



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PATRICK MUNIS DOS SANTOS

**A BANALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA PREVENÇÃO DO
DELITO E O PROGNÓSTICO DE MAJORAÇÃO DA CRIMINALIDADE NO
BRASIL.**

**BRASÍLIA – DF
FEVEREIRO / 2014**



PATRICK MUNIS DOS SANTOS

**A BANALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA PREVENÇÃO DO
DELITO E O PROGNÓSTICO DE MAJORAÇÃO DA CRIMINALIDADE NO
BRASIL.**

Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação
em Direito como requisito parcial para obtenção do
título de Especialista em Direito Penal e Processo
Penal.

Orientador: João Pavanelli Neto

**BRASÍLIA – DF
FEVEREIRO / 2014**



Patrick Munis dos Santos

**A BANALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA PREVENÇÃO DO
DELITO E O PROGNÓSTICO DE MAJORAÇÃO DA CRIMINALIDADE NO
BRASIL.**

Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação
em Direito como requisito parcial para obtenção do
título de Especialista em Direito Penal e Processo
Penal.

Brasília-DF, ____ de _____ de 2014.

Prof. Me. João Pavanelli Neto
Professor Orientador

Nome do membro com titulação
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Membro da Banca Examinadora

Nome do membro com titulação
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Membro da Banca Examinadora

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a banalização da pena privativa de liberdade na prevenção do delito, ocasionando consequente majoração da criminalidade no Brasil. Possui o fito de demonstrar a realidade sobre a pena privativa de liberdade. Arrazoa-se, por conseguinte, a maneira como a prisão é difundida pela mídia e demais segmentos de poder no seio da sociedade, transformando-a em verdadeira e única solução no combate à criminalidade no país. O estudo foi concebido por intermédio de observações doutrinárias, leis, reportagens, filmes e melodias, assim como demais subsídios que contribuíram para o enriquecimento do assunto proposto. Por derradeiro, após explanação das causas e supervenientes implicações advindas por conta da conjuntura atual do instituto cárcere no ordenamento jurídico pátrio, infere-se que a pena privativa de liberdade não é o instrumento mais adequado no repúdio à marginalidade e incontestemente promoção da paz social.

Palavras-chave: Banalização. Pena privativa de liberdade. Prevenção do delito. Majoração da criminalidade.

ABSTRACT

This research deals with the trivialization of custodial sentence on delict prevention, causing consequent rise in criminality on Brazil. It has the aim of demonstrating the reality of deprivation of liberty. Reasoneth is, therefore, how the prison is spread by the media and other segments of power in society , transforming it into real and only solution to combat crime in the country . The study was designed by doctrinal observations , laws, news reports, movies and tunes , as well as other subsidies that contributed to the enrichment of the proposed issue . For last, after explanation of the causes and implications arising supervening on behalf of the current situation of the institute prison in national legal system, it is inferred that the deprivation of liberty is not the most appropriate instrument in repudiation of marginality and unchallenged promotion of social peace.

Keywords: Trivialization. Custodial sentence. Delict prevention. Rise in criminality.

"O direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana."

Tobias Barreto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I	10
1. A ORIGEM DA CRIMINALIDADE	10
1.1. NOÇÕES PRELIMINARES	10
1.1.1. <i>Foco no ser humano</i>	10
1.1.2. <i>Realce no social</i>	12
1.1.3. <i>Teoria dos controles</i>	13
1.1.4. <i>A influência da prática social</i>	14
1.1.5. <i>A falta de recurso econômico</i>	15
1.2. DO DIREITO PENAL	17
1.2.1. <i>Conceito de Direito Penal e suas particularidades</i>	17
1.2.2. <i>Teoria do delito</i>	18
1.2.3. <i>Conceito de crime</i>	26
CAPÍTULO II	31
2. DA PENA	31
2.1. CONCEITO	31
2.2. SUCINTAS EXPOSIÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PENA	32
2.2.1. <i>Doutrinas Legitimadoras</i>	32
2.2.2. <i>Doutrinas deslegitimadoras</i>	38
2.3. ORIGEM DA PENA	38
2.3.1. <i>História da pena e história e evolução da pena de prisão</i>	38
2.3.2. <i>Outorga do jus puniend ao homem</i>	41
2.4. MODELOS PENITENCIÁRIOS	43
2.4.1. <i>Noções introdutórias</i>	43
2.5. ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL	45
2.5.1. <i>Das penas em espécie</i>	47
2.5.2. <i>Da aplicação da pena</i>	53
2.5.3. <i>Suspensão condicional da pena</i>	55
2.5.4. <i>Livramento condicional</i>	56
2.5.5. <i>Efeitos da condenação</i>	57
2.5.6. <i>Reabilitação</i>	58
2.5.7. <i>Medidas de segurança</i>	58
2.5.8. <i>A mitigação da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro</i>	59
CAPÍTULO III	61
3. CAUSAS E EFEITOS PARA A MAJORAÇÃO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL	61
3.1. A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO NO COTIDIANO DA SOCIEDADE BRASILEIRA	61
3.2. MODELO DEFINITORIAL: DICRIMINAÇÃO	62
3.3. FALHAS NOS SISTEMAS POLICIAIS E PENITENCIÁRIOS	65
3.4. DESIGUALDADE NA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	67
3.5. FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO	69
3.6. O REFLEXO SOBRE A SOCIEDADE BRASILEIRA.....	71
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

O sistema penal desenvolve a função de conservação e reprodução da realidade. Exerce importante papel em relação à desigualdade. A sanção penal, em especial a pena restritiva de liberdade, representa em regra a materialização determinante de uma atividade delituosa, o instante ímpar de um sistema de escolha que inicia bem antes da intromissão do direito penal, com a segregação social e escolar, com a intervenção das entidades de atendimento juvenis especializados, da assistência social, dentre outros aspectos.¹

Anseia-se, em princípio, nessa pesquisa demonstrar que a privação da liberdade de um indivíduo que pratica determinado delito não é a melhor resposta estatal para coibir a criminalidade no Brasil. Especialmente porque o sistema carcerário atual do país não oferece condições mínimas de respeito à integridade física e moral do apenado.

Afronta diretamente princípios expressos na Constituição Brasileira afetos ao tema, especificamente o da dignidade da pessoa humana, servindo simplesmente, portanto, como um paliativo inadequado às exigências da sociedade brasileira, uma vez que não atinge seu principal escopo: prevenir o crime e ressocializar o delituoso. Ademais, a pena de prisão não é e nunca foi tratada de forma isonômica entre as classes sociais, porquanto é sabido que, em regra, somente as pessoas das camadas mais desprivilegiadas da coletividade é que são submetidas ao crivo do cárcere.

O presente estudo, portanto, foi selecionado em decorrência da imperiosa necessidade da busca por aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção ao crime, vez que a maior consequência da pena privativa de liberdade é o repúdio social dos punidos e suas repercussões no aumento da continuidade delitiva. A despeito de a norma penal (Código Penal Brasileiro - CPB) estabelecer que a reincidência não mais existirá após o transcurso de cinco anos², o indivíduo que foi condenado à prisão continua a ser estigmatizado pela sociedade do país.

1 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 166-167.

2 Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; [...]

O objeto do estudo, por conseguinte, possui o intento de causar uma reflexão em torno da pena privativa de liberdade, uma vez que ela é vista pela maioria da população brasileira como a solução para os problemas relativos à criminalidade no país.

Nesse propósito, discorrer-se-á preliminarmente sobre a etimologia da criminalidade, pontuando as eventuais razões aventadas para explicá-la; o conceito de Direito Penal e suas peculiaridades, bem como sobre a teoria do delito e o conceito *lato e stricto sensu* de crime.

Em seguida, abordar-se-á o assunto pena, conceituando-a e arrazoando sobre suas teorias, origem e como o *jus puniendi* foi delegado ao Estado. Igualmente, comentar-se-á acerca dos arquétipos penitenciários e do funcionamento e estrutura do sistema carcerário brasileiro.

Finalmente, no último capítulo, discutir-se-á as razões e os desdobramentos que a aplicação indiscriminada da pena de prisão ocasiona na sociedade brasileira, realizando uma análise crítica acerca do assunto, demonstrando que a pena privativa de liberdade foi banalizada, que a discriminação, as falhas nos sistemas carcerários e policiais, assim como a maneira desigual de sua imposição são fatores primordiais para que se rotule os futuros receptores dessa medida de enclausuramento e, a soma desses fatores, resultaram na situação deplorável em que se encontra o país: colapso no sistema prisional e crescente aumento da criminalidade.

A ponderação acerca do assunto em análise não almeja de maneira alguma por fim a sua discussão, ainda mais pela relevância política e social que o abrange. Pretende-se, pois, pela importância que ele possui no cotidiano de cada profissional do direito, bem como de toda a sociedade brasileira, demonstrar o verdadeiro caráter da pena de prisão, vez que as instituições políticas e a comunicações de massa tentam persuadir-nos de que ela (a prisão) é o remédio para a doença que progressivamente assola o país: a criminalidade.

CAPÍTULO I

1. A ORIGEM DA CRIMINALIDADE

1.1. Noções preliminares

Para tratar do assunto pena, inicialmente, é imprescindível explicar o porquê e quando surgiu a prática de atos delituosos no seio da sociedade.

O primeiro delito formalmente registrado perpetrado pelo ser humano está descrito no livro mais comercializado e lido mundialmente, a Bíblia.³ Em Gênesis 4:8, livro dos inícios, está relatado: “Depois, Caim disse a Abel, seu irmão: [“Vamos ao campo.”] Sucedeu, pois, enquanto estavam no campo, que Caim passou a atacar Abel, seu irmão, e o matou.”

Narra a história que Caim, filho de Adão e Eva, executou seu próprio irmão acometido pelo sentimento de ira, por conta de uma oferta à Jeová, em que Ele se atentou somente para a oferenda de Abel.⁴ Surge, destarte, o primeiro crime expresso contra a vida.

Em abril de 2002, uma reportagem acerca da origem da criminalidade foi publicada na revista superinteressante, em que o autor discorre prudentemente sobre os fatos dos quais deram causa à marginalidade no seio da sociedade, pontuando destarte cinco ensejos para tanto: foco no ser humano, no social, na teoria dos controles, na influência da prática social e, por fim, na pobreza.⁵

1.1.1. Foco no ser humano

Nessa esteira, após séculos, o homem se aventurou a desvendar o mistério das origens do delito e, para tanto, norteiou-se por duas balizas de investigação. A inicial elucida a conduta criminosa por uma ótica biológica. A mais conhecida dessas teorias é a frenologia⁶ (Lombroso), que data do século XVIII, conforme a qual o delinquente tem atributos corporais, como protuberâncias na cabeça, que o distingue dos outros homens. Essa hipótese é totalmente rejeitada contemporaneamente.

3 10 Most Read Books In The World. **Os dez livros mais lidos do mundo**. Disponível em: <<http://www.squidoo.com/mostreadbooks>>. Acessado em: 9 jan. 2014.

4 Bíblia Sagrada. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/biblia/nwt/livros/G%C3%AAnesis/4/>> Acessado em: 9 jan. 2014.

5 **A origem da Criminalidade**. Disponível em: < <http://super.abril.com.br/ciencia/origem-criminalidade-442835.shtml>> Acessado em: 19 nov. 2013.

6 LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Revisão geral: Maristela Bleggi Tomasini. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 25.

Ulteriores cientistas descobriram vestígios de que o delito é característica hereditária, passado geneticamente, realizando cotejos com linhagens de criminosos. De acordo com eles, dentre os presidiários, é bastante costumeiro deparar indivíduos com familiares igualmente ligados ao ato delituoso, pois a explanação para esse episódio está nos genes. Além dessas, existem vias de análise defensoras de que a responsabilidade pelo procedimento delinquente da sociedade é a falta de alimentação.

A secundária baliza de inquirição busca os comentários para a prática do delito na mente do delinquente, objetivando a pessoa. A conduta associável e a marginalidade procedem de uma instabilidade em meio aos fragmentos que compõem o caráter do homem: o id, ego e o superego. Quando o superego, que simboliza a introjeção do preceito ético do ser humano, fica bastante debilitado, a pessoa não logra êxito contra seus impulsos e anseios intrínsecos, o id, ou seja, o indivíduo viola as normas impostas a todos e pratica o ato delinquente. Do mesmo modo, caso o superego seja muito forte, a consequência é também a prática de conduta criminosa. Nesse sentido, o indivíduo crê que é responsável e fica melancólico a procura do crime almejando repreensão, no intuito de realizar seu anseio de culpabilidade, por seus traços psicológicos.

A disseminação dos exames de quociente de inteligência – QI no início do século XX permitiu o advento de uma moderna doutrina criminalista, a qual aduz que os delituosos possuem inteligência aquém do homem mediano. Uma pesquisa pormenorizada e idêntica viés realizada por dois eméritos estadunidenses demonstrou que os criminosos, quando equiparados às demais pessoas, possuíam oito pontos em média abaixo nas avaliações de QI.

A elucidação para tanto, com ênfase principalmente em transgressores púberes, era de que os adolescentes com intelecto abaixo da média são atraídos com maior facilidade ao mundo do crime, visto que apresentam performance acadêmica ruim, menor aptidão para raciocinar e de se ajustar aos princípios sociais e possuem menor capacidade para valorar as implicações de suas ações, bem como de serem facilmente manejáveis por malfeitores oportunistas. A polêmica desse enfoque é que ele fica no limite do segregacionismo, podendo motivar graves pré-julgamentos.

A função da individualidade na conduta delituosa foi robustecida por investigações supervenientes, como, por exemplo, um ensaio divulgado em 1997 a respeito dos jovens da Nova Zelândia. Verificou-se que os adolescentes com maior taxa de atos

infracionais eram os que mais comumente apresentavam respostas enérgicas e emoções por terem sido vítimas de traição. Igualmente, eram quem mais utilizavam a violência ou atitudes cogentes. Outrossim, nos anos 80, pesquisadores verificaram que os menores neozelandeses mais coléricos, temperamentais e exaltados apresentaram na adolescência maior inclinação ao delito. Outra causa identificada foi as complicações neuropsicológicas, como problemas de comunicação e inconseqüências. Após cinco anos, os adolescentes que demonstraram grandes problemas neuropsicológicos foram os que praticaram maior índice de criminalidade.

1.1.2. Realce no social

Para os que enxergam na sociedade a origem das moléstias do planeta, como os sociólogos, as justificativas genéticas e psicológicas para o delito são imperativas e colaboram significativamente na reabilitação dos agentes delituosos, porém trazem escasso proveito para evitar a prática de atos delinquentes. Significaria o mesmo que aventurar-se a prevenir as cardiopatias com intervenções cirúrgicas, sem combater a ingestão de alimentos ricos em gordura, o consumo de cigarros e a rotina de inatividade da sociedade. A delinquência é a retribuição da pessoa ao ambiente em que convive para os sociólogos, sendo dependentes da interação de diversas causas sociais. Existem várias teorias distintas a respeito do assunto para esclarecer a razão pela qual vários indivíduos resolve delinquir inesperadamente. Muitas delas ficaram bastantes conhecidas, como as defensoras de que a pobreza é a explicação para a criminalidade.

Se essa teoria tivesse certa, o Brasil já teria desaparecido, pois possui milhões de índios que recebem menos que oitenta reais mensalmente, não existindo lugar para a honestidade. Se a pobreza significasse o motivo máximo e exclusivo da marginalidade, o Estado do Piauí apresentaria os mais elevados indicadores de crimes contra o patrimônio e a vida do Brasil. No entanto, as maiores percentagens estão nas unidades federativas de maior poder aquisitivo: São Paulo, Distrito Federal e Rio Grande do Sul. Um dos mais miseráveis países africanos possui pequenos índices de criminalidade, ao passo que o Estado mais poderoso do Mundo, os Estados Unidos, apresenta elevado percentual de criminalidade.

Existem acertadas justificativas mais elaboradas para o prodígio do delito. Uma das mais contemporâneas possui muita relevância por ter trocado o ponto fundamental da criminologia. Logo, ao contrário de arriscar-se em refutar a razão por que indivíduos praticam atos delituosos, perquiri-se por que determinados elementos não perpetram delitos? Tal

questionamento possui lógica. Se as vias para satisfação pessoal estão ao alcance, em regra, sem objeções a quem se dispuser a roubá-las, por que o crime não é o meio natural de alcance de farturas? Por qual razão o indivíduo ainda, ao invés de matar ou roubar, arrazoar e pondera?

Resposta: porque o homem progrediu convivendo em coletividade passados centenas de milhares de anos, e isso só foi possível porque determinados princípios foram obedecidos. Tais vínculos sociais são a base da sociologia, e o inicial a indicá-los foi Emile Durkheim, considerado um dos pais da sociologia. Conforme ele, os vínculos sociais são as leis que todos são instruídos a obedecer, que conservam a sociedade em harmonia. A História dar azo a se constatar as consequências da quebra repentino dos paradigmas sociais. O rompimento do modelo comunista nas repúblicas da antiga União Soviética, a partir de 1989, é uma ilustração real dessa situação. A seqüela foi um elevado número da delinquência. O número de crimes da capital Moscou duplicou entre 1990 e 1994.

1.1.3. Teoria dos controles

De acordo com uma das mais importantes tendências da criminologia, existem três estruturas que sustentam a conduta das pessoas sob domínio, teoria dos controles. O inicial é o autocontrole, um método intrínseco que fixa a obrigação de cada indivíduo com as regras sociais. O autocontrole deriva da socialização, onde as crianças, que são hostis e individualistas espontaneamente, são instruídas a não mais agirem de tal maneira, afirma o sociólogo e pesquisador da Universidade de Chicago Robert J. Sampson. Conforme Steven Barkan, professor da Universidade do Maine, Estados Unidos, esse controle particular é definido pela concepção subjetiva, a obrigação com a norma e a auto-avaliação positiva.

Para o antropólogo Luiz Eduardo Soares, o autocontrole é a energia máxima que impede a violência. Afirma que o terreno mais assente e intenso da intervenção que impede o delito é o prestígio de sua estima que a criança herda da família e da sua classe social. Noutro giro, se a criança só amarga repulsa, rancor, incerteza e aversão de si própria, inclina-se a não se conformar com os preceitos da sociedade. É óbvio que essa afirmação condiciona-se às importâncias que implicam para os pais e amigos.

