



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A CRISE DO DIREITO PENAL NO BRASIL E A UTILIZAÇÃO DA CO-
CULPABILIDADE COMO MEIO DE ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO
CRIMINOSO

Ana Beatriz Freitas Gama Bezerra

Rio de Janeiro
2016

ANA BEATRIZ FREITAS GAMA BEZERRA

A CRISE DO DIREITO PENAL NO BRASIL E A UTILIZAÇÃO DA CO-
CULPABILIDADE COMO MEIO DE ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO
CRIMINOSO

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador: Professor Eduardo Mayr

Coorientadora: Professora Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2016

ANA BEATRIZ FREITAS GAMA BEZERRA

A CRISE DO DIREITO PENAL NO BRASIL E A UTILIZAÇÃO DA CO-
CULPABILIDADE COMO MEIO DE ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO
CRIMINOSO

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA: _____

Presidente: Prof. Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidada: Prof^a. Elisa Ramos Pittaro Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Eduardo Mayr – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM DESAPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESSE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

Para aqueles que não se contentam com a mera aplicação da lei, mas que têm o ideal inabalável de se fazer valer a justiça.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Rita, e à minha avó, Laura, pelo amor e apoio infinitos.

Ao amor da minha vida, Marcelo, por acreditar em mim, pela motivação e pelas longas conversas sobre a vida e sobre Direito Penal.

Ao professor Dr. Eduardo Mayr, pelo brilhantismo inspirador e por não me deixar desanimar no meu propósito.

À professora Néli Fetzner e à Anna Dina, pela compreensão e carinho.

Toca-se assim a raiz do problema. A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir a parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só. Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentirem-se pequenos para serem grandes.

- Francesco Carnelutti

SÍNTESE

Os altos índices de corrupção, as revoltas constantes em presídios, a violência gratuita onde quer que se vá, e a miséria de grande parte da população brasileira são elementos que, ultimamente, têm ganhado destaque na mídia e que têm influenciado mudanças no sistema jurídico e político do país. A tolerância em relação à desídia do Poder Público diminuiu e a era da informação e da internet tem contribuído para que a sociedade manifeste sua insatisfação. Nesse cenário, é visível a força que o Judiciário adquiriu como socorro não só à população, mas também a governantes e legisladores na busca de soluções para suas desavenças políticas. Não obstante, ainda parece haver uma sombra de desconfiança sobre a eficácia e seriedade do Judiciário. Assim, refletindo sobre o assunto, são inegáveis os questionamentos sobre tal desconfiança e, mais aprofundadamente, sobre o porquê de tantos direitos fundamentais serem negados à população. Não é incumbência do Poder Judiciário solucionar problemas de ordem administrativa, como a efetivação de políticas públicas. Nessa névoa de desconfiança, não parece justo que se faça a utilização indiscriminada da co-culpabilidade como meio de atenuação da responsabilidade do criminoso, pois este não compreende seu caráter social, mas como forma de impunidade que lhe foi gentilmente concedida. A solução pode ter muitos caminhos e, dentre eles, o investimento na ressocialização do condenado tem se apresentado como uma boa alternativa. Sendo assim, este trabalho busca conscientizar sobre a crise que o Direito Penal vivencia e sobre o perigo da crescente aplicação do abolicionismo na seara criminal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE A CULPABILIDADE	12
1.1. Escolas Clássica e Positiva	13
1.2. Conceito de culpabilidade e sua aplicabilidade	14
1.3. Conceito de co-culpabilidade	17
1.4. Funções da pena e as Justiças Terapêutica e Restaurativa	20
2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	25
2.1. Considerações sobre a redação do artigo 59 do Código Penal Brasileiro	27
2.2. Princípio da individualização da pena	33
2.3. A correlação do princípio da individualização da pena com demais princípios aplicáveis à pena	35
2.4. Panorama geral sobre a reintegração social dos apenados	40
2.5. O encarceramento e seus efeitos: reincidência e ressocialização	43
3. PROBLEMAS EMERGENTES	54
3.1. Possíveis soluções para a criminalidade crescente: sobre a prestação ineficaz de serviços públicos	55
3.2. O papel do judiciário: a judicialização da política e a politização do Judiciário	60
3.3. A distorção da Teoria Garantista e suas consequências	66
3.4. A audiência de custódia e o exame criminológico como alternativas à crise do Direito Penal	74
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

Atualmente, a aplicação de pena efetuada pelo Poder Judiciário enfrenta sérios questionamentos por parte da sociedade, de modo que é possível perceber uma insatisfação generalizada quando se trata dos aspectos retributivo e preventivo da pena. Nota-se uma descrença em relação à eficácia das penas, o que causa desequilíbrio nos valores sociais e no modo como a sociedade encara e lida com o criminoso. Diante desse quadro, a função ressocializadora da pena enfrenta dificuldades para atingir seu claro objetivo.

Com efeito, não se pode negar o sentimento que assola a sociedade no sentido de exigir medidas eficazes contra os criminosos, sentimento este que é desprezado por muitos operadores e pensadores do Direito.

Utilizando o método de pesquisa bibliográfica, o objetivo deste trabalho é discutir a eficácia das penas atualmente aplicadas, analisar as causas do não cumprimento dos direitos fundamentais a que fazem jus os encarcerados, bem como demonstrar a ineficácia da aplicação do princípio da co-culpabilidade. Ao final, serão apresentadas possíveis medidas capazes de amenizar a crise enfrentada pelo Direito Penal e pelo sistema carcerário.

Para tanto, no primeiro capítulo serão explicitados conceitos introdutórios e necessários à compreensão do tema, com ênfase nas funções da pena, em especial, a função ressocializadora.

No segundo capítulo serão abordados direitos fundamentais e princípios norteadores da aplicação da pena, como o princípio da individualização da pena. Será ainda traçado breve panorama sobre a problemática da reintegração social do preso, como também serão levantados aspectos relevantes sobre a arquitetura do cárcere e demais fatores que afetam o sucesso da ressocialização.

No terceiro e último capítulo, serão tocadas questões cruciais sobre o aumento da criminalidade no Brasil, bem como será questionada a posição do Judiciário em meio à crise vivenciada pelo país e a prejudicial adoção da co-culpabilidade na dosimetria de pena. Ao final, serão explicitados métodos alternativos à crise do Direito Penal.

Ressalte-se que o ponto nodal desta monografia é suscitar indagações sobre o emprego de posicionamentos abolicionistas frente a uma sociedade como a brasileira, tão desigual e ainda despida de maturidade e subsídios para aceitar tamanha liberalidade. Propõe-se, em verdade, resgatar as raízes da Teoria Garantista e refletir sobre a ausência estatal demasiadamente prolongada de esferas sociais que demandam seu mais alto interesse. Os holofotes devem se voltar para a premente necessidade de se investir na ressocialização do condenado.

Trata-se de assunto de relevante interesse nacional, já que o país enfrenta um momento de ajustes no cenário político que, por sua vez, tem sido alvo de investigações criminais, de modo que as manifestações populares no sentido de não se tolerar mais a impunidade em muito se relacionam com o tema.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE A CULPABILIDADE

Quando a sociedade fala em “culpa da pessoa que comete um crime”, ainda que ignore o conceito, está se referindo à culpabilidade do autor do crime. Nas palavras de Rogério Greco¹, “culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

Em uma análise mais profunda, com cunho histórico, extrai-se que a prática de um delito, assim como a omissão do Estado em efetivar políticas públicas de forma satisfatória, são ambas condutas que rompem com o Contrato Social.

Através do movimento iluminista, Jean Jacques Rousseau² idealizou o que seria co-culpabilidade ao elaborar a Teoria do Contrato Social, segundo a qual os indivíduos renunciaram aos seus instintos mais primitivos e, em nome da liberdade individual e segurança da vida em sociedade, permitiram ser governados por um ente público, que representaria a vontade da maioria. Com isso, as leis surgiram para positivar a vontade da maioria e para tutelar a individualidade e segurança de cada ser humano.

Bitencourt³ sintetiza que:

[...] sob essa perspectiva se questionava a imposição da pena, os alcances do livre-arbítrio, ou o problema das relações de dominação que podia refletir uma determinada estrutura jurídica. Sob a concepção de que o delinquente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceito, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade. Essa inimizade levá-lo-á a suportar o castigo que lhe será imposto.

Assim, o descumprimento das leis, seja por parte do cidadão, seja por parte do Estado, constitui violação do pacto social.

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V.1, 8. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 381

² WELFORT, Francisco C. (Org). *Os clássicos da política*. V. 1, 13. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 194-196

³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V.1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98-99

1.1 Escolas Clássica e Positiva

Para explicar as causas do crime e os efeitos da pena, estudiosos do direito criaram algumas vertentes de pensamento, dentre as quais se destacaram a Escola Clássica e a Escola Positiva.

De acordo com a Escola Clássica o homem é dotado de livre-arbítrio, sendo ele moralmente livre para fazer suas escolhas, de modo que o fundamento da responsabilidade penal está na consciência moral do próprio indivíduo⁴.

A outra linha de pensamento, sustentada pela Escola Positiva, afirma não ser o homem livre para fazer suas próprias escolhas, que ele as faz influenciado por fatores como a educação e o meio social em que vive⁵. Assim, segundo essa concepção, o sujeito comete o crime porque não possui outra escolha consciente, mas somente aquela à qual foi levado.

Bitencourt assim explica que:

[...] o positivismo pretendeu aplicar ao Direito os mesmos métodos de observação e investigação que eram utilizados nas *disciplinas experimentais* (física, biologia, antropologia, etc.). Logo se percebeu, no entanto, que essa metodologia era inaplicável em algo tão circunstancial como a norma jurídica. Essa constatação levou os positivistas (...) proporem que a consideração do delito fosse substituída por uma sociologia ou *antropologia do delinquente*, chegando, dessa forma, ao nascimento da Criminologia, independentemente da dogmática jurídica.

Adotar o posicionamento de somente uma das Escolas é deixar de apreciar o estudo do crime como um todo. Assim, em consonância com o que se vê na sociedade, é razoável concluir que tais linhas de pensamento se complementam.

⁴ GRECO, op. cit., p. 381

⁵Ibid., p. 382

1.2 Conceito de culpabilidade e sua aplicabilidade

Ainda há nos dias de hoje certa discussão sobre a aplicação da culpabilidade na teoria da pena, de modo que subsistem duas teorias principais sobre a culpabilidade, quais sejam, a teoria psicológica da culpabilidade e a teoria normativa da culpabilidade.

Explicando a teoria psicológica, Miguel Reale Jr.⁶ afirma que o comportamento mecânico do ser humano modifica o mundo à sua volta, de modo que a responsabilidade passa a ser atribuída à ligação psicológica entre autor e fato.

Portanto, a culpabilidade tem íntima ligação com o aspecto moral da conduta delituosa, resumindo-se a culpabilidade apenas ao dolo e à culpa, sem quaisquer outros elementos integrantes.⁷

Neste sentido, Carmen Barros expõe o pensamento de Aníbal Bruno⁸:

Nesse sentido tradicional, culpabilidade é o vínculo psíquico que prende o agente ao seu ato e o faz por ele penalmente responsável. Nesse vínculo psíquico se esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que pode se manifestar sob as duas formas – dolo e culpa. Na realidade, seguindo essa concepção, a culpabilidade compreende apenas dolo e culpa. Não é mais do que um conceito genérico abrangendo os dois conceitos específicos.

Reinhart Frank foi quem introduziu no conceito de culpabilidade um elemento normativo – teoria normativa da culpabilidade -, um juízo de valor: a reprovabilidade da conduta criminosa praticada, afirmando que culpabilidade é reprovabilidade. A concepção de Reinhart foi aperfeiçoada por Mezger, que afirmava que para haver culpabilidade não bastam dolo e culpa, mas também que o autor seja passível de censura. Assim, a culpabilidade deixa de ser vontade naturalística e passa a ser vontade reprovável.⁹

⁶ REALE apud BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 75

⁷ Ibid.

⁸ BRUNO apud BARROS, *ibid.*, p. 76

⁹ FRANK apud BARROS, *ibid.*, p. 77

Todavia, a evolução que o conceito de culpabilidade apresentou ainda não era suficiente às demandas que o Direito Penal trazia, de modo que Hans Wezel¹⁰ propôs alterações na estrutura do crime, fazendo nova distribuição dos seus elementos constitutivos. Welzel foi o responsável por deslocar o dolo e a culpa do conceito de culpabilidade para inseri-los na ação humana, pois não há ação sem vontade e consciência. Com isso, dolo e culpa vão para o tipo penal, o que faz com que os tipos passem a se dividir em tipos dolosos e tipos culposos.¹¹

Foi o pensamento de Welzel – teoria finalista da ação - que conferiu a grande importância da culpabilidade no momento do julgamento. A partir de então, o magistrado, ao emitir juízo de censurabilidade, teria que analisar se o autor agiu com dolo e se o fato poderia ser evitado.¹²

Importante esclarecer que o objeto do juízo de culpabilidade não é o autor¹³, mas sim o fato por ele praticado, uma vez que admitir a culpabilidade do autor é permitir a invasão da vida do agente, de sua esfera íntima, julgando-o por quem ele é e não pelo fato criminoso que praticou. No Estado democrático de direito, exige-se a responsabilidade pelo fato, que não se confunde com a possibilidade de castigar o agente pelo seu caráter ou pelo que ele é. Com efeito, o princípio da culpabilidade pelo fato decorre do princípio da legalidade e tem como base o respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade.¹⁴

Assim, percebe-se que a culpabilidade é a medida da pena. No entanto, como mencionado, não existe um consenso sobre o conceito de culpabilidade e suas consequências efetivas.

¹⁰ WELZEL apud BARROS, *ibid.*, p. 79

¹¹ *Ibid.*, p. 79

¹² *Ibid.*, p. 81

¹³ Carmen Barros cita o conceito de Hans-Heinrich Jescheck, “para quem a culpabilidade é culpabilidade pelo fato individual ou culpabilidade pelo gênero de vida (culpabilidade do autor, da personalidade ou do caráter)”. *Ibid.*, p. 82

¹⁴ *Ibid.*, p. 83/85

Carmen Barros¹⁵, parafraseando Roxin, sintetiza que:

[...] a culpabilidade de um autor pode ser afirmada quando lhe eram acessíveis ‘possibilidades de decisão para comportamento orientado pela norma’, quando estava presente a possibilidade psíquica (seja livre, seja determinada), no caso concreto.(...) Roxin considera que comprovável empiricamente é a capacidade de autocondução e comprovável normativamente é a possibilidade de comportamento conforme o direito.

Por isso, é consectário lógico desse pensamento que a culpabilidade está intimamente ligada à teoria da pena que se adota.

Vale ainda mencionar a lição de Guilherme de Souza Nucci¹⁶ ao apresentar uma divisão no conceito de culpabilidade, quais sejam, a culpabilidade formal e a culpabilidade material. Formal é a censura moral que se faz do indivíduo em razão de seu comportamento típico e antijurídico, servindo ela de parâmetro para o legislador considerar mais ou menos gravosa a conduta do criminoso. Material é a censura que faz concretamente, olhando para o fato típico que aconteceu e para seu autor, analisando, nesse momento, a sua imputabilidade, a medida de sua culpa – juízo de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa, entre outros fatores. Ou seja, serve a culpabilidade material como fundamento da pena em concreto.

Nesse diapasão, para que seja possível compreender como o Estado assume culpa diante de um crime praticado por um indivíduo, surge a necessidade do conceito de culpabilidade visto que é o Estado quem tem o direito legítimo de punir pela violação da norma. Por isso, e para que se evite a indesejada arbitrariedade, a “culpabilidade tem duplo papel, só pode ser imposta ao agente responsável e a pena não pode superar a medida da culpa pelo fato cometido.”¹⁷

Com efeito, para se responsabilizar penalmente o cidadão é necessário que o Estado tenha cumprido adequada e satisfatoriamente suas funções sociais.^{18, 19}

¹⁵ Ibid., p. 91

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 236

¹⁷ BARROS, op. cit., p. 97

¹⁸ Ibid.

¹⁹ “A concretização da dignidade humana ocorre com o reconhecimento dos direitos fundamentais, que devem ser respeitados tanto pelas demais pessoas quanto pelo Estado. Esses direitos realizam o conteúdo da dignidade

1.3 Conceito de co-culpabilidade

A teoria da co-culpabilidade surge da ideia de violação do pacto social por parte do Estado. O indivíduo, que aceitou seguir as leis da sociedade, rompe o pacto a cada delito praticado; por sua vez, o Estado rompe o mesmo pacto cada vez que não obtém êxito na concretização de políticas públicas eficazes de segurança, saúde e educação.

Assim, o Estado compartilha com o cidadão parte de sua culpa no cometimento do crime, assumindo não conseguir promover políticas públicas adequadas e suficientes para aqueles indivíduos que vivem à margem da sociedade.

No momento em que um cidadão marginalizado, sem acesso a fontes básicas de educação, cultura, saúde e segurança, comete um crime, o Estado, ao mesmo tempo em que pune a conduta desviada, virtualmente se manifesta e assume a parte da responsabilidade pelo cometimento do crime. O sujeito ativo do crime, plenamente capaz, possui o restante da responsabilidade pelo crime que cometeu.

Como agente garantidor de segurança, educação e saúde coletivos, o Estado possui a obrigação, imposta pela Carta Magna, de fornecer meios para que seus cidadãos disponham de tais garantias. Quando não o faz, o Estado age com culpa (*lato sensu*). Isso porque não se verifica a intenção governamental de não fornecer elementos básicos para a sobrevivência de seus cidadãos; não se verifica um querer ser inerte. Pelo contrário, o Estado quer agir, mas em razão da quantidade de pessoas a serem atendidas, não consegue fazê-lo. Não consegue estar presente em todas as camadas sociais como deveria e, conseqüentemente, não consegue cumprir com suas obrigações-deveres de provedor das necessidades básicas de seus súditos.

da pessoa humana juridicamente, na medida em que estabelecem os postulados indispensáveis para que o homem seja tratado e respeitado como fim em si mesmo. Desse modo, a dignidade da pessoa humana é representada, no âmbito jurídico, por uma gama de direitos e garantias fundamentais do ser humano, considerado como tal.” MELLO apud SANTANA, Nathália Macêdo. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito penal*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1387/1074>>. Acesso em: 23 jun. 2016

Todavia, a assunção de culpa por parte do Estado não exime o criminoso de sua responsabilidade²⁰.

Desde os primórdios até os dias atuais, vai de encontro à ideia de sobrevivência o sujeito que quer ser marginalizado. É da natureza do ser humano querer o melhor para si mesmo e, por isso, a teoria da co-culpabilidade surgiu como importante instrumento de controle da justiça social em favor de seus destinatários²¹, ao passo em que é utilizada como atenuante genérica da pena cominada ao caso concreto, tema que será oportunamente explorado.

A importância da co-culpabilidade, atualmente, se volta para a cultura e o estado paralelos que se formaram em razão dos longos anos de omissão estatal onde as pessoas vivem à margem da sociedade.

Nesse raciocínio, Richard A. Cloward e L. E. Ohlin²² elaboraram importante teoria que elucida melhor a cultura paralela que se estabeleceu em virtude da violação do contrato social, afirmando que "a distribuição das chances de acesso aos meios legítimos, com base na estratificação social, está na origem das subculturas criminais na sociedade industrializada".

Entende-se por subculturas criminais a cultura paralela que se formou nas comunidades carentes de acesso à infraestrutura estatal. Tal cultura paralela não se adequa integralmente ao modelo de cultura que se conhece, pois contém valores desviados das normas convencionadas pela maioria, valores que somente são compreendidos se analisados sob a ótica de quem efetivamente vive inserido nessa realidade, de ausência do Estado.

²⁰ De modo algum a ausência do Estado pode servir de desculpa para a prática de crimes, pois o ser humano é racional e possui o livre-arbítrio.

²¹ MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. *O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro*. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em 06 abril 2015.

²² CLOWARD; OHLIN apud 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. 70.

Alessandro Baratta²³ salienta que a existência dessas subculturas criminais representa, na verdade, uma tentativa do indivíduo de se adequar e se orientar dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir de que dispõem.

Com efeito, a conclusão de que a diferença de classes é fundamental nessa questão é inevitável.

Edwin H. Sutherland²⁴, complementou a teoria das subculturas criminais através da análise das formas de aprendizado do comportamento criminoso, criando a teoria conhecida como Teoria das Associações Diferenciais. Sutherland aplicou sua teoria principalmente em relação aos crimes de colarinho branco, analisando que a delinquência de colarinho branco, assim como todas as outras, é aprendida numa associação direta ou indireta com pessoas que já praticaram comportamento criminoso, tornando-se uma delinquência sistemática e compulsiva.

Os valores absorvidos pelo Direito e positivados, a contrario sensu, através das proibições do Direito Penal, são modelos de comportamento que vedam a lesão a outrem e são valores sociais indispensáveis à convivência pacífica em sociedade. As subculturas dos grupos segregados nada mais são do que "reações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais"²⁵.

Na realidade, tal como concluiu Baratta, em razão da omissão estatal para com os setores marginalizados da sociedade, o sujeito que delinque está agindo de acordo com a realidade que conhece numa tentativa de se adequar aos padrões impostos pelo Direito, o que representa o posicionamento da Escola Positiva.

