em um computador de outra pessoa e se esta última acessa os dados ali inseridos, não se caracterizará o delito em estudo”. (GRECO, 2014).

A invasão é configurada no exato momento em que o agente consegue invadir o sistema, sendo irrelevante que o dispositivo esteja conectado ou não à internet. (JUNIOR, 2013, p.108).

O delito ocorre também nos casos em que a intenção é de obter os dados e informações que estão armazenadas em nuvem (*cloudcomputind*), que é o armazenamento de dados e informações em servidores *on-line*, pois o tipo penal não exige que os dados estejam armazenados no disco rígido do computador do usuário (vítima). (JUNIOR, 2013).

O dispositivo deve dispor de mecanismo de segurança para a configuração do tipo penal. “Podendo-se afirmar que a ausência de mecanismo de segurança, ou o não acionamento deste, impede a configuração do tipo penal”. (REIS, 2014).

Por mecanismo de segurança, pode-se entender qualquer mecanismo, solução ou alternativa computacional destinada a proteger o dispositivo informático contra qualquer espécie de ameaça à segurança de dados e informações nele armazenadas. (JUNIOR, 2013, p.109).

Em virtude disso, resta a dúvida quanto a proteção pela Lei dos dispositivos que estejam desprovidos de mecanismos de segurança, visto que o

texto se refere expressamente à aparelhos que contenham aplicativo antivírus, firewall, senhas etc.

Rogério Greco ([2014]) entende que

Essa exigência, isto é, a violação indevida de mecanismo de segurança, impede que alguém seja punido pelo tipo penal previsto pelo art. 154-A do diploma repressivo quando, também, mesmo indevidamente, ingresse em dispositivo informático alheio sem que, para tanto, viole mecanismo de segurança, pois que inexistente.

É sabido que muitas pessoas não costumam colocar senhas nos seus aparelhos eletrônicos para facilitar o acesso ao mesmo, e assim acabam deixando o mesmo vulnerável a uma eventual violação. Sabe-se também que ninguém tem o direito de violar o dispositivo de outra pessoa sem autorização desta, mas para configuração do crime, “tendo em vista a exigência contida no tipo penal em análise, somente haverá a infração penal se houver, por parte do agente invasor, uma violação indevida do mecanismo de segurança”. (GRECO, [2014]).

Conforme o art. 154-A, §1º, do Código Penal, se enquadra na mesma pena prevista no *caput*, ou seja, detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, o agente que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador⁶ com o intuito de permitir a prática definida no *caput*.

O produtor do programa de computador não será responsabilizado pelo fato de produzir o mesmo, somente se a intenção for de permitir a prática do crime de invasão de dispositivos. Deverá ser provado que a intenção daquele foi a de permitir tal prática prevista no *caput* do art. 154-A do CP. (JUNIOR, 2013 p.111).

A Lei alterou também o artigo 266 do código penal que passou a criminalizar a interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública, bem como impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento também configura crime. As penas variam de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão e multa que serão aplicadas em dobro em caso de calamidade pública. (Nota Técnica do MPSP, 2013).

A interrupção ou impedimento do serviço pode ser feita de várias formas, como exemplo a destruição física de uma determinada rede, ou mediante um ataque virtual. (MPSP, 2013).

⁶ Nos termos do art. 1º da Lei 9.609/98, tem-se o conceito legal de programa de computador: "é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados". (BRASIL, 1998, E).

No Brasil a conduta denominada ataque de denegação de serviço (DOS/DDOS) é crime. Tal conduta consiste em:

O DOS (denial of service) não constitui geralmente uma invasão de sistema alvo, mas uma sobrecarga de acessos que fazem com que o fluxo de dados da rede seja interrompido. É chamado de ataque de denegação de serviço difundido ou DDOS (distribute denial of service) quando o criminoso infunde por meio de seu computador (mestre) vulnerabilidades ou programas maliciosos em vários computadores (zumbis), fazendo com que contra a vontade ou mesmo sem que os usuários afetados percebam, acessem simultaneamente ou sequencialmente o serviço que pretende ser travado. (MPSP, 2013).

Ou seja, esse procedimento consiste em acessar com diversos computadores simultaneamente o servidor de um determinado site, fazendo com que o mesmo fique sobrecarregado e assim não consiga liberar o acesso a nenhum outro computador. Em linhas mais práticas, seria em tese a mesma situação na qual se tem uma cela de presídio com capacidade para 10 presos, e colocam-se nela 50, logo se chegar mais alguém pra entrar não terá mais espaço e o mesmo é liberado e convidado a voltar em outro dia.

Isso pode acontecer quando está nas últimas horas para a inscrição em um vestibular e a pessoa se depara com o site congestionado, isso pode ocorrer devido a ataques desse tipo (chamados ataques de denegação de serviço), quando a pessoa não consegue o acesso ao mesmo.

