



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PERSONALIDADE DO AGENTE E RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO - DESAFIOS DA
PSICOLOGIA JURÍDICA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Erika Mota Tocantins

Rio de Janeiro
2018

ERIKA MOTA TOCANTINS

PERSONALIDADE DO AGENTE E RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO - DESAFIOS DA
PSICOLOGIA JURÍDICA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

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

Orientadora: Prof^ª. Christiane Maria Coelho
Moreira

Coorientadora: Prof^ª. Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

ERIKA MOTA TOCANTINS

PERSONALIDADE DO AGENTE E RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO - DESAFIOS DA
PSICOLOGIA JURÍDICA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

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

Aprovada em ____ de _____ de 2018 – Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Celso Ferreira Filho - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidada: Prof^ª Claudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Orientadora: Prof^ª Christiane Maria Coelho Moreira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO (A)AUTOR(A)

Aos meus sobrinhos, Daniel e Lucas, que são meus grandes vetores de amor e de esperança que me fazem acreditar que o amanhã seja um lugar melhor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar todos os dias a força da qual necessito para seguir em frente e a fé de que podemos melhorar o mundo no qual habitamos.

Aos meus pais, que me deram a educação e o apoio necessário para conquistar os meus objetivos e o amor para enxergar o que está além do óbvio.

À minha irmã, a quem admiro muito, que sempre esteve disposta em ajudar no que eu precisasse, por acreditar em mim e me incentivar a todo instante.

À professora Néli pela sua irretocável contribuição e lições singulares com tamanha maestria em seu ofício. Ela que me ensinou, mas também engrandeceu as minhas tardes com nossos papos intermináveis sobre ciências sociais.

À minha querida orientadora que com seu jeito singelo e carinhoso soube conduzir perfeitamente a nossa troca de ideias e produtividade a ser inserida no estudo. Agradeço pela confiança e por acreditar no tema trabalhado.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro que sem ela não teria tido a percepção da conscientização do quanto o Direito é capaz de ofertar como ciência caminhando ao lado do senso humanístico, pois desde o momento que pus os pés nessa instituição ela irradiou no meu subconsciente muitas ideias, inspirações e aspirações, sobretudo, me disciplinando em um caminho árduo, mas que não me arrependo em um só segundo, pois foi transformador, um divisor de águas em minha vida e sou muita grata por isso.

À toda equipe que coordena e auxilia os alunos durante a trajetória do projeto monográfico, eles são mais do que profissionais, são pessoas do bem sempre dispostos em colaborar.

Aos meus amigos, Dmi, Diego e Abby que me deram suporte em materiais, sugestões, participando cada um da sua maneira.

A Rigo, que tem o cuidado, a preocupação e o amor que me põe para cima; por ter escolhido passar os seus dias ao meu lado e acreditar nos meus sonhos.

À Nessa e Anne por me motivarem nos momentos mais difíceis e não me deixarem cair sequer uma vez, me trazendo o conforto da amizade durante à Emerj e para além da escola; por me ouvirem, me ajudarem e me deixarem compartilhar as minhas descobertas.

À Bel e à Tati, grandes amigas-irmãs que a vida me deu e me inspiraram profundamente a mergulhar na psicologia, com o essencial para aprimorar o meu estudo.

Agradecimentos especiais a todos aqueles que, de alguma forma me ajudaram a seguir com meus objetivos.

“Viver na Fundação não é bom
Bom é ser livre em toda situação
Mas tenho minha opinião
Sobre este período de transição
Que muitos dizem ser prisão.

Nesse lugar, maldade...
Que no mesmo tempo é saudade
Por estar privado de liberdade
Mas tenho um lado positivo
Nesta realidade
Estou me reabilitando para a sociedade.

Acordo e vejo grades
Meu peito dói de verdade
Só quem passou
Por isso sabe
De todas as realidades
E crueldades...
A maior necessidade
É a Liberdade!

Aqui as lições de vida
Transmitem coisas boas
Reconhecimento como pessoa
Que errar é humano
Mas aprender é a melhor coisa.

Atrás desses momentos tem algo impressionante
Hoje me tornei um estudante
Descobri que sou inteligente”

(Interno da Fundação Casa, ligada a Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo, Vida em transição, vencedor na categoria de poemas da Olimpíada de Língua Portuguesa. <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2014/12/interno-da-fundacao-casa-e-vencedor-em-olimpiada-de-lingua-portuguesa.htm>)

“Somente quando o Direito deixar de negar que os atos e fatos objetivos passam pelo inconsciente...poderemos estar mais próximos do ideal de justiça.” (Rodrigo da Cunha Pereira)