Não obstante estar inserido nessa subcultura, o agente que comete crimes tem plena consciência de que seus atos, contrários à lei, assim o são, e que, por isso, são passíveis de punição – pensamento da Escola Clássica.

²³ BARATTA, *ibid.*, p. 70

²⁴ SUTHERLAND apud BARATTA, *ibid.*, p. 71

²⁵ BARROS, *op. cit.*, p. 74

A problemática se insere a partir do momento em que o indivíduo, mesmo ciente da sua ilicitude, decide praticar o ato. É nesse ponto em que omissão do Estado se torna relevante. Esse é o momento crucial da importância da aplicabilidade do conceito de culpabilidade na sociedade moderna. Não se pode admitir que o Estado seja omissor por duas vezes, uma quando não efetiva sua obrigação-dever de prover os seus cidadãos e, duas, quando não pune adequadamente o indivíduo que delinuiu e violou o pacto social, pois essa não punição, ou punição ineficaz, equivaleria a uma nova violação do contrato.

Nesse diapasão, considerando que o indivíduo que opta pela prática do crime anuiu com o pacto social, percebe-se que a punição é necessária para que o crime não se repita e para que ele compreenda a gravidade e seriedade de sua atitude para com a sociedade, se fazendo, portanto, imprescindível a análise das funções da pena.

1.4 Funções da pena e as Justiça Terapêutica e Restaurativa

São amplamente conhecidas, até porque estão positivadas, duas funções que a pena exerce no Direito Penal: a função retributiva e a função preventiva, esta que se subdivide em prevenção geral e prevenção especial.

A função retributiva da pena, ou Teoria Absoluta da Pena²⁶, possui como linha de raciocínio o livre arbítrio do indivíduo, que escolhe praticar ou não um crime. Segundo esse posicionamento, a pena é um fim si mesmo, não havendo reflexão sobre sua eficácia, – é absoluta - bastando que a resposta do direito ao crime cometido seja proporcional e justa.

²⁶ FERRAJOLI esclarece: “São teorias absolutas todas as doutrinas retribucionistas, que concebem a pena como um fim em si mesmo, é dizer, como ‘castigo’, ‘compensação’, ‘reação’, ‘reparação’ ou ‘retribuição’ do delito, justificada por seu valor axiológico intrínseco; por conseguinte não um meio, e menos ainda um custo, senão um dever metajurídico que tem em si mesmo seu fundamento. São pelo contrário teorias ‘relativas’ todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena só como um *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos”. FERRAJOLI apud BARROS, *ibid.*, p. 53.

Kant e Hegel²⁷ são doutrinadores que sustentam esse pensamento. Para Kant, a aplicação da pena se justifica em razão do respeito à lei, enquanto para Hegel o sofrimento impingido pela sanção faz com que se restabeleça uma ordem jurídica que foi violada pelo crime.

Como afirma Carmen Barros²⁸, de acordo com a teoria retributiva, a culpa legitima a imposição de um mal a quem cometeu um crime, sendo o *quantum* da pena medido pelo próprio crime. Assim, “o mal da pena deve ser equivalente ao mal causado pelo crime”.

Em confronto, senão complementação, à função retributiva da pena, se encontra a função preventiva – também denominada Teoria Relativa da Pena -, que se subdivide em prevenção geral e prevenção especial.

Ligada à ideia de intimidação, a prevenção geral surge a fim de suprimir dos potenciais criminosos a vontade de delinquir com a ameaça de aplicação da pena caso um bem jurídico seja violado. Essa a função possui o condão de afirmar a validade da norma, porque, através da aplicação da pena, se obteria como resultado a confiança dos cidadãos na ordem jurídica e, conseqüentemente, no Estado. A prevenção geral possui o aspecto positivo e o aspecto negativo. O aspecto positivo é percebido como a força moralizadora, como a confirmação da fidelidade do direito, de modo que é através da execução da pena que se satisfazem as necessidades de punição da sociedade. Já o aspecto negativo consiste na adoção de penas que intimidem o próximo, sendo com base nesse critério que o legislador aumenta penas previstas no ordenamento jurídico pátrio.²⁹

Por sua vez, a prevenção especial, o que justifica a pena passa a ser voltado para o futuro, considerando-se o indivíduo que delinque. Tal prevenção especial igualmente possui dois aspectos, o negativo, que consiste na retirada da pessoa do convívio social para que ela não volte a delinquir. Pelo lado positivo, há a ressocialização, a reeducação ou correção do criminoso, tendo a pena o fim de readaptá-lo à vida social. Cabe salientar que no tocante ao

²⁷ KANT apud BARROS, *ibid.*, p. 54

²⁸ *Ibid.*, p.55

²⁹ BARROS, *ibid.*, p.61

aspecto positivo da prevenção especial está inserida a função social ou ressocializadora da pena, que prega ser função do Direito Penal a humanização da pena e, conseqüentemente, a aplicação de tratamento digno ao preso, de forma a lhe garantir direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Há que serem respeitadas a quantidade e a qualidade da pena, vedadas quaisquer privações, que não as necessárias, ao detento. Isso é, o fato de o indivíduo ser condenado por um crime não implica tratamento desumano e degradante. Deve o Estado, no exercício do poder de polícia, zelar pela integridade física e moral do preso³⁰, mas não só – devem ainda ser assegurados subsídios morais e materiais ao encarcerado para que ele, ao término do cárcere, tenha condições de, *per si*, se reintegrar eficazmente ao convívio social.

Sobre o tema, Roxin³¹ conclui que a diferença entre retribuição e prevenção é que naquela há apenas a ideia de justiça, abstraindo-se de todos os fins sociais, enquanto que esta prossegue exclusivamente para fins sociais.

De modo a complementar a função ressocializadora da pena, hoje vista como a mais importante dentre todas as funções, ganhou força o conceito de Justiça Terapêutica, que foi introduzida no Brasil em respeito a princípios constitucionais, em especial ao da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Eduarda Giacomini³²,

[...] considera-se Justiça Terapêutica o programa judicial que compreende um conjunto de medidas voltadas para a possibilidade de se permitir que infratores envolvidos com drogas, possam entrar e permanecer em tratamento em substituição ao andamento de processo criminal ou à aplicação da pena privativa de liberdade, quando da prática de delitos que tenham a droga como fator predisponente, nos casos em que a lei permitir.

A denominada Justiça Terapêutica foi criada com o objetivo de diminuir problemas sociais causados pelo uso de substâncias entorpecentes, adaptando-se à legislação vigente. Tal

³⁰ SOUZA, Ana Paula de. *Função ressocializadora da pena*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/283492-funcao-ressocializadora-da-pena>>. Acesso em: 30 jun. 2016

³¹ ROXIN apud BARROS, op. cit., p. 56

³² GIACOMINI, Eduarda. *A justiça terapêutica como alternativa ao sistema penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em 12 out. 2015

programa se mostra como uma alternativa ao processo penal e, conseqüentemente, à aplicação de pena privativa de liberdade. Assim, os participantes do programa - que se iniciou no Estado do Rio Grande do Sul e hoje é desenvolvido em vários Estados da Federação, mormente no Estado de Pernambuco, têm a oportunidade de se tratarem do vício em entorpecentes e de se ressocializarem, recebendo um acompanhamento rigoroso e individualizado.

Com efeito, é interessante a criação deste sistema alternativo à pena de prisão, pois, diante da crise³³ pela qual passa o Direito Penal no Brasil, nessa inovação pode se encontrar a solução para muitos problemas, quiçá estender tal método para além dos casos de adictos, utilizando-se no caso de pessoas que cometem crime por não enxergarem outra alternativa para suas vidas. Vale a reflexão de que, provavelmente, um tratamento psicológico no sentido de estimular o indivíduo a trabalhar honestamente e a não cometer crimes e a levar uma vida teria um impacto na quantidade de crimes que são hoje cometidos.

Complementando as funções acima elencadas, foi posta em funcionamento no Brasil a denominada Justiça Restaurativa como meio concretizar a função ressocializadora da pena. Seu propósito é fazer com que haja diálogo entre vítima e agressor (*lato sensu*) que neste diálogo a responsabilidade pelo cometimento do crime seja assumida pelo autor do fato e, assim, seja promovida a cura para o mal causado pelo delito³⁴.

Dessa forma, a técnica da Justiça Restaurativa baseia-se no envolvimento emocional das partes e, por isso, não possui como norte a reparação material. Pelo contrário, a reparação

³³ “Por abolicionismo penal e por minimalismo (ou direito penal mínimo) consideram-se movimentos de políticas criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgidas nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70 que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob o influxo de teorias sociológicas principalmente, das diversas tendências, contrapõe ao paradigma “etiológico”, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o do “controle”. É natural. Pois, que sob influência comum, ambos os movimentos, os mais representativos da criminologia contemporânea, convirjam, em geral, em seus pressupostos e críticas ao sistema de justiça penal. Coincidem, por motivo vário, (...) quanto à ‘deslegitimidade’ (ou ilegitimidade) deste mecanismo formal de controle social. Ambos são, enfim, movimentos político-criminais deslegitimadores do sistema penal. Vêem, tanto o abolicionismo quanto o minimalismo, o sistema penal como um subsistema funcional de reprodução material e ideológica (legitimação) do sistema social global, é dizer, das relações de poder e da propriedade existentes.” A TEORIA do Garantismo Penal. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18331/18331_3.PDF>. Acesso em: 12 jun. 2016

³⁴ BRANDÃO, Delano Câncio. *Justiça Restaurativa: conceito, críticas e vantagens de um modelo alterno de resolução de conflitos*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em: 30 jun. 2016

material é uma das formas de compor o mal causado, podendo a cura se dar de forma moral, material ou simbólica, de modo que o consenso e voluntariedade entre as partes se fazem essenciais³⁵.

Em entrevista para o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o magistrado Asiel Henrique de Sousa³⁶, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) explica que a Justiça Restaurativa não afeta o cumprimento da pena tradicional, podendo ambos os institutos serem aplicados concomitantemente, inclusive em casos envolvendo adolescentes infratores. Sousa ainda esclarece que:

[...] No entanto, a conciliação é mais voltada para resolver questões de interesse econômico. Os conciliadores se permitem conduzir um pouco o processo para resultados mais efetivos; a conciliação acontece com hora marcada na pauta do tribunal. Já na mediação realizada pela Justiça Restaurativa não é possível estabelecer quando vai acabar, pode demorar dias, meses, até se construir uma solução. Na medida em que você tem um conflito de maior gravidade, que traz uma direção maior de problemas afetados, é preciso dedicar mais tempo. A vítima tem espaço para sugerir o tipo de reparação. O crime gera uma assimetria de poderes: o infrator tem um poder maior sobre a vítima, e a mediação que fazemos busca reequilibrar esses poderes, mas não invertê-los. Os envolvidos podem ir com advogados, embora ao advogado seja reservado um papel muito mais de defesa da voluntariedade de participação e dos limites do acordo, para que este represente uma resposta proporcional àquela ofensa. [...]

Dentre as modalidades de reparação por esse método, se encontram a mediação, reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*) e círculos decisórios.

Assim, a Justiça Restaurativa atua como instrumento complementar à resolução de conflitos e como forma de envolver o autor do crime para que ele tome consciência da extensão do dano que causou, de modo a alcançar “a pacificação das relações sociais de forma mais efetiva do que uma decisão judicial”³⁷.

³⁵ Ibid.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. *Justiça Restaurativa: o que é e como funciona*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em 30 jun. 2016

³⁷ Ibid.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 garante a todos os indivíduos direitos fundamentais próprios do homem-social, que abrangem a complexidade da sociedade em que o homem vive, como as relações sociais propriamente ditas, as relações econômicas e as relações culturais. Tais direitos, denominados direitos sociais, são direitos efetivados através do Estado e compreendem os direitos sociais em sentido estrito, como direito à moradia, direito à seguridade social e os direitos particulares de categorias de pessoas, como os direitos da família, das crianças, dos adolescentes, dos idosos e dos portadores de deficiência; direitos sociais de natureza econômica, que são o direito ao trabalho e o direito dos trabalhadores; e, por último, os direitos de natureza cultural, que englobam o direito à cultura, ao desporto e à educação.³⁸

Os direitos sociais que mais se relacionam à co-culpabilidade são o direito à moradia, o direito das crianças e dos adolescentes e o direito à cultura, ao desporto, à saúde e à educação, sem prejuízo dos demais.

O direito à moradia é caracterizado pelas condições mínimas de moradia digna que um ser humano precisa possuir a fim de manter sua integridade física e psíquica, evidenciando-se pela habitação com dimensão adequada e com condições de higiene conforto.³⁹

O direito das crianças e dos adolescentes tem como premissas a viabilidade de um desenvolvimento sadio e harmonioso, em que se deve aplicar a premissa trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de que “o direito à proteção integral tem como fundamento a

³⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 575/588

³⁹ AINA apud MORAES, *ibid*, p. 576

concepção de que as crianças e adolescentes são pessoas em processo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social”.⁴⁰

O direito à cultura traduz-se na necessidade de o ser humano se ver como parte de um todo, de uma história mundial que acrescenta à sua formação como pessoa globalmente considerada e como cidadão. Assim, a cultura se exterioriza pelos bens materiais e imateriais que fazem referência à identidade, à ação e à memória, sendo estas a forma de criar, de se expressar, de viver que a sociedade brasileira possui⁴¹.

O direito ao desporto engloba a garantia ao desenvolvimento integral da personalidade, exercício da cidadania, prática do lazer, promoção da saúde, da educação e da preservação ao meio ambiente⁴².

No que tange à saúde, destaca-se a saúde pública, que é disseminada pela Administração Pública a fim de atender qualquer pessoa que dela necessite, seja através de atendimento médico, seja através do saneamento básico. O Poder Público não pode simplesmente ficar inerte diante da necessidade de atendimento médico da população, sob pena de incidir em “censurável comportamento inconstitucional”⁴³.

Por sua vez, o direito à educação se consubstancia na sua obrigatoriedade até o ensino fundamental, garantido pela Lei n. 8.069/90⁴⁴ (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu art. 208 e seguintes, bem como na Constituição, e no direito de se cursar os ensinos médio e superior.

Nas palavras de Nathália Santana⁴⁵:

Para Garzón Valdés os direitos humanos ou fundamentais formam parte essencial de um projeto constitucional adequado à concretização das exigências do respeito à

⁴⁰ CURY apud MORAES, *ibid.*, p. 581

⁴¹ CHAÚÍ apud MORAES, *ibid.*, p. 587

⁴² MORAES, *ibid.*, p. 588

⁴³ *Ibid.*, p. 577-578

⁴⁴ BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 09 set. 2015

⁴⁵ SANTANA, *op. cit.*, *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito penal*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1387/1074>>. Acesso em: 23 jun. 2016

dignidade humana. Quando esses direitos têm vigência, impede-se a possibilidade de tratar alguém como um meio. Outorgá-los e respeitá-los não é uma atitude de benevolência por parte de quem detém o poder, mas uma exigência básica em toda sociedade que pretenda ser decente. Por isso, o princípio da dignidade humana pode ser considerado como aquele que define o limiar além do qual podem ser projetados vários regulamentos para a atribuição e distribuição de bens em uma sociedade.

Assim, pensando nesses direitos, se torna possível raciocinar sobre o porquê do alto índice de crimes, sobre a atitude que o Estado precisa ter a fim de solucionar os problemas trazidos com o cárcere e sobre como reinserir o preso na sociedade. Afinal, é cediço que o sistema carcerário brasileiro tornou-se uma escola do crime conforme já mencionado anteriormente, de onde o indivíduo sai inapto para vida em sociedade e com maior ímpeto para cometer crimes que antes não cometeria.

2.1 Considerações sobre a redação do artigo 59 do Código Penal Brasileiro

O Código Penal Brasileiro pontua questões que devem ser analisadas pelo magistrado no momento da aplicação da pena, as quais serão individualmente analisadas a seguir, excetuando-se a culpabilidade, que já foi objeto de discussão anteriormente⁴⁶.

A redação do art. 59 do aludido Código dispõe o seguinte:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências 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.

⁴⁶ “Ferrajoli explica que a presença na lei de expressões indeterminadas ou contraditórias abre incertezas insolúveis no plano cognitivo e deixa espaço ao poder de disposição do juiz, é dizer, ao decisionismo do juiz, inevitavelmente informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou políticos. O ‘poder de disposição’ consiste na autonomia do juiz, ‘chamado a integrar depois do fato a suposição legal com valorações ético-políticas de natureza discricional’. Conclui, o autor, informando que ‘o poder de significação jurídica que o legislador delega ao juiz mediante a estipulação de uma linguagem legal indeterminada assinala um vício de validade da lei por defeitos de estrita legalidade; em troca, o poder de significação fática que o juiz se arroga mediante o uso de uma linguagem judicial indeterminada assinala um vício de invalidez dos pronunciamentos judiciais por defeito de estrita jurisdicionalidade” FERRAJOLI apud BARROS, op. cit., p. 125

Nos antecedentes se inclui toda a vida criminosa pretérita do agente. Sobre esta conceituação há divergência entre doutrina e jurisprudência. Roberto Lyra⁴⁷ ensina que os antecedentes “não se restringem no tempo e abrangem todos os aspectos da conduta” do agente, pensamento que também é adotado por Cernicchiaro⁴⁸. Quanto à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que antecedentes são somente as condenações com trânsito em julgado que não estão mais aptas a gerarem a reincidência. Ou seja, “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”, nos exatos termos do enunciado nº 444 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹.

Guilherme de Souza Nucci⁵⁰, não descartando por completo a posição de Roberto Lyra, se filia ao entendimento dos Tribunais Superiores, no sentido de que há violação ao princípio da inocência a consideração, para fins de antecedentes criminais, os inquéritos arquivados, processos com absolvição, processos em andamento, feitos prescritos, bem como outros fatores transitórios ou concluídos positivamente para o réu. Nucci ressalva que no caso, por exemplo, de decretação de prisão preventiva, é primordial a análise da periculosidade do réu para a sociedade.

A reincidência somente opera se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido o prazo de cinco anos. Os antecedentes criminais, ao contrário da reincidência, não possuem prazo de caducidade.

É facultado ao magistrado considerar, ao mesmo tempo, maus antecedentes e reincidência, desde que eles não tenham como base a mesma condenação. Nesse sentido é o

⁴⁷ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 181/182

⁴⁸ CERNICCHIARO apud NUCCI, *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 449

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 444. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=444&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 out. 2015

⁵⁰ NUCCI, *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 451

enunciado n. 241 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵¹, segundo a qual “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Assim, se o réu possui mais de uma condenação com trânsito em julgado, não há qualquer óbice à utilização de uma dessas condenações na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, salientando-se que não se exige, em momento algum, que seja reincidência específica⁵².

No conceito de conduta social está inserto o comportamento do réu enquanto participante da comunidade em que vive, de sua família, da vizinhança, e do trabalho. Afinal, merece reprimenda mais gravosa um sujeito que é pai e marido violento em caso de condenação por lesões corporais⁵³. Aqui, deve o magistrado ter o cuidado para não se ver punindo a pessoa do réu, recaindo no conceito já debatido de direito penal do autor. Todavia, deve-se reconhecer que esta circunstância nada mais é do que resquício desse instituto. Por isso, o cuidado deve ser redobrado e a condenação bem fundamentada em caso de agravamento da pena-base utilizando-se esse critério.

Ao considerar a personalidade do acusado, novamente o juiz se vê diante da problemática do direito penal do autor. Fazendo uso desse critério, o olhar deve estar voltado para as experiências de vida do criminoso, de seu temperamento, de seu caráter, enfim, das condições onde o agente se formou como pessoa e onde vive. Nucci⁵⁴ afirma: “(...) o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência.”

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 241. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf>. Acesso em; 18 out. 2015

⁵² NUCCI, *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 453

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., p. 454

O Superior Tribunal de Justiça⁵⁵, em recente precedente, datado de novembro de 2013, afirmou que não se pode considerar como negativa uma personalidade em razão da existência de processos criminais em curso. Novamente, vê-se a incidência da mencionada súmula n. 444⁵⁶ desse Tribunal.

Dentro do conceito de personalidade, inevitavelmente se insere a análise do grau de agressividade e perversidade, bem como da personalidade voltada à prática criminosa, expressão muito empregada por magistrados e membros do Ministério Público.

Em relação à agressividade, deve-se ponderar a força destrutiva empregada pelo réu, fruto da maldade, do sadismo do agente, que destrói coisas e pessoas, merecendo, por isso, maior reprimenda.

A perversidade abrange aquelas pessoas capazes de atos abomináveis, mas que se mantém frias em relação a eles, não se sentindo afetadas pelas atrocidades que comete. Não se trata de pessoas inimputáveis. Os sujeitos tratados aqui agem com consciência e voluntariedade.

Por fim, a personalidade voltada à prática criminosa é entendida no meio jurídico como sendo personalidade típica de pessoas que cometem vários delitos, possuindo algum desvio de caráter manifestado pelo cometimento de crimes. Contudo, como bem salienta Nucci⁵⁷, tal expressão deve ser extirpada, pois em muito se aproxima da Teoria do Direito Penal do Inimigo, como afirmado anteriormente em relação ao critério da conduta social, opondo-se diametralmente ao direito penal do fato, que pune o autor pelo que ele efetivamente fez.

