

A liberdade e o Direito Penal como *ultima ratio* no cenário do populismo penal midiático: contraponto com a visão de Hayek

Freedom and Criminal Law as the ultimate ratio in the scenario of media criminal populism: a counterpoint with Hayek's vision

Vladimir da Rocha França 

Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito Público pela UFPE.
Professor Titular de Direito Administrativo pela UFRN. Advogada

Marcela Cardoso Linhares Oliveira Lima 

Mestranda em Direito Constitucional pela UFRN. Graduada em Direito pela UFRN. Pós-Graduada em Direito e Processo Penal pela ABDConst. Colaboradora do Projeto de Pesquisa “Criminalidade Violenta e Diretrizes para uma Política de Segurança Pública no Estado do Rio Grande do Norte” (CNPq/UFRN). Advogada

Resumo: A partir do método de abordagem hermenêutico, empregando análise bibliográfica e documental, o presente artigo se debruça sobre a liberdade enquanto direito dos seres humanos no Estado Democrático de Direito, partindo de um contexto geral para o específico, embasado pela Constituição de 1988 e pelas declarações internacionais, destacando a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, além de aparato doutrinário nacional e internacional. Neste cenário, o pensamento de Hayek permite interessante contraponto, vez que este autor, previamente ao analisar a liberdade, traça importante paralelo entre o alcance e a valorização desta e o conhecimento que se depreende pela vida em sociedade. A partir dessas reflexões, chegar-se-á ao ponto crucial deste trabalho: a relação entre a liberdade e o caráter *ultima ratio* do Direito Penal no populismo penal midiático. Tal fenômeno, ao incitar uma cultura de guerra e um Estado reativo, corrobora para a elevação acrítica do Direito Penal à categoria de “fonte de expectativas” como Hassemer denomina. Conclui-se que o equívoco em que reside este círculo vicioso desvirtua o propósito do Direito Penal, afastando-o da *ultima ratio* e aproximando-o de anseios punitivistas e autoritários, restringindo direitos dos seres humanos assegurados por instrumentos normativos nacionais e internacionais, como a liberdade.

Palavras-chave: liberdade; Hayek; Direito Penal; *ultima ratio*; populismo penal midiático.

Abstract: From the hermeneutic approach method, employing bibliographic and documentary analysis, this article focuses on freedom as a right of human beings in the Democratic State of Law, starting from a general context to the specific one, based on the 1988 Constitution and the declarations international institutions, highlighting the Universal Declaration of Human Rights of 1948, in addition to national and international doctrinal apparatus. In this scenario, Hayek's thinking allows an interesting counterpoint, since this author, previously analyzing freedom, draws an important parallel between the

scope and appreciation of it and the knowledge that emerges from life in society. From these reflections, the crucial point of this work will be reached: the relationship between freedom and the *ultima ratio* character of Criminal Law in the mediatic penal populism. This phenomenon, by inciting a culture of war and a reactive State, corroborates the uncritical elevation of Criminal Law to the category of “source of expectations” as Hassemer calls it. It is concluded that the mistake in which this vicious circle resides distorts the purpose of Criminal Law, moving it away from the *ultima ratio* and bringing it closer to punitive and authoritarian aspirations, restricting human rights guaranteed by national and international normative instruments, such as the freedom.

Keywords: Freedom; Hayek; Criminal Law; *ultima ratio*; media criminal populism.

1. Introdução

Na denominada Era da Informação, em um contexto de transformações cada vez mais céleres diante de um mundo líquido, são as certezas provisórias que predominam, afirmações carentes de respaldo científico veiculadas corriqueira e amplamente pela mídia¹. Inevitavelmente, as concepções do ser e do dever-ser, por vezes, confundem-se no âmbito jurídico. Tal condição, geralmente potencializada pela abrangência e pela força da mídia, afeta substancialmente a questão criminal, por alterar o caráter *ultima ratio* inerente ao direito penal.

Em consequência disso, para os observadores mais atentos, é possível perceber a existência de certo “descolamento” da legislação criminal brasileira do mundo concreto. Essa distância entre o dever-ser da normatividade criminal e o ser das práticas cotidianas não tem mais como ser encoberta ou mesmo disfarçada, sob pena de prejudicar, por meio de perigosos precedentes, a sociedade como um todo e não só aqueles que, em determinado momento, ocupam um assento no denominado “banco dos réus”.

Ocorre que as certezas que outrora guiavam as práticas punitivas, os saberes que as legitimavam, tornaram-se frágeis, sem sustentação e mesmo sem sentido diante do cenário garantista inaugurado em nosso ordenamento jurídico por meio da Constituição de 1988. Na verdade, a Constituição Cidadã, como assim é denominada, é fruto das transformações que estavam acontecendo interna e externamente quando foram deixados para trás regimes ditatoriais e totalitários, supressores dos direitos dos seres humanos, dentre eles, da liberdade.