SÍNTESE

A pesquisa tem como objetivo inicial traçar os aspectos essenciais encontrados nas ciências sociais que explicam o desenvolvimento da personalidade humana até o cometimento do ato criminoso e a sua relação com o direito penal e a criminologia. Com isso, a finalidade é demonstrar a importância em se aplicar a psicologia jurídica no momento da valoração da personalidade do agente, na primeira fase da dosimetria da pena, viabilizando, assim, um benefício ao aspecto ressocializador do preso. Nesse sentido, vem sugerir uma alteração legislativa para acrescentar dois parágrafos, primeiro e segundo, ao art. 59 do Código Penal com o objetivo de substituir a função exercida pelo juiz, no que tange a valoração negativa da personalidade. A ideia é por uma equipe de profissionais habilitados da área social, como psicólogos e psiquiatras, capacitados e dotados de cientificidade sobre a personalidade humana, para elaboração de laudo psicossocial completo sobre o agente, pautado na preservação pela dignidade da pessoa humana, de modo a garantir a eficácia da função penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DO SURGIMENTO DA PSICOLOGIA JURÍDICA APLICADA AO DIREITO PENAL.....	13
1.1 Uma visão da trajetória entre a Psicologia e o Direito.....	14
1.1.2 Um ponto de interseção com a criminologia.....	19
1.2 Os desafios a serem enfrentados na pós modernidade.....	22
2. A INFLUÊNCIA DO MEIO SOCIAL NA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA.....	30
2.1 A personalidade em desenvolvimento sob a perspectiva jurídica.....	33
2.2 A família como fator central na proteção social do sistema brasileiro.....	44
2.2.1 Um histórico da inserção da família nas políticas públicas.....	45
2.2.2 Aspectos psicojurídicos e criminais no âmbito da proteção das minorias.....	49
3. DAS TEORIAS PENAIS NA EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA.....	60
3.1 Teoria absoluta e finalidade retributiva da pena.....	63
3.2 Teoria relativa e finalidades preventivas da pena.....	64
3.3 Teoria mista ou unificadora e finalidades retributiva e preventiva da pena.....	65
3.4 Abolicionismo penal.....	68
3.5 Teoria das janelas quebradas (“broken windows theory”): modelos de criminologia.....	69
3.6 Novos paradigmas de justiça penal ligados ao direito criminal.....	70
3.6.1 Psicologia investigativa.....	72
3.6.2 Justiça terapêutica.....	74
3.6.3 Justiça restaurativa.....	77
4. A PROBLEMÁTICA DA PERSONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA BASE NO BRASIL.....	82
4.1A análise judicial do Estado-juiz frente à circunstância judicial da personalidade do agente.....	85
4.2O critério da personalidade à luz do garantismo penal no sistema penal brasileiro...92	92
4.3 Uma possível solução a ser enfrentada: alteração legislativa no artigo 59 do CP.....95	95
4.4 Do interesse pela ressocialização do preso.....97	97
4.4.1 Os desafios da ressocialização face à lei de execução penal.....	103
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS.....	109

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

CC/02 – Código Civil de 2002

CPP – Código de Processo Penal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

LEP – Lei de Execução Penal

Min. – Ministro

NCPC – Novo Código de Processo Civil

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

Res. – Resolução

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

A importância da aplicação da psicologia jurídica transita pelo entendimento da personalidade humana no julgamento individualizado da pena realizado pelo magistrado, na primeira fase da dosimetria da pena, disposto no art. 59, caput do Código Penal, especialmente, no que se refere à circunstância judicial da personalidade do agente.

A problemática referenciada nessa atividade exclusivamente judicial demonstra a carência do conhecimento técnico e científico necessário para tal ato, já que a deficiência ao dosar uma circunstância judicial referente à psique humana, requisito subjetivo, interfere no cálculo da pena e conseqüentemente na viabilidade da reintegração social no momento da execução penal.

Nesse contexto, a análise da personalidade do agente, para fixação da pena-base, é para os profissionais competentes da área como psicólogos, psiquiatras, antropólogos, uma questão subjetiva e altamente complexa, quicá quando o Poder Judiciário destina ao arbítrio de um magistrado, conhecedor apenas das ciências penais, a valoração sobre aspectos morais e psicológicos do réu, o que leva a reflexão de que o enfrentamento é limitado pela defasagem de elementos ensejadores para tal averiguação, além da sua inaptidão profissional para tanto.

Dessa forma, a decisão contribui não para a análise da conduta danosa, mas para a manifestação dos conflitos interiores de quem julga, constituindo, um retrocesso na sistemática penal. O cumprimento da pena e a restauração social do preso como cidadão precisam ser coerentes com o fundamento da decisão judicial que pressupõe um julgamento com a sabedoria que se impõe.

A psicologia jurídica enfrenta atualmente importante papel na ressocialização do preso, já que funciona como um mecanismo genuíno na reconstrução do indivíduo condenado ou até mesmo de jovens infratores, a fim de que seja possível o retorno à sociedade dentro do que a Constituição predispõe.

Por estar incluída no instituto do direito penal, a psicologia jurídica caminha por toda a persecução criminal de modo a acompanhar a vida do indiciado, no intuito de aprofundar o conhecimento psicológico, a vida pregressa, o relacionamento familiar, no trabalho e com amigos, buscando definir comportamentos, estatísticas para a evolução do sistema jurídico, bem como no aprimoramento do sistema prisional brasileiro.

O capítulo 1 visa a tratar da interdisciplinaridade das matérias, psicologia, direito e criminologia e como a modernidade enfrenta o diálogo da personalidade com essas disciplinas inerentes à vida social.

Já no capítulo 2, é possível visualizar que a personalidade do agente está em boa parte ligada ao meio social, o que influencia na tomada de condutas. Assim, o capítulo revela a necessidade do profissional responsável por valorar a circunstância judicial enfrentar o histórico do agente, amigos, família, situação financeira, a vida pregressa, assim como problemas de ordem psíquica ou mesmo se há registros de violência em sua vida.

Busca-se no capítulo 3, observar que no momento da individualização da pena o magistrado deve procurar atingir a função penal, de acordo com os parâmetros inerentes a aplicação da teoria mista, adotada no Código Penal Brasileiro, tendo vista que as finalidades de retribuição e prevenção não se aplicam isoladamente, isso porque se vinculam a imposição de uma sanção penal face ao descumprimento da lei, mas, também, na preocupação com a reintegração do condenado.

Teorias internacionais surgiram para definir a melhor conduta ou paradigma para ser implantado numa sociedade. Não obstante as mais radicais, é necessário observar as estruturas de base de uma sociedade, ou seja, pilares de valores éticos e morais, como a educação e cultura que interferem diretamente na formação do caráter do indivíduo e no acompanhamento familiar que contribui para a sua personalidade.