A secundária causa que afasta os indivíduos da conduta delituosa é o receio da penalidade, isto é, o controle formal que a coletividade desempenha sobre todos. Quanto mais severa for a reprimenda, menor será a prática de condutas delituosas. É o cerne da mensagem

do jurista italiano Cesare Beccaria⁷, que pronunciou a notável citação: “a punição pública dos pequenos delitos mais comuns causar-lhe-á na alma uma impressão salutar que os afastará de grandes crimes, desviando-os primeiro dos que o são menos.” Existe, porém, a corrente defensora de que unicamente uma sanção rígida intimidará um possível delinquente, pois as possibilidades de um indivíduo ser penitenciado por um delito é mínima, até nas nações com regimes penais modelares. É nesse instante que exsurgi a importância das atividades da polícia, do Poder Judiciário e do sistema penal. Quanto mais eficaz for o aparelho penal, mais intensa será a convicção de castigo e equidade.

1.1.4. A influência da prática social

O próximo fator, que é ponderado pela maioria como sendo o mais relevante, é a contenção social informal. Como já mencionado, até em regiões com códigos penais expressivamente sancionadores e rápidos, como nos Estados Unidos, a taxa de delinquentes apenados é bastante baixa. Lá, a quantidade de condenados a sanção de cárcere correspondia a 4,2% da soma de delitos praticados. Portanto, existe raríssima possibilidade de um delinquente ser apenado. Diante disso, o motivo pelo qual o indivíduo não pratique crime é a desonra, a ética e demais preceitos sociais que não estão positivados em nenhuma norma, mas nos foram transmitidos pela família e amigos. Por exemplo, em determinados lugares, obedecer as normas é cafona, é falta de inteligência. O correto é ser beneficiado sempre, tal qual a Lei de Gérson, que se assemelha com a manifesta carência de princípios acomete o povo brasileiro. Ela opera da seguinte maneira: caso um cidadão sereno e correto esteja preso em um congestionamento na via, aguardando cerca de uma hora e, subitamente, vários veículos o ultrapassa pelo acostamento, que constitui infração de trânsito. Logo pensa que aqueles carros que o ultrapassou irão aumentar a morosidade do trânsito assim que tentarem regressar à estrada. Todavia ninguém surge para autuá-los. Passados alguns minutos, observando os automóveis passarem, ele raciocina que seguir as normas só irá causar-lhe dano e conseqüentemente passa pelo acostamento como os demais veículos fizeram. A ousadia no que tange aos preceitos sociais formais é uma particularidade do controle social informal no Brasil.

Assim sendo, o nível de familiaridade entre as leis e as regras informais de comportamento é diretamente proporcional à autenticidade que o cidadão observa no governo,

7 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 40.

nas autoridades e na norma. Noutra sentença: quão mais os chefes de Estado e as autoridades são honestos, mais consideração a população terá pelas normas daquela nação. Nesse instante é que pesa na balança a espantosa disparidade social no país, uma das maiores do planeta. Em uma comunidade díspar, os menos beneficiados inclinam-se a observar que normas tão desproporcionais não lhes aproveitam, e o crime cresce.

Apesar disso, existem várias pessoas que julgam o país como desonesto, pessoas que não vislumbram probabilidade de progressão, entretanto não delinquem. O que as sustentam no caminho correto é, exatamente, as regras informais, em regra, transmitidas pela família, colégio ou crença religiosa. Estudos obtidos entre jovens pertencentes às classes subalternas das cidades americanas demonstraram que os mais predispostos à marginalidade e à delinquência foram aqueles com menor participação nas entidades sociais clássicas. Claudio Beato, coordenador do CRISP (Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública), ligado à UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais), de Belo Horizonte assevera que “é por meio da religião, da profissionalização, da educação e da família, bem como dos amigos que são transmitidos os valores sociais. Sem eles, os jovens crescem sem o legado da civilização”. Por essa razão que as nações muçulmanas, em que a religião exerce forte influência na vida daquele país, possuem os menores índices de roubos do mundo, a despeito de serem povos paupérrimos e injustos em regra.

1.1.5. A falta de recurso econômico

É nesse momento que fica evidenciada a influência que a pobreza exerce sobre as pessoas, pois enfraquece a relação entre pais e filhos e diminui a transferência da herança familiar sobre a convivência em sociedade. Inicialmente, porque pai e mãe laboram o dia todo, sendo obrigados a abandonar os filhos para serem forjados pela marginalidade das ruas, sob o incentivo de outros adolescentes, em sua maior parte, já criminosos. Isso quando existe pai e mãe! O sociólogo Tulio Kahn, do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquentes (Ilanud) assegura que “o grau de delinquência de uma comunidade é diretamente proporcional ao número de famílias monoparentais, ou seja, em que os filhos são criados só pelo pai ou pela mãe.” Além disso, as crianças optam permanecer longe de casa, fora do alcance dos olhos dos pais, em adjacências mais carentes, onde as casas são comumente divididas por diversas famílias superlotadas. A coordenação das ocupações dos filhos é um amplo óbice para o delito, de acordo com pesquisas realizadas por Robert J. Sampson.

É imperioso advertir o maior percentual da delinquência determinada pela pobreza vitima os próprios necessitados, que também são assolados pelo infortúnio de não ter a quem valer-se, pois, a presença do Estado é mínima nos bairros de carentes. Situação real principalmente no que pertine aos delitos graves, ao passo que os crimes mais brandos, norteados na maioria das vezes pela ocasião, acontecem nos espaços nobres dos centros urbanos, onde existe riqueza para ser apropriada.

Em contrapartida, existem pelo menos duas causas causadoras de criminalidade, que são independentes uma das outras: o sexo e a idade da população. É de fácil entendimento: quanto mais homens púberes existirem na população, o índice de criminalidade será maior. Claudio Beato, da UFMG expôs que “sexo e idade são os dois únicos fatores inequivocamente relacionados à criminalidade. O censo mais recente mostra que houve um crescimento da população de 15 a 24 anos. Se esse grupo diminuir, o crime diminui naturalmente. Na Califórnia isso ocorreu.” Segundo Steven Barkan, da Universidade do Maine, esse entendimento oferece determinada previsão sobre o delito.

Não existe consenso a respeito dessa linha de raciocínio. Alega-se que a juventude é uma fase em que a convivência entre amigos e o anseio por afeição são notadamente intensos; o poder aquisitivo é de vital importância, contudo só subempregos lhes são oferecidos; os preceitos individuais carecem ser firmados, em contrário aos assentidos pela coletividade. Os púberes deixam de praticar atos infracionais porque apertam seus vínculos com a sociedade, por intermédio da profissão e do matrimônio quando saem da adolescência. No que diz respeito ao sexo dos adolescentes, as elucidações mais claras, além do critério hormonal, são as que afirmam que os garotos, diversamente das garotas, são estimulados a serem invasivos, cogentes e viris.

Antes de criar normas mais rígidas, encher as comunidades de policiais, edificar mais presídios ou adquirindo novas viaturas de polícia, é fundamental compreender a eclosão dos delitos no Brasil. E conhecer que cada cidadão brasileiro possui sua parcela de culpa para a sua aparição.

1.2. DO DIREITO PENAL

1.2.1. Conceito de Direito Penal e suas particularidades

Compreendida a origem da criminalidade, torna-se imprescindível entender o que é Direito Penal. Como lecionava Welzel⁸, Direito Penal “é aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe pena ou medidas de segurança.”

Para Cuelo Calón⁹, “Direito penal é o conjunto de normas estabelecidas pelo Estado que definem os delitos, as penas e as medidas de correção e de segurança com as quais são sancionados.”

De forma mais elucidativa, Santiago Mir Puig¹⁰, ensina que a ciência criminal revela-se por duas vertentes. A primeira como sendo um acervo de leis burocratas que tem por escopo definir os crimes e suas medidas repressivas equivalentes, isto é, penas e medidas de segurança e, a segunda, apresentando-se como um complexo de ponderações e preceitos que norteiam o peculiar emprego e acepção das regras criminais.

Como instrumento de poder expressivamente regrado sobre a sociedade, desempenhado por intermédio Estatal, a persecução penal pode ser legalmente cumprida unicamente conforme as leis predeterminadas, estabelecidas tal como os princípios basilares públicos. Nesse contexto, os valores jurídicos tutelados pela Ciência Criminal diz respeito totalmente à sociedade e não a uma determinada pessoa.¹¹

No entanto, perquire-se: qual deve ser o quesito que distingue a ciência criminal dos demais ramos do direito? O caráter fragmentário é uma das fundamentais particularidades da contemporânea Ciência Criminalística, ou seja, significa ser a última alternativa, dentre os demais segmentos do direito, que o Estado deve valer-se para resguardar os direitos e valores fundamentais para a humanidade. Ademais, O saber Penal se diferencia pela configuração e intuito com que exercita tal guarida. A ciência Penal assinala-se pela cominação de medidas repressivas peculiares, penas e medidas de segurança, em

8 WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**, 3ªed. castellana da 12ª ed. alemán, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987. p. 11.

9 CALÓN, Cuello. **Derecho Penal**, Barcelona, Bosch, 1960. p. 8.

10 MIR PUIG, Santiago, **Derecho Penal; Parte General**, 8ª ed., Barcelona, Reppertor, 2010 . p. 42-43.

11 BITENCOURT, César Roberto. **Tratado do Direito Penal: Parte Geral**, 17ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2012, v.1. p. 35.

contraposição às subversões as quais é convocado a decidir no que tange à forma. No que diz respeito ao escopo, atualmente, reconhece-se que, por intermédio do Direito Penal, o Estado possui a finalidade de causar implicações sobre o criminoso, bem como sobre a coletividade a qual simboliza. Nesse diapasão, pode-se asseverar que o Direito Penal distingui-se pela intrinsidade profilática: busca estimular o delinquente no intuito de que não se afaste das regras sociais antes de aplicar-lhe uma sanção, criando preceitos taxativos, assim como aplicando as medidas repressivas atinentes, objetivando impedir a conduta delitiva.¹²

É ciência normativa, pois se restringe ao conhecimento e definição das normas e às analogias entre eventos estabelecidos pelas próprias leis. Ou seja, o Saber Penal possui como fim o exame sobre o acervo dos princípios lícitos e dos métodos de julgamento legais que alicerçam o “dever-ser”, assim como as decorrências jurídicas da não obediência aos ditames legais.¹³

Nessa senda, atualmente, a despeito de ser uma ciência normativa, o Direito Penal não deixa de cuidar da origem e das sequelas do delito, admitindo igualmente um papel fecundo, interessando-se pelas razões que levam o indivíduo a delinquir e o reflexo disso perante a humanidade.

Além disso, a Ciência Criminal é valorativa. Sua atividade é calcada inicialmente numa linha graduada de princípios ou padrão éticos e sociais materializados pelo conjunto de normas do país que integra, os quais são conduzidos à prática por juízos e preceitos legais que são exclusivos do Direito Penal, bem como possui também inclinação finalista, pois tem em vista a tutela dos bens jurídicos basilares. Por fim, a Ciência Penal é penalizadora, de modo que garante a ordem jurídica aplicando medidas repressivas.¹⁴

1.2.2. Teoria do delito

Após discorrer sobre a Ciência Penal, verifica-se que seu ofício é a organização do acervo de padrões éticos e sociais que norteiam a intrínseca execução e compreensão dos preceitos penais. Nesse sentido, seu fito fundamental de análise é a teoria geral do delito, em cujo cerne estão as regras estabelecidas na Parte Geral do Código Penal, que contribuem para

12 BITENCOURT, op. cit., p. 36.

13 Ibid., p. 36.

14 Ibid., p. 37.

melhor compreensão e sintetização de todos os requisitos do fato punível e as respectivas exigências de responsabilidade.¹⁵

Felix Araújo Neto¹⁶elucida que é imperioso assinalar, no que tange à teoria do delito, que não se almeja analisar os fragmentos que corporificam os tipos penais elencados na legislação criminal individualmente . Nesse sentido, explica que, nesse assunto, cada empenho teórico levado a feito pelos especialistas tem sido efetivado no intento de perquirir quais são precisamente as particularidades globais que classificam um caso como crime.

O citado causídico, fazendo alusão ao professor Navarrete¹⁷, alega que se percebe, com preponderância, dentre essa gama de esforço doutrinário, avistando as múltiplas perspectivas de reflexão, como meios imprescindíveis ao significado de crime: a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Adverte, contudo, que existe uma pequena parte da doutrina sustentando a punibilidade como sendo elemento fundamental ao conjunto da definição de delito.

Assinala ainda que, de acordo com o citado autor, é costumeiro conferir ao ilustre professor de Berlim, Franz Von Liszt, a diferença entre os componentes: ação, antijuridicidade e culpabilidade. Noutro giro, a acepção de tipicidade se deve às exposições doutrinárias do mestre Ernst Beling¹⁸, também criminalista alemão. No entanto, torna-se mister advertir que, para alcançar o presente tema de indubitável progresso científico da Teoria Geral do Delito, mesmo correndo risco de errar por acidental supressão de nomes igualmente de grande vulto, especialmente os expressivos subsídios acadêmicos de Franz Von Liszt, Ernst Beling, Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e Welzel significaram basilar relevância.

Assim sendo, com amparo nos mencionados componentes principais que corporificam a conduta do fato punível, foi que a doutrina contemporânea teve possibilidade de criar significados formais em torno do crime, permitindo obter definições jurídico-científicos célebres, à parte de absoluto debate. De modo que, sujeitando-se a eles, a

15 BITENCOURT, op. cit., p. 253.

16 ARAÚJO NETO, Felix. **Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 573, 31 jan. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6245>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

17 NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho penal, parte general** – teoría jurídica del delito, Tomo II, V. I. Bosch, S.A. Barcelona, 2000, p. 21.

18 Ibid., p. 21.

elaboração conceitual de crime adentrou na seara dos valores subjetivos de caráter excepcionalmente legal. De modo que os ensinamentos doutrinários atuais reúnem esses significados em dois salubres grupos: os materiais e os formais.

Assim como bem elucidado pelo professor Paulo Queiroz¹⁹, a teoria do fato punível²⁰ dedica-se às conjecturas genéricas, formais e materiais, que precisam convergir a fim de que certa conduta do indivíduo culmine no cumprimento de uma medida repressiva criminal.

1.2.2.1. Breves considerações sobre a evolução da Teoria do Delito

A teoria do fato punível é resultado de uma duradoura metodologia de trabalho, a qual segue o progresso investigativo do Saber Criminal e manifesta-se hodiernamente em processo de elaboração²¹. Como bem esclarecido anteriormente pelo patrono Felix Neto, ao fazer menção ao jurista Navarrete, não foi idealizada como uma estrutura peremptória.

É aquiescência da doutrina majoritária em conceituar o delito como sendo fato típico, ilícito e culpável. O teor, a definição e os marcos de cada uma dessas espécies, bem como a maneira com que elas estabelecem ligação, consistiram e permanecem sendo discutidos sob diversos prismas especulativos.²²

1.2.2.2. Arquétipo Positivista

O conceito categórico de delito surgiu em meados do século XIX e é fruto da concepção preliminar do contemporâneo idealismo científico alemão, o qual esforçou-se para o aprimoramento das várias partes que dão corpo ao crime com o auxílio de diversos países como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíça. A definição tradicional de crime foi obra desse pensamento, que eliminava totalmente qualquer aporte de caráter subjetivo. Esse norte, extremamente positivista, que almejou decidir todas as vicissitudes sociais da ocasião, ofereceu uma abordagem excessivamente taxativa à conduta do indivíduo que seria estabelecida como criminosa. Destarte, a ação era formada por um tipo objetivo-descritivo; a ilicitude era meramente objetivo-normativa e a culpabilidade, subjetivo-descritiva. Von Liszt

19 QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 8ª Ed., v. 1. Salvador-BA, JusPodivm, 2012. p. 155.

20 ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General — Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 192.

21 BITENCOURT, op. cit., p. 253.

22 Ibid., p. 254.

e Beling conceberam o significado modelo de crime, simbolizado por uma atividade corpórea (ação), evidente e pedagógica, que ligava o comportamento à consequência por intermédio do nexo de causalidade. Esse conceito conservava totalmente abstraídos o ponto de vista objetivo, constituído pela tipicidade e antijuridicidade, e subjetivo, expressado pela culpabilidade.²³

O modelo positivista legado por Von Liszt e Beling concretizava a tutela da segurança jurídica, um dos princípios basilares do Direito e, conseqüentemente, do Estado de Direito. O convencionalismo e objetivismo desse sistema era outra maneira de analisar, restaurar e empregar o Direito, tolhendo o perigo de seu manuseamento subjetivo pelo magistrado, bem como situando-o antes do acontecimento e a disposição da história verídica, causando uma lacuna no preceito legal por onde adentrava a concreticidade e afastava o entendimento do Direito como um fim ontológico.

Nesse sentido, o docente Régis Prado, explica que o fito da filosofia do preceito positivista era unicamente a norma positivada, a qual era constituída, compreendida e adstrita pelos códigos e leis, que não se encontravam contrários a conceitos éticos, sociais, políticos ou filosóficos, antecedendo-se a quaisquer referências de caráter jusnaturalista.²⁴

Bitencourt²⁵ arrazoia que dentre as diversas censuras feitas ao positivismo, a mais lógica é aquela diz respeito a sua inaptidão de aceitar a ilegalidade de uma lei convencionalmente criada, todavia objetivamente conflitante com o conjunto de normas atual.

Ademais, finaliza aduzindo que o lapso temporal e o surgimento de pensamentos científicos modernos sobre o tema causaram o desapego dos postulados basilares do positivismo jurídico: o fim do saber jurídico não deve cingir-se exclusivamente ao direito positivo, assim como não deve ser estudado e desenvolvido por intermédio da técnica sintética de constituição jurídica.