Nesse contexto, faz-se salutar mencionar, em referência ao plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual estabelece, já no seu preâmbulo, a necessidade de proteção da dignidade humana por meio da proclamação dos direitos ali elencados, estabelecendo, em seu art. 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais,

¹ Importante destacar que o termo “mídia”, utilizado ao longo de todo esse artigo, diz respeito a programas televisivos e radiofônicos, bem como a meios virtuais, a exemplo de *blogs*, *sites* e redes sociais (*Instagram*, *WhatsApp*, *Facebook*, *Telegram*, dentre outros), os quais permitem uma rápida divulgação da informação e um amplo alcance da população.

em dignidade e direitos”. Não se podia mais admitir um retorno a situações de terror que foram vivenciadas pelos indivíduos, de forma que a liberdade foi colocada como condição *sine qua non* para a existência dos seres humanos: nascia um ser humano, nascia uma liberdade.

Dessa forma, é preciso debruçar-se sobre a liberdade, a fim de compreender as nuances deste direito tão importante e caro ao ser humano e ao próprio Estado Democrático de Direito. Neste cenário, a visão de Hayek sobre a liberdade trará um contraponto interessante, a fim de melhor compreender o porquê de o ser humano tanto necessitar de liberdade ao tempo em que fornece respostas para a necessidade de proteção dessa mesma liberdade.

Nesta perspectiva, bem compreendida a liberdade, passar-se-á a analisar, bem como a melhor compreender, o freio da *ultima ratio* inerente ao direito penal, não devendo este ser acionado sempre que ocorrer um problema na sociedade, mas somente quando os meios menos gravosos – no sentido de comprometerem o mínimo possível o pleno exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos, dentre eles a liberdade – já tiverem sido utilizados e não gerado êxito, numa espécie de *dead line*.

Compreendido o exposto acima, entender-se-á o porquê de fenômenos como o populismo penal midiático, que incitam medidas penais mais gravosas, além de uma cultura de guerra ao invés de uma cultura de paz e de Estado reativo ao invés de um Estado proativo, possuírem influência tão danosa para a sociedade e para as próprias instituições do Estado Democrático de Direito, valendo-se aqui da ideia de ignorância também desenvolvida por Hayek.

Para atingir o objetivo pretendido neste trabalho, será adotado o método de abordagem hermenêutico e o estudo bibliográfico e documental como técnica de pesquisa, buscando traçar um embasamento constitucional e legal, desenvolvendo conclusões que possam ser reflexões úteis ao tratar da liberdade no Estado Democrático de Direito. Partindo de um contexto geral para o particular, será analisada a liberdade tal como prevista na Constituição e nas Declarações Internacionais de 1789 e 1948. Será utilizado o entendimento de doutrinadores nacionais e estrangeiros sobre a liberdade, para que, em um contexto específico, possam ser traçadas reflexões e delineados limites sobre a relação da liberdade com o caráter *ultima ratio* do Direito Penal, ambos mitigados pelo fenômeno do populismo penal midiático.

2 O direito à liberdade no Estado Democrático de Direito

Consagrada nacional e internacionalmente, a liberdade figura como direito dos seres humanos positivado na Constituição de 1988. Utilizando-se da concepção de Bonavides², parte-se do princípio de que a Constituição é o primeiro e o mais importante documento de superioridade jurídica estatal, pois traça a proteção jurídica do indivíduo frente ao Estado junto aos ideários de autonomia, de autodeterminação e de participação. É bem verdade, pois a dinâmica do Direito nasce com a elaboração da Constituição e segue por meio da legislação e

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 640.

do costume, até a decisão judicial e a execução da sanção, em um processo de individualização crescente³.

De fato, o Brasil percorreu longo e difícil caminho até alcançar, de fato, o Estado Democrático de Direito⁴. A mudança de paradigma que separa uma colônia semiabandonada produtora de numerosas riquezas para a sua metrópole, como era o Brasil para Portugal, até uma nação silenciada pelo autoritarismo da Ditadura Militar entre os anos de 1964-1985 e hoje um Estado Constitucional Democrático de Direito que luta diariamente para assim se manter, - o qual, nas lições de Canotilho⁵, procura estabelecer uma conexão interna entre Democracia e Estado de Direito –teve início na metade dos anos 80.