Verifica-se no capítulo 4, a problemática da personalidade na aplicação da pena base, como composição dela, no momento da valoração negativa da pena. No entanto, é possível observar a psicologia jurídica como instrumento capaz de auxiliar nas decisões dos magistrados e garantir uma decisão mais equilibrada, técnica e científica.

Por conta disso e a fim de atender as novas transformações judiciais em que o entendimento pela psique humana é cada vez maior, surge a ideia de alterar a legislação penal, introduzindo dois parágrafos, primeiro e segundo, no artigo 59 do CP, para substituir a função do magistrado na avaliação da personalidade do agente, por meio de laudo psicossocial completo, elaborado por profissionais competentes da área social, capazes de aferirem a personalidade e o comportamento humano, objetivando a individualização da pena.

Há tempos, esse mecanismo perdeu destaque no sistema jurídico penal, isentando os operadores do direito de utilizar a psicologia jurídica como ferramenta eficaz para um olhar mais clínico e humanístico, o que levou a aplicação equivocada da lei, a elevada impunidade, a escola do crime e ao engessamento do sistema prisional.

Contudo, o resultado do desinteresse político e jurídico na reorganização dos sistemas penais culminou no Estado de Coisas Inconstitucional, um dos grandes desafios a serem enfrentados na desordem do sistema carcerário atual.

A pesquisa seguirá o método hipotético-dedutivo, pois é preciso abordar as ciências sociais inicialmente para possibilitar o questionamento da repercussão da execução penal a partir do desdobramento da individualização da pena comandada pelos magistrados.

O tipo de pesquisa é a bibliográfica, de natureza descritivo-qualitativa e parcialmente exploratória e exemplificativa, pois se pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em tela - legislação, doutrina clássica e moderna e jurisprudência - para sustentar argumentos que melhor se coadunem com a tese a ser apresentada.

1. DO SURGIMENTO DA PSICOLOGIA JURÍDICA APLICADA AO DIREITO PENAL

O estudo da personalidade humana se faz imprescindível para o acompanhamento judicial do indivíduo condenado, desde a decisão até o cumprimento da pena, muito embora o responsável por verificar a circunstância judicial da personalidade do agente e, exacerbá-la, seja o magistrado.

É relevante que se saiba da necessidade de se conhecer do nascimento à formação da psicologia jurídica, dos fundamentos da sociologia, da filosofia aliada às transformações sociais do mundo moderno, além da sua interdisciplinaridade com as ciências penais, para a melhor aplicação da Justiça.

A psicologia não tem uma definição certa. Ela é vista como uma simples matéria a ser cursada na graduação para entender melhor a mente humana. Um entendimento vazio e, muitas vezes, despido de valorização estrutural dessa especialização. Não se sabe dos propósitos, da complexidade de assuntos tratados, da imensa gama de estudos em constante pesquisa, da diversificação de tratamentos utilizados por cada profissional da área. Em resumo, a maioria das pessoas não faz a menor ideia do que realmente significa a psicologia e para o que serve.

Não se quer dizer que seja um tema fácil de delinear, mesmo porque discorrer sobre a mente humana é como mergulhar no inconsciente, no subjetivo, em um campo ainda muito desconhecido e, sobretudo, recente na história do mundo, em se tratando de ciência pura.

A desvantagem da ausência de conhecimento sobre a matéria tem como consequência prática, a dificuldade cada vez maior de lidar com os conflitos do cotidiano, entre amigos, parentes, colegas de trabalho e no convívio em sociedade. São esses conflitos, presentes diariamente, que surte a necessidade de estudá-los e entendê-los para o fim de solucioná-los com a melhor técnica.

A sociedade ainda enxerga a psicologia de maneira intolerante, muito embora os conflitos nascerem de relações humanas, tornando essencial a conscientização sobre a importância desse conhecimento.

Não há como desvencilhar da ideia que a problematização do mundo está na natureza do homem e o que ele faz, ou seja, o comportamento humano é estudado tanto pela Psicologia quanto pelo Direito.

Quase sempre a vida jurídica é afetada em razão dos transtornos vividos a partir dessas relações, individualmente ou com o outro. Ignora-se o conhecimento, o avanço na

engenharia do psiquismo, no entendimento do inconsciente, na detalhada leitura do subjetivismo.

De um modo geral, o direito aparece quando por meio dessa afetação, a psicologia por si só não consegue resolver a problemática, uma vez que a norma regulada pelo Estado visa impedir o desrespeito à lei e à violação à dignidade da pessoa humana.

A psicologia jurídica tem se tornado um estudo crescente, já que é preciso renovar as pesquisas, na tentativa de obter resultados primorosos no sistema jurídico e, em especial à ciência criminal, a fim de estabelecer uma cognição entre os crimes cometidos e o diagnóstico do preso.

O novo cenário de política jurídica tem aproximado os novos juristas das matérias que envolvem as ciências humanas, colocando-os em prática com o senso humanístico e os fazendo enxergar com o olhar clínico a importância da Psicologia Jurídica como base para as decisões judiciais.

Exigiu-se, portanto, um interesse na atuação de variados operadores do direito, como: promotores, advogados, psiquiatras e psicólogos forenses e magistrados. Isso porque, a interdisciplinaridade acendeu novas expectativas de crescimento no conteúdo jurídico e percebeu-se a importância da conexão entre as áreas.

Essa união entre a psicologia e o direito faz da psicologia jurídica, um instrumento valioso para ser aplicado no universo jurídico com o objetivo principal de aprimorá-lo, em especial no direito penal com a ressocialização do preso.

1.1 Uma visão da trajetória entre a psicologia e o direito

Um olhar mais consciente sobre a matéria permite verificar que o ser humano compreende de maneira mais eficaz aquilo que é palatável, seja através da linguagem mais didática, seja das experiências adquiridas.