1.2.2.3. Arquétipo Neokantista

Apesar da grande contribuição de Von Liszt para a ciência do Direito Penal, tornaram-se evidentes as carências da acepção positivista para a Ciência Criminal. Entretanto,

23 BITENCOURT, op. cit., p. 254.

24 REGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 3ª Ed., São Paulo, Rev. Tribunais, 2002. p. 99.

25 BITENCOURT, op. cit., p. 255.

a incoerência em esclarecer satisfatoriamente as partes essenciais da teoria jurídica do delito teve uma função precípua no acolhimento do modelo neokantiano, que provocou semânticas alterações na teoria geral do delito, causando uma quebra de paradigmas na dogmática penal. Foi o neokantismo que proporcionou uma argumentação organizada para a teoria do fato punível, motivando assim a designação conceito neoclássico. Essa definição equivalia ao reflexo da filosofia neokantiana na seara jurídica, a qual dava extrema relevância ao normativo e axiológico. Converteu o nexos formal de um juízo jurídico ontológico pelo significado de crime direcionado para os objetivos almejados pela Ciência Criminal e pelas expectativas de juízo de valor que o fundamenta.²⁶

Conforme essa diretriz, todos os fragmentos da definição clássica de delito passaram por um procedimento de mutação. A ação, cujo conceito era o campo delicado da acepção tradicional de delinquência. A tipicidade, conseqüentemente, devido a descoberta dos componentes normativos, que englobam um preceito valorativo, assim como a importância do reconhecimento dos objetos subjetivos do tipo, repeliram terminantemente uma percepção clássica do tipo, motivada simplesmente por agentes objetivos. A antijuridicidade, do mesmo modo, que aparentava a mera oposição formal à lei, passou a ser entendida por uma ótica material, demandando-se que haja prejuízo social. Essa nova acepção admitiu classificar o injusto (fato típico e ilícito) conforme a relevância do dano causado. Assim sendo, onde inexistir lesão a um bem jurídico, não haverá fato antijurídico. Por fim, a culpabilidade igualmente sofreu modificações nesta fase teleológica, adquirindo a reprovabilidade por intermédio do desenvolvimento do desejo oposto à obrigação, promovendo a exegese dos assuntos que a doutrina psicológica do dolo não soluciona.²⁷

O neokantismo favoreceu a mudança do conceito clássico de ação, conferindo função original ao tipo penal, bem como a remodelação material da ilicitude e o reestabelecimento da culpabilidade, contudo, sem modificar a definição de delito como a ação típica, ilícita e culpável. Enfim, concebeu a resiliência do processo científico-positivista, competentemente comprovando que qualquer fato traz intrínseco um padrão predeterminado - cultural, consentindo a comprovação de que o Direito positivado não possui em si próprio uma definição objetiva, a qual precisa ser encontrada puramente pelo julgador. Muito pelo

26 BITENCOURT, op. cit., p. 256.

27 Ibid., p. 257-258.

contrário, as leis, advindas da cultura, possuem como requisitos preceitos anteriores, e este juiz não estará isento dos prestígios de tais princípios por mais que almeje ser imparcial.²⁸

1.2.2.4. Doutrina Finalista

Regis Prado²⁹ leciona que a doutrina finalista foi idealizada pelo jusfilósofo e criminalista alemão Hans Welzel na década de 30 do século pretérito, em que ele assegurou a concepção de uma definição pré-jurídica de suposições concretas como, por exemplo, o comportamento do indivíduo, anteriores a qualquer juízo de valor jurídico. Welzel alegava que não é o indivíduo, com o auxílio de suas divisões psíquicas, quem causa a ordem do real e sim a pessoa contida em uma ordem real adequada a arcabouços não subjetivos, contestando assim ao subjetivismo do modelo neokantista.³⁰

Nesse contexto, Bitencourt³¹ aduz que a Ciência Criminal indubitavelmente dá ocupação a acontecimentos detentores de acepções ricas em conteúdo e esses episódios são relevantes justamente em razão do seu valor e não por causa de sua importância físico-naturalística. Não obstante, pontua que, conforme leciona Mir Puig³², o escopo da censura de Welzel ao neokantismo não foi esse, porém seu princípio metodológico personalista em que o aspecto valorativo de um fato não se encontra nele, todavia no que lhe é conferido pelos indivíduos. Welzel, em oposição, ratificou que o sentido das coisas provém da sua maneira de ser. Por conseguinte, o processo de elaboração do saber constituirá de cunho conclusivo-subjetivo, visto cedidos os dispositivos lógico-objetivos inerentes à pessoa. Resultado: esse embrionário enfoque carece ser compreendido a começar da definição da ação humana, que é arquitetada assim como um arcabouço lógico-objetivo cujo caráter firmava-se em estar conduzido pela finalidade humana, diversamente dos neokantianos.

Nesse sentido, para Welzel:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à

28 BITENCOURT, op. cit., p. 257-258.

29 WELSEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 7.

30 BITENCOURT, op. cit., p. 258-259.

31 Ibid., p. 258.

32 MIR PUIG, Santiago, **Introducción a las bases del Derecho Penal**, 2ª ed., Montevideo, Editorial IB de F, 2003, p. 226 e s.

consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente.³³

Complementando, o criminólogo arrazoava que a ação definitiva é um movimento direcionado sabidamente em função do fim, à medida que o suceder causal não está norteado em função do fim, contudo é a consequência causal do conjunto de causas presentes em todo instante.³⁴ Essa abertura foi crucial no método de classificação e preparação conclusiva das divisões organizadas do ato criminoso, apresentando um indicativo assente para a explicação e aplicação das legislações criminais e a resultante salvaguarda de segurança jurídica das deliberações judiciais, no que tange ao Direito Penal.³⁵

A notável herança do finalismo, a qual iniciou-se no neokantismo, foi o deslocamento dos fragmentos subjetivos que agregavam a culpa, surgindo, deste modo, um conceito simplesmente regrado. O finalismo retirou o dolo e a culpa para o injusto, movendo-os da culpabilidade e transferindo a intenção para o núcleo do injusto, centralizando, na culpa, exclusivamente, as situações que adequam a condenação do comportamento antagônico às normas, e o elemento da censura localiza-se no injusto. Os progressos irrefutáveis da Ciência Criminal atribui-se ao finalismo indubitavelmente, dentre os quais ressaltam-se dois importantes feitos: preliminarmente, colaborou terminantemente para a descoberta do desvalor da ação, como item característico do injusto penal, e para significativa determinação da culpa e demais requisitos da culpabilidade criminal. De acordo com a visão do normativismo funcional, o desvalor da ação fundamenta-se mormente na idealização de um perigo não tolerado, o qual não está sujeito às intenções do agente. Secundariamente, permitiu um melhor entendimento para as várias espécies de delitos.³⁶

Apesar disso, ele mesmo admitiu que a superioridade de sua análise sobre as demais era imprecisa, reconhecendo uma que situação análoga pode ser considerada por mais de uma vertente. Logo, não é plausível assegurar a sensatez da arguição jurídica a partir de aspectos lógico-objetivos invariáveis na atual conjuntura da sociedade, na qual caracteriza-se pela diversidade de costumes, submetendo-se a mutações sucessivas por causa da demasiada movimentação de indivíduos e troca de conhecimentos. Diante disso, perquire-se, o

33 WELSEL, op. cit., p. 27.

34 BITENCOURT, op. cit., p. 259.

35 BITENCOURT, loc. cit.

36 BITENCOURT, op. cit., p. 259-260.

ontologismo finalista, visto que desconhece o fato de que as opiniões que trazemos não são meras representações indispensáveis do que existe de fato, porém concepções do homem abalizadas em uma consonância social eventual. Portanto, não é suficiente o intuito de cada pessoa. Constata-se, destarte, que foi desde a doutrina finalista, sobretudo nas ideias iniciais de Welzel, que não era provável esclarecer com êxito a punibilidade dos crimes perpetrados de culposamente, vez que a conduta do indivíduo não pode ser aceita como um fato causal dirigido pela intenção humana nessas situações. É igualmente insuficiente para o esclarecimento da omissão, porque a definição do comportamento censurável precisa de ponderações regulamentadas neste campo.³⁷

1.2.2.5. Arquétipos funcionalistas

A característica principal dos padrões funcionalistas para o enriquecimento da teoria do crime foi a convergência à formalização das definições, ou seja, a criação de considerações fundamentadas em valorações e de nortes do aparato criminal a intenções político-criminais. Esse modelo possui duas vertentes: a inicial, defendida por Roxin, de caráter comedido, a qual explica a norma penal com elementos objetivos e valorativos (normativismo funcional teleológico); a derradeira, conservadora, sustentada por Jakobs, que demanda o desregramento absoluto da Ciência Criminal, com base ordenada (normativismo sistêmico). A discrepância primordial entre as duas correntes reside nos significados. O padrão defendido por Roxin interessa-se com as conclusões da norma penal, enquanto o modelo afirmado por Jakobs se contenta com os efeitos da sanção. Resumindo: o método teleológico funcional guia-se por intuítos político-criminais, dando importância aos valores e princípios positivados. De acordo com esse processo, uma configuração ontológica como a da ação finalista é ao mesmo tempo importante e irrisória, devendo por conseguinte ser acrescida por juízos de valores norteados desde o escopo do Direito Penal. Já a técnica funcionalista sistêmica fundamenta-se exclusivamente nas demandas contínuas e a norma criminal é que precisa adequar-se a elas.³⁸

37 BITENCOURT, op. cit., p. 260-261.

38 Ibid., p. 261-262.

1.2.3. Conceito de crime

Ante todo o exposto, torna-se mister entender o conceito de crime e seus desdobramentos. Dessa maneira, saber-se-á as consequências advindas da discussão dessa definição para a humanidade.

1.2.3.1. Clássico

O conceito clássico de delito foi idealizado por Von Liszt e Beling, o qual caracterizado pela ação, causando uma alteração no plano externo, resultado. Uma composição fácil, patente e ainda didática, calcada num significado de ação extremamente natural, que ligava o comportamento à consequência por meio do nexos de causalidade. Esse ponto de vista sustentava em partes categoricamente nítidos o lado objetivo, simbolizado pela tipicidade e ilicitude, e o lado subjetivo, caracterizado pela culpabilidade. Esse conceito de crime foi fruto da ideia jurídica distintiva do positivismo científico, o qual separava totalmente qualquer aporte das concepções filosóficas, psicológicas e sociológicas. Essa percepção deu um significado desmedidamente formal á conduta do indivíduo considerado delinquente. Os componentes essenciais da definição clássica de crime eram traduzidos da seguinte maneira: ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.³⁹

1.2.3.2. Neoclássico

Após intensa modificação do conceito clássico de delito, porém sem desprezar totalmente suas bases, a definição neoclássica trocou a consistência formal de uma ideia jurídica restrita ontológica por um significado de crime endereçado para os objetivos desejados pela Ciência Criminal e pelas expectativas de valores que o fundamentam (teoria teleológica do delito). Sob esse novel enfoque, todos os dados dessa definição foram alterados, a iniciar pelo significado de ação. A tipicidade, por seu turno, separou decisivamente a visão clássica do tipo, definida por pontos meramente objetivos. A ilicitude, que consistia na mera incoerência formal à norma, passou a ser visualizada sob a ótica material, demandando-se um eventual perigo para a sociedade. Essa inteligência inovadora consentiu que o injusto fosse classificado conforme a lesividade causada. Ou seja, onde não existir dano ao interesse comum, a ação perpetrada não poderá ser caracterizada como ilícita. Finalmente, a doutrina neoclássica do crime distinguiu-se pela reestruturação da antiga definição de ação, inovação pertinente ao emprego do tipo, pela modificação material da

39 BITENCOURT, op. cit., p. 304.

ilicitude e remodelação da culpabilidade, sem modificar, apesar disso, o significado de delito, como sendo ação típica, ilícita e culpável.⁴⁰

1.2.3.3. Finalista

Idealizada por Welzel, na década de trinta, esse conceito buscou dirigir o comportamento humano em fases distintas à definição nuclear da teoria do crime, analisada sob o aspecto ontológico. Consertou as lacunas e contrassensos presentes e, paulatinamente, fechou determinadas falhas que apareceram no progresso da constituição de sua nova conjectura, preliminarmente desapegando do idealismo dialético e subjetivo das definições antecedentes. Discordando da aceção causal de ação e, sobretudo, à ruptura entre o ânimo e seu teor, Welzel construiu a definição finalista, que possui o interesse de suprimir a inexplicável divisão das formas objetivas e subjetivas da ação e do próprio injusto, modificando, dessa maneira, o injusto naturalístico em injusto pessoal. A teoria do crime descobre uma das mais relevantes balizas de seu progresso através do finalismo. Essa nova composição amparada pelo finalismo acarretou em incontáveis implicações, destacando-se a diferença entre crimes dolosos e culposos, dolo e culpa não mais como dados ou classes de culpabilidade, porém como elementos da ação e do injusto pessoal, bem como a concepção de uma culpabilidade unicamente normativa.⁴¹

1.2.3.4. No Brasil

A norma penal brasileira não conceitua crime de maneira exata. Apenas prevê que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa [...]”⁴² Diante disso, diversos doutrinadores discorrem sobre o seu significado. Como leciona Paulo Queiroz, há, pelo menos, cinco maneiras de como definir o crime: formal, material, formal-material, analítico e definatorial⁴³.

1.2.3.4.1. Formal

Aníbal Bruno instrui que, sob o aspecto formal, crime é qualquer acontecimento que a norma vede, sujeitando a quem viole uma sanção. Amparado pelo princípio da

40 BITENCOURT, op. cit., p. 304-305.

41 Ibid, p. 306.

42 Art. 1º do Dec. Lei nº 3.914, de 9 dez. 1941. Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais.

43 QUEIROZ, op. cit., p. 182.

legalidade, o qual estabelece que não existe infração penal ou sanção sem lei pretérita que a determine, delito é unicamente aquilo que a norma descrever como tal.⁴⁴

1.2.3.4.2. Material

Ao conceituar o crime do ponto de vista material, Guilherme Nucci⁴⁵ traz à baila Claus Roxin⁴⁶, que aduzia: “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune.”

Nesse sentido, o docente arrazoa que crime, sobre o prisma material, é a percepção do corpo social em vista do que se deve permitir ou vedar, por intermédio da medida repressiva criminal.

1.2.3.4.3. Formal-material

Paulo Queiroz⁴⁷ elucida que o significado formal-material constata a deficiência dos aspectos formal e material no momento em que são analisados separadamente. Incorpora-os, fazendo referência a Francesco Carrara⁴⁸, o qual aduz que crime é “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, e que resulta de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e socialmente danoso.” O critério formal está mormente na verbalização infração da lei do Estado; já o material, na consignação ato socialmente danoso. Por conseguinte, crime, sob a ótica formal-material, é uma violação de conduta notadamente nociva ao regramento jurídico-penal.

1.2.3.4.4. Analítico

Para tratar do conceito analítico do crime, o catedrático Paulo Queiroz⁴⁹ traz à tona dois renomados doutrinadores alemães - Hans Welzel e Claus Roxin - asseverando que, em que pese as diversas mutações que a dogmática criminal sofreu e tem sofrido, continua estável.

44 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo 1. Rio de Janeiro, Ed., Forense, 2003. p. 173.

45 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** – Parte Especial. 9ª Ed., ver., atual., e ampl. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p. 179.

46 ROXIN, op. cit., p. 51.

47 QUEIROZ, op. cit., p. 182.

48 CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal. Parte general**. Bogotá: Ed. Temis, 1978, § 21.

49 QUEIROZ, Paulo. **Notas sobre o conceito analítico de crime**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/notas-sobre-o-conceito-analitico-de-crime/>> Acessado em: 22 jan. 2014.

Expõe também que, de acordo com Hans Welzel, “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em um delito”, cujas permanecem interligadas coerentemente tal qual qualquer parte vindoura implica a precedente.⁵⁰

Igualmente, relata que, para Claus Roxin, típica é a ação que coincide com uma das descrições de delito; antijurídica é a conduta típica não amparada por causa de justificação; e culpável é a ação típica e antijurídica praticada de modo reprovável por um sujeito imputável. Ainda, conforme Roxin, a diferença entre excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade, entre justificação e exculpação, consiste em que uma conduta justificada é reconhecida como legal pelo legislador, está permitida e há ser suportada por todos, enquanto uma conduta exculpada não é aprovada e, por isso, continua como não permitida e proibida. Assim, embora não seja punida, em geral não tem porque ser tolerada por quem é vítima de uma conduta antijurídica.⁵¹

Nesse contexto, analiticamente, crime se define como sendo fato típico, antijurídico ou ilícito e culpável.

1.2.3.4.4.1. Tipicidade

A conduta típica fica evidente no momento em que é amoldada ao significado estabelecido na lei penal. Destarte, alegar típica uma conduta, é considerá-la jurídico-penalmente carecedora de cuidado, isto é, uma ação típica é uma conduta proibida no ordenamento jurídico-penal. Obedece ao princípio da legalidade, pois somente pode-se considerar infração penal aquilo o que a lei considerar como tal. Essa definição legal dos componentes do delito denomina-se tipo, portanto típico é o comportamento do indivíduo que satisfaça aos requisitos legais, assim tipicidade constitui a justaposição entre uma eventual conduta humana e a norma penal incriminadora.⁵²

1.2.3.4.4.2. Ilicitude

Conhecida também como antijuridicidade, a ilicitude é o comportamento humano contrário à norma penal, ou seja, sem a guarida de uma causa de justificativa, tal qual a

50 WELSEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**, parte general. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile: 1993, p. 57.

51 ROXIN, op. cit., p. 195.

52 QUEIROZ, op. cit., p. 184-185.

legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.⁵³

Nesse sentido, qualquer ação que for oposta ao que está estabelecido nas normas penais incriminadoras, desde que não haja uma explicação também prevista em lei, será considerada ilícita ou antijurídica.

1.2.3.4.4.3. Culpabilidade

Depois de verificado se a ação é típica e ilícita, para ser considerada como crime, é necessário que também seja considerada culpável, ou seja, averiguar se, dadas as condições, o indivíduo poderia atuar de acordo com os regramentos penais. A culpabilidade representa por conseguinte as circunstâncias subjetivas que necessitam convergir para que o agente seja digno da pena a ele imposto, porque, do contrário, não será submetido a nenhuma sanção, carecendo ser desculpado. A culpabilidade é, pois, uma ponderação de censura que recai sobre quem praticou um fato considerado típico e ilícito, por lhe ser cobrado uma conduta diferente, isto é, segundo o direito. Culpabilidade é portanto necessidade, inimputabilidade e inexigibilidade.⁵⁴

1.2.3.4.5. Definitorial

Por derradeiro, o conceito definitorial, o qual é determinado pela teoria do etiquetamento ou *Labeling Approach*. Conforme a citada hipótese, que não possui fundamento concreto, crime é a consequência das metodologias de represália da civilização, as quais edificam o comportamento delitivo, de modo que a atitude não seja corrompida em sua essência, mas por conta de um domínio social de retaliação e preferência, e não da norma.⁵⁵

53 QUEIROZ, op. cit., p. 185.

54 Ibid., p. 186.

55 Ibid., p. 183.

CAPÍTULO II

2. DA PENA

2.1. Conceito

Fernando Capez conceitua pena como sendo a medida criminal repressiva de natureza rigorosa em cumprimento de um julgamento estabelecido pelo Estado ao culpado pela realização de um delito, a qual se baseia na limitação ou abstenção de um bem jurídico, cujo objetivo é atribuir o encargo sancionador ao criminoso, ocasionando a sua readaptação social e evitando futuras violações pela reprimenda direcionada à coletividade.⁵⁶

Paulo Queiroz⁵⁷ ensina que a pena consiste em um cerceamento ou mitigação de um bem jurídico fixado pelo Estado-juiz ao agente causador de um delito, consistindo na principal consequência do crime.