Tal transformação teve como base normativa a Constituição de 1988 e retomou a democracia como ideologia política nacional. Nesta senda, no paradigma do Estado Democrático-Constitucional, a Constituição é a ordem jurídica global e concreta que define a base teórica do ordenamento jurídico, cuja essência se encontra na declaração dos direitos fundamentais, disposta em princípios⁶. Diante disso, é possível perceber a série de dificuldades que marcaram a trajetória constitucional brasileira rumo ao que hoje se entende como Constituição Cidadã, sendo a constituição “o fundamento último da atividade do Estado”⁷.

Logo, compreende-se o porquê de a Constituição de 1988 ter se preocupado em elencar um rol extenso de direitos e de garantias fundamentais – dentre eles, a liberdade - que objetivam, em geral, proteger os cidadãos de atos arbitrários e ilegítimos do próprio Estado, além de garantir a todos eles a dignidade humana, a qual é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88). Nesta senda, o artigo 5º da Constituição, com seus 77 (setenta e sete) incisos, elenca o que se denomina de “Direitos e de deveres individuais e coletivos”, a verdadeira declaração das liberdades públicas.

Correspondem aos clássicos direitos de liberdade, cumprindo, primordialmente, a função de direitos de defesa, ainda que tenham sido acrescidas novas liberdades e garantias. Nesse interim, o direito à liberdade é expressamente mencionado no preâmbulo da Carta Magna e assegurado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sem distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País⁸.

A despeito da menção geral da liberdade, a Constituição também dedica tratamento específico das inúmeras manifestações do aludido direito fundamental, tais como a liberdade

³ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 263-264.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 482.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 3 ed. rev. e ampl. Natal: OWL, 2019. p. 51.

⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora. p. 23.

⁸ FERREIRA, Eduardo Henrique. A eficácia do direito fundamental geral de liberdade durante a crise da Covid-19. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-27/ferreira-direito-fundamental-geral-liberdade-covid-19>. Acesso em: 27 out. 2021.

de locomoção (art. 5º, XV), a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e a liberdade de expressão (art. 5º, IX), de forma que é possível conceber um direito geral de liberdade.

Em igual sentido, Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais, elucida que não há somente o direito a determinadas liberdades, mas também um direito geral de liberdade, compreendido como a proteção da liberdade geral de ação, situação e posição jurídicas⁹. A Constituição de 1988 apresenta uma significativa inovação na seara dos direitos fundamentais, contemplando, no grau mais alto já visto em nosso ordenamento jurídico, direitos das mais diversas dimensões em perfeita sintonia com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Ressalte-se que a Declaração de 1948 reafirmou os ideais trazidos pela Declaração de 1789, que possam ter sido esquecidos pelo mundo pós-Guerra marcado pelas ideologias totalitárias que desejavam a redução da esfera da liberdade individual ao mínimo¹⁰ ao praticarem atos de privação compulsória da vida, da liberdade, da propriedade, tal como as sanções da pena de morte, pena de prisão e execução civil¹¹. Por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX¹², sendo este um documento de convergência de anseios e esperanças após as Grandes Guerras e de síntese, visto que estampou direitos e garantias de forma lapidar.

Importante destacar que a liberdade não deve ser concebida como “a mera ausência de constrangimentos externos impostos pelo Estado à ação dos agentes, mas como a possibilidade real de cada pessoa concreta tomar decisões sobre a sua própria vida e de segui-las”¹³. **Nesse sentido, exemplos de eventuais “constrangimentos” estatais – aqui entendidos como limites impostos aos seres humanos, de forma positiva, para o bom e justo cumprimento da lei – são encontrados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Explica-se.**

No artigo 3º da LINDB, está disposto que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”¹⁴. É um limite sobre a liberdade de agir do indivíduo, de modo que este poderia fazer o que quisesse ou agir da forma como quisesse, sem respeitar o que determina o ordenamento jurídico em que ele está inserido, sob a alegação de mero desconhecimento da lei. Outro caso de “constrangimento” à liberdade encontra-se no artigo 17, em que garante que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 341-345.

¹⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 198.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 28.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 588-589.

¹³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 196-197.

¹⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 30 mar. 2022.

de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”, restringindo a liberdade de conteúdo desses documentos.

Mais um exemplo retirado da LINDB está na redação do artigo 30, quando se positivava que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. Limita-se, então, o agir público com o fim de garantir a segurança jurídica, tão cara em um Estado Democrático de Direito. A partir daí, percebe-se que a conduta jurídica não é qualquer atuação do indivíduo sobre a realidade, posto que sempre estarão presentes fato, valor e norma¹⁵.

Uma conduta que não proibida, então, é chamada de permitida. O que é diferente de uma conduta que não é nem proibida, nem prescrita, a qual é chamada de livre. Alf Ross, de forma técnica e didática, ilustrou tais conceitos da seguinte forma¹⁶:

permissão (C) = não-proibição (C) = não-dever (não C)

liberdade (C) = não-proibição (C) + não-prescrição (C) = não dever (não C) + não-dever (C).