Com efeito, tratar da Psicologia e do Direito não pode ser uma tarefa complicada recheada de enigmas, mas deve ser observada com bastante atenção na tentativa de ampliar a sabedoria dessas ciências e chegar ao ponto de interseção entre elas.

A Psicologia é uma ciência baseada em fatos empíricos e, por assim ser, é regida pelas mesmas leis do método científico, as quais regem as outras ciências, como a sociologia, a antropologia, a filosofia. Tem-se que Psico = mente e logia = estudo. Portanto, “a Psicologia

moderna pode ser definida como o estudo científico do comportamento e dos processos mentais”¹.

Ao aprofundar o seu estudo, verificam-se cinco linhas teóricas, escolas ou sistemas de base utilizados por profissionais da área para delimitar qual será o tratamento a ser aplicado em determinado paciente. São estas: a Psicologia com base Psicanalítica; a Experimental; a Comportamental (chamada também de Behaviorismo); a Humanista e Existencial e; a Gestáltica. Há registros com contribuições do Funcionalismo e da neurobiopsicologia.

A princípio, a Psicologia é uma disciplina ainda muito recente, sobretudo, porque o reconhecimento da profissão no Brasil ocorreu na década de 1960, regulamentada em 1962, pela Lei 4.119, que dispôs sobre os cursos de formação em psicologia. Tanto é a carência de maturidade e o investimento no saber da mente humana que seu contato com a psicopatologia², por exemplo, é temeroso e incerto; e com a psicanálise³, permanentemente contraditório.

Diante da raiz histórica, a Psicologia surge de um lado como ciência no século XX e de outro, o Direito surge com a fundação da cidade de Roma, em 753 a.C., de modo que a etimologia da palavra direito vem do latim *directus*, significando "que segue regras pré-determinadas ou um dado preceito".

Todavia, tanto o Direito quanto a Psicologia habitam o mesmo universo, pois tratam de relações humanas, ou seja, coexistem nas sociedades humanas, uma vez que sem elas não há conflitos a serem solucionados seja de ordem emocional, quanto comportamental e normativa.

Nesse sentido, entende Fernandez⁴ que “a psicologia vive obcecada pela compreensão das chaves do comportamento humano e o direito é o conjunto de regras que busca regular esse comportamento, prescrevendo condutas e formas de solução de conflitos, de acordo com as quais se deve plasmar o contrato social que sustenta a vida em sociedade”.

Verificada a aproximação entre os dois institutos, a Psicologia Jurídica iniciou-se no Brasil de forma gradual e bem lenta, na área criminal, familiar e da infância e juventude. Os primeiros trabalhos ocorreram na área criminal, enfocando estudos acerca de adultos

¹TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 27.

²A psicopatologia pode ser caracterizada como o estudo descritivo dos fenômenos psíquicos “anormais”, estudando gestos, comportamentos, expressões e relatos autodescritivos do enfermo, como o sofrimento da mente.

³A psicanálise, no entanto, visa tratar de desequilíbrios psíquicos, analisar o comportamento humano, decifrar a organização da mente e curar doenças carentes de causas orgânicas.

⁴SOBRAL FERNÁNDEZ, ARCE, PRIETO, apud TRINDADE, op. cit., p. 29.

criminosos e adolescentes infratores da lei.⁵ O trabalho do psicólogo junto ao sistema penitenciário existe, ainda que não oficialmente, em alguns estados brasileiros há pelo menos 40 anos.

Contudo, foi a partir da promulgação da Lei de Execução Penal (Lei Federal nº 7.210/84), que o psicólogo passou a ser reconhecido legalmente pela instituição penitenciária, isso porque cada vez mais eles foram sendo chamados para tratar de questões processuais a fim de realizarem avaliações psicológicas.

Um exemplo disso foi quando os profissionais da Psicologia foram inseridos como integrantes da Comissão Técnica de Classificação unicamente, não sendo contemplada, entre as assistências previstas na LEP, a assistência psicológica.⁶

O que se pretendeu com a nova perspectiva da LEP era focar nas pessoas presas imputáveis, abarcando as pessoas que cumprem medida de segurança, o imputável ou semi-imputável. Deste modo, examinar o tema da loucura na execução penal é revisar a própria Psicologia Jurídica e construir caminhos para novas práticas dos psicólogos que atuam nessa área.⁷

Diante da paralisação das ciências ao deixar de compartilhar o mesmo objeto para atingir o objetivo principal que é a Justiça, a Psicologia Jurídica tornou-se apenas uma disciplina auxiliar e não uma ferramenta eficaz para melhorar o sistema jurídico e consequentemente o criminal, familiar, e outros.

Dessa forma, alguns autores⁸ identificam a psicologia jurídica com a psicologia judicial, forense ou legal na trajetória da psicologia e do direito. Entretanto, há uma diferenciação entre os termos, o que é visto atualmente.

Ou seja, a psicologia jurídica trata dos fundamentos psicológicos da justiça e do direito, enquanto a psicologia judicial aparece como a aplicação dos processos psicológicos a prática do jurista, sendo inaugurada com a psicologia criminal.⁹

Entretanto, o termo Psicologia Jurídica, ainda continua sendo muito utilizado como disciplina auxiliar, ao enfrentar os aspectos relevantes em processos criminais, servindo de alicerce para as decisões judiciais, sem se prender a epistemologia.

⁵ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *La psicología jurídica em Brasil*. In J. Urra. Tratado de psicología forense. Madrid: SigloVeintiuno de España Editores, 2002, p. 661-665.

⁶MARTINS, Simone; BEIRAS, Adriano; CRUZ, Roberto Moraes. *Reflexões e experiências em psicologia jurídica no contexto criminal/penal*. São Paulo: Vetor, 2012, p. 41-42.