Na Lei também equiparou o cartão de crédito ou débito com o documento particular – art. 298 parágrafo único do Código Penal –, a nova Lei os transformou em objetos materiais do crime de falsidade de documento. Para configurar crime basta que seja inserido os dados na tarja magnética, que é o que permite o acesso a sistemas bancários ou de crédito que pertencem a determinado correntista, dados esses que não foram emitidos pela instituição correspondente. (MPSP, 2013).

Somente a falsificação todo ou parte do cartão será considerada crime. Ou seja, quem estiver de posse de um cartão clonado, mas não for o responsável pela falsificação, não comete o crime descrito. “Se for utilizado o cartão e alcançado o dano patrimonial, em regra tratar-se-á de crime de furto qualificado pela fraude e a falsidade será absorvida”. (MPSP, 2013).

A lei é irretroativa, aplica-se apenas aos fatos ocorridos a partir de sua entrada em vigor, devido à garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa,

consolidada no artigo 5º, inciso XL, da constituição da República Federativa do Brasil. (OLIVEIRA, 2013).

4.3 SEUS EFEITOS E CRÍTICAS

Antes da entrada em vigor da Lei 12.737/2012, especialistas da área de direito eletrônico afirmavam que em média 95% dos crimes ocorridos no meio informático já estavam previstos, mas havia a necessidade de se preencher essa lacuna ínfima de 5%. (PENIDO, 2013).

O principal objetivo da lei era o preenchimento dessa lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, onde muitas vezes algumas condutas não eram consideradas criminosas, em virtude do princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

Pedro Beretta (2014, n.p.) afirma que embora a criação da lei tenha acontecido tardiamente,

[...] demonstrou, mesmo que de forma equivocada, a preocupação do Estado em tutelar diversas mudanças trazidas pela tecnologia da informação, sendo de grande importância o reconhecimento de medidas para proteger os aspectos de liberdade individual do cidadão e também eventuais prejuízos de ordem material originários de uma “nova prática ilícita”.

Portanto a lei veio para acompanhar a globalização, as atualizações da modernidade, buscando tutelar e prevenir as novas práticas ilícitas do mundo moderno.

Porém considerando que a lei foi criada com objetivo específico de punir as condutas criminosas cometidas por meios eletrônicos e informáticos, e prevendo apenas uma pena ínfima, concedendo benefícios aos crimes de menor potencial ofensivo (pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa), a capacidade de intimidar os praticantes desse tipo de crime não foi atingida. Pois não causou medo em seus infratores. (BERETTA, 2014).

Pedro Beretta (2014, n.p.) afirma que se a intervenção penal, em regra,

[...] somente se justifica quando houver perigo concreto ao bem jurídico tutelado em *última ratio* e não por mera desobediência da lei, ausente a existência de qualquer lesão ou risco à efetiva ocorrência de dano tutelado

pela norma penal incriminadora, por mais que seja imoral ou inadequado, não há que se falar em crime.

Dessa forma, nem toda conduta relacionada à invasão do dispositivo eletrônico pode ser considerada criminosa, pois precisa do perigo de lesão ao bem jurídico para configurar o tipo penal incriminador.

Ou seja: a) A simples invasão não pode configurar crime, pois necessita a finalidade específica de obter, adulterar ou destruir dados e informações de acordo com a lei; b) O tipo penal do art. 154-A não define “mecanismo de segurança” que é questão crucial para caracterizar o cometimento do crime ou não, pois se o dispositivo não possuir qualquer tipo de proteção como (senha, antivírus, *firewall* etc.), inexistirá a modalidade culposa e a conduta será atípica. portanto se o usuário não possuir aplicativo antivírus ou anti-malware, ou possuindo, mas o mesmo estiver desatualizado, também não haverá crime; e c) A lei estabelece que o mecanismo deva ser violado, invadido. (BERETTA, 2014, n.p.)

Pergunta-se, e se não ocorrer essa invasão como na seguinte situação hipotética criada por Pedro Beretta (2014, n.p.).

A e B são amigos e cada um está com o seu computador (conectado ou não à rede de computadores). A solicita a B seu notebook emprestado, pois o dispositivo informático de A está acabando a bateria. B autoriza o acesso de seu amigo. A, no entanto, sabia que seu amigo, B, estava tendo relações com sua namorada. Assim, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, ao utilizar o computador de B, A verifica que existem diversas fotos de B com sua namorada em momentos íntimos. Este, por sua vez, ingressa no sistema de fotos do computador de B e obtém, altera-as e apaga todas as fotos para posterior publicação na Internet.

Nessa situação pergunta-se se “A” praticou o crime descrito no artigo 154-A do Código Penal? Não, pois além de não utilizar nenhum mecanismo de violação para o acesso ao dispositivo, ele obteve autorização tácita de “B”. (BERETTA, 2014). Portanto não houve a livre vontade de realizar todos os elementos do tipo descritos, não houve dolo.