De modo mais amplo, Nucci⁵⁸ ensina que pena:

É a sanção imposta pelo Estado, através de ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Nessa toada, a pena se traduz como sendo a retribuição do mal praticado, pelo ressarcimento ou aflição da responsabilidade; prevenção especial positiva, através da repreensão do agente pelo caráter pedagógico da execução penal; ainda prevenção especial negativa, como garantia social pela anulação do criminoso e, por fim, prevenção geral

56 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15ª ed., vol.1. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 384.

57 QUEIROZ, op. cit., p. 417.

58 NUCCI, op. cit., p. 400.

negativa, por meio do ultimato aos possíveis delinquentes pela condenação criminal e prevenção geral positiva, como sustentação da credibilidade nas normas penais.⁵⁹

Por fim, Eugênio Raúl Zaffaroni arrazoa que a pena é uma prática de autoridade que está ilegítima, porém que permanece como um fenômeno efetivo, como um evento político, como um fato de direito.⁶⁰

2.2. Sucintas exposições sobre a Teoria Geral da Pena

O debate sobre os objetivos e balizes da sanção penal representa assunto dos mais discutidos do Direito Penal. Tobias Barreto adverte que qualquer pessoa que investiga a base legal da pena precisa buscar igualmente a razão legal da guerra. O sistema penal é o modo de combate em período de ausência de conflito.⁶¹

Alguns países como Itália, Espanha e Portugal possuem no bojo de suas Cartas Magnas o escopo da pena⁶², no entanto, a Constituição pátria não faz menção alguma sobre o tema. Apenas a Lei nº 7.210 de 11 jul. 1984 (Lei de Execução Penal) prescreve o fito da execução da pena.⁶³

Paulo Queiroz leciona que duas fundamentais correntes político-criminais necessitam ser sopesadas, no que diz respeito ao exame dos papéis da sanção penal atualmente: as doutrinas legitimadoras e deslegitimadoras.⁶⁴

2.2.1. Doutrinas Legitimadoras

2.2.1.1. Teorias Absolutas

São todas aquelas teorias oriundas do Direito Penal com um objetivo ontológico, sem levar em consideração as causas práticas ou cautelares, para que a sanção penal não seja conveniente para qualquer desígnio, visto que sua força provém da simples razão de ter ocorrido a prática de um ato criminoso. Kant e Hegel são partidários dessa teoria.⁶⁵

59 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 249.

60 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio: Lumen Juris, 2008. p. 139.

61 QUEIROZ, op. cit., p. 387.

62 QUEIROZ, loc. cit.

63 Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

64 QUEIROZ, op. cit., p. 388.

65 Ibid., p. 391.

Kant defendia que a sanção possuía sua explicação na resposta ao cometimento de um delito. Assim sendo, a medida repressiva consistia em uma oposição fidedigna do Estado ao ato ilegal praticado pelo criminoso, sem ter em conta ponderações de cunho objetivo, motivo por que era insignificante averiguar se a reprimenda penal seria ou não apropriada para entusiasmar ou fazer o criminoso mudar de opinião, e dessa forma acautelar outros crimes no aspecto geral ou especial. Portando, as medidas repressivas são absolutamente imperiosas em um universo regulado por preceitos éticos, divino. Desse modo, mesmo que uma civilização se aniquilasse por vontade unânime de seus componentes, ter-se-ia que ceifar a vida do derradeiro criminoso.⁶⁶

Kant conceitua o direito retributivo como norma sagrada, um mandamento determinante onde qualquer assassino precisa ser morto, a fim de que todos respondam pelos seus atos e a responsabilidade pelo sangue derramado não seja atribuída às nações mantiveram impunes seus delinquentes.⁶⁷ Por essa razão que a Lei de Talião constituiria o padrão da correta justiça, porque apenas ela teria força para definir a espécie e o quantum de pena.⁶⁸

No entanto, no entendimento de Hegel, “a pena é a negação da negação do Direito”. Sua base é basicamente legal, ao oposto da kantiana, pois se explica pela precisão de restaurar o valor do anseio comum, representado no ordenamento jurídico e que foi recusado pela pretensão do criminoso. Dessa maneira, a pena surge para castigar o delituoso pela ação perpetrada, e conforme a quantidade ou magnitude da negativa do direito, igualmente será a abundância ou proporção da nova negativa que é a sanção.⁶⁹ Hegel conceitua pena como sendo recusa ao delito, por conseguinte, ratificação da justiça, e crê que o direito retributivo é o exclusivo honrado para o indivíduo.⁷⁰

A cominação da reprimenda acarreta no revigoramento da ordem jurídica rescindida. Não obstante, na ideia de Hegel, “somente através da aplicação da pena trata-se o delincente como um ser ‘racional’ e ‘livre’. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem

66 QUEIROZ, op. cit., p. 391.

67 SANTOS, op. cit., p. 243.

68 QUEIROZ, op. cit., p. 391.

69 BITENCOURT, op. cit., p. 136.

70 SANTOS, op. cit., p. 243.

como quando se mostra um pau a um cachorro, e o homem, por sua honra e sua liberdade, não deve ser tratado como um cachorro.”⁷¹

Hegel ainda confere um teor talional à sanção assim como Kant. Todavia, a despeito de crer que o ato praticado gera a repreensão penal, não a realiza determinando sua circunstância, como acontecia na Lei de Talião, porém evidencia apenas sua correspondência. Para ele, a sanção é o dano, ou seja, o modo de reparar o crime e restaurar a harmonia esvanecida.⁷²

2.2.1.2. Teorias Relativas

As teorias relativas, em contrariedade às absolutas, tratam da pena como sendo um instrumento ao emprego de finalidades definidas e não como um fim ontológico, presumindo-a, por conseguinte, utilitária. O escopo da pena é especialmente a prevenção de cometimento de outros crimes, por isso são igualmente conhecidas como teorias prevencionistas. São separadas em teorias da prevenção geral positiva, negativa e teorias da prevenção especial. Na prevenção geral positiva, o fito da pena é consolidar os preceitos sociais; já na prevenção geral negativa, a norma possui a finalidade de entusiasmar seus receptores a deixarem de praticar novos crimes e, por último, as teorias da prevenção especial, que possuem o objetivo de impedir a recorrência por intermédio da ressocialização do delinquente.⁷³

2.2.1.2.1. Prevenção geral negativa

O mais importante precursor dessa teoria foi Paul Anselm Ritter Von Feuerbach. Para ele, qualquer delito possui como pretexto ou inspiração psíquica a lascívia, na medida em que o sensualismo do ser humano é o que o motiva a cometer o ato por deleite. A essa motivação sensual existe um contraste, que é a convicção da punição. Consequentemente, o fito da pena é a prevenção geral de futuros atos delituosos, mediante uma repressão psicológica praticada sobre seus administrados, identificando-se dois pesos da pena: a imposição e o seu emprego. Em ambas as situações, o Direito Penal possui por meta a prevenção geral negativa a supervenientes prática de atos delituosos.⁷⁴

71 BITENCOUT, op. cit., p. 137.

72 BITENCOURT. loc. cit.

73 QUEIROZ, op. cit., p. 394.

74 QUEIROZ, loc. cit.

2.2.1.2.2. Prevenção geral positiva

Dentre as contemporâneas teorias de prevenção geral do delito, merece destaque a doutrina de Gunther Jakobs, a qual foi influenciada pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, fração da funcionalidade da Ciência Criminal para o aparelho social. Ele defende que a lei penal consiste numa imperiosidade contínua de equilíbrio de perspectivas sociais por intermédio da cominação de medidas repressivas como consequência aos desapontamentos que provêm da transgressão das leis. Essa ótica idealiza o direito como sendo ferramenta de concretização igualitária, de norte dos atos, assim como institucionalização das perspectivas.⁷⁵

Jakobs esclarece que as relações e influências sociais provocam pontos de vista dos mais variados, que precisam ser garantidos como base fundamental de proteção do preceito social. Expõe que a pena resguarda as cláusulas desta reciprocidade e apresenta por conseguinte papel acautelatório, pois garante a legitimidade do Direito Penal, motivo por que a reprimenda possui como dever fundamental a restauração da credibilidade e compensação ou antecipação das decorrências ruins que a transgressão da lei provoca para o equilíbrio da conjuntura e para a aliança social.⁷⁶ De modo recente, veio até mesmo a propugnar um direito penal do inimigo, arquétipos políticos-criminais objetivados a encontrar e isolar aqueles indivíduos que necessitam ser julgados inimigos da sociedade como, por exemplo, os terroristas, agentes de crimes hediondos e organizações criminosas. Tais pessoas não fazem jus aos análogos direitos humanos básicos proporcionados pelo Estado, porque desrespeitam as prerrogativas individuais dos componentes dele. Caso imprescindível, as penalidades carecem ser austeras e díspares à intensidade do crime. A intenção é segregar os indivíduos que estão em recorrente combate com o Estado.⁷⁷

2.2.1.2.3. Prevenção especial

Os defensores dessa teoria alegam que o escopo da Ciência Criminal é precaver novos delitos, reabilitando e trazendo os agentes criminosos ao convívio social. A definição de pena é impedir que o agente delinquirente incida novamente numa mesma conduta criminal, motivo pelo qual a prevenção não se destina à totalidade das pessoas, porém a alguns integrantes da sociedade que se desviam da norma. Diversos doutrinadores defenderam e defendem essa maneira de explicar o *jus puniend*, destacando-se o correcionalismo espanhol –

75 QUEIROZ, op. cit., p. 395.

76 QUEIROZ, loc. cit.

77 NUCCI, op. cit., p. 410.

Dorado Montero, Concepción Arenal; o positivismo italiano – Lombroso, Ferri, Garofalo; a denominada escola alemã – Von Liszt e, modernamente, a teoria de defesa social – Filippo Gramatica, Marc Ancel, dentre outros.⁷⁸

Dentre estes renomados cientistas, dar-se destaque ao pensamento de Von Liszt, o qual sustenta que o imperativo da reprimenda se afere com raciocínios preventivos especiais, de modo que o cumprimento da medida repressiva satisfaça a uma opinião de ressocialização e reeducação do criminoso à advertência dos que não precisem se ressocializar e ainda para paralisar os indisciplinados. Esse assunto pode ser resumido em três vocábulos: intimidação, correção e prisão. Essa teoria não almejou o atemorizamento da sociedade e nem a recompensa para o episódio cometido, atacando somente a pessoa que já praticou ato criminoso no intuito de que ele não retroceda e desobedeça as leis penais. Os adeptos da prevenção especial optam por descrever a sanção por medidas e não de penas. A pena, segundo eles, insinua o livre-arbítrio, partindo de um significado democrático. Porém medida pondera que o criminoso é um indivíduo pernicioso ou anormal, portanto precisa ser analisado conforme a sua relevância. Como a punição e a ameaça não possui lógica, o que se almeja, destarte, é transformar, ressocializar ou segregar.⁷⁹

2.2.1.3. Teorias Mistas

As teorias mistas ou unificadoras buscam congregar em um só significado os intentos da pena. Ela procura abrigar os pontos que mais vantajosos das teorias absolutas e relativas. Para elas, a explicação da medida repressiva está sujeita a um período da justiça de suas regras e sua urgência para a garantia dos requisitos primordiais da vida moderna, almejando-se desse modo ligar justiça e utilidade, motivo pelo qual a sanção será autêntica unicamente quando significar também ser justa e útil, sempre que se, conquanto cogente, não for equitativa. Dentre esses nortes, merece realce a teoria dialética unificadora de Claus Roxin e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli.⁸⁰

2.2.1.3.1. Teoria dialética unificadora

Idealizada por Claus Roxin, essa teoria eclode da distinção entre o escopo da pena, que se fixa por meio do juízo de valor de um episódio real, e o objetivo da norma penal. Sob esse enfoque, Roxin sustenta que o intento da pena pode ser apenas preventivo, de modo

78 QUEIROZ, op. cit., p. 399.

79 BITENCOUT, op. cit., p. 151-153.

80 QUEIROZ, op. cit., p. 402.

que ela deve perseguir exclusivamente o fito de prevenir crimes, porque dessa maneira se conseguiria obter o amparo da liberdade individual e do aparelho social que explicam o Direito Penal.⁸¹

Roxin finaliza asseverando que a norma penal possui caráter subsidiário, razão por que a sua interferência somente se justifica caso seja imprescindível para uma pacata vida em sociedade, uma vez que, quando os outros ramos do direito forem suficientes, o direito penal necessita se afastar. Nessa senda, para Roxin, a pena possui por intuito a guarda subsidiária e preventiva dos bens jurídicos e prestações estatais de modo geral ou individual por intermédio de um método que proteja a independência do indivíduo e que fique adstrito pelo comedimento da culpa, assim como a reabilitação social do criminoso quando da sua execução. Sintetizando, o fim efetivo da pena é resguardar bens jurídicos notadamente imprescindíveis por intermédio da prevenção geral e especial e intervir apenas subsidiariamente.⁸²

2.2.1.3.2. Teoria garantista

Trata-se de um esquema compensado de emprego do Direito Penal, resguardando sua área de competência para os crimes de maior acuidade, banindo-se tipos penais que considerem delitos penais de menor potencial ofensivo, mas com observância à ampla defesa e ao contraditório e suas implicações constantemente.⁸³

O garantismo de Luigi Ferrajoli sustenta que o exclusivo fim apropriado a justificar a interferência criminal é exclusivamente a prevenção geral negativa, todavia não somente prevenção de supervenientes crimes, porém principalmente prevenção de manifestações populares ou particulares infundadas. A seu ver, a pena “não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também o delinquente, frente às reações informais públicas ou privadas arbitrárias.” Ele propugna a abolição paulatina das penas privativas de liberdade, porque, para ele, são excessivas e inutilmente aflitivas, bem como propõe a adoção de penas máximas de dez anos de prisão. Opõe-se à prevenção especial.⁸⁴

81 BITENCOURT, op. cit., p. 155.

82 QUEIROZ, op. cit., p. 402-403.

83 NUCCI, op. cit., p. 410.

84 QUEIROZ, op. cit., p. 403-404.

2.2.2. Doutrinas deslegitimadoras

2.2.2.1. Abolicionismo Radical e Minimalismo Radical

O abolicionismo penal é um processo cujo escopo é transformar a compreensão contemporânea da norma penal, comprovando que a solução para a marginalidade é a descriminalização e a despenalização extremas, impedindo-se o enclausuramento dos indivíduos sob alegação de puni-los ou fomentar a sua reintegração ao convívio social.⁸⁵

As teorias deslegitimadoras são retratadas essencialmente pelo abolicionismo penal, de Hulsman e Scheerer, e pelo minimalismo radical, de Baratta e Zaffaroni. Têm idêntico posicionamento por serem contra a própria realidade do Direito Penal. Renunciam validade ao Estado para desempenhar o *jus puniend*, destacando sobretudo a desigualdade entre a explicação e o método penais, assim como a situação do Direito Criminal instituir mais dificuldades que solução, sendo injustamente discriminador e gerador de consternações desnecessárias, dando azo a conduta criminosa. Ademais, o Direito Penal, com o fim de desempenhar desígnios assumidos, de tutela de bens jurídicos, prevenção geral especial, etc., nunca confirmados ou suscetíveis de comprovação, em verdade, desempenharia papéis ocultos, não revelados, que o invalidam e, conseqüentemente, possibilitam o seu banimento.⁸⁶

2.3. Origem da Pena

2.3.1. História da pena e história e evolução da pena de prisão

O cárcere é uma medida árdua, porém imperativa. Sua biografia não tendência ao banimento, contudo ao seu melhoramento. É aceito atualmente como um mal imprescindível, sem olvidar que ele assegura incoerências indesejáveis em seu interior. A procedência da pena é muito antiga, sendo tão remota comparada a história do homem. Por essa razão é complicado posicioná-la em suas raízes. Qualquer um que se voluntarie a investigar a história da pena passará pelo perigo de se enganar a todo o momento. As incongruências que se proporcionam são pouco prováveis de se evitar, visto que o caminho depara-se repleto de enigmas. Aparece uma variedade extensa de conjunturas e diversidades de acontecimentos, que se cominam a objeções com extraordinárias designações para restabelecer a camada de agentes essenciais, mas inexatos. A falha de seqüência é quase absoluta. Os recuos e o transtorno de determinar indicam angústias. Procurar seu progresso, o cotejo das intenções

85 NUCCI, op. cit., p. 410.

86 QUEIROZ, op. cit., p. 407.

penalizadoras e admoestadoras inibem qualquer aspiração expositiva de cunho temporal. Nessa esteira, é cogente abstrair-se da cronologia, que pode ensejar enganos, para uma evidente apresentação que admita explicar percurso tão complexo e, então, sopesando o homem delinquente, que desde Lombroso até os dias atuais estabeleceu o clímax das pesquisas criminológicas e penitenciárias, buscar explanar as diferentes maneiras em que suas ações foram reprimidas, levando-se em consideração os tempos da história do ser humano.⁸⁷