⁷Ibid., p. 42.

⁸GARZÓN, Adela. *Psicología y justicia*. Valencia: Promolibro, 1990, p. 197-221. No mesmo sentido, MUÑOZ SABATÉ, Luis. et al. *Introducción a La psicología jurídica*. México: Trillas, 1980.

⁹TRINDADE, op. cit., p. 33.

Muito embora haja uma tendência maior para o direito na utilização das expressões Psicologia Forense, Judicial ou Judiciária, sobretudo, porque a Resolução nº75/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ratificou essa nova orientação na medida em que tornou obrigatório o conhecimento da Psicologia Judiciária para o ingresso na Carreira de Magistratura, incluindo-a na relação constante no Anexo VI, dentre as disciplinas que compõem o elenco de Noções Gerais de Direito e Formação Humanística, ao lado da Sociologia do Direito, da Ética e Estatuto Jurídico da Magistratura Nacional, da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito e da Política, é possível utilizar a Psicologia Jurídica para tratar da Psicologia judicial, penitenciária, criminal, entre outras.

Verifica-se que o Direito trouxe para o seu estudo científico, uma aproximação dos aspectos relacionados a outras matérias que tratam do comportamento humano, impulsionando os operadores do direito e, principalmente, o magistrado a participar dessa modificação transdisciplinar.

Mira y Lopez¹⁰ definiu a psicologia jurídica como “a psicologia aplicada ao melhor exercício do Direito”, significa dizer que é possível abrir outros leques, diante da atualidade, como a justiça terapêutica e a restaurativa, que será vista mais a frente.

Apesar da história tradicional de uma psicologia voltada para o campo jurídico se misturar com a própria história da psicologia, a sistematização de uma psicologia jurídica se deu posteriormente, sendo creditada oficialmente ao espanhol Emilio Mira y Lopez (1896-1964) e seu “Manual de psicologia jurídica”, que teve sua primeira edição em 1932. Mira y Lopez¹¹ em 1980 abordando seu primeiro trabalho de 1932 apontou a contribuição que a psicologia poderia dar às questões penais por meio do estudo dos diferentes tipos de personalidades.

Apresentou, ainda, propostas de tratamento diferenciado para o que classificou de delinquentes ocasionais e de delinquentes incorrigíveis, bem como serviços de combate à reincidência criminal. Assim, historicamente a avaliação psicológica, a perícia e a busca por classificações e perfis que indicassem supostas tendências criminosas foram reconhecidas como atividades construídas por – e para – um diálogo da psicologia com o direito.

Ainda não há muitos trabalhos monográficos, obras publicadas e artigos que possam aprofundar a matéria em termos teóricos quanto mais práticos no âmbito da justiça.

Ao longo dos anos, a Psicologia Jurídica ainda caminha a passos lentos, porém com alguns avanços no que tange à interdisciplinaridade das matérias, uma vez que não há ciência

¹⁰ LÓPEZ, Emílio Mira Y. *Manual de Psicologia Jurídica*. Campinas: Péritas, 2000, p. 18.

¹¹Id., *Manual de psicologia jurídica*. 6. ed. Buenos Aires: El ateneo, 1980, p. 260.

que sobreviva à atualidade, diante dos novos anseios da sociedade, sem que as matérias possam se complementar.

Quando se analisa a atuação dos psicólogos jurídicos, há uma predominância na área de exames e avaliação, veja-se o exemplo do profissional que avalia o indivíduo em processo de interdição¹² no Código de Processo Civil, ou aquele que examina os criminosos em direito penal.

É de suma importância a interação entre as áreas, a fim de que o jurista possa aprofundar as decisões judiciais em razão da comunicação detalhada com o profissional de psicologia atento ao processo. Uma vez que as situações ocorridas em casos criminais, por exemplo, exige um conhecimento específico, muitas vezes baseados em fatos comprovados cientificamente, que somente o conhecedor da matéria, como o psicólogo, detém.

Por outro lado cita Vivian Medeiros¹³:

“a demanda por acompanhamentos, orientações familiares, participações em políticas de cidadania, combate à violência, participação em audiências, entre outros, tem crescido enormemente. Esse fato amplia a inserção do psicólogo no âmbito jurídico, ao mesmo tempo em que exige uma constante atualização dos profissionais envolvidos na área. O psicólogo não pode deixar de realizar psicodiagnósticos, âmbito de sua prática privativa. Entretanto, deve estar disposto a enfrentar as novas possibilidades de trabalho que vêm surgindo, ampliando seus horizontes para novos desafios que se apresentam.”

Todavia, é difícil que o problema seja o desinteresse do profissional da psicologia em enfrentar as ramificações de trabalho que se mostram presentes no judiciário, como, por exemplo, nas propostas de concursos públicos para psicólogos atuarem em varas criminais, nas da infância e juventude, nas causas de violência doméstica e nas de violência contra idosos.

As propostas são muitas, diante da diversidade abrangente da Psicologia Jurídica, mas o problema está no desinteresse pelo investimento nessa área. Ou seja, está na falta da conscientização da importância da colaboração dos profissionais competentes atuantes da psicologia jurídica no sistema judiciário.

¹²Quanto à realização de perícia, o Código de Processo Civil fala em equipe de expertos com formação multidisciplinar para o acompanhamento em processo de interdição previsto no Código Civil Brasileiro. Equipe multidisciplinar seria a reunião de um grupo composto por especialistas em diversas e distintas áreas de formação acadêmica, permitindo uma troca e uma abrangência maior de conhecimentos destes profissionais em prol do mesmo objetivo, qual seja, a avaliação do interdito e de seu estado.