Do mesmo modo é enquadrado na Lei quem: “invadir dispositivo informático alheio”. O conceito da palavra “invadir” significa “entrar a força ou hostilmente” no território de alguém (MICHAELIS, 2009). O termo, no contexto apresentado no dispositivo, denota uma conduta comissiva cujo ingresso é presumidamente agressivo. Acontece que nos crimes informáticos o método utilizado não é violento e nem agressivo, em sua grande parte é o usuário que por

ser inexperiente ou por um descuido, de forma ingênua acessa sites falsos ou instala aplicativos mal intencionados enviados por criminosos com o intuito de obter os dados do usuário. (PRAZERES, 2013). Alguns exemplos desses aplicativos são: (Vírus, Trojans, Spywares, Worms, Adwares⁷).

Esses aplicativos de interceptação de dados estão na sua maior parte espalhados em sites com muitas propagandas, e devido a esse excesso de propagandas exibidas nessas páginas o usuário que pretende acessar algo que lhe chamou atenção (uma oferta ali exibida) clica e o *link* o redireciona para outro *site* em que esse tipo de aplicativo mal intencionado é instalado imediatamente e de forma “silenciosa”, de modo que o usuário não percebe e na maioria das vezes o aplicativo antivírus também não consegue detectá-lo. Dessa forma, estas condutas não se enquadram nos delitos tipificados na Lei, uma vez que o dispositivo prevê a violência como elemento indispensável do tipo.

Ainda com relação à “invasão” do dispositivo informático Oliveira, (2013) traz a seguinte indagação: Utilizar o computador de outra pessoa sem autorização configura invasão?

Se houver violação indevida de mecanismo de segurança, como a senha, por exemplo, pode-se dizer que sim, mas se a pretensa vítima esqueceu o computador ligado a resposta será negativa. De todo modo, o tipo penal me parece um pouco genérico. Somente haverá crime em caso de invasão de dispositivo (computador, periféricos, etc.). Se o autor limitar-se a invadir um perfil de rede social, um e-mail, banco de dados ou um álbum de fotografias, sem passar pelo computador da vítima, não incidirá no crime em análise. Cuida-se de um erro crasso do legislador. (OLIVEIRA, 2013).

Ou seja, o equipamento informático do usuário não é invadido, os dados são retirados das redes sociais, e-mail, “nuvem”, que são ferramentas que proporcionam aos usuários a possibilidade de armazenarem seus dados diretamente

⁷*Malware* é qualquer código de *software* feito com a intenção de prejudicar dados, dispositivos ou pessoas. Quando se fala em vírus, cavalos de Tróia (*Trojans*) ou *spyware* e similares, fala-se de diferentes variações de um *malware*. *Vírus*: Podem se espalhar descontroladamente, danificando uma funcionalidade principal de um sistema e apagando ou corrompendo arquivos. Geralmente aparecem como um arquivo executável; *Trojans* ou Cavalos de Tróia: Este tipo de *malware* se disfarça de *software* legítimo, ou está escondido em um *software* legítimo corrompido. Eles tendem a agir discretamente e criar brechas na segurança para permitir a entrada de outros *malwares*; *Spywares*: São *malwares* projetados para espionar as pessoas. Eles se escondem e espionam o que você faz online, incluindo suas senhas, números de cartão de crédito, hábitos de navegação e etc; *Worms*: Infectam redes inteiras de dispositivos, tanto locais quanto pela internet, usando interfaces de rede. Eles usam cada máquina infectada para infectar mais máquinas; *Adwares*: Apesar de nem sempre serem maliciosos, os que são particularmente agressivos podem enfraquecer sua segurança apenas para mostrar os anúncios — que podem trazer várias outras formas de *malware*.

em um ambiente virtual como (Facebook, Instagram, Google Drive, Dropbox, Icloud e outros.).

Outro ponto importante a se falar são as redes sociais que possibilitam ao usuário compartilhar seus dados de forma privada onde somente aqueles perfis que foram liberados terão acesso ao conteúdo publicado, também há a possibilidade de o usuário efetuar o compartilhamento de forma “pública” onde qualquer perfil da rede social tem o livre acesso a esse conteúdo, nesse caso o proprietário da informação está liberando o acesso daquele conteúdo a qualquer pessoa. Nesse caso restaria caracterizado crime a copia desses dados?

Nesse prisma cabe a crítica feita por Bittencourt (*apud* OLIVEIRA 2013, n.p.).

A nosso juízo, teria sido mais correto, e suficiente, se a *elementar normativa* tivesse se limitado a locução “mediante violação indevida”, por que, assim, abrangeria *qualquer violação não autorizada* dos computadores, ou, como diz o texto legal, a violação de todo e qualquer “dispositivo informático”, independentemente de haver ou não *dispositivo de segurança*, independentemente de ter sido violado ou não eventual *mecanismo de segurança* etc. A rigor, muitos computadores, telefones e *lpads* não dispõem de mecanismos de segurança, e, outras vezes, embora disponham não se encontram ligados. Tanto numa quanto noutra hipótese, referidos instrumentos ou “dispositivos informáticos” não estarão protegidos por este dispositivo penal. E, enfim, “dispositivo de segurança” desligado não oferece nenhuma segurança e tampouco pode ser violado indevidamente.