2.3.1.1. Na Antiguidade

Não houve pena privativa de liberdade na Antiguidade, apesar de ser notório que a prisão de criminosos data de épocas remotas, porém ela não detinha o natureza de sanção penal, baseando-se outros fins. O cárcere prestava-se exclusivamente para o impedimento e proteção física dos delinquentes no espera de julgamento até fins do século XVIII. Nesse período, apelava-se, basicamente, à pena capital, às mutilações e flagelações e às penas humilhantes. Destarte, o cárcere era um tipo de sala de aguardo de agonias, porque se utilizava do martírio regularmente no intuito de convencer o preso a confessar o crime. O cárcere sempre significou uma condição de risco potencial, uma majoração ao repúdio e uma precocidade da abolição física da pessoa. Apesar disso, é possível localizar vestígios da pena privativa de liberdade realizando uma retrospectiva da história em suas distintas fases, em que os preceitos humanísticos de restauração e disciplina dos delituosos por meio da pena ganham importância. De natureza meramente particular, a prisão foi, com o passar dos tempos, tomada como pública, mesmo assim como atividade repressora para obrigar o inadimplente a honrar seu débito. Conforme a classificação clássica acolhida, a Idade Antiga termina com o advento da ruína de Roma e seu reinado, com a superveniente conquista da Europa pelos chamados povos bárbaros.⁸⁸

2.3.1.2. Na Idade Média

O conceito de pena privativa de liberdade não surge entrementes toda a Idade Média. Nessa ocasião, existe uma intensa influência do direito alemão. O cárcere permanece com o fim de coercibilidade direcionado aos indivíduos que foram sujeitados as mais abomináveis torturas decretadas por burgos insaciáveis por prazeres desumanos e cruéis. A pena de morte em suas mais variadas formas, a lapidação (apedrejamento), queimadura na fogueira, flagelação por meio de açoites, dentre outras formas cruéis representavam a diversão

87 BITENCOUT, op. cit., p. 567.

88 Ibid., p. 568-569.

predileta das pessoas daquela época. Entretanto, nascem a prisão de Estado e a prisão eclesiástica nesse período. Na primeira, apenas os desafetos da realeza ou aristocratas, que tivessem praticado crimes de traição ou os concorrentes políticos dos governantes eram levados à prisão. A segunda adotava duas espécies: a prisão-custódia, onde a pessoa aguardava a efetivação da adequada sanção, como retenção provisória ou vitalícia, ou também até alcançar o indulto do rei. A prisão eclesiástica, por seu turno, aplicava-se aos eclesiásticos insurgentes e objetava aos conceitos de altruísmo, redenção e fraternidade do templo religioso, oferecendo ao internato um significado de penitência e reflexão. O cárcere eclesiástico era menos severo que o da antiguidade, que era regrado em consternações e mutilações, no entanto é inadmissível compará-la ao cárcere contemporâneo.⁸⁹

A Idade Média ainda se distinguiu por um Direito ordálico, julgamento de Deus. A ideia cristã, com pequenas distinções entre o protestantismo e o catolicismo, ensejou bom fundamento à prisão tanto no campo material como no ideológico. Por isso, não é por acaso que se leva em consideração a prisão canônica como sendo uma das raras reservas à prisão-custódia do século XVI. Era um enclausuramento dirigido apenas a determinados componentes do sacerdotismo. Portanto, a igreja já era um estabelecimento que possuía determinados elementos que prestavam a aclarar e servir de exemplo para o cárcere hodierno, antes que fosse empregado no mundo civilizado. O Direito eclesiástico colaborou categoricamente para a origem da atual prisão inquestionavelmente, sobretudo no que tange às primitivos pensamentos sobre a recuperação do criminoso. Justamente, por conta da expressão penitência, de reduzida relação com o Direito Canônico, sobreveio o vocábulo penitenciária.⁹⁰

2.3.1.3. Na Idade Moderna

A miséria assola e se alastra por todo continente europeu no decorrer dos séculos XVI e XVII. Em desfavor dos famigerados que perpetram crimes recorrentemente para sobreviver pratica-se qualquer forma de punição, no entanto nenhuma surte êxito. Era óbvio que, em consequência de dantescos atos criminosos, a pena capital não seria o recurso mais apropriado, porque era impossível impô-la a todos. Por essa razão começou uma filosofia de salutar importância no avanço das prisões na segunda metade do século XVI: o estabelecimento e a edificação de penitenciárias sistemáticas para a reabilitação dos condenados. Os açoites, o banimento e a morte foram os meios usuais da política social desse

⁸⁹ BITENCOUT, op. cit., p. 569-570.

⁹⁰ Ibid., p. 570-572.

período. No intuito de combater essa realidade, os cidadãos de bem e as urbes resolveram eles próprios a se proteger, instituindo penitenciárias de estimável valor histórico. Diante disso, o imperador permitiu o uso do palácio de Bridwell, para nele serem abrigados os delituosos, nascendo assim as casas de trabalho e correção. O escopo dessa entidade, conduzida com rigidez, era a recuperação dos criminosos através de afazeres e da correção. Por fim, o estabelecimento tinha fins pautados pela prevenção geral, pois almejava desencorajar a população a cometerem novos delitos. A ampliação e o cume desse instituto instituíram uma demonstração clara sobre as profundas semelhanças existentes entre o cárcere e a trabalho do preso. Via regra, os povos daquele período ainda acreditavam nos castigos corporais e a pena de morte para conter o delito, porém é inquestionável que esses institutos já registraram o nascedouro da pena privativa de liberdade contemporânea.⁹¹

Uma arquitetura imperiosa sob a ótica carcerária nasceu na Europa na metade do século XVII, que legou pensamentos otimistas nessa área mesmo que embrionários, o célebre Hospício de San Felipe Neri, a qual se propunha à recuperação de crianças infratoras em princípio, não obstante posteriormente permitiu-se púberes insurgentes e corrompidos. Utilizava-se de um modelo celular rigoroso. Esse sistema foi agregado em seguida pelo regime celular do século XIX. Essa invenção foi uma considerável prévia do regime celular e nela se demonstra sua intensa acepção religiosa. Clemente XI foi outro notável precursor da inovação correcional e da acepção recuperadora e didática da prisão. Seus conceitos levados a efeito na Casa de Correção de São Miguel em Roma. O sistema era misto, pois os detentos laboravam de dia e, à noite, ficavam reclusos. A religião o alicerce basilar do estabelecimento; o regime disciplinar era bastante rigoroso. O confinamento, as tarefas e o ensino religioso eram as maneiras utilizadas para a admoestação.⁹²

2.3.2. Outorga do *jus puniend* ao homem

2.3.2.1. Delegação do poder de punir ao Estado

Inicialmente, antes de descrever como o poder de punição foi passado para o Estado, torna-se imperioso discorrer sobre sua origem e formação.

Preliminarmente, adverti-se que a primeira menção ao termo Estado foi realizada na obra de Nicolau Maquiavel, *O Príncipe*⁹³, em 1513. Nos séculos XVI e XVII, a expressão

91 BITENCOUT, op. cit., p. 572-573.

92 Ibid., p. 574-575.

93 MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3ª ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 5.

foi utilizada na Itália, França, Inglaterra e Alemanha, porém indicando apenas uma cidade independente. Somente é empregado indicando um ente política no século XVI, razão pela qual alguns doutrinadores não admitem a existência dele antes deste século.⁹⁴

Para tanto, analisa-se três posicionamentos: primeiro, o Estado e a própria Sociedade teriam existido sempre; segundo, a Sociedade existiu sem o Estado durante determinado período, após o qual o Estado teria sido constituído buscando satisfazer as necessidade ou conveniências dos grupos sociais; e terceiro e último, o conceito de Estado não pode ser entendido como geral e válido para todos os tempos; é um conceito histórico concreto, tendo surgido quando nasceram a ideia e a prática da Soberania.⁹⁵

No que tange aos motivos determinantes, Calmon⁹⁶, de sua parte, encontra, dentro das teorias justificativas do Estado, a abrangência de três possibilidades aventadas: o Estado é divino, porque se origina do sobrenatural; o Estado é humano, porque provém da Lei e, portanto, da razão; o Estado é social, desde que deriva da História e, conseqüentemente, da evolução.

Para Dallari⁹⁷, a verificação da evolução histórica do Estado “significa a fixação das formas fundamentais que o Estado tem adotado através dos séculos”, ressaltando a impossibilidade de se “dispor cronologicamente, em ordem sucessiva apoiada na história, os exemplos de Estado que tenham realmente existido uns após os outros”.

A teoria que propagou a elucidação e a fundamentação para o surgimento de um poder incondicional com competência para penalizar foi de Thomas Hobbes no século XVII, baseado na ideia de ser inimaginável haver uma vida socializada enquanto existisse o estado de natureza, o qual implicava que a vida e os bens poderiam ser tutelados por todos, sustentando a imprescindibilidade de um Leviatã, uma criatura poderosa simbolizada ilustradamente pela espada e pelo cajado, que servia para punir e governar respectivamente,

94 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 22.

95 PASOLD, Cesar Luiz. **Concepção para o Estado Contemporâneo: síntese de uma proposta**. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/concepcaoparaoestadocontemporaneo.doc +&cd=4&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 6 jan. 2014.

96 CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. Rio/São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 34.

97 DALLARI, op. cit., p. 43-50.

com autoridade para decidir sobre a aspiração dos homens, convertidos, destarte, em submissos.⁹⁸

É o arquétipo de uma pirâmide, de uma hierarquia normativa na qual o direito veste a configuração da lei emanada pelo Estado e se promulga pelo imperativo e pelo caráter do proibido que instiga a contemplar de cima, de onde se irradiam os conceitos do bem e do mal, da equidade e da tirania. Até então não se conhecia na história da humanidade uma força de punir que não tivesse sido obtida inicialmente por um guerreiro vitorioso, que conquistou o poder de usurpar o uso autêntico da força física e, por conseguinte, ditar a lei.

2.4. MODELOS PENITENCIÁRIOS

2.4.1. Noções introdutórias

Conquanto não se possa garantir, os modelos penitenciários iniciais eclodiram nos Estados Unidos. Eles apresentaram, além dos precedentes ligados à religião anteriormente vistos, um precedente valiosíssimo para as penitenciárias inglesas, germânicas e helvéticas. Essas entidades também registraram o surgimento da pena privativa de liberdade, extrapolando o emprego do cárcere como mero instrumento de reclusão.⁹⁹

2.4.1.1. Celular

Difundido por Benjamin Franklin, o ideal de isolamento do detento, que era uma das particularidades basilares do modelo celular pensilvânico, aliado a ferrenha participação popular da época, fez com que as autoridades públicas criassem um instituto no qual o enclausuramento em uma cela, o culto e a privação absoluta do álcool deveriam instituir as ferramentas recuperar os delinquentes. Por conseguinte foi imposta, por intermédio de uma norma, a edificação de um prédio celular, no intuito de submeter os criminosos à *solitary confinement*. Contudo, não foi aplicado o sistema celular na íntegra, fixou-se a reclusão em celas individuais apenas aos delinquentes mais perniciosos, sendo que, os demais, permaneceram nos recintos corriqueiros, nos quais se admitia o labor comum no período diurno. O modelo celular, em sua essência, não era muito diferente dos estabelecimentos penais conhecidos preteritamente na Europa. Acompanhava as ideias básicas que os institutos holandeses e ingleses utilizaram. Igualmente acompanhou em parte os pensamentos de

98 SILVA, JMAP., and SALLES, LMF., orgs. **Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. p. 182.

99 BITENCOUT, op. cit., p. 161.

Beccaria, Howard e Bentham, bem como as acepções eclesiásticas apostas pelo Direito Canônico. Em pouco tempo esse sistema experimentou danos intensos, não logrando êxito, em decorrência do fenomenal aumento do contingente carcerário que se encontrava preso. Após esse fato, outras penitenciárias foram construídas, a exemplo da prisão ocidental de Western, onde foi empregado um modelo de carceragem irrestrita, não se admitindo ao menos as afazeres internos. Pouco depois, verificou-se que esse sistema era inexecutável, e, diante disso, ao lançar outro estabelecimento prisional, resolveu-se abrandar o enclausuramento, aceitando-se trabalhar no interior da cela. Afirma-se que o real sistema celular começou nesse período. As particularidades básicas dessa modelo penitenciário era o isolamento celular dos detentos, a submissão rigorosa ao silêncio, a reflexão e a oração.¹⁰⁰

2.4.1.2. Auburniano

A essencialidade e o anseio de vencer os obstáculos e as deficiências do modelo celular foi um dos motivos que contribuiu para o advento do sistema auburniano. Nessa ocasião sobrevieram alterações relevantes nas medidas repressivas, convertendo-se a pena de capital e as punições físicas pela pena de privativa de liberdade. O modelo auburniano caracterizava-se por possuir celas pequenas e escuras, não havendo condições para que se trabalhasse nelas, não obtendo resultados satisfatórios. A maior parte dos detidos morreu, enlouqueceu ou foi desculpada. Acarretando a renúncia desse sistema de isolamento. Diante disso, ampliou-se a medida de consentir o serviço no interior das prisões, sob total silêncio e encarceramento isolado no período noturno. Essas são as particularidades principais que conceitua o modelo auburniano. Esse silêncio contínuo, além de favorecer a reflexão e a adequação, é um meio efetivo de domínio, contendo a revolta dos condenados. Um dos alicerces desse sistema foi o trabalho. Apesar disso, esse desígnio sucumbiu. O motivo desse fracasso foi a influência dos movimentos sindicais, que se objetaram ao incremento de um labor dentro das prisões. O labor nas penitenciárias expressava preços baixos ou podia constituir uma disputa ao franco trabalho. Outro ponto prejudicial do sistema foi o severo regime disciplinar imposto aos prisioneiros. Tradicionalmente se condenou, no sistema auburniano, a prática de repreensões desumanas e exageradas. Essas penas demonstram a ansiedade da vontade de conferir um domínio rigoroso, uma subordinação impensada.

100 BITENCOUT, op. cit., p. 161-163.

Contudo, entendia-se plausível essa punição, pois se imaginava que resultaria na reabilitação do criminoso.¹⁰¹

2.4.1.3. Progressivo

Não existe certeza sobre quem foi o idealizador do modelo penitenciário progressivo. Alguns arriscam que foi o capitão Alexander Maconochie e outros afirmam ter sido o Coronel Manuel Montesinos de Molina. O sistema progressivo era repartido em três momentos: isolamento celular diurno e noturno denominado período de provas; submissão ao trabalho sob silêncio absoluto e liberdade condicional, onde o sentenciado alcançava uma liberdade restrita, sendo que deveria obedecer determinadas regras por um período pré-determinado até que conseguisse a liberdade permanente.¹⁰²

2.5. Estrutura e funcionamento do sistema carcerário no Brasil

Conforme explanação anterior, sobre os modelos penitenciários, o sistema carcerário brasileiro possui fortes traços do sistema progressivo, em que as penas privativas de liberdade são cumpridas em estabelecimento de segurança máxima ou média (regime fechado); colônia agrícola, industrial ou similar (regime semi-aberto); e casa do albergado ou estabelecimento análogo (regime aberto). É regulado pela Lei nº 7.210 de 11 jul. 1984, que institui a Lei de Execução Penal - LEP, a qual prevê todo o arcabouço da execução penal, bem como seu funcionamento e órgãos que a compõe.

A aludida norma, calcada da nos incisos XLV a L do art. 5º da Constituição Federal de 1988 – CF/88, estabelece que o fito da lei de execução penal é concretizar as prescrições de sentença ou decisão criminal e providenciar os devidos meios para a satisfatória integração social do sentenciado ao cárcere ou submetido à medida de segurança.¹⁰³

101 BITENCOUT, op. cit., p. 163-166.

102 Ibid., p. 167-169.

103 Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O início da execução penal é balizado pela classificação dos condenados¹⁰⁴, assegurando como isso a efetividade dos princípios da personalidade, proporcionalidade e da individualização da pena, assegurados como direitos individuais em nossa Carta Magna¹⁰⁵.

A Lei de execução penal igualmente faz menção à assistência, abrangendo assistência material, à saúde, jurídica, educacional; social e religiosa¹⁰⁶; bem como ao trabalho do sentenciado, sendo classificado como trabalho interno e externo¹⁰⁷. Trata também dos deveres, direitos e da disciplina do condenado.¹⁰⁸

Em seguida, a LEP elenca o rol dos órgãos prisionais¹⁰⁹ descrevendo suas atribuições e composição, assim como faz uma abordagem sobre os estabelecimentos penais¹¹⁰, delineando suas destinações¹¹¹.

104 Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório

105 XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]; XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...]; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

106 Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. Art. 25. A assistência ao egresso consiste: I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

107 Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo. Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento. Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

108 Art. 39. Constituem deveres do condenado [...] Art. 41 - Constituem direitos do preso [...] Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório. Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções. Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. Art. 55. As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho. Art. 56. São recompensas: I - o elogio; II - a concessão de regalias. Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. Parágrafo único. O isolamento será sempre comunicado ao Juiz da execução.

109 Art. 61. São órgãos da execução penal: I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - o Juízo da Execução; III - o Ministério Público; IV - o Conselho Penitenciário; V - os Departamentos Penitenciários; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade; VIII - a Defensoria Pública.

110 Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

As dependências prisionais abrangem: a penitenciária, indicado ao sentenciado à reclusão, a ser executada em regime fechado; a colônia agrícola, industrial ou similar, designada para o cumprimento da pena de reclusão ou detenção em regime semiaberto; a casa do albergado, conjecturada para abrigar os sentenciados à pena privativa de liberdade em regime aberto e à pena de limitação de fim de semana; o centro de observação, onde são efetivados os exames gerais e criminológicos; o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, voltado para os portadores de doenças mentais e psicológicas; e a cadeia pública, recomendada para os encarcerados provisórios.

2.5.1. Das penas em espécie

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5º, inciso XLVI, que a lei convencionará a personalização da pena e admitirá, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Outrossim prevê que não existirá penas de morte, exceto nos casos de guerra declarada, nos moldes do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis.

O Código Penal, regulamentado a Carta Magna, positiva em seu art. 32 e ss, quais são os tipos de pena existentes em nosso ordenamento jurídico a ser aplicado ao sentenciado, bem como suas particularidades.

2.5.1.1. Penas privativas de liberdade

O sentenciado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será sujeitado a exame criminológico para a aquisição dos dados imprescindíveis a uma apropriada classificação,¹¹² objetivando uma equitativa individualização da pena.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

111 Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto. Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação. Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semiimputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal. Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

112 Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Transitada em julgado a pena imposta ao réu, torna-se imperativo cobrar do sentenciado a liquidação de seu débito com a sociedade e, com esse intento, o julgador determinará o despacho de guia de recolhimento¹¹³ para a efetivação da sentença.