¹³LAGO, Vivian de Medeiros. Estudos de psicologia. *Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação*. Campinas, SP, v. 26, n. 4, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2009000400009>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

Quando a psicologia dialoga com as outras áreas de ciências penais como a criminologia, ela encontra uma infinidade de possibilidades para poder recriar a maneira pela qual o sistema penal lida com a ressocialização do preso à luz do conhecimento da personalidade humana.

1.1.2 Um ponto de interseção com a criminologia

Para Antonio García-Pablos de Molina¹⁴, a criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e trata de ministrar uma informação válida e contrastada sobre a gênese, dinâmica e variações principais do crime, contemplando-o como problema individual e social, assim como sobre os programas para sua prevenção especial, as técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e os diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.

O Direito Penal se dedica ao estudo das consequências jurídicas do delito, a criminologia, por seu turno, preocupa-se com os aspectos sintomáticos, individuais e sociais do crime e da criminalidade, isto é, aborda cientificamente os fatores que podem conduzir o homem ao crime. Ocupa-se das circunstâncias humanas e sociais relacionadas com o surgimento, a prática e a maneira de evitar o crime, assim como o tratamento dos criminosos.

A criminologia se constitui, desde sua emergência em um corpo multifatorial cujos elementos são compartilhados por outros saberes, e no qual boa parte dos sistemas penais ocidentais se sustenta até os dias atuais.

O Direito Penal é uma disciplina normativa que declara “o que deve ser”. Por sua vez, a Criminologia é uma ciência empírica que estuda “o que é” e por isso a urgência que se faz de trazer o enfoque da personalidade no universo criminal não como um retorno ao medievo, mas, sim, o papel de aplicar uma decisão fundamentada com conhecimento científico para uma melhor reintegração social.

Ao longo de décadas, um constante diálogo entre saberes criminológicos e psicológicos, bem como antropológicos, biológicos, sociológicos, proporcionou a emergência

¹⁴ MOLINA, Antonio García Pablos de. *Criminologia: una introducción a SUS fundamentos teóricos*. 6.ed. Santiago: Lexis Nexis, 2008, p. 1.

de teorias, abordagens e paradigmas; algum desses assimilados e associados historicamente mais a uma disciplina do que à relação entre elas.

É possível constatar a partir da compreensão de que desde a Antiguidade foram pesquisadas as características biopsíquicas de sujeitos autores de crimes com a finalidade de compreender as causas da criminalidade, sendo que isso ocorreu na Idade Média.

Ainda na Idade Média, verificou-se a emergência das chamadas ciências ocultas, que repercutiram na criminologia positivista do século XIX, visto que as chamadas fisiognomia e frenologia já se apresentavam como saberes que pretendiam investigar os comportamentos de sujeitos a partir de análises anatômicas, de sua fisionomia e das características de seus cérebros, respectivamente, embora sem a cientificidade que a criminologia positivista utilizou para embasar enunciados similares.¹⁵

De fato, na Idade Média, difundiu-se a ideia em prol da criminalização de sujeitos, como a chamada demonologia que se propôs a identificar os sujeitos transgressores das regras impostas pela Igreja Católica.

Quando o discurso da racionalização do sistema de justiça penal se fez presente, apresentou-se a defesa de interesses e bens da classe burguesa por meio da lei penal que permaneceu sustentada por um discurso científico que emergiu na metade do século XIX: o criminológico positivista – identificado em textos publicados na época como o de Lombroso¹⁶ e o de Ferri¹⁷. Para a maioria dos autores¹⁸, Lombroso foi o fundador da criminologia moderna.

Ao fornecer informações sobre o delinquente, o delito, a vítima e o controle social, objetos da Criminologia, ela contribui com o estudo das causas do crime. Assim, o crime é um evento desconsiderado pelos positivistas, o foco dos estudos está no criminoso e quais são os fatores que geram esse comportamento voltado para o delito. Esses fatores podem possuir inúmeras raízes como, por exemplo, psicológicas, socioeconômicas ou até mesmo biológicas.

Mas criminólogos positivistas pesquisaram os sujeitos criminosos, mediram crânios, verificaram batimentos cardíacos; compararam sujeitos livres e considerados normais com os aprisionados e supostamente anormais; estudaram adultos, jovens, crianças e mulheres; enunciando, assim, sujeitos que poderiam ser apontados na rua por policiais, por vítimas em potencial ou, ainda, identificados quando em seu nascimento por uma herança genética que pudesse ser indicativo de uma criminalidade futura. O controle de grupos e sujeitos

¹⁵MARTINS; BEIRAS; MORAES CRUZ, op. cit., p. 14.

¹⁶ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 30.

¹⁷ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 141.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia: Aproximación desde um margen*. Tercera reimpressão. Bogotá: Temis, 2003, p. 99.

supostamente perigosos nunca pareceu tão fácil quanto apresentado pelo discurso criminológico positivista.¹⁹

Por isso são as raízes influenciadoras de fatores extraindividuais da criminalidade, assim como discursos do interacionismo e do construcionismo social que não podem ser descartadas no momento da avaliação do ato criminoso, pois por muito tempo apenas a criminologia positivista ganhou espaço.

Enquanto as teorias psicológicas apresentam tantas relações com a criminologia positivista, pouco se relacionam com o discurso criminológico crítico. Isso porque, esta parte da concepção acerca da constituição do sujeito autor de crimes a partir de processos de interação social, bem como da definição e tipificação de grupos e indivíduos, que é identificada sua matriz no discurso do interacionismo simbólico, originário da citada psicologia social.

A partir desse discurso psicológico verifica-se o enunciado da identidade desviante via introjeção de papéis sociais, do rótulo de criminoso, da criminalização, estigmatização, etiquetagem e estereotipia, todos os aspectos também relacionados com o discurso criminológico crítico.