Segundo Ross, então, é impossível enumerar as liberdades de que goza uma pessoa, já que a esfera da liberdade está definida negativamente como tudo aquilo que não é objeto de regramento jurídico¹⁷. Mais sobre o conceito de liberdade e sobre os diversos tipos de liberdade será desenvolvido nas linhas abaixo.

3 A liberdade sob a ótica de Hayek: valoroso contraponto

Inobstante o caráter majoritariamente econômico de sua obra, Hayek não se restringe a ele e também se debruça sobre outras temáticas, inclusive questões relacionadas com o domínio da filosofia política. Tal inquietude do autor surgiu propriamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, o que coincide com o incremento do keynesianismo e também com o advento das declarações internacionais pautadas no reconhecimento da liberdade e da dignidade humana. Depois de o Ocidente ter conquistado valores ditos “inquestionáveis” segundo Hayek, volta-se para uma fase de regressão e de abandono do mais elementar valor humano: a liberdade¹⁸.

Em razão disso, a proximidade existente entre liberdade e primado da lei torna-se fulcral no quadro transversal desenvolvido por Hayek em sua obra. Como os liberais clássicos, trata-se de uma liberdade negativa, ou seja, de um entendimento que não admite uma coerção exercida por terceiros.

¹⁵ MEDINA, Javier García. *Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1995. p. 64.

¹⁶ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 195.

¹⁷ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 196.

¹⁸ RAMALHO, Tiago Rego. *O conceito de Liberdade no pensamento de Friedrich Hayek*. Universidade da Beira Interior. Covilhã: Lusofia press, 2016. p. 05.

De forma objetiva, a liberdade constitui o valor máximo e a fonte de todos os outros valores morais, sendo ela a garantia e o elemento harmonizador das sociedades humanas¹⁹.

Mister destacar que, para estruturar o conceito de liberdade e delinear a importância desta, Hayek traça uma importante reflexão em relação ao conhecimento e à ignorância humana, bem como em relação à forma que o homem escolheu para viver em sociedade. Nesse sentido, a reflexão do autor parte do pressuposto de que a máxima socrática, segundo a qual o reconhecimento da ignorância é o começo da sabedoria humana, possui “um significado profundo para a nossa compreensão da sociedade”²⁰. A partir do momento em que o homem toma consciência da inevitável e inelutável ignorância, segundo Hayek, é que a vida em sociedade e em civilização e a consequente ampliação do conhecimento do homem avançam.

Nesta senda, a justificativa da liberdade individual para Hayek fundamenta-se no reconhecimento da ignorância dos homens no que diz respeito à maioria dos fatores dos quais depende a realização dos objetivos humanos e da própria sensação de bem-estar²¹. Afinal, “se existissem homens oniscientes, se pudéssemos conhecer nossos desejos atuais e futuros, não haveria muita razão para defender a liberdade”²², pois a liberdade é essencial para que imprevisível exista e se a liberdade é tão desejada pelos seres humanos é porque aprendeu-se a esperar dela a oportunidade de realizar a maioria dos objetivos.

Do contrário, seguindo esta linha de raciocínio, se cada indivíduo já soubesse de que forma a liberdade seria usada, não haveria a necessidade de justificá-la, de forma que os benefícios da liberdade não poderão ser alcançados se ela não for também concedida nos casos em que a sua utilização parecer indesejável. Nesse sentido, é em razão dos esforços harmônicos de muitas pessoas que se pode utilizar uma quantidade de conhecimento maior do que aquela que um indivíduo isolado pode acumular, o que decorre da vida em sociedade/civilização também defendida por Hayek.

Ademais, é justamente porque liberdade significa renúncia ao controle direto dos esforços individuais que uma sociedade livre pode fazer uso de um incontável volume de conhecimentos. Na concepção de Hayek, liberdade significa, necessariamente, que cada um acabará agindo de uma forma que poderá desagradar aos outros²³, de forma que os benefícios que a liberdade concede são o resultado do uso que outros fazem dela. Tais benefícios não são limitados aos homens livres e tornam-se maiores na medida em que cresce o número daqueles que podem exercer a liberdade.

Em resumo, “o que uma sociedade livre oferece ao indivíduo é muito mais do que ele seria capaz de realizar se somente ele fosse livre”. Por isso é tão importante esse estudo que Hayek desenvolve, no sentido de relacionar a garantia, o apreço e a defesa da liberdade pelos indivíduos com a vida em sociedade. O contrato social que se estabelece com a vida em sociedade não pode servir como forma de minar ou de macular a liberdade do ser humano de

¹⁹ RAMALHO, Tiago Rego. **O conceito de Liberdade no pensamento de Friedrich Hayek**. p. 04.