A lei se ocupou em proteger de forma exclusiva os “titulares de dispositivo informático”, deixando de lado a grande maioria de usuários que são violados, como os que utilizam computadores de domínio público, em *lan-house* e outros locais que permitem o acesso à internet. (PRAZERES, 2013).

Para Deivid Willian dos Prazeres e Hélio Rubens Brasil (2013), a lei se ocupa em “proteger” de forma mais incisiva quando se trata de situações que possuem viés econômico, se preocupa mais com o patrimônio material do sujeito passivo do que a sua dignidade como pessoa. “Percebe-se com a análise dos tipos penais apresentados, que a Lei assegura reprimenda muito mais severa àquelas situações em que se registrar prejuízo econômico ou que envolverem relações comerciais.”

E de acordo com a justificção da PL nº 2793/2011, o objetivo da Lei é de “assegurar os direitos dos cidadãos e garantir que a utilização destas possa ser potencializada em seus efeitos positivos e minimizada em seus efeitos negativos”.

(Brasil, 2013, A). Também cabe lembrar que os dispositivos da lei encontram-se previstos no Capítulo VI do código penal que prevê os “Crimes contra a liberdade individual”, mais especificamente na seção IV, dos “Crimes contra a inviolabilidade dos segredos”. Ou seja, o foco da Lei deveria ser os direitos da personalidade, as garantias individuais (honra, dignidade, imagem, intimidade, etc.) protegendo a vítima como pessoa que teve a sua personalidade violada, sua intimidade “subtraída”, pois o prejuízo econômico é incerto. (PRAZERES, 2013).

Exemplo disso é o caso da própria atriz global que deu origem à Lei nº. 12.737/12, cuja divulgação de fotos íntimas não lhe trouxe prejuízo econômico, pois lhe devolveu os holofotes midiáticos e provavelmente acrescentou seu acervo patrimonial (com entrevistas, publicidade, etc.), mas que permanecerá com a honra lesionada pela perpetuação de suas imagens na internet. (PRAZERES, 2013, n.p.).

É notório que quando a elite brasileira, principalmente os mais conhecidos, como os artistas são afetados, a resposta do Poder Legislativo é imediata. (GEORGII, 2012 p.05).

A Lei Carolina Dieckmann não veio com a proposta de proteger o cidadão comum das condutas que são praticadas nos meios virtuais. Demonstra estar voltada para proteção do lado econômico, a fim de ser mais uma legislação que foi aprovada às pressas com o fim de dar uma resposta imediata aos clamores da sociedade, que é refém dos meios de comunicação sensacionalistas. (PRAZERES, 2013).

Também demonstra que para atender a classe mais alta renuncia-se ao sistema do Direito Brasileiro. A função de “controle social” ou “conservadora” que é definida por Nilo Batista (2001, p. 21) como “a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social”.

Isso pode se perceber quando são estabelecidos os agravantes para a pena como: divulgar dados privados, segredos comerciais ou industriais e informações sigilosas, ou quando o crime é cometido contra autoridades. A tendência é favorecer os grandes empresários e aqueles que estão no Poder em detrimento dos outros. (GEORGII, 2012, p.05).

Portanto o direito nasce dos interesses políticos, que é onde encontram formas “calmantes” frequentes para a sociedade, e que não são as melhores possíveis.

Com relação a isso tem-se o processo legislativo de aprovação da lei que foi surpreendentemente rápido, visto que uma lei para ser aprovada tem a necessidade de passar duas vezes pelo Congresso Nacional e Senado Federal e posteriormente ser sancionada pelo presidente da República, geralmente esse processo é lento devido a pauta das casas e a discussão que cada votação traz. (CALEFFI, NETO, 2013).

Trata-se de lei casuística e promocional. Casuística porque a sua edição foi motivada em um caso concreto, distanciando-a dos requisitos da abstração e generalidade, que devem informar as boas leis. Promocional, porque a enorme repercussão do caso concreto permitiu ao parlamento, mais uma vez, legitimar-se por meio do discurso de lei e ordem e também abriu espaço para profissionais do direito que se especializaram como porta vozes do “direito digital”, com a indisfarçável intenção de se apropriar dessa parcela do mercado de trabalho (SICA, 2013, *apud* CALEFFI, NETO, 2013, p.4).

O legislador se preocupou apenas em dar uma resposta para a mídia e para a sociedade que acredita que com essa lei os culpados seriam presos e jamais voltariam a praticar essa conduta novamente. A pretensão continua sendo atender os clamores da sociedade com edição de leis incriminadoras mesmo que essas não tenham um resultado prático, mas abaixam a poeira levantada pela mídia.

Para demonstrar que a aprovação da lei teve relação direta com o apelo midiático dado ao caso, foram analisadas as matérias de três telejornais brasileiros no período do vazamento das fotos (maio de 2012), fazendo relação com a rapidez da discussão da lei na Câmara dos Deputados. Os telejornais analisados são: o Jornal Nacional da Rede Globo, o Jornal da Record da Rede Record e o SBT Brasil do SBT. A análise foi feita pelos professores Renata Caleffi e João Somma Neto e publicada no 9º Ciclo de debates sobre jornalismo da Uni Brasil que ocorreu de 28 de outubro a 01 de novembro de 2013.