Observa-se uma aproximação cada vez mais nítida da criminologia ao abrir espaço para psicologia social trazida pela sociologia e muito verbalizada por sociólogos influentes no século XXI como, Zygmunt Bauman que aborda alguns traços de base da sociedade no próximo item quando atravessa a modernidade.

A criminologia crítica, por exemplo, aponta a sociedade e o direito penal como responsáveis pela criminalidade por participarem da constituição da identidade social dos sujeitos autores de crimes e da seletividade penal que historicamente dá maior visibilidade a determinados grupos.

E essa característica encontra-se na própria estrutura patriarcal da cultural brasileira dotada pela misoginia, com a desvalorização dos menos favorecidos que estão à margem da sociedade, como os pobres, os negros, os menores, os idosos e as mulheres.

Dessa forma, alguns sujeitos são rotulados como criminosos em potencial e sobre eles são depositadas expectativas, o que corresponde ao mecanismo da profecia autorrealizadora apresentada tanto por ambos os discursos. A partir desses processos que grupos são tratados diferenciadamente.²⁰

¹⁹MARTINS; BEIRAS; MORAES CRUZ, op. cit, p. 17.

²⁰Ibid., p. 27-28.

Não bastasse o estudo da interdisciplinaridade, é preciso aprimorar a capacidade de estar o direito atualizado diante da evolução da sociedade frente às questões pós modernas que muito problematizam e causam conflitos na vida humana, o que pode significar um perigo para a construção de um sistema jurídico eficaz.

1.2 Os desafios a serem enfrentados na pós modernidade

Aqui essa ponderação com o social fica mais clara de ser observada, haja vista que olhar apenas para o comportamento criminoso não é o bastante, mas sim construir um parecer entorno dele com base na sua dinâmica social, econômica e familiar.

O ser humano é um animal que não tem solução, e parte da capacidade de ser um “ser” inteligente é marcado pela angústia de que tem sempre alguma coisa errada com a sua existência²¹.

Essa construção foi muito bem debatida no Diagnóstico de Zygmunt Bauman²² para a pós modernidade, já que apesar da Psicologia, como ciência, ser uma matéria recente, as discussões sobre a felicidade, moral, existência já perduram por muitos anos.

Na história do mundo, tem-se o Holocausto como referência para a “gota d’água” da era da modernidade, pois lá trabalhavam pessoas normais, isto quer dizer, que as mesmas pessoas que cometiam os massacres, tinham uma preocupação com o lar, com a família, com a escola dos filhos.

Percebeu-se que a preocupação com a administração da vida, distancia o ser humano da reflexão moral. A pessoa começa a se preocupar com a ideia de eficácia, que tudo deve seguir em prol de um sucesso. Preocupa-se em resolver problemas, sem introduzir uma questão moral.

²¹“Aristóteles foi um filósofo que observou que o homem é um ser que necessita de coisas e dos outros, sendo, por isso, um ser carente e imperfeito, buscando a comunidade para alcançar a completude. E a partir disso, ele deduz que o homem é naturalmente político e por isso o homem ser sem solução, pois mostra a sua insatisfação constantemente.” CABRAL, João Francisco Pereira. *O conceito de animal político em Aristóteles*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/o-conceito-animal-politico-aristoteles.htm>> Acesso em: 15 nov. 2017.

²²PONDÉ, Luiz Felipe. *O Diagnóstico de Zygmunt Bauman para a Pós-Modernidade*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/s%C3%A9rie-%E2%80%9Co-diagn%C3%B3stico-de-zygmunt-bauman-para-p%C3%B3s-modernidade%E2%80%9D>> Acesso em: 15 nov. 2017.

O Holocausto, portanto, é o ápice deste tipo de dinâmica da violência e a racionalidade instrumental, como vai ensinar a Escola de Frankfurt²³, quando aborda também a racionalidade administrativa que chega ao topo.

Para Bauman, o Holocausto não foi simplesmente um problema judeu nem fato da história judaica apenas. O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura.

Nesse sentido, o que se quer dizer é o fato de que assim como aconteceu tamanha brutalidade com o holocausto continua acontecendo todos os dias na sociedade brasileira em decorrência do alto índice de crimes cometidos e por nenhum momento a sociedade divide seus esforços para encarar os problemas sociais da era moderna a fim de evitar novos crimes.

E isso só é possível se for dada atenção ao conhecimento técnico e científico da sociologia, da psicologia, da antropologia para entender que uma decisão judicial, por exemplo, não pode ser vista de forma rasa, apenas com as informações superficiais do criminoso, mas sim de todo um trabalho histórico e da vida social do indivíduo com o objetivo de aplicar a pena correta e assim ressocializá-lo devidamente.

No entanto, o que se vive atualmente é pensar que seria melhor que a modernidade comece a fracassar, pois no “capitalismo tudo que é sólido desmancha no ar”.

Em outras palavras, urge a necessidade de pensar numa sociedade que conceba as relações para além do binômio vendedor-comprador e, ipso facto, para além da lógica do capital que inclui os consumidores adequados e exclui os consumidores defeituosos a partir da medida do potencial de consumo²⁴, tornando assim as técnicas de aviltamento do Holocausto uma prática vigente com uma roupagem diferente. Isso faz evocar a memória, o trauma da segregação e traz à consciência a ideia que o lugar do excluído de hoje não muito difere da situação da vítima conduzida friamente à câmara de gás. A diferença é que este, em pouco tempo, tem seu corpo cremado enquanto que aquele morre lentamente sob os flagelos da fome e da desigualdade.

²³A racionalidade administrativa tem ascensão no nazismo, pois seus líderes usavam uma técnica, uma administração burocrática completamente racionalizada para arrastar milhões de seres humanos às câmaras de gás e exterminá-los com o máximo de eficiência. A partir disso conclui que esse tipo de racionalidade entendida como mero meio (instrumental e eticamente neutra) pode ser usada para justificar quaisquer fins, inclusive fins absurdos como extermínios.