As penas privativas de liberdade classificam-se em reclusão, detenção e prisão simples¹¹⁴. O art. 33 do Código Penal estabelece que “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

2.5.1.1.1. Regime das penas privativas de liberdade

Conforme já mencionado, os regimes de cumprimento da pena classificam-se em: fechado, semiaberto e aberto.

2.5.1.1.2. Regime fechado

O art. 34 do Código Penal e o art. 8º da LEP preveem que “O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.”

O sentenciado ao regime fechado fica submetido a labor durante o dia e a enclausuramento no período de repouso noturno.¹¹⁵ O serviço realizar-se-á habitualmente no interior da unidade prisional, de acordo com as capacidades ou profissões precedentes do condenado, desde que compatibilizadas com o cumprimento da pena.¹¹⁶

A LEP estipula que a ocupação fora dos presídios é admitida para os apenados ao regime fechado somente em serviços ou obras públicas praticados por órgãos da Administração Direta e Indireta, ou entidades privadas, adotando precauções no intuito de evitar fuga e em prol da submissão às normas penais.¹¹⁷ Explicita ainda que a realização de

113 Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

114 Art. 6º - A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. Dec.Lei n.º 3.688, de 3 out. 1941. Lei das Contravenções Penais.

115 Art. 34 – [...] § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

116 Art. 34 – [...] § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

117 Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

serviço fora dos estabelecimentos prisionais estará sujeito a verificação de aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado, assim como ao cumprimento de no mínimo um sexto da pena aplicada, a ser permitida pela chefia da unidade prisional.¹¹⁸

2.5.1.1.3. Regime semiaberto

O art. 35, §1º do CPB prevê que “o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.” De idêntico modo, o §2º do mesmo diploma legal dispõe que “o trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.”

2.5.1.1.4. Regime aberto

Essa espécie de regime prisional fundamenta-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do sentenciado.¹¹⁹ O sentenciado precisará laborar, participar de atividades profissionalizantes ou desempenhar outra função externa permitida fora de vigilância, ficando recluso durante a noite e nos dias vagos.¹²⁰ O apenado terá seu regime agravado caso perpetre ato delituoso previsto como delito doloso, caso perturbe os intentos do cumprimento da pena ou inadimplir a multa concorrentemente imposta caso possua condições de efetua-la.¹²¹ A sua execução é realizada em unidade prisional cediço como casa do albergado.¹²²

2.5.1.1.5. Progressão de regime

A progressão de regime penal baseia-se em dois critérios: objetivo e subjetivo. O critério objetivo é o lapso temporal mínimo de execução da reprimenda e o subjetivo alicerça-se na aferição do merecimento do apenado.

O §2º do art. 33 do CPB determina que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva” [...] Na LEP, o art. 112 prevê que a pena privativa de liberdade será cumprida de maneira progressiva com a passagem para regime menos gravoso

118 A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

119 Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. CPB.

120 Art. 36 [...] § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

121 Art. 36 [...] § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

122 Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. LEP.

quando o sentenciado satisfizer a exigência de ter cumprido pelo menos um sexto da pena no regime antecedente e gozar de boa conduta prisional, ratificada pelo chefe do presídio, levando-se em consideração as normas que proíbem a progressão, carecendo por fim de determinação judicial.¹²³

Noutro giro, a regressão está disciplinada no art. 118 da LEP, onde assevera que “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime, conforme art. 111.”

2.5.1.1.6. Regime especial

Com o escopo de evitar a promiscuidade e a prostituição nos estabelecimentos de cumprimento da pena, a norma penal estabelece que as mulheres cumpram penas em unidades próprias, observando-se os direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal, bem como as prescrições do título V do CPB no que incumbir,, atentando-se destarte ao princípio da humanidade, estampado no inciso XLVIII do art. 5º da CF/88.¹²⁴

2.5.1.2. Penas restritivas de direito

Marcão pontua que as penas restritivas de direito estão fortemente relacionadas a uma inclinação contemporânea de mitigação da rigidez do *jus puniend* estatal, bem como a pensamentos garantistas que as põe em primeiro plano, caracterizando, assim, um ponto de vista criminal inovador.¹²⁵

Expõe ainda que a emprego das penas restritivas de direitos leva em consideração avaliação de aspecto objetivos e subjetivos, desempenhando imperioso papel de ação de política criminal, com equânime e apropriada medida repressiva afastada da prisão, direcionado aos sentenciados que cometeram atos delituosos de caráter moderado, que não exigem do Direito Penal atitudes agressivas, respeitando-se, destarte, o princípio da

123 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

124 LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 337.

125 MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis nº 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena) – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 247-248.

proporcionalidade. Portanto, estando notórias as condições objetivas e subjetivas na sentença que condenar réu a pena privativa de liberdade, o magistrado deverá substituí-la por pena restritiva de direitos, cuja permanência estará sujeita à realização de outras exigências examináveis no andamento do processo de execução.

De acordo com o art. 43 e incisos seguintes do Código penal, as penas restritivas de direito são: 1) prestação pecuniária; 2) perda de bens e valores; 3) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; 4) interdição temporária de direitos; e 5) limitação de fim de semana. Discorre-se, também, na pena de prestação de outra natureza, ou pena inominada, que está disposta no § 2º do art. 45 do Código Penal, em que o pagamento de multa poderá ter por objeto a outras penas alternativas, caso haja aquiescência do favorecido.¹²⁶

2.5.1.2.1. Condições para a substituição

As penas restritivas de direito são aplicadas quando o sentenciado for condenado a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, assim como o delito não tenha sido praticado usando-se violência ou grave ameaça à vítima ou nos crimes culposos, sendo irrelevante a pena aplicada; quando o sentenciado não houver praticado outro crime de natureza dolosa ou quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do sentenciado, assim como os razões e os requisitos demonstrarem que essa alternativa seja satisfatória.¹²⁷

2.5.1.2.2. Período de permanência

Em regra, as penas restritivas de direito terão o mesmo tempo de permanência que a pena privativa de liberdade substituída, com exceção da prestação pecuniária e da perda de bens e valores. No caso da prestação de serviço a comunidade ou entidades públicas, caso a pena substituída for maior que um ano, é o sentenciado poderá optar por cumprir a pena

126 MARCÃO, op. cit., p. 248.

127 Art. 44- [...] I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. CPB.

substitutiva em período menor, não podendo ser menor que a metade da pena privativa de liberdade imposta.¹²⁸

2.5.1.3. Pena de multa

A pena de multa está prevista no art. 5º, inciso XLVI, alínea “c” da Carta Magna.¹²⁹ De igual modo, no art. 32 do Código Penal é descrito que as penas classificam-se em privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa.¹³⁰

A pena de multa, como apontou Feu Rosa¹³¹, é de procedência remota, lembrando as épocas rudimentares, “quando os delinquentes eram obrigados a pagar, a título de castigo, uma reparação pela sua falta, consistindo na entrega de cabeças de gado, ovelhas, pedras preciosas e outros valores à família da vítima ou ao Príncipe ou ao Chefe da cidade ou do Estado.”

Marcão expõe que, contemporaneamente, essa modalidade de pena tem sido empregada amplamente como objeto de política criminal em procura de atenuação da sanção para determinados crimes, classificado como de menor potencial ofensivo. Todavia, na realidade, a pena de multa demonstra-se escassez em seu efeito ameaçador, possuindo inclusive partidários a sua abolição como, por exemplo, Luigi Ferrajoli, que a julga absurda.¹³²

A pena de multa será de, no mínimo, dez e, no máximo, de 360 dias-multa. Este valor será estabelecido pelo julgador, não podendo ser menor que um 1/30 do maior salário mínimo mensal, quando da data do episódio delituoso, nem maior que o quántuplo desse salário.¹³³

128 Art. 55 - As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46. Art. 46 - A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade. [...]§ 4º - Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

129 XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] c) multa; [...]

130 Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

131 FEU ROSA, Antonio José Miguel. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995., p. 379.

132 MARCÃO, op. cit., p. 275-276.

133 Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

No momento da imposição da pena de multa, o magistrado deve, sobretudo, levar em consideração a condição econômica do apenado, podendo o valor arbitrado ser majorado até três vezes mais se o julgador o entender ineficaz, não obstante estipulado no valor maior.¹³⁴

A pena de multa deverá ser paga em dez dias após transcurso da sentença irrecorrível. O pagamento da multa poderá ser parcelado quando o juiz entender conveniente, a depender da comprovação de necessidade do condenado, não podendo recair sobre os arrimos imprescindíveis ao custeamento do apenado e de sua família.¹³⁵

Após sentença penal condenatória irrecorrível que tenha determinado pena de multa, dela será extraída certidão, possuído ela força de título executivo judicial, cujo legitimado ativo para executá-la é o Ministério Público.¹³⁶

2.5.2. Da aplicação da pena

A sanção basilar aplicada ao réu será estabelecida levando-se em consideração a condição prevista no art. 68 do Código Penal, denominado pela doutrina por sistema trifásico.¹³⁷

Nesse sentido, o Código Penal estipula que o julgador, ao aplicar a pena para o acusado deverá levar em consideração os critérios estabelecidos pelo art. 59, as circunstâncias atenuantes e agravantes, assim como, por derradeiro, as causas de diminuição e de aumento de pena.¹³⁸

134 Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

135 Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. § 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. CPB. Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas. § 1º O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações. LEP.

136 Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 dez. 1940-CPB. Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. Lei n.º 7.210, de 11 jul. 1984 - LEP.

137 BITENCOURT, op. cit., p. 371.

138 Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Na fixação da pena, o juiz carecerá descobrir a que consiste qualitativamente imperativa e quantitativamente satisfatória para a repreensão e precaução de delito; definir as penas adequadas em meio as impostas; determinar o quantum de sanção observando as balizes estabelecidas; assinalar o regime inicial de execução da pena privativa de liberdade, substituindo-a por outro tipo de pena caso possível.¹³⁹

Superada a fase de observância das circunstâncias judiciais, o magistrado deverá considerar as informações que giram em torno do da figura típica do delito, que possuem por fim diminuir ou majorar a pena imposta ao réu, podendo ser atenuantes¹⁴⁰ ou agravantes.¹⁴¹

Em seguida e por último, a julgador passará a analisar os casos de aumento e diminuição da pena, as quais estão previstas na parte especial do Código Penal, ou seja, aonde estão capitulados cada tipo penal.

A fase de aplicação da pena possui extrema complexidade, pois exige que o julgador se dispa de todas as convicções inerentes ao ser humano para julgar da maneira mais isonômica e equitativa plausível.

A título explicativo, no filme *Meu nome não é Johnny*, debatido no IV encontro do evento Direito e Psicanálise no Instituto de Psicanálise da Sociedade Psicanalítica de Porto

139 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

140 Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

141 Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Alegre¹⁴², a atriz Cássia Kiss, interpretando uma juíza, quando do arbitramento da pena ao réu João Guilherme, interpretado pelo ator Selton Mello, narra como é complexo proferir uma sentença. Assim arrazoando:

A questão é: O direito é uma ciência exata, alguma coisa como uma equação derivada do código penal? Evidências mais flagrante mais atenuante e então se determina uma sentença... Fica difícil imaginar um punhado de pessoas com problemas graves de dependência conseguirem no crime a estabilidade que jamais conseguiram em suas vidas.

Diante do exemplo, verifica-se o grau de responsabilidade que é atribuída à figura do juiz, que possui em suas mãos o encargo de decidir a trajetória da vida do indivíduo que fora submetido ao crivo do Direito Penal.

A norma penal ainda consigna em seu bojo um lapso temporal máximo ao qual o indivíduo condenado pela prática de crime deverá ser submetido. Como a Carta Magna veda pena de caráter perpétuo,¹⁴³ ficou estipulado pelo Código Penal o prazo máximo de trinta anos para cumprimento das penas privativas de liberdade.¹⁴⁴

Desse modo, o tempo máximo que uma pessoa condenada a pena privativa de liberdade não poderá ultrapassar a trinta anos por expressa determinação legal.

É imperioso frisar que o tempo de cumprimento da pena não se confunde com o tempo de condenação. O sentenciado pode ser condenado a cem anos de prisão por exemplo, todavia, por conta desse regramento, não ficará preso por mais de trinta anos, sendo que esse lapso temporal é unicamente para o execução de pena, não sendo computado para demais melhoramentos, como progressão, indulto, livramento condicional, etc.¹⁴⁵

2.5.3. Suspensão condicional da pena

A suspensão condicional da pena ou sursis penal é, atualmente, uma sanção real, isto é, não caracteriza tão somente uma alteração na maneira de execução da medida repressiva, da qual interrompe. Denota-se como a interrupção momentânea da pena privativa

142 Sociedade Psicanalítica de Porto Alegre. **Comentário de Nyvia Oliveira Sousa sobre o filme: Meu nome não é Johnny.** No evento Direito e Psicanálise IV encontro. Disponível em: <http://site.sppa.org.br/paginas/161/PsicanaliseeCulturaCinema>. Acesso em: 7 fev. 2014.

143 XLVII - não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo; [...]

144 Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

145 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 7ª ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. p. 389.

de liberdade, durante tempo certo e sob requisitos pré-estabelecidos. Conforme análise do art. 157 da LEP, considera-se direito público subjetivo do sentenciado.¹⁴⁶

Passado o prazo estabelecido para cumprimento do sursis penal, sem que tenha ocorrido a revogação do benefício, a pena privativa de liberdade imposta ao condenado será considerada extinta.¹⁴⁷

O sursis penal não se confunde com o sursis processual, visto que, esse último, é instituto previsto na Lei nº 9.099/95, no qual é oportunizado ao réu um período de prova desde que cumpra as exigências e condições estabelecidas pela norma e pelo juiz.¹⁴⁸ No sursis processual, o agente se quer é chega a ser processado, enquanto que, no sursis penal, o indivíduo já foi processado e condenado, deixando apenas de cumprir a pena privativa de liberdade.

2.5.4. Livramento condicional

Trata-se de instituto penal em que o sentenciado retorna ao convívio social antes do cumprimento da pena a que lhe foi imposta, desde que demonstre, num determinado período da execução da pena, satisfatória recuperação. Por intermédio desta medida, o condenado adquirir previamente a liberação do cárcere, porém de modo temporário e mediante certos requisitos.¹⁴⁹ Ou seja, o sentenciado estará sujeito à avaliação.¹⁵⁰ A moderna doutrina

146 Art. 156. O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal. Art. 157. O Juiz ou Tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue.

147 Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. CPB.

148 Art. 89 - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

149 Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. CPB.

150 Art. 85 - A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento. CPB. Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento. § 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação; c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste. § 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes: a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da

pátria tem interpretado esse instituto como um direito público subjetivo do sentenciado, condicionado a satisfação das condições estabelecidas em lei. Esse interregno de avaliação diz respeito ao tempo de pena que o condenado ainda resta a completar.¹⁵¹

Em observância aos arts. 90 do CPB e 146 da LEP, o julgador estará impedido de declarar a dissolução da pena imposta ao beneficiado com o livramento condicional por delito praticado durante esse benefício até que o processo que ele responde não seja julgado em definitivo.¹⁵² Caso o crime tenha sido cometido antes do livramento, a extinção da pena privativa de liberdade poderá ser ocorrer desde que acabado o período de prova do benefício, já que o favorecido não terá perdido, desde que não tenha ocorrido a revogação, o tempo correspondente ao período em que encontrava-se em liberdade.¹⁵³

2.5.5. Efeitos da condenação

A medida repreensiva penal é o resultado legal claro e instantâneo da sentença penal condenatória. Não obstante, essa sentença causa outras diversas implicações, conhecidas como subsidiárias, de caráter penal e extrapenal. Os de índole penal são previstos em vários artigos do próprio Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Os de caráter extrapenal estão descritos nos arts. 91 e 92 do CPB, e são chamados, respectivamente, efeitos genéricos e efeitos específicos da condenação. Os efeitos específicos da condenação possuem o condão de manter o condenado fora das circunstâncias que o levam a praticar o delito, prevenindo que elas o induza à reincidência, robustecendo a tutela dos bens jurídicos transgredidos e prevenindo a repetição do comportamento criminoso.¹⁵⁴

Os efeitos previstos no art. 91 do CPB são automáticos, enquanto que os descritos no art. 92 do mesmo diploma legal não o são, carecendo de motivação, quando da sua declaração na sentença penal condenatória.¹⁵⁵

observação cautelar e de proteção; b) recolher-se à habitação em hora fixada; c) não frequentar determinados lugares. LEP.

151 BITENCOURT, op.cit., p. 405.

152 Art. 89 - O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento. CPB.

153 Art. 90 - Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

154 BITENCOURT, op. cit., p. 422.

155 Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime,

2.5.6. Reabilitação

Está consignada nos arts. 93 a 95 do Código Penal,¹⁵⁶ a qual se trata de consignação judicial *erga omnis* que demonstra à sociedade o cumprimento ou extinção das penas cominadas ao condenado. Todavia, esse conceito não satisfaz exatamente os resultados que a reabilitação proporciona, desvirtuando de suas finalidades. Somente assegura o segredo da condenação na realidade, e interrompe as decorrências subsidiárias específicas da condenação com ressalva. Na prática, não existe nenhum benefício para o sentenciado, visto que seu fim máximo é assegurar a reserva sobre a condenação, cujo amparo é afirmado instantâneo e espontaneamente pelo art. 202 da LEP, sem a necessidade de se tomar qualquer providência jurisdicional ou administrativa.¹⁵⁷

2.5.7. Medidas de segurança

É uma resposta penal com o escopo de curar ou oferecer tratamento compulsório ao indivíduo considerado inimputável que cometeu um fato típico e ilícito, desculpando-o daquele por aquele delito perpetrado, porém submetendo-o a terapia psiquiátrica ou ambulatorial, cuja decisão denomina-se sentença absolutória imprópria.¹⁵⁸

desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

156 Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários. Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

157 BITENCOURT, op. cit., p. 429.

158 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, vol. I, 14ª ed. São Paulo: Impetus, 2012. p. 181.

De acordo com o art. 96 do Código Penal, as medidas de segurança são: a) internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e, b) sujeição a tratamento ambulatorial.

Da análise do art. 97 do mesmo diploma, infere-se que o julgador possui a faculdade de fazer a opção pelo tratamento mais apropriado ao sentenciado, não se levando em consideração se a pena de prisão atribuída ao delinquente foi de reclusão ou detenção. A medida de segurança não possui limite exato de permanência, perdurando enquanto existir necessidade de cuidados ao inimputável.