²⁰ HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978. p. 39.

²¹ HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. p. 45.

²² *Idem*, p. 45.

²³ HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. p. 47.

forma indevida ou excessiva, como pretendem alguns fenômenos a exemplo do populismo penal midiático, mas deve servir para ampliá-la na linha do pensamento de Hayek.

É neste sentido que Hayek aprofunda os estudos ao desenvolver os conceitos de liberdade e de liberdades²⁴. Dentre o rol das liberdades, está a liberdade como ausência de coerção que é um estado no qual o homem não está sujeito a coerção pela vontade arbitrária de outrem. Também conhecida como “liberdade individual” ou “pessoal”, refere-se sempre a relação de um homem para com o seu semelhante. Já a liberdade política, refere-se à participação do homem na escolha do seu governo, no processo legislativo e no controle da administração.

Além destas, a liberdade interior é a possibilidade de o ser humano pautar as suas ações pela consciência e pela razão próprias, e não por impulsos momentâneos, já que foi liberto pelo conhecimento, diferente da liberdade enquanto poder, que é a liberdade como possibilidade física. Tais concepções sobre liberdade são importantes no sentido de, junto ao tópico anterior, fornecer subsídios para o desenvolvimento da problemática e para a conclusão deste artigo, quando serão relacionados o caráter *ultima ratio* do direito penal e a liberdade no cenário do populismo penal midiático. er o que eu quero e “poder satisfazer meus desejos”.

4 A liberdade e o Direito Penal como *ultima ratio* no cenário do populismo penal midiático

De início, é preciso rememorar que o nascimento do Direito Penal está atrelado à ausência de espaço para a vingança privada em determinado momento da organização da vida em sociedade para reprimir os atos ilícitos, as ações ou as omissões humanas proibidas e socialmente indesejáveis²⁵. Entretanto, o Direito Penal, enquanto direito que é, não busca somente penalizar e reprimir tais comportamentos, mas também garantir os direitos e proteger de quaisquer excessos as pessoas submetidas à persecução penal.

De fato, o Direito Penal nasceu com o propósito de deixar de lado as vinganças privadas, de forma que somente o que fosse mais gravoso e pudesse custar ao cidadão a sua liberdade deveria ser objeto de interesse, limitando também esse poder punitivo ao Estado, retirando-os de particulares. Tal finalidade é conhecida como *ultima ratio*, da forma que somente em último caso deve ser aplicado o Direito Penal, visando garantir a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da necessidade.

Como visto anteriormente, as noções de liberdades em um Estado Democrático de Direito são múltiplas a depender do doutrinador que se escolhe seguir, mas, em essência, trata-se de um direito fundamental do ser humano – o que, de fato, o é. A despeito de o Direito ser entendido por Kelsen como “a ordenação coercitiva da conduta humana”²⁶, tal coação não pode nem deve ser o bastante a ponto de cercear a qualquer liberdade do indivíduo ou de restringi-la de forma excessiva ou injusta. Prova disso é o artigo 93, IX, da nossa Constituição, o qual

²⁴ HAYEK, Friedrich A von. *The constitution of liberty*. p. 27-38.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 28-29.

²⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.

garante que toda decisão judicial – inclusive aquelas que, de alguma maneira, venham a restringir as liberdades individuais – devem ser fundamentadas sob pena de nulidade.

Nesse sentido, falar em liberdade – por mais que sejam diversos e amplos os conceitos e as vertentes a ela vinculados – em muito se associa à seara criminal por ser, via de regra, o ramo do Direito onde a liberdade do indivíduo tende a ser ou é mais duramente reprimida. E aqui não se trata somente da liberdade de ir e vir, quando o indivíduo a perde em algumas das formas de pena privativa de liberdade, definitiva ou temporária, trancafiado em uma cela de um estabelecimento prisional. Menciona-se, em verdade, a perda das liberdades, inclusive da liberdade de existir enquanto ser humano, com a estigmatização que o indivíduo sofre a partir do momento em que é investigado como autor ou partícipe de um delito.

Tal estigmatização não é recente, mas, com o advento da Globalização e da chamada Era da Informação, apresentou um enorme crescimento, assumindo proporções inimagináveis. Tal crescimento deve-se muito à alcance que a mídia exerce na sociedade, encabeçando e incitando o movimento que se conhece como populismo penal midiático, o qual não é um fenômeno recente. A palavra “populismo” possui estrita relação com a política, buscando conquistar o apoio da população por meio da adoção de medidas que possuam o condão de aplacar, ainda que momentaneamente, os anseios populares.