A tabela (2) abaixo demonstra as informações consideradas mais importantes, como: emissora responsável pela reportagem, a data da veiculação e o assunto da reportagem. (CALEFFI, NETO, 2013).

Tabela 2 – Veiculação do caso Carolina Dieckmann nas emissoras de televisão mais assistidas.

Emissora	Data da veiculação	Assunto da reportagem
Globo	05/05/2012	Fotos da atriz vazam na internet
SBT	07/05/2012	Carolina Dieckmann presta depoimento sobre as fotos vazadas
Record	07/05/2012	Atriz presta depoimento sobre as fotos vazadas
Globo	07/07/2012	Inquérito policial sobre as fotos
SBT	08/05/2012	Advogados falam sobre o vazamento das fotos
SBT	14/05/2012	Polícia identifica os suspeitos pelo vazamento das fotos
Globo	14/05/2012	Polícia identifica os suspeitos pelo golpe das fotos
Globo	16/05/2012	Entrevista com a atriz vítima do vazamento das fotos
Record	24/05/2012	Matéria sobre crimes virtuais
SBT	28/05/2012	Preso o suspeito de divulgar as fotos íntimas da atriz
Globo	28/05/2012	Preso menor suspeito de divulgar as fotos
Record	28/05/2012	Polícia prende menor suspeito de vazar as fotos

Fonte: O agendamento televisivo na criação da Lei 12.737/2012. (CALEFFI, NETO, 2013).

Nota-se que houve um destaque para o tema em questão nos telejornais, como visto na tabela acima foram 23 dias e durante esse período eram divulgadas semanalmente informações relativas ao crime virtual que sofreu a atriz global. O tema teve ênfase durante todo o mês de maio de 2012 em todos os três telejornais analisados. (CALEFFI, NETO, 2013).

A seguir segue a tabela (3) de tramitação da lei na Câmara dos Deputados, a qual mostra as datas de tramitação e o assunto abordado no processo, os dados foram retirados do site da Câmara. Na tabela pode-se verificar que os destaques dados pelos telejornais coincidem com a tramitação da lei, em certas datas o processo de tramitação é acelerado. (CALEFFI; NETO, 2013).

Tabela 3 – Tramitação da Lei 12.737/2012 na Câmara dos Deputados.

(Continua)

Data	Assunto tratado
29/11/2011	Plenário: Apresentação do projeto de Lei n.2793/2011, pelos Deputados Paulo Teixeira (PT-SP) e outros. Encaminhada a Coordenação de Comissões Permanentes (CCP).
19/12/2011	Mesa diretora da Câmara dos Deputados: sujeita à apreciação dos deputados. Volta para a CCP.
03/12/2012	CCP: encaminhada à publicação. Avulso inicial pela CCP.
14/03/2012	Plenário: Apresentação do requerimento n.4645/2012, pelos Deputados Paulo Teixeira (PT-SP) e outros, que: requer urgência para apreciação do PL nº 2793/11.
28/03/2012	Plenário: Deputados pedem o desapensamento e a redistribuição do Projeto de Lei (PL) nº 2.793/2011.
25/04/2012	Plenário: apresentação do requerimento de apensação n. 5085/2012.
15/05/2012	Mesa diretora: Deferido o REQ n. 4763/2012. Ainda revisto o despacho oposto ao PL n.6.024/2005, para distribuí-lo, nos termos do art. 139 do RICD, à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Proposição sujeita à apreciação do Plenário. Regime de tramitação Ordinária.
15/05/2012	Plenário: Aprovado, por unanimidade, o requerimento nº 4.645/2012; Discussão em turno único do Projeto de Lei nº 6.024/2005. (Sessão Extraordinária – 18:23); Encerrada a discussão; Aprovado o requerimento que dá preferência para votação do PL 2.793/2011, apensado, sobre o PL 6.024/2005; Votação em turno único; Aprovado o projeto de Lei nº 2.793/2011, apensado; Votação da Redação Final; Aprovada a redação final assinada pelo relator. Encaminhada ao Senado.
16/05/2012	Mesa diretora: Desapensação automática deste em face da declaração de prejudicialidade do PL 6.024/2005 (principal).
17/05/2012	Mesa diretora: Encaminhada ao Senado.
29/05/2012	Senado envia para Mesa Diretora: Indeferido o REQ n. 5.085/2012.
05/11/2012	Mesa diretora: Recebido o Ofício nº 2087/2012, do Senado Federal, que comunica a aprovação, em revisão e com emendas, do projeto de Lei da Câmara nº35, de 2012 (PL nº 2.793, de 2011 nessa casa), que “Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.
05/11/2012	Apresentação da Emenda/Substitutivo do Senado n. 2793/2011, pelo Senado Federal, que: “Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;.
06/11/2012	Mesa diretora encaminha para votação urgente.
06/11/2012	Volta para CCP.
07/11/2012	Discussão, em turno único, das Emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei

	nº 2.793/2011. Aprovação da redação final.
09/11/2012	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados: Remessa à sanção por meio da mensagem nº38/2012.
04/12/2012	Aprovação da Presidente da República para sanção.
18/12/2012	Encaminha ao Senado para autógrafo.
30/12/2012	Transformação em Lei Ordinária presente no Código Penal Brasileiro.