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.187.976/SP, 6º T. Relator: Sebastião Reis Júnior apud NUCCI, *ibid.*, p. 455

⁵⁶ Súmula n. 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”, *op. cit.*, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=444&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 out. 2015

⁵⁷ NUCCI, *Código Penal Comentado*, *op. cit.*, p. 455-457

Como ser humano, o réu passa por um processo constante de amadurecimento, fator que deve ser observado pelo juiz. Assim, é preciso que o magistrado ainda considere à época em que estão registrados os maus antecedentes do réu, pois, com o decurso do tempo, ele pode ter mudado sua personalidade, fator que irá influenciar na dosimetria de sua pena. Com efeito, não é justo que um réu tenha sua pena-base agravada por delito cometido há um considerável tempo atrás.

Motivo nada mais é do que a causa do crime, o que levou o réu a cometer a conduta incriminada. Em relação ao motivo, são avaliados critérios de ordem moral do senso comum, que devem ser apreciados pelo magistrado caso a caso. Não há distinção entre motivo consciente e inconsciente – como no caso da pessoa sádica⁵⁸. Importante distinguir o motivo do crime da premeditação, pois esta é uma resolução prolongada que o réu faz no sentido de dirigir suas ações, com antecedência considerável, para a prática de um crime. Para premeditar, o agente precisa refletir sobre o que irá fazer.

Por definição⁵⁹, circunstância é uma particularidade que caracteriza um fato, uma situação e, além disso, aquilo que o acompanha. É situação auxiliar ou detalhe que complementa e define um acontecimento; uma particularidade que caracteriza o estado atual das coisas. É a conjuntura ou o contexto. Nas palavras de Nucci⁶⁰ circunstâncias “são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito”, sendo critérios que devem ser considerados pelo juiz, pois podem demonstrar a maior ou menor gravidade da conduta do réu, sua periculosidade e até mesmo sua ousadia. Por exemplo, um réu que cometeu o crime de tráfico de drogas nas proximidades de uma escola merece reprimenda mais gravosa do que aquele que se encontrava em local ermo.

Todo crime possui consequências, mas aqui deve-se considerar aquelas consequências que ultrapassam o resultado esperado para aquele crime. Pode-se citar como

⁵⁸ Ibid., p. 459

⁵⁹ DICIO. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/circunstancia/>>. Acesso em: 18 out. 2015

⁶⁰ NUCCI, *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 460

consequência normal do crime o exemplo de uma pessoa que mata outra, situação em que possivelmente haverá um órfão ou um viúvo, o que já é esperado em virtude do crime. Já como consequência que transcende a normalidade do crime - sem que com isso se entenda pela banalização do crime - podemos citar o exemplo do agente que mata sua esposa na frente de seus filhos menores de idade, causando neles um trauma sem precedentes⁶¹. Tal trauma não é circunstância necessária do crime de homicídio, mas ocorreu, e, por isso, deve ser mais severamente punida.

Sobre o comportamento da vítima, Ana Sofia Schmidt de Oliveira⁶² afirma, acertadamente, que:

[...] desde que a vitimologia rompeu a separação maniqueísta entre vítima inocente e autor culpado (...), o comportamento da vítima passou a constituir importante foco de análise no campo da dogmática penal e não poderia mais ser desconsiderado na avaliação da responsabilidade do autor, sob pena de sobrecarregá-lo com uma culpa que não é só sua. No entanto, investigar o comportamento da vítima para buscar uma corresponsabilidade pode ter também alguns efeitos negativos que, no extremo, causariam uma absurda inversão de papéis. A ausência de questionamento acerca do comportamento da vítima pode representar, para o autor, a mesma sobrecarga que sua instauração pode ocasionar para a vítima.

Assim, pode-se entrever uma gradação para analisar o comportamento da vítima, podendo esta ser completamente inculpável, parcialmente culpável - hipótese de a vítima pedir que o agente lhe aplique injeção letal, pois deseja morrer - ou ainda provocadora, como no caso do agente que comete um homicídio após a vítima ter lhe proferido palavras ofensivas⁶³.

⁶¹ Ibid.

⁶² OLIVEIRA apud NUCCI, *ibid.*, p. 462

⁶³ *Ibid.*, p. 463

2.2 Princípio da individualização da pena

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci⁶⁴, “individualizar (...) quer dizer particularizar o que antes era genérico (...) evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto”.

Enio Luiz Rosseto⁶⁵ divide o princípio da individualização da pena em três planos ou fases. O primeiro plano é o legislativo, introduzido pela Constituição de 1988⁶⁶ em seu art. 5º, inc. XLVI, ao dispor que “a lei regulará a individualização da pena”. Com isso, a Constituição remete ao legislador infraconstitucional a tarefa de criar e individualizar as penas hoje existentes no ordenamento pátrio.

Porém, não é pleno o poder do legislador ordinário, de modo que lhe são constitucionalmente impostos certos limites, sendo-lhe vedado individualizar a pena: de morte em tempos de paz, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis e, ainda, as penas imprescritíveis. No tocante à imprescritibilidade, há a ressalva dos crimes de racismo e crimes cometidos por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado de Direito, conforme disposto nos incisos XLVII, XLII e XLIV da Constituição⁶⁷, respectivamente⁶⁸.

A individualização da pena no aspecto legislativo compreende na explicitação por parte do legislador de cada aspecto da pena, tais como a fixação da pena em abstrato, a quantidade de pena, o tempo mínimo e máximo de prisão e, no caso da pena de multa, o valor a ser pago em dinheiro.

Em um segundo momento, a individualização da pena ocorre na fase judicial, momento em que o juiz torna concreta aquela pena nos limites fixados em abstrato pelo

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27

⁶⁵ ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111

⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ ROSSETO, op. cit., p. 111

legislador, subsumindo a pena à conduta culpável praticada pelo acusado. Ao magistrado estão designadas as funções de dosar a quantidade de pena, de fixar o regime prisional para início de cumprimento de pena e, se for o caso, de substituir a pena ou de conceder a sua suspensão. Com isso, parafraseando Rodrigo Roig⁶⁹, evita-se o engessamento da função judicial pelo legalismo exacerbado e, concomitantemente, a temerária discricionariedade judicial, que teria espaço se não existisse a prévia fixação de contornos democráticos à sua atividade – contornos esses definidos pelo legislador ordinário.

Cabe ao magistrado analisar como pode a pena cominada no tipo penal melhor adequar-se às peculiaridades do caso concreto, bem como ao réu, pessoa individualmente considerada, tomando como norte, para tanto, os elementos trazidos pelo art. 59 do Código Penal. Melhor dizendo, cabe ao magistrado, aplicador do direito, “ajustar a análise das circunstâncias judiciais a partir da pendular busca pela satisfação das finalidades de reprovação e prevenção atribuída à pena privativa de liberdade”.⁷⁰ Sobre a individualização da pena na fase judicial, não é demais mencionar que a Escola Positiva exerceu aí grande influência, o que pode ser facilmente constatado ao se considerar que o art. 59 do Código Penal traz elementos como a personalidade e a conduta social do delinquente no momento da dosimetria da pena.

Na terceira fase, a individualização também ocorre judicialmente, mas, especificamente, em sua execução, para fins de progressão e regressão de regime de cumprimento de pena e sua extinção. Além de saber previamente a que pena estará submetido se praticar determinada conduta proibida pelo ordenamento jurídico e de ser informado pelo juiz qual será a sua pena pela prática de determinado fato ilícito, o réu deve ter sua pena considerada de forma individual para fins de execução. Rosseto e Nucci salientam que este

⁶⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107

⁷⁰ *Ibid.*, p. 108

direito à individualização da pena deve ser observado ainda que o sujeito tenha sido condenado em coautoria, pela mesma pena e pelo mesmo crime que seu comparsa.^{71 72}

Assim, em uma análise conjunta dos planos da individualização da pena, pode-se concluir que o princípio da individualização, em sua essência, defende o condenado da vagueza trazida pelo art. 59 do Código Penal e pelas demais normas de aplicação da pena, conduzindo o aplicador do direito à harmonização das regras constitucionais e infraconstitucionais de individualização da pena com o princípio da legalidade. Nesse diapasão, Rodrigo Roig sintetiza que a individualização da pena é uma exceção ao princípio da legalidade e, que, como tal, não pode ser empregada em desfavor do acusado.⁷³

Sobre a atuação do magistrado aplicador da pena, Carmen Barros afirma que:

O princípio da individualização da pena é garantido pela fundamentação da sentença, quer do juiz da condenação, quer do juiz da execução. Ao juiz do processo de conhecimento cumpre, considerada a culpabilidade do agente, estabelecer a pena adequada. Assim, individualiza a pena conforma a culpabilidade demonstrada no fato.

Percebe-se, portanto, que a citada discricionariedade judicial é limitada pelo legislador para que o magistrado não cometa excessos, mas que ela, ao mesmo tempo, precisa existir para que o julgador minimize a afetação dos direitos do indivíduo.

2.3 A correlação do princípio da individualização da pena com demais princípios aplicáveis à pena

Ao longo do processo de individualização da pena, principalmente no momento de quantificação da pena, o magistrado está condicionado aos princípios constitucionais

⁷¹ ROSSETO, op. cit., p. 112

⁷² NUCCI. *Individualização da pena*. op. cit., p. 27

⁷³ ROIG, op. cit., p. 109

norteadores do Estado de Direito, de modo que somente haverá legitimidade na aplicação da pena caso esta seja necessária e proporcional ao fato⁷⁴.

Sendo assim, entram no conteúdo da fundamentação da sentença princípios que devem ser considerados para que o julgador se mantenha na esteira constitucional ao aplicar a pena. Inserem-se aqui os princípios da legalidade, da culpabilidade, da isonomia, da proporcionalidade e da humanidade.

Cezar Roberto Bitencourt⁷⁵ afirma que o princípio da legalidade é efetiva limitação ao poder punitivo do Estado. Feuerbach foi o responsável pelo reconhecimento deste princípio ao proclamar a fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Quer dizer, este princípio impera na elaboração de normas incriminadoras, função esta que é exclusiva da lei. A lei deve definir de forma clara e incisiva no que consiste a conduta proibida.

No direito brasileiro, a consagração da legalidade foi trazida pela Constituição com *status* de cláusula pétrea no art. 5º, inciso XXXIX, segundo o qual “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁷⁶.

O princípio da culpabilidade já foi oportunamente explorado no início deste trabalho, dada a necessidade de sua conceituação para que, após, fosse apresentado o conceito de co-culpabilidade. Não obstante, é válido mencionar a observação de Guilherme de Souza Nucci sobre o tema:

Assim, preservando-se a esfera de intimidade do ser humano, levando-se em conta ser o Direito Penal a *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade), devendo ser o instrumento punitivo utilizado quando outro se torne ineficaz ou inadequado ao ilícito cometido, não se pode admitir, como regra, o Direito Penal sem culpa.

Sobre o princípio da isonomia ou igualdade orienta o legislador ao passo que determina que os tipos penais devem ser elaborados para todos os brasileiros, sem qualquer diferenciação. Contudo, seres humanos são diferentes, e tal aparente discrepância é

⁷⁴ BARROS, op. cit., p. 112

⁷⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 50-51

⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016

solucionada quando este mesmo princípio também impõe que tais diferenças sejam solucionadas pelo aplicador da lei⁷⁷. Nesse sentido, Bitencourt⁷⁸ leciona que os réus, enquanto seres humanos, são iguais perante a lei, porém tratados por esta com desigualdade na medida de suas desigualdades. O princípio da isonomia é de suma importância na individualização da pena, pois é nele que o magistrado lastreia os contornos trazidos pelo art. 59 do Código Penal para fundamentar sua decisão.

O princípio da proporcionalidade toca mais especificamente no *quantum* da pena a ser cominada pelo legislador, que não pode ser muito leve para delitos considerados graves ou exagerada para um delito de menor importância. A maior ou menor gravidade de um crime pode ser aferida de acordo com o bem jurídico protegido por aquele tipo penal, sendo que os bens considerados de maior relevo, como a vida, por exemplo, merecem maior proteção – merecem a previsão de penas mais graves⁷⁹.

Nas palavras de Winfried Hassemer⁸⁰, proporcionalidade trata-se de “um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação legal”. Com efeito, tanto na esfera legislativa – equilíbrio abstrato –, quanto na esfera judicial – equilíbrio concreto – deve-se evitar a discrepância entre a gravidade do injusto e a pena aplicada.

Nesse diapasão, Bitencourt⁸¹ aponta para a aparente semelhança entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, afirmando que “a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade”, pois é justamente a razoabilidade que impede o retrocesso da invocação da lei de talão.

Por fim, o princípio da humanidade remete à dignidade da pessoa humana, sustentando que “o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da

⁷⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 39

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ NUCCI, *Individualização da pena*, op. cit., p. 40

⁸⁰ HASSEMER apud BITENCOURT, op. cit., p. 68

⁸¹ BITENCOURT, *ibid.*, p. 69

pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.⁸² Assim, incabível a concepção de penas cruéis e corpóreas, como assegurado na Constituição⁸³, no art. 5º, inc. XLIX e inc. XLVII, alínea “e”.

Para sintetizar a necessária coexistência dos princípios acima explicitados, imperiosa a citação de Michel Foucault⁸⁴ sobre o castigo:

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e ‘humanidade’. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1870, o período que não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Mably formulou o princípio decisivo: ‘Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo’.[...]

Conforme mencionado por Foucault, deve haver mais respeito pela humanidade e, por isso, não se pode dispensar breves considerações sobre o princípio de maior importância para o Direito, principalmente para o Direito Penal⁸⁵, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸² SALDARRIAGA apud BITENCOURT, *ibid.*, p. 70

⁸³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2016

⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Tradução: Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 21

⁸⁵ Sobre a relação entre o Direito Penal e a dignidade da pessoa humana, Nathália Santana afirma que: “Quanto à aplicação deste princípio no Direito Penal, preleciona o autor que a finalidade da sanção penal é ressocializadora e educativa, alcançando uma dimensão compatível com a dignidade humana, uma vez que a redução da criminalidade não ocorrerá por intermédio de punições severas e cruéis, causadoras de sofrimento físico e moral. O Direito Penal tem o dever constitucionalmente estabelecido de selecionar criteriosamente bens jurídicos relevantes para a elaboração dos tipos penais, tendo que estabelecer sanções penais que sejam compatíveis com esses bens jurídicos selecionados pelo legislador, pois, caso contrário, haverá uma violação ao princípio da dignidade humana, cabendo ao aplicador do direito a missão constitucional de reparar o excesso legal produzido, assegurando a concretização do princípio. (...) Como princípio aplicável ao direito penal, a dignidade determina comportamentos que devem ser adotados, impondo que se respeite e se busque a promoção da imagem da pessoa conforme o que está determinado constitucionalmente, considerando o homem tanto individual como socialmente, observando a sua visão concreta e não como uma mera abstração. De todo o exposto, resta nítida a estreita relação entre dignidade humana e Direito Penal. Este deverá ser analisado em todos os seus aspectos sob a ótica do princípio supracitado, tendo em vista que a sua inobservância poderá implicar em atitudes invasivas na esfera dos direitos fundamentais que poderão causar lesão maior do que aquela pela qual se quer punir determinada pessoa. Não se pode esquecer que à dignidade humana atribui-se caráter universal, sendo irrenunciável e inalienável, do que se depreende a impossibilidade de se tentar diminuí-la ou retirá-la de alguém sob argumento de ter este cometido atos indignos, Desse modo, a dignidade constitui a base

Nathália de Macêdo Santana⁸⁶ sintetiza, afirmando que:

[...] A preservação da dignidade humana deve ser proporcionada pelo Estado e, caso não haja previsão no ordenamento jurídico interno ou evidencie-se o desrespeito às normas positivadas, deve ser feita pela ordem internacional. Trata-se de questão de direito internacional a preservação dos direitos que proporcionam a dignidade de cada indivíduo, independentemente de sua cidadania. (...) Quando se fala em direito à dignidade, na verdade se fala em direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo se falar em direito à existência digna. A dignidade não é um direito fundamental, mas sim a fonte dos direitos fundamentais. O valor da dignidade humana está, na verdade, na origem dos direitos básicos do homem, sendo que em alguns desses direitos essa dimensão humana torna-se mais evidente. A relação entre dignidade e direitos é uma relação de fundamento-consequência, sendo a dignidade o princípio, o referente axiológico do qual emanam os direitos fundamentais, que terminam por assegurar e efetivar o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana. [...]

De fato, conforme estabelecido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸⁷, trata-se a dignidade humana de fundamento do Estado Democrático de Direito. Nucci⁸⁸ atribui à dignidade da pessoa humana dois aspectos, o objetivo e o subjetivo. Sob o prisma objetivo, está a garantia do mínimo existencial ao ser humano, tal como reconhecido pela própria Constituição em seu art. 7º, inc. IV⁸⁹, ao mencionar o que seria necessidade vital – moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social. Pelo aspecto subjetivo, encontra-se o sentimento de respeito ao ser humano, que deve ser resguardado a todo homem e mulher desde o nascimento, de modo a lhes permitir um desenvolvimento individual pleno e feliz.

Para Nucci⁹⁰, “inexiste dignidade humana, caso não se assegure ao indivíduo as mínimas condições de vivência, associadas ao respeito à pessoa, privilegiando-se seu amor próprio.”

para a extração e análise dos valores, princípios e normas penais.” SANTANA, op. cit., *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito penal*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1387/1074>>. Acesso em: 23 jun. 2016

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016

⁸⁸ NUCCI, op.cit., *Individualização da pena*, p. 23

⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016

⁹⁰ NUCCI, op.cit., *Individualização da pena*, p. 24

Assim, conclui-se que com a adoção de tais axiomas, foi possível a formulação de um método de aplicação de pena que não mais causasse sofrimento físico e cruel aos condenados, proporcionando-se a eles um tratamento condizente com a sua condição de pessoa humana.

2.4 Panorama geral sobre a reintegração social dos apenados

Sobre os problemas trazidos pelo cárcere, o professor Alvino Augusto de Sá afirma que o encarceramento despersonaliza o condenado e contribui para o agravamento dos conflitos. Segundo Sá, deve-se entender a conduta criminosa como expressão de conflitos intra e interindividuais, de modo que a resolução de tais conflitos se daria com o amadurecimento psicológico da pessoa. Assim, o foco da função ressocializadora da pena ou função terapêutica da pena seria o condenado, procurando-se implementar meios para que o apenado tenha corrigidos seus desvios sociais e pessoais para que não volte mais a delinquir. Sá propõe que se preocupem apenas com o condenado, enxergando-o não como vítima, mas como personagem das relações sociais e familiares, tendo em vista a história de segregação da qual o preso é vítima.⁹¹

Com isso, é apresentado o pensamento de Alessandro Baratta⁹², que idealizou uma proposta sobre a reeducação dos egressos do sistema prisional. Primeiro Baratta critica os termos “tratamento”, “reabilitação” e “ressocialização”, pois entende que tais termos supõem um enfoque na pessoa do apenado. Assim, propõe a utilização do termo “reintegração social”, “que seria um processo de abertura do cárcere para a sociedade e de abertura da sociedade para o cárcere”, um processo para tornar o cárcere cada vez menos um cárcere, processo no qual a sociedade deve ser inserida, deixando seu papel passivo e assumindo um papel ativo na

⁹¹ SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58

⁹² BARATTA apud SÁ, *ibid.*

reintegração do preso. Em seguida, Baratta propõe que se dê consciência política aos condenados, mostrando a eles as contradições da sociedade, as relações de domínio e de poder às quais a coletividade está submetida e sobre as condições das classes subalternas e o motivo dessas condições⁹³. Isso é, Baratta quer a estimulação do indivíduo a pensar, apelando para seu lado racional com o objetivo de evitar que ele volte a cometer novos crimes. Assim, as respostas irracionais desse indivíduo passariam a produzir as transformações sociais almejadas, uma vez que seriam inseridos num contexto mais amplo e coletivo de luta social.

Todavia, embora se trate de ideia interessante, mostra-se inviável do ponto de vista prático, pois, como afirma Bitencourt⁹⁴ “não se pode afirmar que toda delinquência das classes inferiores seja uma resposta às condições de vida que o sistema capitalista impõe”. E prossegue: “Por outra parte, não se pode esquecer que as causas derivadas da constituição biopsíquica do indivíduo também influem na delinquência e não somente as causas socioeconômicas”.

Bitencourt parece ter razão ao considerar o pensamento de Edwin H. Sutherland sobre os crimes de colarinho branco, este afirmando que nem todo criminoso é marginalizado e, ainda assim, aprende as práticas criminosas com seus semelhantes, perpetuando-se a denominada escola do crime. Como bem afirma Alvino de Sá⁹⁵, “para os que trabalham na execução penal como operadores do direito ou como profissionais do sistema penitenciário, essa proposta de Baratta nada traz de realista e concreto”.