Em observância ao art. 96 do CPB, são aplicadas às medidas de segurança todas as causas extintivas de punibilidade previstas na norma penal.¹⁵⁹

2.5.8. A mitigação da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro

Pode-se afiançar que as Leis nº 9.099/95 (Juizados Especiais) e 9.714/98 foram marcos históricos, no que se refere ao abrandamento da pena privativa de liberdade no bojo da sociedade brasileira, dando ensejo ao denominado modelo de Justiça Restaurativa, a qual almeja a mudança na ótica penal e processual penal, de modo que o litígio entre agente e vítima seja resolvido no plano do consenso, podendo findar num perdão de ambas as partes. A sanção ao delinquente deixa de ser o escopo máximo estatal, concorrendo, destarte, para uma mitigação do Direito Penal e, diante disso, promover a pacificação social.¹⁶⁰

De igual maneira, a edição da Lei nº 12.403/2011, que modificou a matéria que diz respeito à prisão e liberdade provisória prevista no Decreto-Lei nº 3.689/1941, Código de Processo Penal. Por intermédio das reformulações introduzidas por essa norma, a Ciência Penal afastou o retrógrado modelo de punição, submetendo o condenado a um sistema híbrido de medida repressiva, que não resulta simplesmente numa mera pena privativa de liberdade, sujeitando-o, assim, a outras medidas cautelares, distintas do cárcere.¹⁶¹

159 Art. 96. [...] Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

160 NUCCI, op. cit., p. 407-408.

161 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a

Em suma, depois de realizadas essas alterações na norma processual penal, a pessoa subjugada ao crivo de um processo criminal ou judicial poderá ser submetida as seguintes medidas: sujeição às medidas cautelares estabelecidas nos arts. 319 e 320 do CPP, ficar presa provisoriamente ou esperar liberta o deslinde da investigação.¹⁶²

Nesse contexto, fica evidente que a norma criminal está sofrendo diversas metamorfoses no transcorrer dos tempos, caminhando para diminuição ou extinção da pena privativa de liberdade, uma vez que esta não consegue atingir seu real escopo.

investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semiimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

162 AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Método. p. 6.

CAPÍTULO III

3. CAUSAS E EFEITOS PARA A MAJORAÇÃO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

3.1. A banalização da prisão no cotidiano da sociedade brasileira

O assunto prisão é algo banal em nosso dia-a-dia, assim como se fosse uma prioridade. Sempre que se escuta falar que alguém pratica um ato criminoso, instantaneamente já pensamos em cadeia, como se o cárcere fosse a solução do problema. Não é hábito da população brasileira refletir e ponderar sobre esse episódio. Somente é ecoada a notícia que desejam fazer-nos assimilar: punição para bandido é cadeia! Apesar disso, Michel Foucault expõe que a pena sofreu mutações ao passar do tempo. Noutro tempo, eram praticadas consternações com os apenados e, atualmente, ao contrário de puni-los com crueldade em público, os sentenciamos à privação da liberdade.¹⁶³

Banir o delinquente da coletividade; enclausurá-lo num ambiente longínquo, onde compartilhem da companhia de pessoas da mesma condição; livrar a população do pernicioso; descontaminar a sociedade para que se possa conviver apenas com pessoas honestas. Análoga argumentação não é comportada no mundo capitalista nefasto no qual se vive hodiernamente. Ademais, não existe presídio para tanto delituoso. Se todos os verdadeiros bandidos fossem presos, existiriam mais cadeias do que moradias. Isso sem questionar o que é realmente crime? As pessoas que normalmente são rotuladas de bandidos de fato o são? E as cifras-negras? E os criminosos de colarinho branco? Essas ponderações fortalecem a afirmação de que a privação da liberdade nunca foi e nunca será uma ferramenta hábil para tornar um indivíduo sociável, sendo presumível que ele saia numa situação mais deplorável do que quando ingressou na prisão.¹⁶⁴

Nesse sentido, no longa-metragem brasileiro *Ultima Parada 174*, um filme de ficção baseado na história real de um sobrevivente da chacina que, anos mais tarde, perpetrou a tentativa de assalto a um ônibus da linha 174, no Rio de Janeiro, que, não dando certo, levou o assaltante a sequestrar o coletivo, tomando os passageiros como reféns. Exibido ao vivo, em rede nacional, o sequestro foi o assunto principal em todo o país na tarde do dia 12 de junho do ano 2000. O desfecho se deu com a morte de uma refém, baleada por um policial e pelo

¹⁶³ **Judicialização da Vida. Abolicionismo Penal.** Luxemburgo, Rosa. 21 jun 2011. Disponível em: <<http://judicializacaoavida.wordpress.com/tag/prisao/>> Acesso em: 3 mar. 2013.

¹⁶⁴ **Judicialização da Vida. Abolicionismo Penal.** Luxemburgo, Rosa. 21 jun 2011. Disponível em: <<http://judicializacaoavida.wordpress.com/tag/prisao/>> Acesso em: 3 mar. 2013.

próprio assaltante que foi morto, asfixiado na viatura da polícia. Mesmo depois de mais de dez anos do fato, as discussões presentes no documentário permanecem atuais, pois coloca em evidência problemas como a realidade dos meninos de rua, o tráfico de drogas, a violência urbana, o despreparo policial, a inércia da sociedade diante dos fatos, entre outras questões presentes explícita e implicitamente no discurso desse produto midiático, inclusive a influência da mídia no episódio.¹⁶⁵

Trata-se da biografia de um indivíduo, forjado pelas ruas da favela, vítima de um processo de exclusão social a tal ponto, que ele tenha se bandeado para o crime, não por escolha própria, mas por abandono por parte das autoridades do Estado do Rio de Janeiro.

No entanto, para a grande maioria da população, essa ação do Estado, por intermédio de policiais despreparados, foi um grande sucesso, pois, para a sociedade, bandido bom é bandido morto! Mas a culpa dessa mentalidade não é da população e sim das autoridades públicas, da mídia e da própria cultura do povo brasileiro, que aprendeu desde o início de suas vidas a enxergarem o delinquente sob uma ótica discriminatória, como se a única alternativa para acabar com a marginalidade é isolar o indivíduo que não se amolda às normas e deixá-lo a mercê de um sistema penal mais corrupto e desumano do que ele próprio. A teoria do *labelling Approach*, que será tratada em seguida, analisa perfeitamente essa situação.

3.2. Modelo definitorial: dicriminação

O conceito definitorial de delito, já mencionado anteriormente, é proveniente do conceito *labeling approach*, no qual a criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social constituída pelo sistema de justiça criminal por meio de definições e reações sociais.

Labelling Approach significa rotulação social ou etiquetagem, emergida nos anos sessenta, que simbolizou uma renovação na análise da Criminologia mundial, ficando conhecida, em princípio, como teoria crítica.¹⁶⁶

165 **Documentário Ônibus 174: o paradoxo da sociedade brasileira.** Disponível em: <http://www.unicentro.br/redemc/2011/conteudo/mc_artigos/Midia_Cidada_Costa.pdf>. Acessado em: 19 fev. 2014.

166 Carolina de Araújo, Fernanda. **A Teoria Criminológica do labelling Approach e as Medidas Sócioeducativas.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 3.

De acordo com essa teoria, defendida por Howaard Becker em seu livro *Outsiders*, a desviação é uma qualidade atribuída por processos de interação altamente seletivos e discriminatórios.¹⁶⁷

Nesse diapasão, o crime, conduta desviada, é um rótulo proferido sobre determinados indivíduos da sociedade, principalmente por conta do status social do criminoso e do ofendido, do clamor social, de seus efeitos, da insurgência dos segmentos envolvidos etc.¹⁶⁸

Nesse sentido, Baratta, transcrevendo a frase de Rusche, adverte: “[...] O direito penal realiza, no extremo inferior do continuum, o que a escola realiza na zona média e superior dele: a separação do joio e do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente [...]” assinala que é na camada mais pobre da sociedade que o caráter selecionador do sistema se converte em papel criminalizador. Demonstra que, de acordo com pesquisas sobre o assunto, no mundo capitalista, mesmo nos mais desenvolvidos, a divisão das denominadas sanções positivas (acesso às camadas mais altas de educação) é desproporcional à quantidade de pessoas existentes em cada classe social e, as chamadas sanções negativas (reprovação, desclassificação) majoram significativamente nas camadas mais pobres da sociedade, gerando diversas dificuldades de acesso e continuidade por parte dos integrantes destas. Diante disso, as instituições escolares insurgem-se com penas negativas e com exclusão ao invés de compreensão e cuidado.¹⁶⁹

O autor pondera ainda a função ideológica do princípio meritocrático nas escolas. Ilustra que o modo com que o professor trata os alunos emanados de classes delinquentes é marcado por preconceitos e estereótipos negativos, que regulam o emprego seletivo e distinto, em detrimento deste, do juízo crítico de merecimento do estudante. Conclui que a atuação discriminante das entidades educacionais é agregada e enfatizada pela afinidade que se constitui entre os maus alunos e os demais no seio da sociedade. À reação de alcance social se adiciona o caráter emblemático da pena na sociedade escolar, bem como na sociedade em geral. Igualmente expõe sobre as funções seletivas e classistas da justiça penal. Adverte que, na classe burguesa individual, tutela-se com maior ênfase o bem jurídico patrimônio, contribuindo, destarte, para que o sujeito ativo do delito seja os indivíduos das camadas

167 **Outsiders, studies in the sociology of deciance**, cap.1, in **Uma teoria da ação coletiva**, trad. Márcia Bandeira de M. L. Nunes, Rio de Janeiro: Zahar, 1957, p. 53 e s.

168 QUEIROZ, op. cit., p. 183.

169 BARATTA, op. cit., p. 171-176.

menos privilegiadas da sociedade. É muito mais provável que um furto, crime praticado em regra por delinquente marginalizado, seja qualificado do que punir um delito de colarinho branco.

Sobre o tema, Fernandinho e Guará compuseram a música Problema Social, interpretada pelo cantor e compositor Seu Jorge, no álbum Ana & Jorge, divulgada em 2005, digna do mais absoluto exame:

Se eu pudesse eu dava um toque em meu destino Não seria um peregrino nesse imenso mundo cão Nem o bom menino que vendeu limão Trabalhou na feira pra comprar seu pão Não aprendia as maldades que essa vida tem Mataria a minha fome sem ter que roubar ninguém Juro que nem conhecia a famosa FUNABEM Onde foi a minha morada desde os tempos de neném É ruim acordar de madrugada pra vender bala no trem Se eu pudesse eu tocava em meu destino Hoje eu seria alguém Seria eu um intelectual Mas como não tive chance de ter estudado em colégio legal Muitos me chamam pivete Mas poucos me deram um apoio moral Se eu pudesse eu não seria um problema social Se eu pudesse eu não seria um problema social.

Essa melodia descreve a verdadeira realidade da pessoa que nasce numa favela sem que tenha a mínima condição básica inerente a qualquer ser humano, sendo abrigada a trabalhar desde cedo para promover o sustendo próprio e de sua família.

Diante disso, Nilo Batista leciona que o Direito Penal, concebido para ser isonômico e equitativo, na realidade, é seletivo, opressor e constrangedor, alcançando, em regra, definidos indivíduos que fazem parte de certas camadas sociais. Existe uma incoerência entre as normas legais que o fundamentam e a autêntica atividade das entidades que as cumprem. Conforme Eugênio Raúl Zafaroni e Nilo Batista, a rotulagem (classe social, raça, faixa etária, questões de gênero e estéticas), acaba significando o discernimento segregador da denominada criminalização subsidiária, originando, por conseguinte, um padrão entre os presidiários, bem como menosprezo relativo à beleza, como se existisse, de fato, um modelo social do crime e do criminoso. A calamidade do aumento da criminalidade possui abrangência global, como assevera Loïc Wacquant, vez que, na nação pátria, conhecida pelas intensas desigualdades sociais e pela miséria total, a junção dessas condições eleva a disseminação do temor ao ato delituoso e ligado a ela o preconceito racial, que é característico nos órgãos policiais e judiciários.¹⁷⁰

170 FERREIRA, Edson; ZACKSESKI, Cristina. **O funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 12-13, abr., 2010.

3.3. Falhas nos sistemas policiais e penitenciários

A polícia, principal arma do Estado contra o crime, possui fundamental importância na realidade contemporânea da sociedade brasileira. Os integrantes dessas instituições são mal preparados e recebem baixos salários, sendo, em regra, persuadidos a integrarem as organizações criminosas. Em especial à polícia militar, que detém o encargo de reprimir ostensivamente o crime, carece-se maior atenção. Essa instituição é regulada por duas distintas classes: oficiais e praças. Esses últimos, oriundos normalmente da classe proletária da sociedade. O criminologista Carlos Alberto ELBERT¹⁷¹, trazendo à baila Eugenio Raul Zaffaroni, descreve as polícias latino-americanas da seguinte maneira:

As observações acerca das polícias latino-americanas nos permitem visualizá-las, em geral, como grupos humanos institucionalizados em organizações com disciplina militar, fortemente armados, como uma escolha hierárquica que apresenta subgrupos diferenciados – oficiais e tropa -, em regra geral de forma intransponível ou dificilmente transponível, dependentes dos Poderes Executivos, realizando funções judiciais em virtude de disposições legais ou de fato e com ampla margem de arbítrio para a criminalização, com consideráveis graus de corrupção, tradicionalmente conhecida e tolerada pelo próprio Poder Executivo e pelo Poder Judiciário. Em geral, os salários do pessoal são baixos, a preparação é deficiente (cursos de dois anos para oficiais) e ainda mais empírica para o pessoal subalterno, sobre a qual recaem os maiores riscos de vida.

Ante o exposto, fica evidente que os países latino-americanos, no qual o Brasil se inclui, não estão preparados para lidar com a situação atual de crescente violência em que o país se encontra.

Para melhor elucidação, o autor ainda conclui:

Vimos que a polícia é uma instituição total, militarizada explicitamente ou por assimilação mediante uma hierarquia vertical dividida entre três estamentos: oficiais, suboficiais e agentes. A subordinação aos mandos superiores é absoluta e indiscutível, e as diferenças hierárquicas são reforçadas mediante normas e regulamentos caracterizados por seu autoritarismo e arbitrariedade. A formação disciplinária, assim como no exército, costuma conter notas essenciais de sadismo, orientadas a extenuação física e denegrecimento psíquico do cadete ou aspirante até anular sua vontade, recolocando-a pela submissão incondicional aos superiores, tangenciando o abjeto, que se celebra e honra como um dado de “maturidade” e “enquadramento”. O simples agente e os suboficiais são submetidos a todo tipo de reforços funcionais e disciplinares, expulsando-os sem observações ante qualquer falta que possa parecer comprometedor para a instituição. Pelo contrário, a oficialidade de maior estirpe conta com altos níveis de cobertura e cumplicidade, que necessariamente tem caráter

171 ELBERT, Carlos Alberto. **CRIMINOLOGIA LATINO-AMERICANA: Teoria e Propostas sobre Controle Social do Terceiro Milênio**, vol.2 (tradução de Ney Fayet Júnior). São Paulo: LTr, 2002. p. 244-247.

institucional. Existem pactos expressos ou tácitos de encobrimento profissional que se manifestam quando a própria polícia é investigada em relação a algum fato grave que a envolva.

A polícia costuma se apresentar corporativamente como uma comunidade hegemônica de vontades, mas em seu interior, mantém uma estrutura similar às castas, cuja “aristocracia” é a oficialidade, recrutada das classes médias baixas com certa educação, enquanto os destinados a permanecer na subordinação procedem nos setores baixo, proletários ou marginais, com escassa formação cultural e nulas possibilidades de ascensão social. É sugestivo que enquanto se fomenta e destaca o aperfeiçoamento do corpo de oficiais, limitam-se as chances de subordinados mediante diversas restrições, como as que dificultam passar dos postos inferiores ao da oficialidade.

Tal como em outras estruturas totalmente militarizadas, existe uma tendência à tradição profissional familiar, que estreita ainda mais os vínculos internos dos distintos estamentos. A instituição provê e regulamenta tudo: um modelo de vida, a vestimenta, os serviços sociais e de aposentadoria, as férias em hotéis próprios, os esportes e suas instalações, as creches oficiais para os filhos do pessoal, etc. A instituição é uma microssociedade, dentro da qual o funcionário se forma e cresce, condicionando-o, ao mesmo tempo, a seu entorno familiar. Como se pode supor, o afastamento da instituição resulta altamente traumático, uma vez que implica, para o agente expulso, a perda de uma “proteção” total de um esquema de vida caracterizado pela dependência ao modelo preestabelecido. Em sentido contrário, destacam-se insistentemente os valores de pertença, enaltecendo os mecanismos de subordinação com prêmios, homenagens, condecorações, promoções e todo tipo de estímulos, predominantemente simbólicos e honoríficos. As tendências autoritárias e agressivas predominam e costumam prevalecer como modelo dentro da instituição, favorecendo o êxito profissional dos candidatos dotados de tais caracteres. Durante os governos de fato, esse perfil é indispensável para as atividades repressivas mais implacáveis, que possibilitam “fazer carreira” aceleradamente nos setores mais brutais e limitados intelectualmente da instituição.

Posto isto, fica patente como funciona as organizações responsáveis por garantir a tutela dos bens jurídicos da nação brasileira. Uma instituição que é norteadada por um instituto arcaico e ultrapassado (o militarismo), que, por conta de situações intrínsecas, são incapazes de cumprir de maneira eficaz sua legítima atribuição. Igualmente percebe-se o porquê de tanta violência e rispidez no trato com o cidadão nas ruas. Em virtude dos maltratos e extenuações físicas que sofrem nos cursos de formação, os policiais seguem para as ruas com desejo de retribuir as humilhações em quem quer que encontre pela frente.