Fonte: Sítio da Câmara dos Deputados, andamento de proposições. (BRASIL, 2016, A).

Pode-se observar que no mês de maio de 2012 durante a tramitação teve forte relação com as datas das reportagens divulgadas, considerando também o pedido de urgência para a aprovação da lei, que segundo Renata Caleffi e João Somma Neto, foi colocado em pauta e de pronto os deputados federais tiveram disponibilidade para votar em turno único. O senado aprovou o mesmo em 12 dias. (CALEFFI; NETO, 2013).

No mesmo mês de maio, este projeto foi aprovado, passando à frente de outros Projetos de Lei que esperavam há muito mais tempo para entrar na pauta do mês. Além disto, o projeto foi aprovado em turno único, sendo discutido em apenas um dia pelos deputados na Casa. Na segunda votação, já com as revisões de emenda, o projeto também foi discutido em turno único, sendo aprovado na mesma data. (CALEFFI, NETO, 2013, p.09).

A rapidez com que foi aprovada a lei começou depois da primeira reportagem na primeira semana de maio de 2012, quando as discussões foram mais intensas sobre o caso, após a atriz ter sido entrevistada, os suspeitos foram identificados pela polícia no dia 14 e no dia 15 a Câmara aprovou por unanimidade o Projeto de Lei. No dia 17 a lei foi encaminhada ao Senado, no dia 28 de maio os noticiários informavam a prisão dos autores do crime, e no dia 29 os senadores votam e aprovam o projeto de lei. (CALEFFI; NETO, 2013).

Ressaltam os autores Caleffi e Neto, 2013 que durante a discussão e aprovação o projeto não foi citado nas reportagens da televisão, como se não existisse uma ligação do caso as atriz com a aprovação do projeto.

Diante do que foi visualizado pode-se retirar conclusões como a de Lílana Minardi Paesani referida por Leide de Almeida Lira (2014 p. 54) que lembra ser “inequívoco afirmar que a Lei dos Delitos Informáticos, ao alterar o Código Penal,

almeja prevenir a ação delituosa, porém, não possui o alcance de promover mudança na estrutura social”.

Embora não se pode aceitar que a legislação fique defasada em relação a novas condutas, visto que a internet proporciona e proporcionará o surgimento de bens jurídicos novos e as leis devem estar preparadas para isso, nesse caso específico não está, haja vista a “ineficiência e o desinteresse do Estado em combater de forma efetiva este tipo de matéria”. (BERETTA, 2014).

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho objetivou-se estudar as funções originárias da pena, com pesquisa bibliográfica à luz da criminológica, e verificar os modos de aplicação das penalidades ao longo dos tempos, iniciando na época do liberalismo penal e chegando aos dias atuais, analisando junto à mídia e seu papel ou função quase que conjunta com órgãos públicos de combate a criminalidade. Trazendo nessa linha a lei Carolina Dieckmann, analisou-se o texto legal e a forma como a mesma foi aprovada.

O objetivo do presente trabalho foi alcançado ao fim dos três capítulos, foi constatado inicialmente que as penas tinham como função devolver o mal cometido pelo delinquente, reafirmando o direito como limitador certo e presente das atitudes reprováveis das pessoas. Também em um segundo momento verificou-se que o direito penal tinha como função principal e necessária de limitar os poderes do Estado diante da sociedade quando da aplicação das penas, foi quando se criou uma legislação específica para dar ao Estado e aos seus indivíduos uma segurança jurídica que é o Código Penal, esse traz em seu texto as penas e a quantidade delas a serem aplicadas para cada ação delituosa ali tipificada.

Todavia, verificou-se que embora elemento de controle, o Direito Penal vem sendo manipulado de certa forma que atua com discriminação para beneficiar as classes mais altas da sociedade, criando normas direcionadas a criminalizar as classes pobres. Além disso, com a proposta de melhorar o bem estar social, o Brasil copiou o modelo de atuação criminal dos Estados Unidos, e implantou o movimento de lei e ordem na política criminal, o que acarretou em mais repressão contra os pobres, aprisionamentos em massa com as políticas de repressão as drogas e aos crimes de menor potencial ofensivo. Ou seja, o modelo de neoliberalismo penal brasileiro nada mais foi do que a política de tolerância zero contra os pobres e mal pagos da sociedade, os que não são consumidores para o mundo capitalista e por isso devem ser objetos de foco do direito penal, para assim deixar livres os poderosos que controlam a política com muita influência. A mídia possui grande participação nesse processo de manipulação da política criminal no país, o que se pode verificar a esse respeito com o estudo foi que os grandes meio de comunicação de massa possuem uma grande força sobre a política, e tem utilizado

isso para impor as vontades da classe de elite, noticiando com mais ênfase as situações de crimes ocorridas com pessoas pertencentes à essa classe privilegiada, como forma de pressionar os legisladores na criação ou alteração de legislações que os tragam benefícios. Não somente como forma de proteção quase que exclusiva dos ricos, o papel da mídia também é de ajudar os governantes quando promulgam legislações somente para acalmar o clamor da sociedade, os meios de comunicação mais influentes tratam de impor créditos nessas normas de modo a convencer as pessoas que o Estado está agindo para a proteção de todos e para a consequente diminuição da criminalidade, quando na realidade está apenas “tapando o sol com a peneira”, a peneira nesse caso são as legislações vagas criadas apenas para simular uma real preocupação com a população em geral.