No campo penal, principalmente o legislador e a mídia, começam a escutar o povo sobre propostas que buscam uma eventual solução para problemas sociais e complexos, a exemplo da criminalidade, como se simples fossem. Originalmente denominado de punitividade populista²⁷, este movimento verdadeiramente transformou a aplicação das sentenças criminais no Ocidente. Posteriormente, recebendo a denominação de populismo penal, expressão que se difundiu pela literatura anglo-saxã²⁸, configurou-se como medidas de clamor popular em detrimento daquelas que consagram a garantia dos direitos humanos²⁹.

Em razão disso, o populismo penal assume uma postura retrógrada³⁰, conquistando a abrangência que possui hoje diante da força midiática. Ao disseminar notícias com forte apelo emocional, utilizando-se da figura da vítima como o centro da discussão político-criminal, a mídia elenca determinados indivíduos – a depender do caso concreto - como verdadeiros responsáveis pelas mazelas sociais³¹, pessoas estas que Jakobs, dentro do contexto do Direito Penal do Inimigo, denomina de inimigos³² do Estado e da sociedade em geral.

Logo, o populismo penal midiático dá margem a uma criminologia midiática, tal qual

²⁷ BOTTOMS, Anthony. The Philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C.; MORGAN, R. (eds.). **The politics of sentencing reform**. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 39.

²⁸ NEWBURN, Tim. **Criminology**. 2 ed. Londres: Routledge, 2013. p. 14.

²⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990**. 2012, 178f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. p.46.

³⁰ PRATT, John. **Penal populism**. London: Routledge, 2007. p. 20.

³¹ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 138.

³² JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

Zaffaroni³³ a denomina, um fenômeno que separa os indivíduos em “pessoas decentes”³⁴ e “criminosos”³⁵, sendo o último grupo identificado por estereótipos e, conseqüentemente, segregado da sociedade. Por meio desse fenômeno, percebem-se restrições indevidas à liberdade enquanto direito fundamental, a qual para ser garantida a um ser humano ele só precisa ser sujeito de direitos, condição esta assegurada pela Constituição de 1988 para designar aquele que passa a ser visto pelo ordenamento como verdadeiro titular de direitos e obrigações³⁶.

Em seu Contrato Social, Rousseau já defendia que os homens perdiam a sua liberdade quando submetidos a um poder proveniente de convenções³⁷, visto que o contrato é a transferência mútua de direitos pelos homens³⁸, o qual encerra um compromisso recíproco do público com os demais indivíduos³⁹. Ocorre que o contrato, nesse caso, é viver em sociedade, o que inclui estar sujeito às práticas por ela adotadas, sejam estas benéficas ou malélicas.

Nas situações de agravada anormalidade, a liberdade jurídica, quando desacompanhada das condições mínimas para a fruição da liberdade fática, assegurada diretamente pelos direitos fundamentais, converte-se em uma fórmula vazia que não fornece os pressupostos necessários para o livre desenvolvimento da personalidade humana, sua dignidade e a autodeterminação⁴⁰.

Nesse cenário, não se pode mais ser conivente com o clássico maniqueísmo de que, no processo penal, ou se protege o imputado ou se promove uma política repressiva estatal legítima e eficiente⁴¹, na qual aquele acusado no processo, em verdade, torna-se grande vítima das publicações midiáticas. Atualmente, vive-se em tempos particularmente perigosos, de tentativa de recrudescimento do processo penal, no afã de torná-lo mais efetivo, mas torná-lo mais efetivo para quem?

Certamente, não o será para os investigados/acusados e os seus, que já se encontram carregando o peso do julgamento, não só judicial, mas também social em suas costas nem sempre tão largas para suportar tão pesado fardo. Ainda nesse contexto, direitos fundamentais são distanciados do indivíduo, e o freio da *ultima ratio* é também afastado do direito penal. Afinal, o medo das pessoas que Zaffaroni denominou de “decentes” de conviverem com os

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coleção Saberes Críticos, vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

³⁴ Expressão utilizada na obra de Zaffaroni acima citada.

³⁵ *Idem*.

³⁶ SIQUEIRA, Mariana de. A Constituição e o antropocentrismo jurídico: há direito dos macacos no planeta dos homens?, *In*: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de (coord.). **O direito na arte: diálogos entre o cinema e a constituição**. Organização de Fernanda Holanda Fernandes, Nathália Brito de Macedo, et al. Mossoró: Sarau das Letras, 2014. p. 108.

³⁷ SILVA, Kelly Cardoso da. **Um discurso sobre direito penal de exclusão**: direito penal do inimigo - aspectos jus-filosóficos e normativos. 2011, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011. p. 86.

³⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 99.

³⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2010. p. 35.