Numa nuance mais realista, mas não menos inviável quando pensados na realidade brasileira, Eugenio Raul Zaffaroni⁹⁶ afirma que os condenados estão na situação de encarceramento em razão da marginalização social que passaram e, por isso, tiveram uma deterioração de sua pessoa, o que se amolda ao sistema penal. Zaffaroni entende que “o

⁹³ Ibid.

⁹⁴ BITENCOURT apud SÁ, op. cit., p. 59

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ ZAFFARONI apud SÁ, ibid., p. 60

sistema penal seleciona e pune os indivíduos pertencentes às classes marginais” e que, em razão dessa deterioração que o condenado sofreu enquanto marginalizado, o foco da ressocialização deve ser o quadro de vulnerabilidade em que o condenado está inserido. Todavia, isso não resolve todos os problemas decorrentes do cárcere porque nem todas as formas de criminalidade se encaixam nesse padrão.

Alvino de Sá ainda apresenta o pensamento de J. H. Schneider⁹⁷, que sugere o encontro entre presos, segmentos da sociedade e vítima. Schneider propõe que através de programas de recompensa é possível desenvolver o que ele chama de “luto psíquico”, que seria a tomada de consciência dos próprios atos, proporcionando nessas três partes – preso, sociedade e vítima – uma superação do trauma ocorrido em razão do crime e também uma compreensão da pessoa do agressor.

As ideias de tais pensadores são louváveis, mas não parece, à vista da realidade social existente hoje, que a sociedade brasileira está amadurecida para acolher as ideias apresentadas e, tampouco, para participar do processo de reintegração do condenado. Talvez isso se deva à grande quantidade de crimes cometidos e a violência, cada vez maior, empregada em seus cometimentos.

Com efeito, tentar inculcar na sociedade brasileira essas linhas de pensamento requer que isso seja feito não só nas elites, mas também nas pessoas marginalizadas que não veem o crime como opção em suas vidas. De nada adiantaria que somente parcela da sociedade entendesse a crise prisional que o país enfrenta, visto que a reintegração do preso é de interesse de cada pessoa.

⁹⁷ SCHNEIDER apud SÁ, op. cit., p.61

2.5 O encarceramento e seus efeitos: reincidência e ressocialização

Como mencionado, a discussão sobre a efetividade do cárcere não é recente. O discurso de que a prisão, ao invés de promover a recuperação, promove a degradação já é antigo para os estudiosos da Criminologia Crítica. Autores como Bitencourt, Neuman, Varela e Aniyar de Castro defendem há algum tempo a tese de que o cárcere promove a degradação do ser humano, de que o sistema prisional está falido.⁹⁸ Torna-se, assim, necessário analisar os efeitos que o cárcere provoca nas pessoas, compreendendo-os, para então raciocinar sobre possíveis melhorias para o sistema prisional.

Alvino de Sá⁹⁹ classifica os problemas carcerários em dois grandes grupos. No primeiro grupo estão inseridos os problemas decorrentes da má gestão da coisa pública, da falta de interesse político, da falta de habilidade para administrar e da ausência de conhecimentos técnicos sobre a administração pública. Aqui se inserem:

[...] presídios sem a infraestrutura mínima necessária, material e humana, para o cumprimento de pena; falta de condições materiais e humanas para o incremento dos regimes progressivos de cumprimento de pena, conforme prevê o texto legal; superpopulação carcerária, com todas as suas inúmeras consequências; descumprimento da lei, (...) falta de pessoal administrativo, de segurança e disciplina e pessoal técnico formado e habilitado para a função.

No segundo grupo encontram-se os problemas inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade e os problemas relativos à natureza do cárcere. Podem ser mencionados o isolamento do preso em relação à sua família, a sua segregação em relação à sociedade, a convivência forçada no meio delinquente e o sistema de poder, que controla todos os atos do indivíduo, entre outros.

Questão relevante a ser tratada, que se insere no primeiro grupo, é a arquitetura carcerária, que influi diretamente no comportamento do homem dentro e fora da cadeia. É de conhecimento comum que o ambiente influencia o ser humano, no modo como ele se sente,

⁹⁸ SÁ, op. cit., p. 109

⁹⁹ Ibid., p. 111

no seu humor, nas suas atitudes e até mesmo seu caráter. O homem constrói uma relação simbiótica com o meio em que vive, estruturando sua personalidade e construindo sua identidade conforme o seu ambiente. “O homem, diz a psicanálise, estabelece com o ambiente uma relação contínua e profundamente projetiva”¹⁰⁰. Nessa relação, o papel da arquitetura é fundamental¹⁰¹.

O cárcere, do modo como é construído, o que se dá de modo semelhante em todo o país, não contribui para uma regeneração do indivíduo. Sobre a questão, Alvin de Sá¹⁰² aponta o seguinte:

[...] Seu aspecto é sisudo e de austeridade (...). Nada, ou quase nada que possa sugerir equilíbrio, leveza, sensibilidade, elevação de espírito ou dê a ideia de sublime. (...) Certamente, não serão dos melhores os estados de humor que tal arranjo arquitetônico provocará naqueles que nele vivem diuturnamente, numa quase que ‘simbiose’ contínua e exclusiva. Se na alma do sentenciado existem compartimentos (...) ou redutos de humanidade, não é na arquitetura do cárcere que ele vai encontrar eco e ressonância para tais compartimentos ou redutos, de forma a reavivá-los e fazer notar (...) que eles existem. Pelo contrário, o que é continuamente reavivado pela arquitetura do cárcere é de se supor que são as repressões, as ameaças, a austeridade, a depressão.

Ou seja, como reflexo da arquitetura carcerária, o que se tem é um quadro psicológico de angústia, revolta, aprisionamento da alma e vontade de vingança contra tudo e

¹⁰⁰ Ibid., p. 123

¹⁰¹ Sobre a prisão na Noruega, Luiz Flávio Gomes afirma que: “No presídio, um prédio, em meio a uma floresta, decorado com grafites e quadros nos corredores, e na qual as celas não possuem grades, mas sim uma boa cama, banheiro com vaso sanitário, chuveiro, toalhas brancas e porta, televisão de tela plana, mesa, cadeira e armário, quadro para afixar papéis e fotos, além de geladeiras. Encontra-se lá uma ampla biblioteca, ginásio de esportes, campo de futebol, chalés para os presos receberem os familiares, estúdio de gravação de música e oficinas de trabalho. Nessas oficinas são oferecidos cursos de formação profissional, cursos educacionais e o trabalhador recebe uma pequena remuneração. Para controlar o ócio, oferecer muitas atividades educacionais, de trabalho e lazer são as estratégias. A prisão é construída em blocos de oito celas cada (alguns deles, como estupradores e pedófilos ficam em blocos separados). Cada bloco contém uma cozinha, comida fornecida pela prisão e preparada pelos próprios presos. Cada bloco tem sua cozinha. A comida é fornecida pela prisão, mas é preparada pelos próprios detentos, que podem comprar alimentos no mercado interno para abastecer seus refrigeradores. Todos os responsáveis pelo cuidado dos detentos devem passar por no mínimo dois anos de preparação para o cargo, em um curso superior, tendo como obrigação fundamental mostrar respeito a todos que ali estão. Partem do pressuposto que ao mostrarem respeito, os outros também aprenderão a respeitar. A diferença entre o sistema de execução penal norueguês em relação ao sistema da maioria dos países, como o brasileiro, americano, inglês é que ele é fundamentado na ideia que a prisão é a privação da liberdade, e pautado na reabilitação e não no tratamento cruel e na vingança. O detento, nesse modelo, é obrigado a mostrar progressos educacionais, laborais e comportamentais, e, dessa forma, provar que pode ter o direito de exercer sua liberdade novamente junto a sociedade. A diferença entre os dois países (Noruega e Brasil) é a seguinte: enquanto lá os presos saem e praticamente não cometem crimes, respeitando a população, aqui os presos saem roubando e matando pessoas.” GOMES, Luiz Flávio. *Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoas-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>>.

Acesso em: 21 jun. 2016

¹⁰² Ibid., p. 127

todos, de modo que não é demais concluir que os sentimentos do preso em muito se assemelham à arquitetura do cárcere.

É da natureza do ser humano precisar de algum tempo sozinho, sem pessoas ou barulhos, para poder refletir sobre sua vida e sua conduta. Na cadeia, não há privacidade, não há esse espaço ou tempo para essa reflexão, o que, numa análise ampla, pode causar perda de identidade do recluso. Conforme salienta o mestre acima citado, privacidade e identidade são fatores de suma importância para a saúde mental do ser humano e, especificamente no caso dos presos, para a readaptação social¹⁰³.

Em entrevista concedida a Altair dos Santos¹⁰⁴, a especialista em arquitetura prisional, Suzann Cordeiro, já pontuou que o Brasil ainda não incorporou o modelo ideal de prisão¹⁰⁵, salientando que:

¹⁰³ Ibid., p. 130

¹⁰⁴ SANTOS, Altair. *Arquitetura penal obedece diretrizes específicas*. Disponível em: <<http://www.cimentoitambe.com.br/arquitetura-penal-obedece-diretrizes-especificas/>>. Acesso em: 24 mai. 2016

¹⁰⁵ Como sugestões de modelo prisional, Luis Kawagut elencou os seguintes modelos já existentes no Brasil: “Unidades prisionais pequenas, estímulo do contato dos detentos com suas famílias e com a comunidade, trabalho, capacitação profissional e assistência jurídica eficiente. Essas são algumas das características de prisões consideradas modelo que já funcionam pelo país. Elas estão sendo tratadas pelas autoridades como possíveis soluções para os problemas do sistema prisional brasileiro. (...) Segundo o especialista em segurança pública Cláudio Beato, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, a violência dentro dos presídios está diretamente relacionada com a insegurança nas ruas. Como o Estado falha em garantir a integridade dos presos em muitas unidades prisionais, segundo ele, para se proteger, os detentos se organizam em facções criminosas. Porém, esses grupos evoluem criando redes de advogados, formas de financiamento, obtenção de armas e assim elevam o crime para um nível mais nocivo, que afeta toda a sociedade. (...) A primeira forma de mudar a realidade carcerária seria então fazer o Estado cumprir seu papel de garantir a segurança dos detentos. Mas é mais difícil fazer isso em unidades prisionais enormes e superlotadas. (...) Segundo ele, há atualmente no sistema prisional do país algumas unidades que possuem essas características e poderiam ser tomadas como modelos. Santos diz que, na maioria dos casos, o bom funcionamento dessas prisões está diretamente relacionado a uma determinada gestão ou administrador. Por isso, a maioria das boas experiências acabam surgindo e desaparecendo em um movimento cíclico. Modelo Apac: (...) O modelo tem uma forte ligação com a religião cristã – fato criticado por alguns especialistas. Suas características principais são proporcionar aos presos contato constante com suas famílias e comunidade, ensinar a eles novas profissões - como a carpintaria e o artesanato – e não usar agentes penitenciários armados na segurança. Uma das principais vantagens do sistema é a baixa taxa de reincidência dos detentos no crime – entre 8% e 15%, segundo o CNJ. Nos presídios comuns ela pode chegar a 70%, de acordo com a entidade. Mas para que o modelo dê certo, os presos (dos regimes fechado e semiaberto) que participam dele são cuidadosamente selecionados. Detentos com histórico de violência e desobediência, além de líderes de facções criminosas, geralmente não têm acesso a essas unidades. Mesmo assim, segundo Santos, o índice de fugas ainda seria maior que o do sistema penitenciário comum. Modelo americano: (...) A construção delas (prisões) foi feita por empresas estrangeiras e seguiu um modelo arquitetônico padronizado criado nos Estados Unidos. Cada unidade abriga no máximo 600 detentos (Pedrinhas, por exemplo, tem cerca de 2,2 mil presos). Eles ficam divididos em três galerias de celas e não se comunicam. Os edifícios têm ainda salas específicas onde os detentos participam de oficinas profissionalizantes ou recebem atendimento odontológico e psicológico. Segundo Ricas, o modelo diminuiu a quantidade de fugas e tumultos e dificultaria ainda a organização das facções criminosas. O esforço do Estado é visto pelo CNJ como um exemplo positivo, segundo

O principal desafio de um projeto de unidade penal é o equilíbrio entre segurança e a dita ‘ressocialização’. Por ser um espaço com alta complexidade programática, já que demanda serviços de saúde, educação, trabalho, custodiamento, alojamento, serviços industriais e grande aglomeração de pessoas, a preocupação com cruzamento de fluxos, dimensionamento adequado, ventilação e iluminação suficientes, além de minimização do potencial violento da população atendida, são complicadores para a solução espacial. Também é preciso cuidar para que a própria estrutura construída não possibilite a subversão, com a produção de armas com as ferragens, que são transformadas em ‘espetos’.

Assim, pode se extrair pelo simples conhecimento comum, que, no Brasil, como em muitos outros países em desenvolvimento, há uma incômoda ignorância sobre a arquitetura penitenciária e seus efeitos sobre a ressocialização, pois os pontos salientados por Suzann não parecem ser motivo de grande preocupação para o governo brasileiro. A despreocupação do poder público demonstra que a mentalidade ainda é no sentido de qualificar os presos como indignos de qualquer qualidade de vida e de direitos fundamentais.

Sobre a relação entre a qualidade – ou a falta dela – de vida e as rebeliões nos presídios, Wagner Francesco¹⁰⁶ expõe:

As rebeliões não são as causas dos problemas, são os sintomas. E como diz o Georg Lukács: ‘não devemos esquecer que eles (digamos, os políticos) lutam contra os efeitos e não contra as causas desses efeitos. Aplicam paliativos e não curam a própria doença.’ (...) As rebeliões querem mostrar que o sistema está falido, que nada de útil existe num presídio tal como o nosso é estruturado. Se quer mostrar que os presídios torturam. Que a arquitetura é cruel e os espaços cheios esvaziam o ser humano. Rosa Luxemburgo dizia que ‘quem não se movimenta, não sente as correntes as quais estão presos’ e, assim, as rebeliões no país sacodem um monte de correntes, fazem um barulho imenso, mas quem pode resolver finge que não escuta. Um monte de correntes aglomeradas num lugar sombrio.

o juiz Santos. Modelo espanhol: Estados como Alagoas, Goiás e Mato Grosso do Sul, entre outros, estão apostando em unidades prisionais de excelência que investem na ressocialização dos presos. (...) a experiência se baseia em um modelo espanhol e parte do princípio de que um tratamento respeitoso é essencial para a ressocialização dos detentos. Contudo, uma seleção rigorosa faz com que apenas presos com bom comportamento, que nunca tenham participado de motins e que aceitem participar da experiência sejam selecionados. Eles só são transferidos do sistema carcerário comum para a unidade depois de passar por uma avaliação psicológica onde devem mostrar "vontade de mudar de vida". (...) Ao acabarem de cumprir suas penas, os detentos são encaminhados para convênios do governo com empresas, para a colocação no mercado de trabalho. Ênfase no trabalho: Segundo o CNJ, uma unidade prisional que aplica aspectos positivos no regime semiaberto é o Centro Penal Agroindustrial da Gameleira, no Mato Grosso do Sul. Sua principal característica é a ênfase no trabalho, uma vez que a unidade possui nove oficinas de trabalho remunerado – em áreas como tapeçaria, produção de contêineres e portões e cozinha industrial. Muitos dos presos exercem essas atividades fora do presídio e são as próprias empresas que se responsabilizam pelo seu transporte e medidas de segurança. Em paralelo, os detentos participam de tratamento para se livrar do vício em entorpecentes.” KAWAGUT, Luis. *Prisões-modelo apontam soluções para crise carcerária no Brasil*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140312_prisoos_modelo_abre_1k>. Acesso em: 21 jun. 2016

¹⁰⁶ FRANCESCO, Wagner. *A arquitetura carcerária: tratamento penal e a desumanização do detento*. Disponível em: <<http://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/artigos/136110824/arquitetura-carceraria-tratamento-penal-e-a-desumanizacao-do-detento>>. Acesso em: 23 mai. 2016

Com isso, percebe-se que essas manifestações de revolta nada mais são do que os sintomas da ineficácia na ressocialização do detento ao longo dos anos, problema que ainda não está em vista de ser solucionado e que é agravado se for considerado que grande parte dos presidiários no Brasil vem das favelas, ambientes que igualmente não contribuem de forma positiva para a formação do caráter e do comportamento das pessoas.

Para os estudiosos do Direito Penal, não é novidade que o índice de reincidência¹⁰⁷ no Brasil tem aumentado progressivamente nos últimos anos. A reincidência em muito está relacionada à função terapêutica ou ressocializadora da pena, já que a repetição compulsiva de crimes ocorre quando o apenado não consegue se reabilitar a fim de poder retornar ao convívio com a sociedade sem que represente uma ameaça a essa.

Objetivamente, o propósito do cárcere é remoldar o indivíduo, fazendo-o perceber, através da exclusão do convívio com a sociedade e da rotina regrada e vigiada, que o ato por ele praticado é errado e não deve ser repetido. Longe de se afirmar que o criminoso não possui capacidade de compreensão – excetuados os casos em que há inimputabilidade -, esse método carcerário em muito se aproxima da atitude que pais e responsáveis têm para com uma criança que fez algo de errado, contra o que manda a boa educação: a criança é retirada do convívio social e passa a ter sua rotina vigiada de perto por seus pais ou responsáveis,

¹⁰⁷ “De 1994 a 2009 o Brasil fechou escolas e construiu muitos presídios. A informação, embora chocante e indigesta, é verdadeira. A partir dos dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -, coletados pelo Instituto Avante Brasil, sabe-se que no período compreendido entre 1994 e 2009 houve uma queda de 19,3% no número de escolas públicas do país: em 1994 haviam 200.549 escolas públicas contra 161.783 em 2009. Em contrapartida, no mesmo período, o número de presídios aumentou 253%. Em 1994 eram 511 estabelecimentos, este número mais que triplicou em 2009, com um total de 1.806 estabelecimentos prisionais (veja a ilustração a seguir). O Brasil ainda não descobriu o que é efetivamente prioritário. Uma inversão absoluta de valores: exclusão social e “cultura prisional” do cidadão. Menos Estado social e mais Estado policial. (...) O Brasil é responsável por uma das mais altas taxas de reincidência criminal em todo o mundo. No país a taxa média de reincidência (amplamente admitida, mas nunca comprovada empiricamente) é de mais ou menos 70%, ou seja, 7 em cada 10 criminosos voltam a cometer algum tipo de crime após saírem da cadeia. Situação contrária é encontrada na Noruega. A Noruega associa as baixas taxas de reincidência ao fato de ter seu sistema penal pautado na reabilitação e não na punição por vingança ou retaliação do criminoso. A reabilitação, nesse caso, não é uma opção, ela é obrigatória.” GOMES, op. cit., *Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoas-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

tendo que seguir ordens de como se comportar e do que fazer ou deixar de fazer diante de certas ocasiões sociais. Temos, com isso, o castigo. O problema é que o mesmo proceder adotado em ambas as situações não funciona adequadamente em nenhuma delas se não há diálogo entre o responsável e a criança, entre o responsável (Estado) e o criminoso. Luiz Flávio Gomes¹⁰⁸ ilustra melhor o que se pretende fazer entender, afirmando que:

O equívoco da política encarceradora massiva irracional (típica dos países capitalistas selvagens e extrativistas), que só conta com legitimação simbólica (ilusória), vem sempre acompanhado do abandono da educação e da prática da assistência social, a quem necessita desse tipo de atenção. Diante da incapacidade do Estado (e da sociedade civil) para cumprir com seu papel educativo e social, joga-se toda energia na repressão massiva irracional, o que significa incrementar o problema da criminalidade e da segurança, em lugar de solucioná-lo.

Isso é, o Estado age de forma errada ao realizar o papel de pai/responsável de um criminoso, cumprindo um papel que não é originariamente seu, mas sim da família. E tal como ocorre em muitas famílias, no cárcere não há o estímulo à reflexão do indivíduo para fazê-lo perceber o seu erro.

Em texto exclusivo sobre o tema, Adler Chiquezi explora a reincidência sob o enfoque de sua aplicação na dosimetria da pena, apontando alguns fatores que influenciam no agravamento da denominada crise carcerária. Chiquezi¹⁰⁹ afirma:

Em razão de o sistema carcerário ser um ambiente artificial, se comparado à vida em liberdade, e pela ausência de estrutura material e humana para uma adequada ressocialização do preso, parte da doutrina prega que a pena de prisão está em crise, não apenas nos países em desenvolvimento, mas também nos do chamado primeiro mundo.

Nesse trecho, ressurge o problema já exposto da arquitetura do cárcere ser um dos elementos fundamentais para a ressocialização do preso somada à ausência de medidas assistenciais que os detentos necessitam.

Como afirmado anteriormente, Sutherland bem explicou sobre as Escolas do Crime, teoria segundo a qual o criminoso, ao ser colocado no sistema prisional, aperfeiçoa suas

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Violência epidêmica e política equivocada*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

¹⁰⁹ CHIQUEZI, Adler. *Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante*. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp099252.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2016

habilidades para a prática de crimes e, ao sair da prisão, possui novos motivos e estímulos para reincidir. De fato, há que se indagar sobre a possibilidade – ou a ausência dela – de um indivíduo tornar-se melhor quando passa por tantas privações e sofrimento. Com efeito, há indivíduos que enveredam pelo caminho do crime reincidindo por escolha consciente e própria, mas outros tantos são fortemente influenciados pela mentalidade que predomina no cárcere, de vingança e maldade, além de prováveis aspectos sociais que o influenciam.