No quarto capítulo tratou-se de analisar a Lei 12.737/2012, a qual foi apelidada de lei Carolina Dieckmann com devido a sua aprovação ter se dado em meio a uma grade discussão feita pela mídia quando algumas fotos da atriz global Carolina Dieckmann nua vazaram na internet, fato que causou grande repercussão nos meios de comunicação, a mídia televisiva tratou de noticiar esse caso diversas vezes em seus jornais transmitidos em horário nobre da televisão, com o intuito de pressionar os legisladores para aprovação do projeto da lei que tipifica os crimes virtuais. A atuação da mídia trouxe obteve êxito, o projeto foi aprovado de forma rápida demais em comparação com outros projetos, e a lei passou a vigorar em abril do ano de 2013. Com muitas falhas em sua redação a lei foi alvo de diversas críticas de pesquisadores e advogados da área dos crimes informáticos, por trazer um texto que deixa livre a interpretações diversas das condutas que podem afastar a criminalização dos infratores, além disso, suas penas previstas são demasiadamente ínfimas, não intimidando qualquer pessoa propensa a cometer tais delitos. Ou seja, embora verificou-se uma preocupação do legislador em tipificar os crimes virtuais, o mesmo o fez sem o estudo necessário sobre o assunto o que causou quase que a inutilidade da norma legal, sendo mais uma lei para simplesmente acalmar os clamores da mídia.

Por fim, verificou-se com essa monografia que embora a função do Direito Penal seja de limitação do poder do Estado sobre a sociedade, essa limitação só é aplicada e exercida de forma veemente para com as classes marginais das sociedades, é sobre essas pessoas que o direito age de forma efetiva, pois as leis para essas pessoas são estudadas de forma a quase não deixar brechas. O Estado

não pretende minimizar a criminalidade, mas sim controlar quem será o criminalizado conforme as necessidades dos poderosos.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **Balço do neoliberalismo**. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) Pós neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1995, pp. 09-23.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos de violência na era da globalização. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.

_____. **Princípios del Derecho Penal Mínimo** (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). Doctrina Penal. Buenos Aires: Depalma, 1987.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal** : introdução à sociologia do direito penal. 2.ed Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=l_svkgnNnBkC&oi=fnd&pg=PA134&dq=medo+liquido+bauman&ots=2vUFwjTAlq&sig=w1XAbaYYk9omXzb5s_4nuF83dJU#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BERETTA, Pedro. **Sem meios eficazes, Lei Carolina Dieckmann até atrapalha**. São Paulo: Dublê Editorial, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-10/pedro-beretta-meios-eficazes-lei-carolina-dieckmann-atrapalha>>. Acesso em: 10 maio 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 5. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tratado de direito penal** : parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOZZA, Fábio, **Teorias da pena**: do discurso jurídico à crítica criminológica, 2ª. ed. , Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. . **PL 2793/2011**: Andamento de Proposição. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529011>>. Acesso em: 01 maio 2016, A.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 abril. 2016, B.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lei**. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#art361>. Acesso em: 11 ago. 2014, C.

_____. PAULO TEIXEIRA. . **Projeto de Lei 2793/2011: JUSTIFICAÇÃO**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C9DF28C5CA7B6087555A04B1C5212A60.proposicoesWeb2?codteor=944218&filename=PL+2793/2011>. Acesso em: 01 maio 2016, D.

_____. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe Sobre A Proteção da Propriedade Intelectual de Programa de Computador, Sua Comercialização no País, e Dá Outras Providências**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 13 maio 2016, E.

_____. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe Sobre A Tipificação Criminal de Delitos Informáticos; Altera O Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal; e Dá Outras Providências..** Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016, F.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal**. Florianópolis: Unirevista, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12502-12503-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **O espetáculo do crime no jornal: da construção social da criminalidade à relegitimação do sistema penal**. Santa Maria: Unifra-rs, 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33470-43144-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

CALEFFI, Renata; SOMMA NETO, João. **Entre a notícia e a pena: o agendamento televisivo na criação da Lei 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann)**. Paraná: Unibrasil, 2013. 12 p. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernoscomunicacao/index.php/comunicacao/articloe/view/132>>. Acesso em: 06 maio 2016.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

G1 (São Paulo). **Carolina Dieckmann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera 'justiça'**. São Paulo: G1 (rede Globo), 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

GARLAND, David. . **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. **As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico**. Nova York: Revista de Sociologia e Política, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

GEORGII, Hans. **Direito e internet: Análise da “Lei Carolina Dieckmann” e do Marco Civil da Internet sob o paradigma dos direitos humanos**. [s.l]: [s.n], 2012. 8 p. Disponível em: <<https://pad1dar.files.wordpress.com/2012/11/direito-e-internet-hans-georgii-e-victor-hugo.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **A cultura do medo e as transgressões contemporâneas**. 2005. Disponível em: <www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/download/318/290>. Acesso em: 01 maio 2016.