⁴⁰ FERREIRA, Eduardo Henrique. A eficácia do direito fundamental geral de liberdade durante a crise da Covid-19. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-27/ferreira-direito-fundamental-geral-liberdade-covid-19>. Acesso em: 27 out. 2021.

⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 232.

sujeitos indesejáveis faz que o direito penal seja acriticamente elevado a “fonte de expectativas” em detrimento do freio da *ultima ratio* que lhe é inerente.

Tal denominação foi desenvolvida por Hassemer para os casos em que o direito penal é apontado como a solução de problemas sociais⁴² em mais uma manobra encabeçada pelo populismo penal midiático. Por tal fenômeno, são afastados direitos fundamentais, como a liberdade, por meio de um alargamento irracional do direito penal que é – ou deveria ser - *ultima ratio*. Constatam-se, amiúde, discursos apaixonados em prol do aumento de penas e da criminalização das condutas, como se tais medidas tivessem o condão imediato de efetivar os direitos fundamentais contidos na Constituição, dentre eles a liberdade.

Do contrário, percebe-se que o populismo penal midiático faz o caminho inverso, pois a função do direito penal não reside na punição de qualquer natureza, haja vista uma extensa variedade de direitos em nosso ordenamento jurídico que devem ser assegurados, devendo o Direito Penal ser aplicado como o último remédio, a *ultima ratio*, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo, o núcleo axiológico da Constituição.

Não pode o Direito Penal servir como única forma de controle social, como pretende o populismo penal midiático, pois tal utilização exacerbada acaba por minar a sua eficiência e diminuir a sua capacidade de inibir o cometimento de crimes. Ademais, pode restringir de forma indevida o exercício e a efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles a liberdade, quando o indivíduo pode até nem estar preso em um estabelecimento prisional, mas já se encontra condenado por uma “sentença midiática” transitada em julgado aos olhos da sociedade em que vive.

Desse modo, para que se possa instituir um Estado de paz⁴³, um Estado proativo e não reativo como prevê o populismo penal midiático, a análise dos temas jurídicos públicos ou privados deve ser submetida ao filtro do texto constitucional, sendo a dignidade humana o anteparo para o agir estatal⁴⁴, de forma que uma legislação voltada à mídia parece ser de criação oportuna e adequada para trazer o equilíbrio necessário ao exercício desta atividade tão cara em um Estado Democrático de Direito.

Afinal, uma sociedade sem Constituição não tem liberdade⁴⁵, e esta, enquanto direito do ser humano, mostra-se essencial para a busca da desmitificação do populismo penal midiático que repercute no processo penal brasileiro flexibilizando os limites ao poder de punir estatal⁴⁶ e desvirtuando a própria função do Direito Penal na sociedade e mitigando a eficácia de direitos fundamentais, como a liberdade.

⁴² HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Universidad de la Rioja, n.3, p.317-334, 1999. p. 317.

⁴³ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010. p. 150.

⁴⁴ FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos fundamentais como limites ao dever-poder de punir do estado**. 2016, 131f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016. p. 19.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 640.

⁴⁶ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.253.

5 Considerações finais

A liberdade, que há não muito tempo se apresentava como verdadeira utopia, seja por regimes ditatoriais como o que se instalou no Brasil, seja em razão das Guerras mundiais e dos regimes totalitários no cenário internacional, hoje é um direito assegurado aos seres humanos. É um dos pilares do Estado Democrático de Direito, registrado em documentos nacionais, como é o caso da Constituição de 1988, e internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo por eles assegurados.

Há diversas formas de liberdades, sendo a liberdade em si, na visão de Hayek, derivada do conhecimento humano, da saída do ser humano do estado de ignorância sobre muitos aspectos da vida que podem proporcionar bem-estar, o que decorre da vida em sociedade e em sua forma mais avançada, chamada de civilização. Tal contraponto é importante, pois Hayek atenta para a questão da ignorância humana que acarreta o desconhecimento sobre a liberdade, e também para o ponto relativo à vida em sociedade que amplia os conhecimentos do homem, inclusive sobre os direitos que possui.

Entretanto, se o homem por meio da vida em sociedade colhe benefícios, também está fadado a se deparar com fenômenos danosos e nefastos à sociedade, sobretudo por restringir direitos da sociedade. Dentre estes, destaca-se o populismo penal midiático, termo que deriva da política e ganhou força no campo penal na Era da Informação com a profusão e o alcance em massa dos meios midiáticos.

A partir desse fenômeno, a mídia é utilizada para distorcer matérias de natureza criminal, comprometendo não só o caráter *ultima ratio* inerente ao Direito Penal, como também a garantia de direitos fundamentais que, em regra, são constitucionalmente assegurados aos indivíduos pela condição destes de sujeitos de direitos. A sociedade, em sua maioria leiga, costuma absorver as informações divulgadas pela mídia como se verdadeiras fossem até em razão da abrangência que esta possui no mundo globalizado. Parece retornar ao estado de ignorância tão debatido na obra de Hayek.