Alvino Augusto de Sá, em estudo realizado sobre o tema, relacionou que o alto nível de reincidência criminal estava proporcionalmente ligado à quantidade de vezes que a pessoa esteve inserida no sistema prisional¹¹⁰.

O Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – realizou pesquisa requisitada pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, oportunidade em que ficou constatado o aumento exponencial da população carcerária e a ineficácia do sistema¹¹¹:

A população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos. É o que demonstrou um mapeamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do Ipea, com base nos dados publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009 (gráfico 1). Se considerarmos informações mais recentes, e que 38% da população carcerária encontra-se em situação provisória, a realidade adquire contornos ainda mais dramáticos: o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, deficit de 211.741 vagas. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2012). Os dados alarmantes chamam a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função, ou não, ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e seus fatores determinantes, bem como sobre a eficácia de dispositivos alternativos como meios de contornar esta crise no sistema prisional brasileiro.

Segundo esse trecho, reafirma-se premente a necessidade de reformulação do sistema penitenciário.

Outro fator que afeta os níveis de reincidência e, conseqüentemente, questiona a efetividade da pena, é a questão da ressocialização do preso. O caminho da reinserção do

¹¹⁰ SÁ, op. cit., p. 131

¹¹¹ SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Relatório de Pesquisa: *Reincidência*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2016

preso na sociedade tem como grande óbice o próprio afastamento do convívio social. Por outro lado, não se pode exigir que a sociedade conviva deliberadamente com esses indivíduos que lesaram a ordem jurídica, pois tais pessoas, ainda que membros da sociedade, são potenciais ameaças à integridade física e moral dos cidadãos. Alvino de Sá afirma que enquanto não se encontrarem formas de solucionar esse problema, a pena de prisão continua sendo a solução para crimes mais graves, mormente em uma sociedade tão dividida e extensa como a brasileira.¹¹²

Nesse sentido, vale citar Eduarda Giacomini¹¹³:

[...] medida eficaz não é sinônimo de medida severa. Eficaz é a medida que, além de servir de exemplo e de ressarcir a vítima, produzindo o sentimento de justiça, reeduca e reintegra o criminoso, de maneira que ele perca a vontade delitativa e passe a contribuir para a realização da paz social.

Com efeito, para se alcançar a ressocialização, é preciso ter como base a confiança entre preso, sociedade e Estado, relação essa que ainda precisa ser amadurecida. Nesse contexto conturbado que vivem o sistema prisional e o Direito Penal brasileiros, não é exigível um comportamento do preso no sentido de acatar qualquer medida que lhe é imposta.

Na tentativa de amenizar a miséria em que vive o recluso e de conciliar o cárcere com a individualização da pena, Sá propõe quatro medidas concretas, com as quais há que se concordar: (i) o desenvolvimento de uma classificação criminológica científica dos criminosos que esteja envolvida com a compreensão multidisciplinar da prática criminosa e com a terapêutica penal; (ii) a formação de uma equipe composta por técnicos da criminologia e arquitetos para a reforma dos presídios a fim de atender a terapêutica penal e à humanização da arquitetura do cárcere; (iii) a implantação da classificação criminológica para todos os presos que entram no sistema penitenciário; (iv) a realização de pesquisas para avaliar a

¹¹² SÁ, op.cit., p. 112

¹¹³ GIACOMINI, op. cit., *A justiça terapêutica como alternativa ao sistema penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em 12 out. 2015

aplicabilidade, utilidade, eficiência e eficácia da classificação criminológica e sobre a infraestrutura dos presídios que se pretende adotar.

Acertadamente, Alessandro Baratta pontuou a necessidade da implementação de um “processo de abertura do cárcere para a sociedade e de abertura da sociedade para o cárcere”, o que somente é possível através da participação da sociedade no processo de ressocialização do condenado.

No mesmo sentido, é válido mencionar que a organização não governamental internacional Conectas¹¹⁴, juntamente com a Pastoral Carcerária de São Paulo, entregou à Câmara dos Deputados documento no qual são listadas “medidas urgentes para enfrentar de maneira efetiva os problemas de direitos humanos relacionados ao sistema carcerário”.

Nesse documento, estão listadas as seguintes medidas, as quais são dignas de transcrição:

1. Rompimento com a lógica do encarceramento em massa, incentivando a aplicação de penas alternativas, justiça restaurativa, descriminalização de condutas, e reforçando o caráter subsidiário do direito penal.
2. Controle social do sistema carcerário por meio da criação de um mecanismo nacional (PL n.º 2442/11) e estadual (proposta de PL já apresentado à Secretaria de Justiça de SP) de prevenção e combate à tortura, que seja independente, e cujos integrantes sejam selecionados através de consulta pública, nos moldes do “Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes” da ONU (ratificado pelo Brasil em 2007); criação de norma federal que regulamente e permita o acesso para que as entidades de proteção dos direitos humanos possam realizar inspeções em qualquer local de privação de liberdade; incentivo à implantação efetiva de todos os Conselhos da Comunidade nas Comarcas onde haja unidades prisionais; fortalecer/criar as corregedorias e ouvidorias do sistema penitenciário, que devem ser externas.
3. Fim do uso abusivo da prisão provisória e criação da ‘audiência de custódia’, incentivando e cobrando do Poder Judiciário e Ministérios Públicos a aplicação efetiva da lei das medidas cautelares (Lei Federal n.º 12.403/11); incentivo às ações do CNJ no monitoramento do abuso da prisão provisória; aprovação do Projeto de Lei n.º 554/11 que cria a “audiência de custódia” impondo o prazo de 24 horas para o preso em flagrante seja apresentado a um juiz, na presença de seu defensor, para a análise da necessidade da prisão (também servirá na prevenção de eventuais maus tratos no momento da prisão).
4. Acesso à Justiça, por meio da garantia de fortalecimento e autonomia financeira às Defensorias Públicas (estaduais e da União); ampliação do número de defensores públicos - priorizando a lotação de defensores em estabelecimentos prisionais - e do quadro de apoio (assistentes sociais, psicólogos, sociólogos); instalação de sistema de acompanhamento processual (de conhecimento e execução) dentro das unidades prisionais.

¹¹⁴ DEZ medidas para que as cadeias deixem de ser medievais. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/teste>>. Acesso em: 23 jun. 2016

5. Redução do impacto da lei de drogas no sistema prisional, por meio do fornecimento adequado de atendimento médico e de tratamento aos dependentes químicos; criação de critérios legais objetivos que definam quem é usuário, pequeno ou grande traficante; e descriminalização do uso/porte de entorpecentes, apoiando o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

6. Tratamento digno às mulheres encarceradas, através de instalações e equipamentos que considerem as especificidades de gênero; efetivação do acesso à saúde (prevenção e tratamento) e convivência familiar; assistência material adequada; fim das revistas vexatórias de familiares (presídios masculinos e femininos).

7. Valorização da educação e do trabalho dentro do sistema prisional, que devem ser vistos como dois dos principais instrumentos de reintegração, norteando políticas públicas de incentivo e, principalmente, de oferta, evitando-se a exploração de trabalho indigno.

8. Ampliação maciça de recursos que sustentem políticas públicas para os egressos das prisões, auxiliando o reingresso no mercado de trabalho e disponibilizando adequado atendimento psicossocial ao egresso e familiares; incentivo à implementação efetiva do instituto do patronato, nos termos da Lei de Execuções Penais.

9. Efetivação do direito constitucional de acesso à saúde, transferindo ao SUS a gestão da saúde do sistema prisional, e prestação de assistência material aos presos em quantidade e qualidade suficientes.

10. Institutos Médicos Legais independentes das Secretarias de Segurança Pública, garantindo independência e autonomia aos peritos na realização dos exames competentes."

Ou seja, a adoção de tais medidas é providência essencial não só para se garantir direitos humanos aos presidiários, mas também atitude que beneficia o próprio Poder Público na medida em que o índice de criminalidade – reincidência – certamente irá diminuir.

A solução para a crise carcerária não é algo distante da realidade brasileira e a modificação do sistema prisional, em verdade, já vem ocorrendo em alguns estados com o emprego de métodos elogiados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, a exemplo da Penitenciária Agroindustrial do Estado de Goiás¹¹⁵ mencionada por Alvino de Sá:

[...]Alguns detalhes de repercussão na psicologia do interno merecem ser assinalados: os amplos espaços verdes; o emprego de materiais modernos; a utilização de cores alegres e variadas. P.e.: cada cela está pintada em cores distintas (rosa, verde-claro, celeste, creme e cinza), e nas pinturas exteriores substitui-se a monotonia pelo azul-claro quase celeste e pelo branco.[...]

A Lei de Execuções Penais, assim como várias no ordenamento pátrio, é adequada, mas se o Estado não provê o básico, não há muito que o Judiciário possa fazer. Assim,

¹¹⁵ BASALO apud SÁ, op. cit., p. 128

percebe-se que a criminalidade deve ser compreendida de forma ampla, de modo que devem ser pensadas formas de intervenção do Estado com foco nessa participação popular.

Como consectário lógico, surge a indagação do por que essas formas de intervenção não aconteceram de forma efetiva e por que a sociedade ainda possui preconceito com o condenado, questão que ainda está em discussão.

A partir daí, é possível visualizar um remédio para a crise do sistema prisional. Mas não só: há que se incluir a assistência social presente e efetiva, a disponibilização de recursos essenciais aos detentos, tais como a higiene, o acesso à cultura e à formação profissional, entre tantas outras deficiências.

3. PROBLEMAS EMERGENTES

Diante do tema abordado neste trabalho, surge a necessidade de traçar breve panorama sobre o cenário atual do Brasil em relação ao sistema prisional e suas inúmeras crises e imperfeições passíveis de melhora, pois é sabido que nenhuma prisão poderia ser perfeita.

A questão é que se proclama a falência do sistema carcerário no país, mas nenhum movimento de relevância é visto com o intuito de modificar a situação. Em razão das constantes rebeliões em presídios, nas quais se vê a prática de homicídios com crueldade raras vezes observada, forçoso concluir que não parece o Estado estar garantindo os direitos do preso, não parece estar cumprindo o contrato social. A carência de recursos básicos em presídios é premente, relacionada ao mínimo existencial; todavia, o aparato público se volta para outros problemas – tão graves quanto – que tampouco são resolvidos, demonstrando a despreocupação total com a vida humana, em seu aspecto mais básico.

A falta de investimentos no cárcere parece vir do pensamento de que não se deve gastar dinheiro público com presos, pois seriam eles a escória da sociedade. Entretanto, talvez por não se tratar da realidade cotidiana de quem participa do processo legislativo, os governantes e legisladores esquecem que o preso é um problema social – e sim, isso inclui a nata da sociedade -, pois o crime cometido por uma pessoa afeta desde o miserável que vive nas favelas até o empresário de grande destaque econômico.

O que não ocorre àqueles que não vivem a realidade da pobreza e da criminalidade e também àqueles abastados que fizeram do crime seu sustento, é que o preso também é ser humano - um ser humano que cometeu atrocidades contra seus iguais, mas ainda assim um ser racional dotado de inteligência e sentimentos, que merece ter respeitados seus direitos mais básicos, como a higiene.

Quando há episódios na democracia que afetam de forma profunda todas as camadas da sociedade, como poucas vezes aconteceu na história do Brasil, é visível a grande mobilização de políticos e juristas com o intuito de fazerem prevalecer o estado de direito. Trata-se desse tipo de indignação que deveria ser vista em relação à população carcerária, principalmente por parentes de presos, por aplicadores do direito e pensadores de um ideal de justiça.

O que dificulta essa iniciativa não é apenas a aparente falta de vontade de garantir direitos a quem cometeu um crime, mas também a ausência de informação e conhecimento da sociedade sobre o sistema prisional. A maioria esmagadora da população possui como fonte principal de informação os telejornais, de modo que qualquer notícia, seguida pelos informes de futebol, parece ser uma realidade distante do conforto do lar do telespectador. Não se pensa que aquele sujeito preso está passando fome, privação de sono e de intimidade, e sendo obrigado a se submeter às atrocidades cometidas em nome da lei.

Com o fito de compreender a necessidade de um sistema prisional adequado não só para garantir a integridade física e psíquica do preso, mas também para garantir que o índice de reincidência seja menor e que a ressocialização seja efetiva, há que se analisar alguns pontos cruciais sobre o cárcere nos dias atuais, para então entender a problemática do sistema prisional.

3.1 Possíveis soluções para a criminalidade crescente: sobre a prestação ineficaz de serviços públicos

Para compreender o motivo pelo qual a criminalidade cresceu exponencialmente nos últimos anos - excluindo-se dessa constatação os criminosos reincidentes, é necessário

rememorar os conceitos de subcultura criminal¹¹⁶, de Contrato Social, e abordar os direitos fundamentais negados a grande parte da população brasileira.

Como é cediço, o Poder Executivo falha em muitos aspectos no exercício da administração dos bens da vida humana. O descumprimento do Pacto Social é uma constante na realidade do Brasil, onde não há acesso à educação, saúde ou saneamento básico para a maior parte da população. Trata-se de obrigação do Estado, ao receber os valores pagos a título de impostos, promover o bem estar do povo, de modo que a máquina da administração deve dedicar seus esforços para sanar as necessidades dos indivíduos.

É certo que a administração pública, em razão da numerosa população que precisa atender, não poderá estar presente em todos os momentos que se fizer necessária a sua intervenção. Todavia, o que se percebe é uma total e constante ausência do Poder Público nas comunidades carentes, ausência esta tão constante e prolongada que beira o descaso e que permitiu a instauração, há algum tempo, de uma subcultura criminal que hoje define a identidade de muitas pessoas que ali residem.

Essa denominada subcultura criminal se instaurou de tal maneira, adquirindo grandes proporções, que o Poder Público passou a denominá-la de poder paralelo. Na guerra entre os poderes, instalou-se literalmente um cenário de confronto entre policiais e criminosos, e entre criminosos e criminosos.

Policiais corruptos, ex-policiais e pessoas de outras categorias militares, chamados milicianos, passaram a disputar com os criminosos o comando do tráfico ilícito de drogas local, assim como criminosos de grupos rivais também disputam entre si o mesmo comando. Como vítimas dessa guerra, vê-se os policiais honestos, que lutam para restabelecer a ordem num sistema já falido, e os moradores de bem, trabalhadores, crianças e adolescentes. Quem

¹¹⁶ Subcultura criminal é a cultura paralela que se formou nas comunidades carentes de acesso à infraestrutura estatal.

reside na favela é refém da guerra e assiste sua vida ser controlada por aqueles que possuem uma arma de fogo em punho.

Alberto Aziz Leal e Osvaldo Bastos Neto¹¹⁷ mencionam a denominada Teoria da Desorganização Social como fator de compreensão da formação das favelas e da criminalidade ali presente.

Tais autores citam a obra de Osvaldo Bastos, *A Hermenêutica do Crime*, onde este procura demonstrar que o problema da criminalidade está intimamente ligado ao meio cultural em que os criminosos vivem e à má gestão pública. Com isso, afirma que o crime não está associado à baixa renda da população, mas sim à corrupção na alta cúpula dos Poderes, que tem o poder de gerir o que é feito e o que se deixa de fazer nessas localidades.

Nessa linha de raciocínio, a conclusão mais preciosa é no sentido de que as áreas com maior índice de violência são justamente aquelas em há famílias desestruturadas, com baixo grau de escolaridade, presença de adultos com personalidade voltada às práticas criminosas e de dependentes químicos e, ainda, a prática da prostituição. Ou seja, há crime onde o Estado não se faz presente.

Os moradores de bem das comunidades dominadas pelo tráfico de drogas e milícias têm nos criminosos uma figura de autoridade que podem lhe prestar auxílio. Aziz Leal e Bastos Neto citam a fala de uma moradora da favela extraída do documentário “O Traficante Adriano”¹¹⁸, que afirma:

[...] Minha filha passa mal... Ai eu passei na farmácia, às vezes eu levo um dinheiro, assim, para comprar o remédio, mas o remédio é o triplo do que eu tenho. Aí eu chego lá no movimento, digo que minha filha tá doente... - Cadê a receita? – Está aqui... Daqui a meia hora o remédio dela esta chegando.[...]

¹¹⁷ LEAL, Alberto Aziz; BASTOS NETO, Osvaldo. *A criminalidade nas favelas brasileiras, a luz da teoria da desorganização social*: Um estudo sobre o controle criminoso interno nas comunidades pelo tráfico de drogas, devido à consequência da segregação. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9988>. Acesso em: 06 jun. 2016

¹¹⁸ MOREIRA apud LEAL e BASTOS NETO, *ibid.*

Assim, tamanha a ausência estatal, os ditos chefes da comunidade, sejam eles milicianos¹¹⁹ ou traficantes, usam a força, a intimidação e a carência da população para alimentar a ideologia da vida criminosa, bem como para exercer o controle da localidade¹²⁰.

Alba Zaluar¹²¹ explora o tema, afirmando o que, para muitos, não é tão óbvio assim:

[...] Tudo indica que melhorar a qualidade de atendimento na escola básica, além de educar para a civilidade, seja a saída para anular o retrocesso civilizatório que enfrentamos. No Brasil, não é o caso, como nos países onde exércitos mobilizam crianças e adolescentes, de trazer a criança de volta à escola, à família, à vizinhança, deixando de ser soldados. Trata-se de melhorar a escola de modo que não se tornem defasados no estudo e acabem evadindo-se dela. O ponto central é, portanto, diminuir o contingente de jovens pobres que não trabalham nem estudam, que vagam pelas ruas, que reforçam as hostes dos que procuram as quadrilhas para se sentirem protegidos e encontrarem fontes de poder, dinheiro e aceitação de seus pares. Ensinar, sobretudo, o respeito aos outros – concidadãos, professores, familiares, vizinhos, colegas – a competir sem querer ganhar de qualquer maneira.

Com efeito, o Estado tenta solucionar o caos instalado aumentando o poder de fogo dos policiais militares, investindo em táticas de guerra e tentando modificar a legislação para aumentar as penas dos crimes banalmente cometidos em razão dessa subcultura, tais como o homicídio e o tráfico de drogas, que ficaram banalizados, e até mesmo o estupro.

O problema tratado aqui é amplo, e engloba 1) o (des) cumprimento do Pacto Social por parte do Estado, este que deve proporcionar à toda a população seus direitos

¹¹⁹ “Como as aparências enganam (e, para sua sorte, o Coronel Nascimento descobriu isso logo), o objetivo das milícias não é garantir a tranquilidade da comunidade. É o mesmo dos traficantes: ter lucro e poder. Para isso, os grupos paramilitares têm uma oferta muito especial para estabelecimentos comerciais ou para os próprios moradores. Chamada de ‘taxa de segurança’, a oferta é apresentada de duas maneiras: a primeira via, pura e simples extorsão, quando os milicianos ameaçam diretamente os moradores para conseguir o pagamento. A segunda é muito mais sutil e tenta coagir os moradores a pagar a cobrança via ameaças veladas. Imagine a cena: um grupo fortemente armado bate na porta da sua casa (ou loja), oferece segurança por uma taxa mensal e, a todo momento, lembra que são policiais, que estão matando os bandidos, ‘botando ordem’. Você diria não para eles? Os moradores da zona oeste do Rio também não. De maneira semelhante ao popular flanelinha que ‘guarda’ os carros estacionados nas ruas, a milícia oferece proteção contra os danos que ela mesma pode causar. (...) ‘Esse grupo já estava dentro do Legislativo e tinha apoio irrestrito do Executivo. A milícia é o poder paralelo e vai investir sempre contra o Estado’, diz Cláudio Ferraz, delegado titular da Draco, a Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas e Inquéritos Especiais, responsável pela prisão de mais de 400 milicianos.” CHEROBINO, Vinicius. *As milícias de verdade*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/comportamento/as-milicias-de-verdade>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

¹²⁰ LEAL e BASTOS NETO, op. cit., *A criminalidade nas favelas brasileiras, a luz da teoria da desorganização social*: Um estudo sobre o controle criminoso interno nas comunidades pelo tráfico de drogas, devido à consequência da segregação. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9988>. Acesso em: 06 jun. 2016

¹²¹ ZALUAR, Alba. *Morte e vida nas favelas*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/educacao/morte-e-vida-nas-favelas>>. Acesso em: 06 jun. 2016

fundamentais, 2) a diminuição do nível de reincidência através do aprimoramento do sistema carcerário e 3) a atuação estatal firme quando do julgamento de crimes.

Afinal, é de se criticar o posicionamento do Estado diante do quadro de crise apresentado, pois, ao simplesmente elevar as penas como resposta aos clamores sociais e como resposta à crescente criminalidade, o que se tem é o Poder Público reconhecendo que não busca cumprir com suas obrigações; que não faz esforços para atender os direitos básicos de seus súditos; que não se importa com a situação caótica e de miséria que a maior parte da população brasileira vive; e que, assim, recusando-se a tomar medidas eficazes, trabalhosas que são, adota medidas infrutíferas, no que dizem “solucionar o problema, colocando o criminoso na cadeia”¹²². A questão é muito mais profunda que isso.