Nesse contexto, o Filme *Tropa de Elite*, dirigido por José Padilha em 2007, vencedor do Urso de Ouro do festival (de Berlim), ilustra como a polícia militar do Rio de Janeiro é preparada para combater o crime nas favelas daquele Estado. Apesar de se tratar de uma obra de ficção, sabe-se que a realidade não fica muito distante do que é demonstrado no longa-metragem. Tanto é que o próprio diretor afirma no dia seguinte ao prêmio que: "O Brasil tem uma das polícias mais corruptas e violentas do mundo. Enquanto que nos Estados

Unidos, que têm 350 milhões de habitantes, morrem por ano 200 pessoas às mãos da polícia, só no Rio de Janeiro, que tem apenas dez milhões, perdem a vida anualmente 1.200 pessoas."¹⁷²

O massacre do Carandiru, como ficou conhecida a repressão a uma rebelião na antiga Casa de Detenção de São Paulo, em 2 de outubro de 1992, retrata de maneira exata a debilidade no funcionamento do sistema carcerário brasileiro. O referido fato, fundamentado no livro *Estação Carandiru* e dirigido por Hector Babenco, leva para as telas algumas das histórias contadas por Drauzio Varella. Carandiru foi filmado na própria Casa de Detenção pouco antes de ela ser implodida. O caso ficou conhecido internacionalmente por causa da morte de 111 presos após a Polícia Militar entrar no Pavilhão 9 da Casa de Detenção, na Zona Norte de São Paulo, para pôr fim a uma rebelião. Passados vinte anos, nenhum dos envolvidos havia sido condenado pelo episódio.¹⁷³

Um ex-detento do Carandiru, Josemir Prado¹⁷⁴, que fora apresentado ao rapper Mano Brown, vocalista do grupo Racionais MC's numa visita ao estabelecimento prisional, ensinou a criação de uma das mais célebres músicas da história do rap nacional, melodia esta que descreve os dias que ele (Josemir) vivenciou dias antes do massacre, denominada *Diário de um Detento*.¹⁷⁵

3.4. Desigualdade na aplicação da pena privativa de liberdade

O próprio ordenamento jurídico pátrio admite que a prudência da metodologia de construção dos princípios morais tem por obrigação ser incumbido a métodos e preceitos educacionais e jamais a punição criminal. Entretanto esse discernimento é utilizado apenas para os delinquentes menores de 18 (dezoito anos) de idade.¹⁷⁶

Não obstante, que educação recebe um indivíduo que nasce e cresce nas ruas sem que lhe seja oportunizado o mínimo de dignidade? Será que, se essa pessoa fosse instruída

172 **Premiação de 'Tropa de elite' é destaque na imprensa internacional.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/artelazer,premiacao-de-tropa-de-elite-e-destaque-na-imprensa-internacional,126382,0.htm>. Acesso em 26 fev. 2014.

173 **Massacre que matou 111 presos no Carandiru completa 20 anos.** Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/10/massacre-que-matou-111-presos-no-carandiru-completa-20-anos.html>. Acesso em: 26 fev. 2014.

174 **Ex-detento descreve em livro a rotina da violência.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/arquivo/artelazer/2001/not20010221p3317.htm>. Acesso em: 26 fev. 2014.

175 **Tragédia do Carandiru inspirou livros, filmes e músicas.** Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/10/tragedia-do-carandiru-inspirou-livros-filmes-e-musicas.html>. Acesso em: 26 fev. 2014.

176 BRASIL. **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal.** 8ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2012. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. p. 202.

desde o início da sua vida, sem ter experimentado as vicissitudes da vida, essa situação diminuiria a quantidade de agentes infratores que existe no seio da sociedade?

Nessa senda, perquire-se: a pena privativa de liberdade é o instrumento mais adequado às exigências da realidade social contemporânea da sociedade brasileira, vez que alcança, geralmente, a camada mais pobre da população? E quando o apenado possui status social elevado, como ressocializar um indivíduo que já é totalmente civilizado? De outro modo, pode-se indagar: será a prisão o melhor instrumento para coibir a criminalidade no país? A privação da liberdade é a solução ou majoração prognóstica da criminalidade no Brasil?

Na busca para essas inquirições, ficou constatado que o nascedouro da classificação das punições foi norteado pela origem social do indivíduo, como descreve Foucault em *Vigiar e Punir*:

[...] de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis [...] E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até opor uma especialização dos circuitos judiciários: para as ilegalidades de bens – para o roubo -, os tribunais ordinários, os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc.¹⁷⁷

Desde aquela época, as normas já nasciam preestabelecidas sob a ótica capitalista. Para quem detinha um melhor poder aquisitivo, abrandamento das penas; para quem possuía poucos recursos, o peso das punições.

A pena de prisão não é a melhor resposta estatal para coibir a criminalidade no país, pois não oferece condições mínimas de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, servindo apenas de paliativo para o problema da criminalidade.

O modelo atual da pena privativa de liberdade não é isonômico, pois só alcança as camadas mais desprivilegiadas da sociedade moderna.

177 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 22ª ed. Petrópolis: Vozes. Tradução Raquel Ramallete, 1987. p. 80.

3.5. Falência do sistema carcerário

A principal norma penal existente no país admite a não efetividade do sistema carcerário, quando da exposição de motivos sobre a imputabilidade penal, assim aduzindo:

Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, e naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao **afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.** (sem grifos no original)

A expressão contaminação carcerária ilustra bem o juízo de valor que o legislador faz dos ambientes onde os criminosos são aprisionados. Ele possuía total conhecimento das condições cruéis e desumanas em que se encontram os recintos prisionais.

Fica evidenciado, outrossim, o quanto o cárcere é falho na medida que, no transcorrer dos tempos, o período de exposição do delituoso ao enclausuramento foi atenuado. O projeto original do Código Penal Brasileiro – CPB, datado de 1940, só admitia progressão de regime aos crimes cujo regime inicial era de reclusão após o cumprimento de metade da pena, quando esta era superior a três anos ou depois do cumprimento de um terço da pena, quando esta não era superior a três anos, além de não admitir, em regra, o livramento condicional do condenado¹⁷⁸. Atualmente, o início de cumprimento do punido com pena de reclusão é fechado somente quando ele é condenado a uma pena superior a oito anos e admite-se a liberdade condicional desde que o condenado cumpra mais de um terço da pena com algumas ressalvas¹⁷⁹.

Nessa esteira, Beccaria, que pensava muito além da sua geração, já ponderava sobre a eficácia das penas aplicadas na sua época:

178 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del2848.htm>. Acesso em: 3 mar. 2013.

179 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del2848.htm>. Acesso em: 3 mar. 2013.

Mas, qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes?¹⁸⁰

Dessa maneira, o autor convida todos a refletir sobre as punições aplicadas aos delinquentes, antevendo que a Ciência Criminal deveria evoluir conforme o progresso da sociedade, no sentido de tornar as penas mais brandas e humanitárias.

Diante do exposto, constata-se que não só as autoridades públicas, mas a sociedade como um todo tem sua parcela de culpa pelo holocausto em que se encontra o país, principalmente porque é ela (sociedade) que outorga o poder aos seus representantes, os quais são responsáveis por elaborarem as leis do país, e não reivindica o seu fiel cumprimento.

Nesse contexto, Foucault assim arrazoa: “Dizem-nos que a justiça está sobrecarregada. Nós bem o vemos. Mas, e se foi a política que a sobrecarregou? Dizem-nos que as prisões estão superlotadas. Mas, e se foi a população que foi superaprisionada?”¹⁸¹

Ao dispor sobre o assunto, o referido autor é bem enfático em transparecer patentemente de quem é a responsabilidade pela falha no sistema prisional. O que corrobora com a problemática do tema proposto.

É inegável que a Lei n. 9.714/98, assim como a Lei n. 9.099/953, foi editada com o objetivo de esvaziar os presídios, entretanto, como bem disse Miguel Reale Júnior, “a escusa da necessidade desta lei para esvaziar presídios era uma falácia, que os poucos meses de sua vigência já foram suficientes para desmascarar”. De qualquer forma, admitida a inegável crise na execução das penas privativas de liberdade, busca-se no direito penal moderno a aplicação de penas alternativas à de prisão, que, aliás, nasceu como pena alternativa à de morte e outras violentas. Assim, são alternativas as medidas que não envolvam a perda ou restrição da liberdade de locomoção, entre as quais se inserem as penas restritivas de direitos. A aplicação das penas restritivas de direitos leva em conta a presença de requisitos objetivos e subjetivos, revelando importante medida de política criminal, com justa e adequada punição longe do cárcere, observada a proporcionalidade, destinando-se

180 BECCARIA, op. cit., p. 9.

181 FOUCAULT, Michel. Manifesto do G.I.P. In: **Ditos e Escritos IV** (1971b). Estratégia, Poder-Saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 2.

àqueles condenados que praticaram infrações penais sem revelar acentuada periculosidade ou severo desvio de personalidade, que não reclamam resposta penal mais enérgica.¹⁸²

3.6. O reflexo sobre a sociedade brasileira

A crescente onda de violência no Brasil passou a ser tema recorrente nas pastas políticas (redução da idade por exemplo) fomentando meios de comunicação de massa e incitamento a composições artísticas, tais como filmes e melodias.

A pena privativa de liberdade, do mesmo modo que sempre esteve no centro das discussões dos projetos de reforma penal, a exemplo da recente norma que alterou o Código de Processo Penal Brasileiro, no que tange às prisões (Lei nº 12.403/2011), encontra-se intimamente relacionado ao índice de violência mundial, pois o Brasil está na lista dos vinte países mais violentos do mundo¹⁸³, resultado de recorrentes falhas dos sistemas policiais e penitenciário, com recorrente participação de representantes dessas corporações em violações aos direitos humanos.

Retomando a matéria que diz respeito à origem da criminalidade¹⁸⁴, a percepção de vulnerabilidade no país possui explicações plausíveis. O Brasil está entre os países com maior índice de criminalidade da América Latina, sendo, por conseguinte a área mais violenta do planeta. De acordo com estudo realizada pela Organização das Nações Unidas, considerando números do ano de 1997, a nação brasileira esteve no alarmante terceiro lugar dos países com os percentuais mais elevados de homicídio por habitante. Nos crimes contra o patrimônio, alcançou a quinta posição. O desastre seria maior se as taxas fossem mensuradas levando-se em consideração determinadas cidades e centros populacionais de maneira isolada, em que a o índice de delitos praticados equivale ao dobro da média do país com, por exemplo, a cidade de São Paulo, que superou Bogotá, capital da Colômbia, velha conhecida do caos.

As consequências para o país são enormes por conta dessa situação. A expectativa de vida do nativo do sexo masculino diminui um ano e meio em média. Caso resida no Rio de Janeiro, esse valor quase se duplica. As brasileiras igualmente não ficaram ilesas. Em 2001, o

182 MARCÃO, op. cit., p. 247.

183 GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. **Brasil no BRICs: 2º país mais rico e 2º mais violento.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3388, 10 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22779>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

184 **A origem da Criminalidade.** Disponível em: < <http://super.abril.com.br/ciencia/origem-criminalidade-442835.shtml>> Acessado em: 19 nov. 2013.

homicídio foi a razão crucial para o óbito de mulheres, ultrapassando as mortes ocasionadas por cardiopatias e acidentes vasculares cerebrais (AVC) e, inclusive, por HIV na cidade de São Paulo.

O número de pessoas atingidas por essa triste realidade é inestimável, sendo impossível aferir o valor que custa uma vida perdida para os entes queridos da vítima. No entanto, uma estimativa realizada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) sob a ótica capitalista, comprova o embate no tesouro nacional. De acordo com essa avaliação, o delito usurpa aproximadamente 10% do PIB pátrio, o que significa cerca de 100 bilhões de reais por ano. Para que se tenha uma ideia do tamanho do prejuízo, os Estados Unidos, não é um país modelo, no que tange a paz, a parcela desse montante é de 4%.

Contudo, infelizmente, no Brasil, a doença da marginalidade não é levada a sério como se necessitaria, a despeito de ser maléfica e importante. Fica ainda mais evidente observando a reação de políticos e autoridades públicas perante a recorrente prática de delitos hediondos. Caso paradigma foi o do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que incitou a povo brasileiro a travar um combate contra a criminalidade, como se os delituosos fossem oponentes estrangeiros, e não membro da nação.

CONCLUSÃO

Findando o presente estudo, cujo tema é tão imperioso, que chega a ser infinito de discussões, infere-se que a pena privativa de liberdade é carecedora de densa análise por parte da sociedade brasileira e das autoridades públicas, mormente dos representantes do poder legislativo e judiciário, pois, seu modo de aplicação e de visão resultou na situação de caos da segurança pública que se encontra o país.

A despeito de ter sido o instrumento idealizado para combater em *ultima ratio* a criminalidade, fica evidenciado na pesquisa que ele já nasceu apócrifo, pois, desde a antiguidade, foi tendenciado para atingir determinadas classes sociais, ou seja, o proletariado, consequência de uma sociedade capitalista e ambiciosa.

Nessa ótica, o sucesso dos autênticos papéis do cárcere possui por objeto assegurar as disparidades sociais da composição econômica capitalista, consolidado no vínculo riqueza/labor, por intermédio de um controle desigual da marginalidade, isto é, preservação lícita da aristocracia, do domínio financeiro e político e reprodução penal dos povos segregados do mercado de trabalho e, em regra, de reprimidos sociais.¹⁸⁵

Igualmente, as imperfeições do sistema de controle dos delinquentes, assim como dos agentes estatais, que possuem recorrente participação em violações aos direitos humanos, encontram-se intimamente relacionadas ao índice de violência atual do Brasil, uma vez que essas instituições são o primeiro e recorrente contato do delituoso após a perpetração de um crime e elas não correspondem ao caráter principal da pena: reforma e adaptação social, bem como é incompatível com os preceitos constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, diante de todo exposto, é patente que a pena privativa de liberdade não é o instrumento estatal adequado às exigências contemporâneas do país, visto que, em decorrência de diversos fatores que a tornam ineficaz, não atinge o fim para qual foi concebida, concorrendo, assim, para o aumento sucessivo da criminalidade no país.

185 SANTOS, op.cit., p. 5-6.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Mitigação da Prisão por Negação Absoluta ao Princípio da Dignidade Humana. Mendonça, Fernando. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2957>> Acesso em: 3 mar. 2013.

A origem da Criminalidade. Disponível em: < <http://super.abril.com.br/ciencia/origem-criminalidade-442835.shtml>> Acessado em: 19 nov. 2013.

ARAÚJO NETO, Felix. **Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 573, 31 jan. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6245>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado.** 3ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Método.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 7ª ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado do Direito Penal: Parte Geral,** 17ª Ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal.** 8ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 3 mar. 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral.** Tomo 1. Rio de Janeiro, Ed., Forense, 2003.

CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado.** Rio/São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

CALÓN, Cuello. **Derecho Penal,** Barcelona, Bosch, 1960.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** 15ª ed., vol.1. São Paulo, Saraiva, 2011.

CAROLINA DE ARAÚJO, Fernanda. **A Teoria Criminológica do labelling Approach e as Medidas Sócioeducativas**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio: Lumen Juris, 2008.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal. Parte general**. Bogotá: Editorial Temis, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

Documentário Ônibus 174: o paradoxo da sociedade brasileira. Disponível em: <http://www.unicentro.br/redemc/2011/conteudo/mc_artigos/Midia_Cidada_Costa.pdf>. Acessado em: 19 fev. 2014.

ELBERT, Carlos Alberto. **CRIMINOLOGIA LATINO-AMERICANA: Teoria e Propostas sobre Controle Social do Terceiro Milênio**, vol. 2 (traduzido por Ney Fayet Júnior). – São Paulo: LTr, 2002.

Ex-detento descreve em livro a rotina da violência. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/arteelazer/2001/not20010221p3317.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

FERREIRA, Edson; ZACKSESKI, Cristina. **O funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 12-13, abr., 2010.

FOUCAULT, Michel. Manifesto do G.I.P. In: **Ditos e Escritos IV** (1971b). Estratégia, Poder-Saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Vigiar e Punir: Historia da Violência nas Prisões**. 22ª ed. Petrópolis: Vozes. Tradução Raquel Ramalhete, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. **Brasil no BRICs: 2º país mais rico e 2º mais violento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3388, 10 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22779>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, vol. I, 14ª ed. São Paulo: Impetus, 2012.

Judicialização da Vida. Abolicionismo Penal. Luxemburgo, Rosa. 21 jun 2011. Disponível em: <<http://judicializacaodavida.wordpress.com/tag/prisao/>> Acesso em: 3 mar. 2013.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

LISZT, Franz Von. **A ideia do Fim no Direito Penal**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Revisão geral: Maristela Bleggi Tomasini. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis nº 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena) – São Paulo : Saraiva, 2012.

Massacre que matou 111 presos no Carandiru completa 20 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/10/massacre-que-matou-111-presos-no-carandiru-completa-20-anos.html>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3ª ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MIR PUIG, Santiago, **Derecho Penal; Parte General**, 8ª ed., Barcelona, Reppertor, 2010.

_____ **Introducción a las bases del Derecho Penal**, 2ª ed., Montevideo, Editorial IB de F, 2003.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho penal, parte general** – teoría jurídica del delito, Tomo II, V. I. Bosch, S.A. Barcelona, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** – Parte Especial. 9ª Ed., ver., atual., e ampl. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

Outsiders, studies in the sociology of deviance, cap.1, in **Uma teoria da ação coletiva**, trad. Márcia Bandeira de M. L. Nunes, Rio de Janeiro: Zahar, 1957.

PASOLD, Cesar Luiz. **Concepção para o Estado Contemporâneo: síntese de uma proposta**. Disponível em: <www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/concepcaooparaoestadocontemporaneo.doc+&cd=4&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 6 jan. 2014.

Premiação de 'Tropa de elite' é destaque na imprensa internacional. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/artelazer,premiacao-de-tropa-de-elite-e-destaque-na-imprensa-internacional,126382,0.htm>>. Acesso em 26 fev. 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 8ª Ed., v. 1. Salvador-BA, JusPodivm, 2012.

_____ Notas sobre o conceito analítico de crime. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/notas-sobre-o-conceito-analitico-de-crime/>> Acesso em: 22 jan. 2014.

REGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 3ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General** — Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVA, JMAP., and SALLES, LMF., orgs. **Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

Sociedade Psicanalítica de Porto Alegre. **Comentário de Nyvia Oliveira Sousa sobre o filme: Meu nome não é Johnny. No evento Direito e Psicanálise IV encontro**. Disponível em: <http://site.sppa.org.br/paginas/161/PsicanaliseeCulturaCinema>. Acesso em: 7 fev. 2014.

Tragédia do Carandiru inspirou livros, filmes e músicas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/10/tragedia-do-carandiru-inspirou-livros-filmes-e-musicas.html>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**, 3ª ed. castellana da 12ª ed. alemán, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987.

WELSEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.