_____. Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16.ed., rev., ampl. e atual. até 1º de janeiro d Niterói, RJ: Impetus, 2014.

_____. **Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático Art. 154-A do Código Penal**. Belo Horizonte: Rogério Greco, [2014]. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2183>>. Acesso em: 10 maio 2016.

JACINTO, F. Teodósio. **O MODELO DE PROCESSO PENAL ENTRE O INQUISITÓRIO E O ACUSATÓRIO: REPENSAR A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA COMPROVAÇÃO DA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO**. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf>. Acesso em: 01 maio 2016.

LEAL, Jackson da Silva. **A Política Social e a Política Criminal na Governabilidade Moderna – 10 anos de governo do PT**. Rio de Janeiro: Revista Praia Vermelha, 2013.

LIRA, Leide de Almeida. **LEI CAROLINA DIECKMANN: (IN) EFICÁCIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA EM FACE DA PENA COMINADA AOS DELITOS INFORMÁTICOS**. 2014. 120 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário do Distrito Federal – Udf, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj048868.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – INFOPEN. Sistema penitenciário no Brasil. Dados consolidados 2008. Relatórios Estatísticos Analíticos do Sistema Prisional, jun. 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Crimes praticados pelo sistema de informática: visão prospectiva e sistemática à luz da jurisprudência pátria**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13587>. Acesso em: 10 maio 2016.

OLIVEIRA, William César Pinto de. Lei Carolina Dieckmann, **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3506, 5 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23655>>. Acesso em: 11 maio 2016.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTANA, Debora Regina. **Os contornos do Estado punitivo no Brasil**. Perspectivas: Revista de Ciências Sociais, v. 31, 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/108184>>.

_____. **Estado punitivo e pós-modernidade: Um estudo metateórico da contemporaneidade**, Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 98/2012, colocado online no dia 06 Junho 2013, criado a 15 Julho 2015. Disponível em: <http://rccs.revues.org/5000>. Acesso em :30 abril 2016.

PENIDO, Flávia. **Os crimes previstos na Lei Dieckmann**. São Bernardo do Campo: Canaltech, 2013. Disponível em: <<http://corporate.canaltech.com.br/noticia/juridico/Os-crimes-previstos-na-Lei-Dieckmann/>>. Acesso em: 08 maio 2016.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial - arts. 121 a 249**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRAZERES, Deivid Willian dos. **Lei Carolina Dieckmann e os crimes cibernéticos: a ineficiência decorrente do contumaz atropelo legislativo**. Florianópolis: Santanabrasil, 2013. Disponível em: <<http://www.santanabrasil.adv.br/artigos/item/150-lei-carolina-dieckmann-e-os-crimes-ciberneticos-a-ineficiencia-decorrente-do-contumaz-atropelo-legislativo>>. Acesso em: 10 maio 2016.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago. **Invasão de Dispositivo Informático e a Lei 12.737/12: Comentários ao art. 154-A do Código Penal Brasileiro**. Argentina: Simposio Argentino de Informatica y Derecho, 2013. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/falcon/hsramos/HSRAMOS42JAILOSID09.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

REIS, Wanderlei José dos. **Delitos cibernéticos: implicações da Lei 12.737/12**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4007, 21 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29647>>. Acesso em: 11 maio 2016.

ROLIM, Marcos. **Quando o fracasso sobe à cabeça**. Rio Grande do Sul: Marcos, 2014. Disponível em: <http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=941&Itemid=5>. Acesso em: 24 abr. 2016.

SÃO PAULO. Centro de Apoio Operacional Criminal. Ministério Público de São Paulo. **Nova lei de crimes cibernéticos entra em vigor**. São Paulo: Caocrim, 2013. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/notas_tecnicas>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SELL, Sandro César. **A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach"**. Florianópolis: Ufsc, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13349-13350-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

UOL (Ed.). **Dicionário Michaelis Online**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=invadir>>. Acesso em: 10 maio 2016.

XAVIER, Bárbara Nunes et al. **Controle social**. Itabaiana: Lombrososblog, 2009. Disponível em: <http://lombrososblog.blogspot.com.br/2009/05/controle-social_4009.html>. Acesso em: 05 maio 2016.

ZACKSESKI, Cristina. **O problema dos presos sem julgamento no Brasil**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2010. 12 p. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_iv_-_o_problema_dos_presos_sem_julgamento_no_brasil2.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. . **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 10. ed., rev. atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5. ed Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WACQUANT, Loïc J. D. . **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.