Importante ressaltar que crimes não são praticados somente por moradores de favelas e comunidades carentes, mas também por pessoas com alto poder aquisitivo, que optam pela vida às margens da lei e à frente da sociedade.

No que tange à propositura de uma solução eficaz para esse cenário, deve-se, mormente, considerar que tal saída abrange a atuação efetiva e constante do Estado nas comunidades carentes, a fim de proporcionar políticas públicas aos necessitados, e a adoção de penas adequadas ao crime praticado.

Não basta, assim, que se leve às comunidades carentes a saúde de qualidade, a educação e a segurança, é preciso que o Estado não se omita na aplicação das penas a ponto de fazer o criminoso sentir que saiu impune após a prática do crime, estimulando, assim, novas práticas criminosas.

¹²² “Hoje se tenta manter a todo custo um sistema que aos poucos esta demonstrando falhas e com o passar do tempo tornará impossível sua continuidade. A repressão ainda tem funcionado, mas os problemas do trafico nas favelas brasileiras não será resolvido apenas com a intervenção da policia, como único seguimento do poder do estado a adentrar essas comunidades. Mesmo sabendo que essa é a forma de maior interesse, dos que detém os meios de produção, para manutenção do paradigma atual. Ademais, a Polícia Federal estima que hoje o comércio de drogas movimente cerca 1, 4 bilhões de reais no país empregando mais de 500 mil pessoas pelo Brasil. E nem todas essas pessoas vivem em favelas.” LEAL e BASTOS NETO, op. cit., *A criminalidade nas favelas brasileiras, a luz da teoria da desorganização social: Um estudo sobre o controle criminoso interno nas comunidades pelo trafico de drogas, devido à consequência da segregação*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9988>. Acesso em: 06 jun. 2016

3.2 O papel do judiciário: a judicialização da política e a politização do Judiciário

Idealizado por Montesquieu em razão de sua preocupação com a manutenção do poder, surge o princípio da separação dos poderes¹²³, que, a partir do sistema de funções precípua, estabelece funções precípua dos três poderes, sendo a função do Legislativo a elaboração de normas; do Poder Executivo a função de por em práticas as normas e de gerenciar a coisa pública; enquanto a função do Poder Judiciário é de realizar o julgamento de lides que lhe são apresentadas¹²⁴.

Evidentemente, o sistema concebido por Montesquieu reconhece que a existência de funções típicas não significa que tais funções são exclusivas de cada Poder, sendo permitido a cada um dos Poderes, a incorporação das funções dos outros poderes, num sistema de freios e contrapesos, assim explicitado¹²⁵:

[...] Aplicar o sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar inconstitucionalidade de uma Lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas, fazendo assim com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes.

Quando a pauta é a solução para a crise carcerária e para a denominada falência do Direito Penal, parece ser o Poder Judiciário o único responsável por esse cenário, de modo que se lhe atribui uma responsabilidade que não é somente sua, mas, como já visto, é principalmente do Poder Executivo. Surge então a discussão sobre o excesso de atuação do Judiciário na esfera executiva e sobre a judicialização da política.

Entende-se por judicialização da política o fenômeno pelo qual os Poderes Legislativo e Executivo levam ao Judiciário causas que deveriam ser decididas em suas

¹²³ Modelo adotado no Brasil.

¹²⁴ MUNDIM, Leonardo. *Podem os juízes legislar?* Disponível em: <<http://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/3040265/podem-os-juizes-legislar>>. Acesso em: 08 jun. 2016

¹²⁵ PERRET, Marcelo. *Montesquieu e a divisão de poderes: sistema de freios e contrapesos.* Disponível em: <<http://www.lopesperret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>>. Acesso em: 08 jun. 2016

esferas de origem, mas que o Judiciário se vê compelido a analisar. Assim, no exercício de função própria, não é facultado ao magistrado negar o recebimento de uma demanda que lhe é apresentada. Desta forma, quando o julgador passa a analisar matérias relativas à efetivação de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, incorre no erro de não refletir que seu julgamento não deve substituir totalmente a competência do poder respectivo, que possui a legitimidade para tal efetivação¹²⁶.

A problemática se instaura justamente quando magistrados parecem abandonar seus papéis de julgadores e passam a exercer as funções dos outros poderes de forma plena. Com isso, ansiosos para dar uma resposta à coletividade sobre os problemas sociais que se apresentam no cenário nacional, muitos juízes fazem uso da toga para concretizar políticas públicas, o que não parece estar correto.

Conduzindo esse raciocínio para o Direito Penal, é possível perceber que juízes não têm aplicado a lei de maneira correta em nome da correção de injustiças sociais, o que, na prática, se manifesta diante do elevado número de presos não tão perigosos e de criminosos reincidentes soltos. Trata-se da manifestação pessoal do magistrado de seu sentimento de vingança ou da complacência para com o criminoso, respectivamente. O que se quer dizer é que há magistrados com o típico pensamento de um ocupante de cargo político, existindo de um lado aqueles que aplicam penas mais brandas em casos em que é exigida severidade e, de outro, magistrados preocupados em “tirar bandidos da rua” a todo custo.

Considerando-se os princípios da separação de poderes e da dignidade da pessoa humana, indaga-se sobre o que seria mais correto ou adequado, se é apropriado que o Estado – Poder Executivo – cumpra seu papel de implementar políticas públicas de forma efetiva ou

¹²⁶ ROSA JUNIOR, Faustino da. *O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164>. Acesso em: 08 jun. 2016

se é correto o Judiciário não cumprir adequadamente seu papel de julgador e ainda se imiscuir na competência de outro poder.

Luiz Moreira problematiza a questão afirmando o seguinte¹²⁷:

[...] na medida em esse sistema obtém sua legitimidade da política, passa ele a sofrer influência tanto de grupos capazes de representação quanto de consensos que traduzem modos de vida desses mesmos agrupamentos. Assim, se é verdade que o direito só é legítimo na medida em que é produzido pela democracia, também o é a necessidade de uma contenção, a fim de distinguir sistema de justiça de instituições políticas. Nesse contexto de divisão horizontal de tarefas é que a Constituição brasileira estabeleceu uma diferenciação entre poderes políticos, aos quais compete estabelecer as regras de conduta, pois regidos pelo princípio majoritário, e o poder judiciário, cuja tarefa é decidir os conflitos utilizando-se das regras anteriormente criadas, contrariando, se necessário, opinião dos grupos hegemônicos, econômicos, corporativos ou midiáticos.

Não se pretende afirmar que tal dilema possui fácil solução, entretanto, não se pode negar o desvirtuamento que tem acontecido ultimamente no Brasil.

A solução da crise do sistema penitenciário, e vale dizer, de muitos problemas do país, por tudo que já foi exposto, é de competência do Poder Executivo enquanto administrador dos presídios nacionais e enquanto instrumento para concretização do saneamento básico e segurança nas comunidades carentes.

É compreensível a angústia que muitos magistrados devem sofrer ao ver tantos seres humanos em situações de miséria e calamidade e queiram solucionar, como podem, a situação. Contudo, não se pode admitir que a aplicação de penas menos ou mais rigorosas seja instrumento para a solução de problemas que competem ao Executivo solucionar. Em outras palavras: o caminho para sanar a crise penitenciária, a falência do Direito Penal, a garantia dos direitos humanos e a concretização de políticas públicas não pode ser traçado diretamente pelos magistrados. O Judiciário é um dos meios que se pode utilizar para garantir o correto funcionamento da máquina estatal, todavia, não é ele o solucionador de problemas. Afinal, como já se fez questão de salientar, o Poder Judiciário é aquele que aplica as leis, não aquele que administra.

¹²⁷ MOREIRA, Luiz. *O século do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/183976/Politização-do-Judiciário-é-ameaça-à-democracia.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2016

Amilton Bueno de Carvalho e de Salo de Carvalho¹²⁸, defendem que:

[...] o absentéismo estatal na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais não apenas imporia necessária redução da pena em caso de constatação da culpabilidade, como permitiria, em determinados casos, a exclusão do juízo de reprovabilidade pela incidência do princípio da co-culpabilidade como causa supralegal de exculpação [...]

Em contraposição a tais ideias, cabe a seguinte argumentação: se o Estado está ausente nas esferas econômica, social e cultural, não cabe ao Judiciário fazer as vezes de Poder Executivo para amenizar as mazelas sociais. Deve-se resgatar, na medida do possível, a teoria clássica para se evitar a impunidade, porque o mesmo sujeito que está à margem da sociedade não compreende a benesse do estado ao diminuir ou até a mesmo a não aplicar sua pena como sendo fruto da aplicação da co-culpabilidade, mas sim como estímulo a novas práticas criminosas.

Em verdade, numa ponderação de interesses, a sociedade brasileira tem sido tão vitimizada pelo Estado quanto o réu o é, surgindo, assim, a necessidade de penas efetivas para a proteção da sociedade e do estudo psicológico e social do acusado, para que ele seja punido na medida de sua culpa. Desse modo, um ladrão que rouba para angariar fundos para manter o tráfico de drogas terá pena mais gravosa do que aquele que roubou, mas está desempregado; que tentou conseguir emprego, mas não conseguiu; que trabalhava, mas foi demitido.

Não é demais afirmar, assim, que extrapola a função atípica do Judiciário a atitude do magistrado que pretende administrar o Estado fazendo uso de ações ajuizadas em razão do cometimento de crimes. Explica-se: não parece ser acertado que o magistrado, no julgamento de uma causa penal, aplique pena mais branda do que aquela merecida pelo fato de outro Poder não ter cumprido com o seu dever. Em outros termos, não parece correta a aplicação da co-culpabilidade, ainda que esta encontre suposta posituação no ordenamento pátrio. É claro que Judiciário e Executivo compõem um só corpo, o Estado. Porém, como já explicitado,

¹²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 82

cada Poder deve exercer sua função primordial, com o discernimento para saber quando e onde deve determinar medidas pró políticas públicas.

Moreira¹²⁹, novamente, é assertivo ao afirmar que:

[...] é cada vez mais frequente que ministros do STF emitam opiniões sobre os assuntos mais diversos da vida política nacional. Não raro essas opiniões expressam críticas a poderes, censuras a instituições ou contêm até mesmo prognósticos políticos. Essas condutas não são ortodoxas, contrariam não apenas a tradição judiciária segundo a qual ao juiz compete uma atuação reservada aos feitos judiciais sob seus cuidados. É o que comumente se chama de liturgia do cargo. A fim de se manter equidistante das disputas, o magistrado não disputa a hegemonia política, não cria narrativas para que, assim, possa desfrutar do prestígio que a função de magistrado angariou. Na medida em que magistrados angariam simpatia popular, imiscuindo-se em assuntos tradicionalmente reservados aos partidos, à sociedade organizada, aos poderes políticos e à construção das narrativas políticas, tornam-se atores políticos como os demais, não podendo mais desfrutar de papel de árbitros das disputas.

Com efeito, o tema é complexo e divergente, já que há uma inércia do Poder Executivo - e pode-se acrescentar que do Legislativo também - em relação aos temas aqui tratados, inércia essa que o Judiciário não pode dispor quando um assunto lhe é levado¹³⁰.

O magistrado, assim, se pergunta como resolver a lide e, a resposta obtida por muitos, parece ser aquela que aponta para a ação num campo que não lhe compete. Com isso, inclusive, se poderia afirmar que no cenário judicial brasileiro tem ocorrido uma distorção do

¹²⁹ MOREIRA, op. cit., *O século do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/183976/Politização-do-Judiciário-é-ameaça-à-democracia.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2016

¹³⁰ No tocante à excessiva atuação do Judiciário, cita-se o exemplo emblemático sobre a possibilidade ou não do casamento homoafetivo: “O embate que temos aqui não é se o casamento homoafetivo deve ou não ser admitido pelo ordenamento pátrio, mas sim a forma como isso deve se dar dentro de princípios constitucionais indispensáveis para a realização e efetivação do Estado Democrático de Direito, dentre os quais destaco a separação de poderes e a própria legalidade, que me parece ter sido violada de forma vil, embora com boas intenções. É crescente, nacional e internacionalmente, a preocupação com os efeitos potencialmente danosos da hipertrofia do Poder Judiciário no uso de sua competência para dar máxima eficácia aos Direitos Humanos, principalmente quando se assomam efeitos potencialmente danosos à democracia e ao surgimento de um judiciário tirânico. A resolução do CNJ é apenas mais um sintoma de que algo não anda bem quanto à separação de poderes da República, onde cada vez mais se tem a sensação de que os fins justificam quaisquer meios. Esta pode ser uma boa decisão, aos olhos dos direitos fundamentais, mas que outras decisões não podem surgir em um sistema onde alguns poucos têm o poder absoluto de dizer o que é e o que não é, sem a observância de qualquer regra de divisão de competências?” BALDOMÁ, Nicolás S. L. *Os fins e os meios*: CNJ ultrapassou limites em decisão sobre casamento gay. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-16/nicolas-baldona-cnj-ultrapassou-limites-decisao-casamento-gay>>. Acesso em: 13 jun. 2016

sistema de separação de poderes, um invasão indevida de um poder na competência de outro¹³¹.

Veja-se a seguinte exposição¹³²:

[...] Uma das várias consequências diretas da estruturação do Estado Democrático de Direito é o aumento da litigiosidade, sendo diversas questões sociais (improbidade administrativa, por exemplo), por sua vez, submetidas ao crivo da justiça constitucional. No entanto, a função do Judiciário não é a de um órgão de transformação social, o que traz à baila o questionamento sobre os limites do controle judicial em searas tipicamente legislativas/executivas, como na formulação de políticas públicas ou em deliberações orçamentárias. (...) existe a politização da justiça quando o tribunal constitucional não atua como órgão jurisdicional, mas como órgão de governo.

O cuidado que um magistrado deve ter no exercício de seu cargo e na manifestação de suas opiniões pessoais deve ser maior do que o cuidado de um cidadão comum. De fato, não se pode negar que o juiz, assim como qualquer ser humano, é dotado de emoções, valores e julgamentos sobre pessoas e sobre casos que lhe são apresentados.

Por conseguinte, os conceitos de imparcialidade e de neutralidade devem estar bastante claros, razão pela qual cabe registrar a distinção trazida pelo Dicionário Michaelis e citada por Paola Braun¹³³:

[...] por ser humano, cuja essência é mesmo interpretar o mundo, necessariamente condicionado por sua historicidade, ao juiz é impossível dissociar-se dessa natureza intrínseca. A partir disso, releva fazer a distinção entre os termos neutralidade e imparcialidade, que são dados como sinônimos em alguns dicionários da língua portuguesa. No Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa, neutro significa: neu.tro adj (lat neutru) 1 Que não dá adesão a nenhuma das partes litigantes; neutral. (...). Segue definição do termo “neutro” junto ao dicionário Aurélio Buarque de Holanda: neutro [Do lat. neutru] Adj. 1. Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, numa contenda etc.; neutral. 2. Que julga sem paixão;

¹³¹ “A judicialização da política significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do ‘checks and balances’. A judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes. A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.” PEIXINHO, Manoel Messias. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3>>. Acesso em: 13 jun. 2016

¹³² MELO, Gustavo Henrique Arrussul de; RABELO, Rogeres. *A questão da politização do judiciário*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/politica-e-direito/artigos/a-questao-da-politizacao-do-judiciario>>. Acesso em: 13 jun. 2016

¹³³ BRAUN, Paola Roos. *A imparcialidade do juiz no paradigma constitucional democrático*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4746-a-imparcialidade-do-juiz-no-paradigma-constitucional-democratico>>. Acesso em: 13 jun. 2016

imparcial, neutral. Já o significado de imparcial, é, respectivamente, no Dicionário Michaelis e no Aurélio Buarque de Holanda: Imparcial, im.par.ci.al, adj (im¹+parcial) 1 Que não é parcial. 2 Que não se deixa corromper. 3 Que julga sem paixão. 4 Que não sacrifica a verdade e a justiça a considerações particulares. Imparcial. [De im-2+parcial.]. Adjetivo de dois gêneros. 1. Que julga desapaixonadamente, reto, justo. 2. Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem.

Desse modo, verifica-se que tal indivíduo, o magistrado, está destacado na sociedade e ocupa um cargo que, por sua natureza, exige posicionamento imparcial; exige que ele julgue sem paixão e que não sacrifique sua opinião à conveniência ou de outros; exige, ainda, ética, comedimento e autocrítica suficientes para que ele, no exercício de suas funções, não extrapole os limites constitucionais de sua atuação. Trata-se de tarefa árdua, quiçá impossível, mas da qual todos os magistrados estão incumbidos enquanto permanecerem no exercício de suas funções de julgador e que é inerente à profissão escolhida.

Não se quer negar o fato de que, com a instituição do Estado Democrático de Direito a partir da Constituição de 1988, o juiz passou a ter um papel mais ativo, mais solucionador e menos passivo, que se limitava a decidir os casos¹³⁴. Pelo contrário, essa nova realidade trata-se de grande avanço não só para a democracia, mas também para a própria Instituição. O que se critica não é o juiz que dá efetividade às suas decisões - o que deve ser feito, sempre - mas sim o juiz que não só decide e dá efetividade às suas decisões; critica-se aquele que, não satisfeito, justifica sua ação, ainda que não a materialize na fundamentação da sentença, com base em paixões ou revoltas pessoais ou em convicções políticas. Esse sim é o magistrado que precisa se aperfeiçoar e ser lembrado, constantemente, do seu dever de ser imparcial.

3.3 A distorção da Teoria Garantista e suas consequências

Atualmente, é possível se distinguir três espécies de julgadores na seara penal: aqueles que aplicam penas vergonhosamente baixas e/ou absolvem réus com culpabilidade

¹³⁴ Ibid.

exacerbada justificando-se com os mais variados argumentos; aqueles que aplicam penas excessivamente altas; e aqueles que, atentos ao seu dever de imparcialidade e aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, aplicam a pena de forma justa. Naturalmente, os dois primeiros grupos são aqueles que se destacam, mas principalmente, o primeiro grupo.

Aqueles que transitam no cenário jurídico são testemunhas de que se convencionou afirmar que os denominados juízes garantistas são aqueles que “gostam de bandido e que soltam todos os réus”, visão, essa, equivocada, como será explicitado.

A Teoria Garantista idealizada por Luigi Ferrajoli é de grande aplicação no Direito Penal por este ser o ramo do Direito que mais afeta a liberdade do indivíduo, mas, naturalmente, é válida para todos os ramos do Direito. Segundo tal teoria, a Constituição, como documento constituinte de uma sociedade, deve ser valorizada e constantemente resgatada. Esse resgate é necessário em razão da própria estruturação do sistema jurídico, que deve ser irredutível a fim de manter a unidade política das tarefas do Estado, bem como manter os procedimentos para solução de conflitos, seara dentro da qual é imprescindível a delimitação dos poderes estatais e as garantias e direitos dos cidadãos. A citada teoria quer, primordialmente, lembrar que a Constituição é a fonte da legitimidade do Estado e que, por isso, deve ser firmemente respeitada¹³⁵.

Direcionada para o Direito Penal, a Teoria Garantista pode ser definida da seguinte maneira¹³⁶:

[...] o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos.

¹³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender o garantismo penal de Ferrajoli*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 15 jun. 2016

¹³⁶ IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luigi Ferrajoli*. Tradução: Hermes Zaneti Junior. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/733/1757>>. Acesso em: 15 jun. 2016

Com efeito, a concepção de Ferrajoli preconizou a imprescindibilidade de dez axiomas para que um sistema penal seja considerado garantista, sendo que tais axiomas possuem a função de regular o exercício indiscriminado do poder punitivo do Estado. Assim, nessa formulação, o garantismo significa a aplicação simultânea de parâmetros de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva.

Os princípios basilares, ou axiomas, do garantismo penal em nada destoam daqueles normalmente empregados no Direito Penal e previstos, implícita ou explicitamente, na Constituição do Brasil e que, como sendo constitucionais, devem sempre ser observados pelo aplicador do direito. São eles: princípio da retributividade; princípio da legalidade – não se pode condenar alguém sem que haja expressa previsão legal incriminadora de sua conduta; princípio da necessidade ou da mínima intervenção do Direito Penal; princípio da lesividade ou da ofensividade – a conduta, além de típica, deve causar efetiva lesão ao bem jurídico protegido; princípio da materialidade; princípio da culpabilidade; princípio da jurisdicionalidade ou do devido processo legal; princípio da separação entre juiz e acusação; princípio do encargo da prova – ligado ao princípio do *in dubio pro reo*, cabendo, assim, à acusação demonstrar a culpa do acusado e não a ele demonstrar sua inocência; e, por fim, princípio do contraditório - a partir do devido processo legal, o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada o amplo poder de se defender de todas as acusações¹³⁷.

Os princípios acima elencados não são novidade para o direito brasileiro. Não obstante, no Brasil ainda há o antigo hábito de se distorcer teorias criadas no exterior no processo de adaptação delas ao ordenamento pátrio, de modo que não foi diferente com a Teoria do Garantismo Penal. Pelo princípio da retributividade, Ferrajoli reconhece

¹³⁷ BRANCO, Sergio Zoghbi Castelo. *Garantismo Penal*. Disponível em: <<http://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>>. Acesso em: 15 jun. 2016

expressamente o caráter retributivo da pena e da necessidade do Direito Penal para a sociedade.