O populismo penal midiático incita uma cultura de guerra e uma postura reativa do Estado ao tempo em que pugna pelo recrudescimento penal como forma de resolver problemas complexos relacionados à violência e à criminalidade, corroborando para a elevação acrítica do Direito Penal à categoria de “fonte de expectativas”. Desvirtua-se, assim, o propósito do Direito Penal, pois o afasta do freio da *ultima ratio* que lhe é inerente, aproximando-o de anseios punitivistas e autoritários, restringindo direitos dos seres humanos assegurados por instrumentos normativos nacionais e internacionais, como a liberdade.

Instauram-se, assim, conflitos entre os valores jurídicos e midiáticos, de forma que quem mais perde com tudo isso, a curto prazo, é a pessoa vitimada por uma sentença midiática transitada em julgado antes mesmo da instauração de qualquer processo. A longo prazo, porém, a sociedade toda perde vez que pode se achar diante de precedentes formulados pelo árbitro encabeçado por práticas populistas penais veiculadas pela mídia.

É neste cenário de distorções de valores, de forte maniqueísmo e de manipulação das informações que as garantias que embasam o Estado Democrático de Direito são comprometidas fortemente, e o homem como sujeito de direitos, tal como apregoa a nossa Constituição de 1988 pode ser todo aquele que não ocupe a posição de inimigo – denominação esta em atenção ao Direito Penal do Inimigo.

Assim, a liberdade e o Direito Penal como *ultima ratio* em sua essência são objetos de constante mitigação e de ataques pelos conteúdos populistas penais veiculados pela mídia, tornando-se vulneráveis ao clamor popular decorrente do apelo midiático. Neste sentido, o Direito Penal deve ser (re)pensado como na concepção trazida por Jhering em analogia à Deusa Themis, a qual segura a balança e a espada simultaneamente, sendo necessário um misto do equilíbrio da balança e da força da espada.

Sem excessos ou faltas, mas se deve agir de forma que seja possível assegurar a liberdade e manter o Direito Penal tal como foi concebido, com o fim proposto. A fim de evitar que tal cenário atinja contornos de realidade, são necessárias ações efetivas que responsabilizem a mídia com uma reflexão mais atenta sobre os direitos e garantias fundamentais, bem como sobre o real papel do Direito Penal na sociedade em atenção ao contexto informacional alargado com o mundo globalizado.

A longo prazo, faz-se interessante a criação de uma legislação específica que contemplaria um sistema sancionatório contundente e equilibrado em relação à atividade midiática, de forma mais explícita, sem censura, mas precisando o que infringe ou não a Constituição e o que ameaça ou não os direitos fundamentais. A curto prazo, porém, debates e reflexões como a que este artigo pretende suscitar são importantes e razoáveis para que o populismo penal midiático não venha a “reinar” acriticamente no seio da sociedade que incentiva tais práticas ao tempo em que as consome, para que as pessoas não retornem à ignorância humana quando não viviam em sociedade e não percebiam direitos fundamentais, tal como apregoadado por Hayek.

Referências bibliográficas

- ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 482.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BOTTOMS, Anthony. The Philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C. ; MORGAN, R. (eds.). **The politics of sentencing reform**. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 30 mar. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos fundamentais como limites ao dever-poder de punir do estado**. 2016, 131f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016.
- HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Universidad de la Rioja, n.3, p.317-334, 1999.
- HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MEDINA, Javier García. **Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale**. Valladolid: Ediciones Graphes, 1995.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NEWBURN, Tim. **Criminology**. 2 ed. Londres: Routledge, 2013.
- PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990**. 2012, 178f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.
- PRATT, John. **Penal populism**. London: Routledge, 2007.
- RAMALHO, Tiago Rego. **O conceito de Liberdade no pensamento de Friedrich Hayek**. Universidade da Beira Interior. Covilhã: Lusofia press, 2016.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SILVA, Kelly Cardoso da. **Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo - aspectos jus-filosóficos e normativos**. 2011, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 3 ed. rev. e ampl. Natal: OWL, 2019.
- SIQUEIRA, Mariana de. A Constituição e o antropocentrismo jurídico: há direito dos macacos no planeta dos homens? P. 102-116. In: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de (coord.). **O direito na arte: diálogos entre o cinema e a constituição**. Organização de Fernanda Holanda Fernandes, Nathália Brito de Macedo, et al. Mossoró: Sarau das Letras, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coleção Saberes Críticos, vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em: 11/04/2022

Aprovado em: 12/06/2022