No Brasil, o desvirtuamento da citada teoria passou a ocorrer quando magistrados passaram a se utilizar da teoria para aplicar o abolicionismo, indo de encontro à ideia concebida por Ferrajoli¹³⁸. A partir de então, convencionou-se, equivocadamente, a se chamar garantista aquele que capta subterfúgios para absolver indistintamente réus culpados ou para lhes aplicar pena ineficaz.

Em via contrária, no tocante aos crimes de colarinho branco, a Teoria Garantista tem sido aplicada tal como idealizada por Ferrajoli, ao passo que para os crimes ditos comuns, restou “o incremento do rigor penal”¹³⁹.

Não há que se louvar nem um, nem outro posicionamento, eis que ambos são equivocados e não atendem, em nada, os princípios constitucionais já elencados neste trabalho. Em verdade, tais extremismos apenas prejudicam o cenário criminal nacional ao agravarem a crise carcerária e ao aumentarem os níveis de reincidência. Ora, se um juiz aplica pena gritantemente baixa ou se absolve o réu quando a absolvição não é a solução jurídica mais acertada, é quase certo o acusado assimilar tal atitude, ainda que de forma inconsciente, como sendo um estímulo à prática de novos crimes, pois o magistrado lhe disse claramente que aquela conduta típica não deve ser punida, já que não causou nenhum mal social, estimulando-o, assim, a desafiar o Poder. Do mesmo modo, age de forma equivocada o julgador que aplica pena descomunalmente alta para um crime de baixa reprovabilidade, passando ao acusado a mensagem de que o Estado não é justo e que não olha para ele, acusado, como ser humano pensante, tratando-o como se animal fosse, o que

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista*. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/205/205>. Acesso em: 15 jun. 2016

faz com que o réu sinta-se revoltado e, mais uma vez, estimulado a cometer novos crimes para desafiar a ordem dominante.

Com isso, não se vê qualquer tentativa de cumprir as funções da pena, pois tanto em um como em outro posicionamento, não se firma o que é retribuição e o que é prevenção, quiçá o que é a função social da pena.

Não é demais salientar que a figura do magistrado justo é a que deve ser incessantemente perseguida, pois como magistrados, são essas as pessoas com capacidade para impulsionar as mudanças necessárias e que estão ao alcance do Poder Judiciário, este que pode – e deve - fazê-lo, sem se imiscuir na competência de outro Poder.

Como afirmado, é cediço que a atuação excessivamente positiva do Judiciário tem ocorrido em virtude da constante inércia dos Poderes Legislativo e Executivo e não pode o Judiciário, incitado a agir, negar à sociedade a efetivação de seus direitos fundamentais e sociais. Por isso, a crítica aqui feita reconhece a dificuldade pela qual o Brasil passa e a necessidade premente da atuação positiva do Judiciário.

O que se pretende mostrar é que esse cenário não é adequado e, muitas vezes, fere a própria democracia e a separação de poderes. Ou seja, o problema precisa ser trabalhado e solucionado de forma conjunta, pois a separação dos poderes não significa e não se confunde com ausência de cooperação para a concretização de direitos dos cidadãos.

Diante desse quadro, a conclusão iminente é no sentido de que nem a sociedade, nem o Estado estão prontos para o que a Teoria Garantista propõe; não estão prontos para uma ideia que visa fincar as bases de um estado democrático de direito. Ou seja, não estão prontos para a própria evolução da democracia e sua concretização através da efetivação dos direitos humanos. Com efeito, a sociedade ainda não parece estar preparada para penas justas, dada a sua sede de vingança em razão da criminalidade excessiva e, muitas vezes, não punida. O Estado, por sua vez, manifestado pelas três esferas de Poder, igualmente não

se encontra preparado para o garantismo, pois não executa de forma eficaz suas políticas públicas, não garante a todos, indistintamente, a efetivação de direitos humanos e, tampouco, possui o discernimento necessário para saber quando e onde aplicar penas mais ou menos gravosas e saber seus próprios limites.

A distorção da Teoria Garantista, na realidade, trata-se do surgimento no Brasil, de forma mais acentuada, da Teoria Abolicionista, a qual é vista com bons olhos por muitos aplicadores do Direito. Tal teoria, disfarçada de garantismo, com este não se confunde.

Antonio de Pádova Marchi Junior¹⁴⁰ narra que:

[...] O abolicionismo surgiu a partir da percepção de que o sistema penal (...) perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social. Todavia, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção a abolição da pena.

Em outros termos, a intenção da Teoria Abolicionista é a extinção do Direito Penal, mas, em razão da supracitada imaturidade social e governamental para tanto, optou-se por mecanismos de controle não relacionados com o Direito Penal e pela aplicação extrema do princípio da intervenção mínima. Todavia, na atualidade, o cenário brasileiro não é favorável à adoção desse posicionamento, pois se trata de uma nação com sérias questões sociais profundas a serem solucionadas. Até que tais soluções sejam alcançadas, a aplicação do abolicionismo tão somente prejudica a situação já caótica enfrentada pelo país.

Nesse cenário, o papel do Ministério Público, como fiscal da lei, não pode ser esquecido. Trata-se de órgão acusador que detém a titularidade da ação penal pública e que também é o responsável pela promoção e fiscalização do cumprimento da lei. As atribuições do promotor de justiça se encontram previstas nos arts. 67 e 68 da Lei de Execuções Penais, dentre as quais vale destacar a possibilidade de instauração de incidente de excesso ou

¹⁴⁰ MARCHI JUNIOR apud BORGES, Tasilla Aguiar Carvalho. *A função social da pena e a ressocialização da Penitenciária Lemos Brito*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8275>. Acesso em: 30 jun. 2016

desvio de execução e a função de visitador dos estabelecimentos penais, o que compete também aos Conselhos Penitenciários e da Comunidade, ao Juiz e à Defensoria Pública¹⁴¹.

Como atribuição extraprocessual, o *Parquet* possui a função precípua de zelar pela integridade física e moral dos encarcerados, bem como de promover a defesa e a garantia dos direitos humanos, momento em que se vê justificada a necessidade de comparecimento mensal do membro da instituição aos presídios locais. Ao proceder a visita aos presídios, o promotor de justiça tem uma ampla noção de quais violações aos direitos humanos estão ocorrendo naquele ambiente, sendo sua obrigação apurar a prática de abusos cometidos contra os presos a fim responsabilizar os autores dos fatos¹⁴². Durante a visitação, o promotor deve também observar e se informar sobre “a população carcerária, capacidade do estabelecimento, condições gerais das instalações, qualidade e regularidade da alimentação e demais assistências devidas pelo Estado.”¹⁴³

Sobre a questão, Marchi Junior¹⁴⁴ salienta que:

[...] Deve o Promotor de Justiça atuar como verdadeiro parceiro e solidarizar-se com as angústias e preocupações da administração prisional, promovendo, respeitadas as competências e atribuições, as medidas necessárias para a fiel observância dos direitos e das garantias dos presos. (...) Uma compreensão equivocada do real significado da teoria do garantismo levou à concepção pejorativa do emprego do vocábulo, utilizado não raras vezes para rotular negativamente os Promotores de Justiça preocupados não apenas com a acusação, mas também com a correta aplicação da lei, como se a observância dos princípios constitucionais não vinculasse a atuação de todos. Ser garantista não é uma opção do membro do Ministério Público, mas um dever pelo qual ele jurou solenemente fidelidade no ato de sua posse.

O óbice, é que, assim como no caso dos magistrados, a atuação do Ministério Público é restrita no que se refere à gestão dos presídios, sendo-lhe disponibilizada somente

¹⁴¹ MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova. *Do papel do Ministério Público na Execução Penal*. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2016

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

a ação civil pública (art. 1º, inc. IV, da Lei 7347/85)¹⁴⁵ como meio de combate judicial às agruras enfrentadas pelos detentos.

Assim, se depreende que a crítica, naturalmente, se sobrepõe às pessoas que compõem todo o sistema, aos magistrados, promotores de justiça, membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e até mesmo à sociedade.

Há que se compreender que como seres humanos, todos são sujeitos a falhas, porém, não pode esse fato servir de escudo para justificar a decadência pela qual o Direito Penal tem passado no país. Isso porque, no exterior, há países que alcançaram o nível de maturidade exigido para que não haja o caos que hoje se vê no Brasil. Vale a seguinte transcrição¹⁴⁶:

[...] A abismal diferença entre prisões suecas e brasileiras (ou norte americanas) está nas teorias que fundamentam seus sistemas penitenciários. O país da pena de morte é o mesmo que viu sua população carcerária praticamente dobrar desde o início dos anos 90. Já o país que optou por uma política de reinserção social, em que uma agência governamental é encarregada de supervisionar os detentos e oferecer programas de tratamento para aqueles com problemas com drogas, vê agora suas prisões serem fechadas por falta de prisioneiros. Em entrevista ao *The Guardian*, Kenneth Gustafsson, governador da prisão de Kumla, a mais segura da Suécia, declara: “existem pessoas que não querem ou não podem mudar. Mas na minha experiência a maioria dos prisioneiros quer mudar, e nós precisamos fazer o que pudermos para ajuda-los. E não é apenas a prisão que pode reabilitar. Isso é um processo combinado, que envolve a sociedade. Podemos dar educação e treinamento, mas quando essas pessoas deixam as prisões elas precisam de moradia e emprego”. Em suma, o que a Suécia tem a nos ensinar é a noção contrária do senso comum de que “cadeia boa é cadeia infernal”: optar pela humanização do sistema penitenciário prova-se como a maneira mais eficaz de se verem reduzidos os índices de criminalidade. Ou nas palavras daquele personagem de Dostoevski, de duzentos anos atrás: ‘E já que [o detento] é de fato um homem, deve ser assim tratado. Um tratamento humano pode até devolver a condição humana mesmo àqueles que se esquivaram...’.

Pelo exposto, percebe-se que o tratamento humanitário deve ser dispensado aos detentos e, bem assim, aos acusados, conforme já explicitado anteriormente. Fica, assim, a

¹⁴⁵ BRASIL. Lei n. 7347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016

¹⁴⁶ HESPANHOL, Cibelih. *Prisões suecas: aqui se reabilitam seres humanos*. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/blog/2014/01/08/prisoes-suecas-aqui-se-reabilitam-seres-humanos/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

indagação do por que aqui não se consegue, se as soluções são conhecidas e comprovadamente eficazes¹⁴⁷.

3.4 A audiência de custódia e o exame criminológico como alternativas à crise do Direito Penal

Sobre os instrumentos disponibilizados no ordenamento jurídico pátrio para se colocar em prática a humanização do Direito Penal, com todas as garantias às quais o ser humano tem direito, há alguns que se destacam e que, apesar de encontrarem resistência, vêm se mostrando como soluções interessantes para a crise carcerária e do Direito Penal que o Brasil vivencia.

A audiência de custódia surgiu como meio de se evitar que arbitrariedades sejam cometidas pela autoridade policial para com o detido, para assim, apreciar questões relativas à pessoa conduzida, garantindo sua integridade física. Prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, a audiência de custódia possui como principal finalidade o ajuste do

¹⁴⁷ “Antes foi a Holanda (fechou 8 presídios em 2012). Agora é a Suécia que acaba de fechar 4 presídios. (...) As causas? Redução da criminalidade, enfoque mais compreensivo em relação ao tema drogas, baixa reincidência, aplicação de mais penas alternativas, inclusive para pequenos roubos, para os furtos e lesões não graves etc. (...) ‘Vimos um declínio extraordinário no número de detentos’, disse Nils Oberg, diretor dos serviços penitenciários e de liberdade vigiada suecos. (...) Oberg declarou que embora ninguém saiba ao certo por que caiu tanto o número de detentos, ele espera que a abordagem liberal adotada pela Suécia quanto às prisões, com forte foco na reabilitação de prisioneiros, tenha influenciado o resultado ao menos em alguma medida. Em artigo de opinião para o jornal sueco ‘DN’, no qual ele anunciou o fechamento das prisões, Oberg declarou que a Suécia precisava trabalhar com mais afinco na reabilitação de prisioneiros, e fazer mais para ajudá-los quando retornam à sociedade. (...) Hanns Von Hofer, professor de criminologia na Universidade de Estocolmo, disse que boa parte da queda no número de detentos pode ser atribuída a uma recente mudança de política que favorece regimes de liberdade vigiada de preferência a sentenças de prisão em caso de pequenos roubos, delitos relacionados a drogas e crimes violentos. Entre 2004 e 2012, o número de pessoas aprisionadas por roubo, delitos relacionados a drogas e crimes violentos caiu respectivamente em 36%, 25% e 12%, ele apontou.” GOMES, op. cit., *Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoas-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

Processo Penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sendo ela um meio de se coibir prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias¹⁴⁸.

O instituto baseia-se nos princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e da verdade processual, elementos que também socorrem o movimento de humanização do Direito Penal. A problemática se insere a partir do momento em que operadores do direito – novamente – distorcem o instituto, utilizando-o como alvitre para a liberação de indivíduos que não merecem a liberdade, mas sim o cárcere.

Não se pode negar que a audiência de custódia representou grande avanço no Direito Penal brasileiro e tem atuado de forma eficaz na prevenção de prisões que seriam altamente desnecessárias. Contudo, tal qual como acontece em relação à Teoria Garantista, há aqueles aplicadores do direito que distorcem o instituto de forma negativa, seja liberando indiciados de forma arbitrária, seja mantendo o cárcere de forma igualmente arbitrária, contribuindo, com isso, para o aumento da criminalidade e dos índices de reincidência.

O magistrado deve sempre atentar para o fato de que a maior parte do contingente carcerário no Brasil é composta de presos provisórios que lá se encontram sem a necessidade de cautela¹⁴⁹. Do mesmo modo, é essencial observar que há medidas tão eficazes quanto o cárcere. No Brasil, contudo, é sabido que tais medidas alternativas ao cárcere nem sempre são vigiadas de forma a garantir a sua efetividade, o que traz descrédito a tais institutos e fortalece o pensamento de que o cárcere ainda é a melhor medida.

Entretanto, mais uma vez a efetividade do sistema não está somente nas mãos do Judiciário. Como exemplo de medida alternativa ao cárcere, há a monitoração de presos através de pulseiras e tornozeleiras eletrônicas. Em relação à fiscalização do itinerário do

¹⁴⁸ PAIVA, Caio. *Na série Audiência de Custódia: conceito, previsão normativa e finalidades*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

¹⁴⁹ FERREIRA JUNIOR, José Carlos P. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Disponível em: <<http://blog.projetoexamedeordem.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

portador do equipamento, não se trata de função do magistrado, mas do Poder Executivo, na qualidade de gestor do sistema prisional. Sendo assim, é altamente compreensível que muitos juízes tenham aplicado a monitoração eletrônica, já que, no caso de rompimento do aparelho ou de o portador deste sair do perímetro que lhe é permitido transitar, cabe à Polícia Militar comparecer ao local para averiguar a situação. O temor dos magistrados é justamente o de a Polícia não comparecer ou comparecer com atraso, o que permite ao indivíduo, na maioria dos casos, ficar impune¹⁵⁰.

Enfim, em que pese toda a discussão acerca da efetividade ou não das audiências de custódia, certo é que se trata de um instrumento que se tem disponível para amenizar as agruras pela qual um detento passa e para garantir a legalidade de sua prisão, sendo tal audiência mais um passo na direção da humanização do Direito Penal.

Sobre o exame criminológico, Álvaro Mayrink da Costa¹⁵¹, estudioso sobre o assunto, expõe o pensamento de Ferri, que defende ser a personalidade do agente de grande interesse prático para a justiça penal. Ferri afirma que a personalidade do autor do fato criminoso deve ser primordial para a adaptação da sanção pelo crime à periculosidade do criminoso.

¹⁵⁰ A Lei n. 12.403/11 “[...] modificou o artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, inserindo a monitoração eletrônica como uma medida cautelar manejável no curso do procedimento penal. Sendo assim, inovou ao autorizar a aplicação do monitoramento eletrônico aos indiciados ou acusados e não apenas, como até então, apenas, aos condenados. Deste modo, o artigo 319 passou a fixar como medidas cautelares diversas da prisão: a) o comparecimento em juízo, no prazo e condições estabelecidas em Juízo; b) a proibição de frequentar determinados lugares, com o fim de evitar o risco de novas infrações penais; c) a proibição de manter contato com pessoas com quem deva permanecer distante; d) a proibição de se ausentar da Comarca; e) o recolhimento domiciliar; f) a suspensão de função pública ou atividade de cunho econômico ou financeiro; g) a internação provisória; h) a fiança; i) e a monitoração eletrônica (BRASIL, 2011). Ora, conforme destacado, o monitoramento eletrônico está expressamente inserido como uma medida de natureza cautelar processual, podendo ser aplicada antes mesmo do decreto condenatório, ou seja, durante a fase do inquérito policial e, também, da ação penal, quando verificados os pressupostos legais. Não custa assinalar que, até antes da edição da Lei n° 12.403/2011, o monitoramento eletrônico era concebido como uma medida de vigilância indireta, aplicável ao condenado. Tanto é que, até então, a única possibilidade de aplicar tal instrumento eletrônico, de acordo com a Lei n° 12.258/2010, era em casos de saída temporária ou prisão domiciliar, nos termos da reforma introduzida na Lei de Execução Penal.” ARAÚJO NETO, Felix; MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes. *O monitoramento de presos e a Lei n° 12.403/11*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894>. Acesso em: 21 jun. 2016

¹⁵¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Exame Criminológico: execução penal*. 5. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p. 60

No ano de 1925 foi realizado o Congresso Penitenciário Internacional de Londres, onde o consenso geral foi no sentido de que os acusados ou condenados devem ser submetidos a exame físico e mental por especialistas e que haja em todo estabelecimento carcerário um laboratório para esse fim. Esse exame, pois, é de grande valia para determinar as causas sociais e biológicas da criminalidade e para particularizar o tratamento adequado àquele criminoso. Como bem salienta Gemelli¹⁵²:

[...] Uma pena não é uma simples vingança da sociedade, mas um meio para lutar eficazmente contra o delito, seja punindo aquele que o consumou, seja ameaçando os quiserem fazer o mesmo. Mas, para chegar a isso, é necessário adequar a pena a quem consumou a ação delituosa, às suas condições subjetivas, que, em sua variedade, configuram-se na personalidade do delinquente e na atividade e atitudes suas, assim como às condições sociais em que a ação delituosa foi consumada (...) é necessário, também, (...) reconstruir a gênese do delito e enquadrar tal ação na personalidade de quem a realizou; e, no modo em que foi elaborada e com base nos dados recolhidos, infligir uma pena que vise a reeducar quem violou a lei.

Isso é, a necessidade do exame criminológico é justamente para capacitar o criminoso a se reinserir adequadamente na sociedade.

Aplicar a pena ou executá-la, qualquer que seja o regime, sem a elaboração do exame criminológico é negar ao réu o propósito terapêutico, reeducativo, da pena. Somente privar o réu de sua liberdade é não compreender que a reclusão, por si só, não assegura nenhum propósito de defesa social, pois o próprio criminoso, ao ser processado ou inserido no cárcere, sente-se descontente com sua atitude, percebendo, então, que o que fez foi errado. Entretanto, somente essa autoconsciência, sem nenhuma outra ferramenta de aprendizado, não é suficiente para que ele se “autorressocialize”¹⁵³.

Com efeito, o réu não é capaz de buscar, sozinho, dentro de si, forças e mecanismos para modificar seu modo de agir, pois está ele inserido num ciclo vicioso do qual precisa ser tirado por alguém de fora. O indivíduo, ao ser introduzido no sistema, precisa que alguém lhe mostre um novo meio de proceder e de encarar a vida, pois, se assim ele soubesse ou enxergasse, provavelmente não teria optado pela prática criminosa.

¹⁵² GEMELLI apud COSTA, *ibid.*, p. 69

¹⁵³ BETTIOL apud COSTA, *ibid.*, p. 73

Nessa inovação no Direito Penal, os magistrados têm manifestado grande resistência em razão da nova ideologia que lhes é apresentada; falta-lhes a formação criminológica¹⁵⁴.

O exame criminológico não se confunde com o exame psiquiátrico, uma vez que este apura o grau de responsabilidade penal do autor do fato, averiguando a sua capacidade de compreender a ilicitude de seu ato, para determinar se deve lhe ser aplicada pena ou medida de segurança. O exame criminológico é mais abrangente e sua inevitabilidade emergiu com a evolução do Direito Penal, que abandonou seu caráter unicamente repressivo e retributivo e passou a exercer um papel educativo e preventivo – daí a necessidade da individualização da pena e da consideração dos elementos da personalidade do réu¹⁵⁵.

Álvaro Mayrink da Costa¹⁵⁶ registra que, na seara da progressão de regime, um dos maiores óbices à realização do exame criminológico de forma incisiva é o grande número de condenados que precisam ser periciados, oportunidade em que sugere medidas que podem ser adotadas para dinamizar o procedimento, dentre elas, um serviço destinado a receber os condenados logo após a sua identificação, bem como a ideia de se criarem equipes móveis para se locomoverem até as delegacias distritais para lá realizarem o exame.

Segundo Mayrink¹⁵⁷, o exame criminológico deve ocorrer da seguinte forma: primeiro realizar-se-á um exame médico completo, onde o médico deverá discriminar o estado geral de saúde do réu, seus antecedentes patológicos, procurando essa análise detectar possíveis doenças, principalmente aquelas que possam causar danos à sociedade, como o caso

¹⁵⁴ COSTA, *ibid.*, p. 77

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 90/95

¹⁵⁶ “Para melhor dinamização pericial poder-se-ia dividir em quatro etapas, a saber: a) recepção: serviço destinado a receber os apenados com as guias, após proceder a sua identificação. Realização imediata do exame clínico para afastar a possibilidade de contaminação de doenças infecto-contagiosas. Os meios são a segregação em setor próprio e específico da unidade ou Centro de Observação Criminológica até o resultado final dos exames, ou por exceção por plantonista clínico; b) observação criminológica: realização dos exames iniciais que não requeiram pré-requisitos (antropométrico, clínico, neurológico, psicológico e social). O psiquiatra deve ser o último a proceder o exame e examinar *todos* os informes enviados pela equipe criminológica; c) recreação: não devem os examinados ficarem excluídos da recreação e recebimento de visitas para não criar ou aprofundar um quadro depressivo; d) remoção: deve-se realizar por indicação do Serviço de Classificação e Triagem, observado cada caso em situação concreta.” *Ibid.*, p. 112

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 112-114

da Aids, por exemplo; após, deve-se proceder ao exame psiquiátrico, onde o profissional deve fazer constar a existência ou não de doença mental, como já ocorre nos casos em que o exame de sanidade mental é solicitado; em terceiro lugar, deve ser elaborado um exame psicológico e psicotécnico, para avaliar o estado de saúde emocional do indivíduo, bem como suas aptidões profissionais – aqui, deve ser traçada a personalidade do réu, bem como ser apontado o modo como ele lida com problemas do cotidiano; por último, na quarta etapa, deverá ser feita a investigação do meio social e familiar do acusado, com um histórico de todos os eventos de sua vida desde a infância até a vida adulta – deverá ser traçado um histórico de vida não só do investigado no exame, mas também de sua família e pessoas de convivência próxima, para que seja possível também reconstruir a história do delito.

Assim, com a junção de todos os laudos, será concluído o exame criminológico e apresentado ao magistrado o seu diagnóstico, objetivando a futura reinserção do acusado na sociedade.

Em que pesem as críticas feitas ao exame criminológico, muitas delas são voltadas, na verdade, à discricionariedade do magistrado em solicitar tal exame e sobre como o exame pode influenciar na concessão ou não de liberdade ao condenado.

Todavia, a proposta deste trabalho é num sentido mais amplo. Propõe-se adotar o exame criminológico após o oferecimento da denúncia – para os casos de presos provisórios e de réus soltos – e o seu aproveitamento e continuidade após a condenação, se for o caso, servindo o exame como mais um dos meios de prova e como instrumento de auxílio ao magistrado na elaboração de sua sentença.

Trata-se, portanto, de colocar em prática essas ferramentas e fazer do exame criminológico uma avaliação mais completa, inserindo-o no Processo Penal não somente após a sentença, mas também após o oferecimento da denúncia para que passe a constituir o corpo de provas dos autos. Poder-se-ia, assim, instaurar um breve contraditório para que a defesa

pudesse se manifestar acerca dos fatos que serão expostos no exame, dando justificativas ao juiz que somente o réu poderia fornecer.

Por exemplo, um indivíduo está sendo acusado pela prática de homicídio doloso consumado, sendo que, após a oferta da denúncia, logo após a citação, iniciou-se a elaboração do exame criminológico. Os técnicos então constatam que o acusado possui histórico de comportamento agressivo e o magistrado, numa análise conjunta com a folha de antecedentes criminais, verifica que o acusado está sendo processado pela prática de violência doméstica. Com isso, deve o magistrado dar a oportunidade de o réu se manifestar de forma breve sobre aquele fato ali exposto. Afinal, com a manifestação do acusado, os profissionais responsáveis pela elaboração do laudo de exame criminológico podem melhor averiguar a situação de violência doméstica, podendo ser constatado, por exemplo, que não houve qualquer abuso praticado pelo réu em situação de violência doméstica, mas que a vítima, falsamente, lhe atribuiu a prática de um ato inexistente, talvez por raiva, mágoa ou até mesmo por vingança, o que não é raro de se acontecer. Assim, ficando demonstrado o motivo que levou a instauração do processo pela suposta prática de violência doméstica, pode o juiz da vara criminal melhor avaliar o denominado comportamento agressivo do réu, o que, certamente, irá auxiliar o julgador no momento da dosimetria da pena se se tratar de caso de condenação.

Dado o custo despendido para a realização do exame criminológico, não parece correto que esse seja descartado após a prolação da sentença, sendo, por isso, razoável que o laudo seja utilizado para fins de execução da pena – art. 34 do Código Penal¹⁵⁸ e art. 8º da Lei 7210/84¹⁵⁹.

Do modo como é sugerido o exame, não há que se falar em violação do princípio da presunção de inocência, já que o exame poderá beneficiar o acusado ao mostrar para o

¹⁵⁸ BRASIL. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016

¹⁵⁹ BRASIL. Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016

magistrado o real motivo pelo qual o crime foi praticado. Não se estará a julgar quem o indivíduo é ou seus atos passados, mas sim a coletar elementos que possibilitem ao magistrado uma visão clara e ampla sobre a pessoa que está recebendo a pena, de modo que esta poderá e deverá ser a mais justa e adequada possível. Dessa forma, o princípio da individualização da pena será satisfatoriamente cumprido e arbitrariedades hoje comuns poderão ser evitadas. Assim, o exame criminológico não seria apenas uma forma de atender aos interesses sociais, mas também de atender interesses individuais do apenado na medida em que sua chance de ressocialização será assaz aumentada.

Sobre a importância do princípio da individualização da pena e o exame criminológico, hoje, como requisito para a progressão de regime, merece ser observado que não há individualização se o apenado não é acompanhado por uma equipe multidisciplinar ao longo do cumprimento de sua pena. Sem esse acompanhamento, o exame se apresenta superficial e não tem o condão de adaptar a pena às necessidades do condenado e, tampouco, de fazer valer a função terapêutica da pena. Quer dizer, o princípio da individualização da pena não cumpre com louvor seu papel, atuando apenas e de forma precária – em razão da ausência do exame criminológico na fase de instrução do processo – na fase de cumprimento da pena, de modo a caracterizar, novamente, uma privação de direitos individuais que o ser humano dispõe.

Na seara da execução penal, o exame criminológico não deveria ser positivado como condição para que o condenado alcance a progressão de regime ou o livramento condicional, mas como meio de adaptação da pena às peculiaridades do apenado, de modo a se preservar as características de identidade da pessoa, contribuindo para a sua melhoria como tal. O exame criminológico não deve se prestar a modificar a personalidade do autor do fato, mas sim servir como instrumento para que o Estado forneça subsídios psicológicos e materiais para a concretização da ressocialização. Em outros termos, não deveria o exame ser usado

como meio de prever comportamentos do encarcerado; deveria ele servir de instrumento para o magistrado concretizar as garantias previstas na Lei de Execuções Penais, quais sejam, a progressão de regime e/ou o livramento condicional.

Em uma visão ampla, o objetivo do exame, assim, deveria ser permitir a disponibilização de meios para aprimorar o condenado como ser pensante e integrante de uma sociedade viva, na qual a sua participação, seja positiva ou negativa, exerce grande influência.

Trata-se de uma escolha que a sociedade precisa fazer, decidindo o que é melhor para si. De um lado está a opção de se relativizar princípios considerados absolutos, como o da presunção de inocência, e, assim, realizar julgamentos justos, possibilitando a ressocialização efetiva do réu – o que não ocorre atualmente, bem como optar por presídios com uma arquitetura diferente e com mecanismos de ressocialização com altas possibilidades de sucesso. Do outro lado está a opção de manter o sistema prisional e o exame criminológico como estão, privando o condenado e o acusado de mecanismos que lhe podem ser extremamente úteis, seja para sua ressocialização, seja para comprovar a sua inocência ou baixa periculosidade, e, ainda, infligindo a ele todo o sofrimento exacerbado que o cárcere prova em um ser humano, sem qualquer chance de mudar de vida, negando-lhe o caráter mais essencial da pena, que é o ressocializador; deste lado, também se encontra a revolta da sociedade, ao perceber que nada é feito para se controlar a criminalidade cada vez maior.

Lembrando o ensinamento de Cesare Beccaria¹⁶⁰:

[...] As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.[...]

É claro que as mudanças não devem partir somente deste ponto. Como já demonstrado, é necessário que o Poder Público invista em políticas públicas e que realmente se esforce para dar à população seus direitos básicos, mínimos, pois sem esforço, pouca

¹⁶⁰ BECCARIA apud LIMA, Josias. *As teorias da finalidade da pena*. Disponível em: <<http://josiaslima.jusbrasil.com.br/artigos/295821587/as-teorias-da-finalidade-da-pena>>. Acesso em 06 jul. 2016

eficácia terá o exame criminológico e a procura pela melhoria de qualidade de vida. Optando-se pelo que parece ser o caminho mais difícil, estará se fazendo um investimento a longo prazo, que, inicialmente trará mais gastos à coletividade, mas que, num futuro não tão distante, trará consideráveis benefícios e a redução considerável de gastos com o sistema penitenciário.

A bem da verdade, o exame criminológico do modo como está positivado hoje, de fato afeta a isonomia, dando, por isso, abertura a críticas não muito construtivas. Sabe-se que o que é aqui proposto causaria incômodo de ordem prática ao Judiciário, Legislativo e Executivo, porém, considerando que a crise do Direito Penal atingiu níveis insustentáveis e pouco – ou nada – tem sido feito na raiz do problema, deve-se considerar seriamente uma mudança radical.

CONCLUSÃO

Pelo presente estudo, é palpável a conclusão de que o Direito Penal no Brasil enfrenta sérios questionamentos sobre sua validade e utilidade. Soma-se a esse quadro, ainda, a constante privação de direitos fundamentais que a população sofre, como a ausência de segurança, de educação e de saúde básica. Em que pese esse ser um tema que afete a magistratura, não é função do Poder Judiciário solucionar tal crise através de aplicações de sanções absolutamente ineficazes, seja por serem muito rigorosas, seja por seu caráter abolicionista.

No exterior, observa-se em alguns países um índice de criminalidade mais baixo que o do Brasil, porque lá se sabe que sem punição eficaz a sociedade não tem condições de progredir. Pode-se afirmar, inequivocamente, que a verdadeira prevenção da criminalidade é a certeza da punição. Não se deve, todavia, confundir eficácia com rigor cego. A criminalidade, na medida em que está diretamente ligada ao nível de educação, prospera ainda mais quando o criminoso percebe a falha do sistema estatal como um todo, o que é espelhado pela situação do sistema carcerário brasileiro.

A noção de impunidade que predomina – e que muitas vezes não destoa da realidade – faz com que o ser humano retroceda e libere seus instintos mais ferozes na tentativa de dar a punição que o Estado falhou em dar. E isso possui consequências sérias ao se considerar, por exemplo, que a tortura virou uma prática comum entre os policiais, que deveriam dar exemplos de manutenção da ordem jurídica enquanto representantes do Estado.

Ao não se prezar pela efetividade da função do cárcere, a sociedade se sente titular do direito de punir que não lhe pertence. Deve-se, assim, tomar cuidado para que a lei não seja aplicada com leviandade, porque, embora primeiramente pareça ser um bem para o criminoso, em verdade não o é, pois ele voltará a delinquir tantas vezes quanto quiser. Assim,

se o Estado não pune adequadamente, a sociedade naturalmente pensa estar no direito de punir.

Infelizmente, a sociedade brasileira não possui maturidade para um Direito Penal tão permissivo. Deve-se, assim, repelir a influência que a Teoria Abolicionista tem exercido na magistratura brasileira e privilegiar a adoção da Teoria Garantista.

A almejada maturidade da coletividade somente será alcançada após o Poder Público trabalhar para efetivar as políticas públicas de necessidade básica, como a saúde e a educação, de modo que a permissividade será, na verdade, nada mais do que a concretização de direitos fundamentais. Até lá, modificar o Direito Penal para um sistema mais abolicionista, como pretendem aqueles que distorcem a Teoria Garantista, é querer que o problema social nunca se resolva; é admitir que o Poder Público está rompendo continuamente o Contrato Social ao deixar de prover aos seus súditos o mínimo existencial. A mudança deve começar pela raiz do problema.

No Brasil, parece haver uma sombra de desconfiança sobre a eficácia e seriedade do Judiciário na seara penal, de modo que a adoção do abolicionismo em nada auxilia o propósito de justiça da Instituição.

Nesse panorama, parece complicado defender e adotar a aplicação da co-culpabilidade como meio de atenuação da responsabilidade do criminoso. A uma porque é inegável haver pessoas que escolhem conscientemente a vida do crime – e não tem o juiz como saber quem são essas pessoas se não há a elaboração do exame criminológico – e a duas porque a sua aplicação é absolutamente ineficaz para os fins a que os simpatizantes afirmam ela se destinar, já que o esvaziamento do cárcere é uma utopia, dado o alto índice de reincidência. Por fim, a co-culpabilidade em nada auxilia a finalidade primordial da pena, que é a ressocialização do apenado, uma vez que a co-culpabilidade perigosamente se aproxima do abolicionismo.

O criminoso certamente deve ter considerados pelo magistrado os seus direitos individuais. Todavia, tal consideração deve se ater aos limites do Judiciário, sendo, como já visto, equivocada a posição do magistrado que assume a função de administrador da coisa pública.

A adoção da audiência de custódia e do exame criminológico, como sugerido neste trabalho, somados a cuidados com o cárcere – sem mencionar a aplicação de políticas públicas básicas, são medidas elementares na busca da redução da criminalidade. Embora a efetivação de políticas públicas não dependa exclusivamente do Poder Judiciário, muito pode ser feito pelos juízes e promotores de justiça que não se conformem com a situação dos presídios e com a miséria em que vivem os presos, sejam provisórios, sejam condenados definitivamente. Afinal, de nada adianta manter o cego rigor do cárcere sem que se forneça aos detentos subsídios suficientes para sua ressocialização.

Em verdade, é necessária uma mobilização de todos os responsáveis pela movimentação do sistema carcerário e, também da sociedade - esta porque precisa desconstruir o estereótipo formado que possui sobre o egresso do sistema penitenciário, cabendo-lhe um papel acolhedor, despido de preconceitos.

No fundo, o ápice da conclusão sobre o tema, é que se deve abandonar o pensamento de que o criminoso é a escória da sociedade, porque, como seres humanos, todos são passíveis de cometer um crime. Trata-se de querer garantir a dignidade da pessoa humana ao acusado e ao apenado, para que não mais se olhe para eles como se fossem objeto de repulsa, mas sim como seres humanos em desenvolvimento, carentes de orientação.

REFERÊNCIAS

A TEORIA do Garantismo Penal. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18331/18331_3.PDF>. Acesso em: 12 jun. 2016

ARAÚJO NETO, Felix; MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes. *O monitoramento de presos e a Lei nº 12.403/11*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894>. Acesso em: 21 jun. 2016

BALDOMÁ, Nicolás S. L. *Os fins e os meios*: CNJ ultrapassou limites em decisão sobre casamento gay. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-16/nicolas-baldona-cnj-ultrapassou-limites-decisao-casamento-gay>>. Acesso em: 13 jun. 2016

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.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V.1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BORGES, Tasilla Aguiar Carvalho. *A função social da pena e a ressocialização da Penitenciária Lemos Brito*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8275>. Acesso em: 30 jun. 2016

BRANCO, Sergio Zoghbi Castelo. *Garantismo Penal*. Disponível em: <<http://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>>. Acesso em: 15 jun. 2016

BRANDÃO, Delano Câncio. *Justiça Restaurativa*: conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em: 30 jun. 2016

BRAUN, Paola Roos. *A imparcialidade do juiz no paradigma constitucional democrático*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4746-a-imparcialidade-do-juiz-no-paradigma-constitucional-democratico>>. Acesso em: 13 jun. 2016

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016

_____. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016

_____. Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016

_____. Lei n. 7347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 09 set. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 241. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 444. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=444&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 out. 2015

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

CHIQUEZI, Adler. *Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante*. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp099252.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2016

CHEROBINO, Vinicius. *As milícias de verdade*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/comportamento/as-milicias-de-verdade>>. Acesso em: 06 jun. 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. *Justiça Restaurativa: o que é e como funciona*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em 30 jun. 2016.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Exame Criminológico: execução penal*. 5. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Forense. 1997

DICIO. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/circunstancia/>>. Acesso em: 18 out. 2015

DEZ medidas para que as cadeias deixem de ser medievais. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/teste>>. Acesso em: 23 jun. 2016

FERREIRA JUNIOR, José Carlos P. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Disponível em: <<http://blog.projetoexamedeordem.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

FRANCESCO, Wagner. *A arquitetura carcerária: tratamento penal e a desumanização do detento*. Disponível em: <<http://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/artigos/136110824/arquitetura-carceraria-tratamento-penal-e-a-desumanizacao-do-detento>>. Acesso em: 23 mai. 2016

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2013

GIACOMINI, Eduarda. *A justiça terapêutica como alternativa ao sistema penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em 12 out. 2015

GOMES, Luiz Flávio. *Violência epidêmica e política equivocada*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>. Acesso em: 29 mai. 2016

_____. *Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoos-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V.1, 8. ed. Niterói: Impetus, 2007

HESPAHOL, Cibelih. *Prisões suecas: aqui se reabilitam seres humanos*. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/blog/2014/01/08/prisoos-suecas-aqui-se-reabilitam-seres-humanos/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luigi Ferrajoli*. Tradução: Hermes Zaneti Junior. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/733/1757>>. Acesso em: 15 jun. 2016

KAWAGUT, Luis. *Prisões-modelo apontam soluções para crise carcerária no Brasil*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140312_prisoos_modelo_abre_ik>. Acesso em: 21 jun. 2016

LEAL, Alberto Aziz; BASTOS NETO, Osvaldo. *A criminalidade nas favelas brasileiras, a luz da teoria da desorganização social: Um estudo sobre o controle criminoso interno nas comunidades pelo tráfico de drogas, devido à consequência da segregação*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9988>. Acesso em: 06 jun. 2016

LIMA, Josias. *As teorias da finalidade da pena*. Disponível em: <<http://josiaslima.jusbrasil.com.br/artigos/295821587/as-teorias-da-finalidade-da-pena>>. Acesso em 06 jul. 2016

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1942

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista*. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/205/205>. Acesso em: 15 jun. 2016

MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova. *Do papel do Ministério Público na Execução Penal*. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2016

MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. *O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro*. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em 06 abr. 2015

MELO, Gustavo Henrique Arrussul de; RABELO, Rogeres. *A questão da politização do judiciário*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/politica-e-direito/artigos/a-questao-da-politizacao-do-judiciario>>. Acesso em: 13 jun. 2016

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

MOREIRA, Luiz. *O século do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/183976/Politizacao-do-Judiciario-e-ameaca-a-democracia.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2016

MUNDIM, Leonardo. *Podem os juízes legislar?* Disponível em: <<http://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/3040265/podem-os-juizes-legislar>>. Acesso em: 08 jun. 2016

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. *Individualização da pena*. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PAIVA, Caio. *Na série Audiência de Custódia: conceito, previsão normativa e finalidades*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 21 jun. 2016

PEIXINHO, Manoel Messias. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3>>. Acesso em: 13 jun. 2016

PERRET, Marcelo. *Montesquieu e a divisão de poderes: sistema de freios e contrapesos*. Disponível em: <<http://www.lopesperret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>>. Acesso em: 08 jun. 2016

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e nossos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015

ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender o garantismo penal de Ferrajoli*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 15 jun. 2016

ROSA JUNIOR, Faustino da. *O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164>. Acesso em: 08 jun. 2016

ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014

SÁ, Alvinho Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

SANTANA, Nathália de Macêdo. *O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito penal*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1387/1074>>. Acesso em: 23 jun. 2016

SANTOS, Altair. *Arquitetura penal obedece diretrizes específicas*. Disponível em: <<http://www.cimentoitambe.com.br/arquitetura-penal-obedece-diretrizes-especificas/>>. Acesso em: 24 mai. 2016

SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Relatório de Pesquisa: *Reincidência*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2016

SOUZA, Ana Paula de. *Função ressocializadora da pena*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/283492-funcao-ressocializadora-da-pena>>. Acesso em: 30 jun. 2016

WELFORT, Francisco C. (Org). *Os clássicos da política*. V. 1, 13. ed. São Paulo: Ática, 2006

ZALUAR, Alba. *Morte e vida nas favelas*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/educacao/morte-e-vida-nas-favelas>>. Acesso em: 06 jun. 2016