²⁴BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.85.

Como frisa o próprio Bauman, no mundo de desigualdades onde há poucos vencedores solitários, o destino final dos excluídos (os desajustados do sistema) é o lixo, isto é, o padecimento ao assistencialismo e a descartabilidade.

O modelo de empresa capitalista, assim, por se constituir em função da razão instrumental, também serve de meio de desnaturação do humano nas relações sociais, pois condiciona o sentido de comunidade a perspectiva da vantagem econômica,²⁵ suplantando qualquer outra dimensão do homem à esfera econômica.

A era da modernidade começa nos anos de 1.500, aproximadamente, na crença da transformação do mundo através da ciência, da racionalidade (Copérnico, Galileu). Atinge a sua maturidade no século XIX por intelectuais que acreditam em como a história se desenvolve em sociedade com a troca de mercadoria, por exemplo.

Já no século XX, como referiu Freud²⁶, pioneiro da Psicanálise, a civilização precisava ser assumida, e a normatividade dirige-se a esse fim, na medida em que promove a renúncia ao instinto, operando a inserção do sujeito na cultura.

Freud detalha essa perspectiva, a partir do contexto do inconsciente, já que os fatos da vida humana estão repletos de subjetividade, ainda pouco explorados, mas com o infinito de possibilidades a ser desvendado, o que se realiza em ter uma visão geral de si, dos outros e da sociedade em que habita.

Na modernidade sólida, nas palavras de Bauman, verifica-se a noção de um Estado organizado, que seria a instância produtiva do mundo. O Estado que garantiria a qualidade de vida das pessoas e um capitalismo civilizado sobre o seu controle.²⁷

Na chegada da pós modernidade, o Estado possui um papel cada vez menor, tendo em vista que se tornou uma empresa ineficiente e para que ele continue a ganhar espaço é preciso que encolha, como é o caso das privatizações, desestatização, mercados livres, e outros.²⁸

Isso quer dizer, que o Estado vai dando espaço ao capitalismo anunciando a pós modernidade com seus conflitos sociais que tanto operam no inconsciente de indivíduos que não se adaptam a essa sistemática quanto aos reflexos tidos no meio social, como a desigualdade de classes, dando margem a pobreza e conseqüentemente a violência.

²⁵ENRIQUEZ, Eugéne. O indivíduo preso na armadilha da estrutura estratégica. *Revista de Administração de empresas*, São Paulo, V. 37, n. 1, 1997, p. 18-29.

²⁶ FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1969, p. 19.

²⁷A pós modernidade (Zygmunt Bauman). Palestrante: Luis Felipe Pondé, São Paulo, CPFL CULTURA, 2014, 1 DVD.

²⁸ Ibid.

O cidadão contemporâneo está preocupado com a qualidade, ele enxerga outras oportunidades no mercado. Assim, a consciência pós moderna, da perspectiva que se começa ter diante do mundo, instala-se na forma de mal estar. No fundo as pessoas não querem saber a verdade, como bem observado nos escritos em Habitantes de Gaiolas que é uma paródia do Mito da Caverna, de Platão²⁹.

Na pós modernidade, o mundo entra em decadência, pois não há mais para onde seguir, cai-se num abismo. É uma era em que se discute a relatividade. Enquanto na era da modernidade acreditava-se na razão, na pós modernidade não se acredita em nada.

Por isso fala-se na modernidade líquida, onde não há mais garantia de que aquilo que foi conquistado permaneça ao seu lado, como família, emprego, e outros assuntos tidos como importantes. Cada vez mais, as pessoas por não conseguirem preencher os requisitos da felicidade trocam por outro e, no entanto, não batalham mais por nada, pois absolutamente tudo se torna difícil, um obstáculo a ser ultrapassado para se chegar a lugar nenhum.

Em resumo, a pós modernidade se traduz por uma era efêmera, vazia, sem conteúdo, onde a moral se perdeu. Trata-se da Ética para o inverno³⁰ (atravessando um deserto), em outras palavras, as pessoas estão atravessando um deserto no inverno e se parar a casca é fina, ela racha e a pessoa morre, então, é preciso correr muito por mais que esteja correndo sem saber aonde se quer chegar.

Com isso, as crises decorrentes da globalização com a chegada da pósmodernidade faz das relações entre os indivíduos cada vez mais interculturais. Traz ao jurista a necessidade de ampliar os seus conhecimentos interdisciplinares, já que as duas ciências tratam do comportamento humano, a fim de superar o vazio que predomina nos dias atuais.

O operador do direito não consegue mais aplicar o direito somente com a normatividade, voltado tão somente para ciência jurídica, sem observar os traços periféricos, marcados por um mundo em constante inovação.

Tanto a Psicologia quanto o Direito são ciências que carregam em sua essência a abertura para seguir as transformações e ir se adaptando a elas. Atualmente, não há mais como

²⁹Os seres humanos tem uma visão distorcida da realidade. No mito, os prisioneiros somos nós que enxergamos e acreditamos apenas em imagens criadas pela cultura, conceitos e informações que recebemos durante a vida. A caverna simboliza o mundo, pois nos apresenta imagens que não representam a realidade. Só é possível conhecer a realidade, quando nos libertamos destas influências culturais e sociais, ou seja, quando saímos da caverna. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/platao/mito_da_caverna.htm>. Acesso em: 19 abr. 2017.

³⁰A metáfora que descreve este percurso é a de um diagnóstico psicossocial de uma época e a luta pela construção de estratégias de vida diante de um mundo feroz, veloz e incerto. A pós-modernidade, conceito filosófico, social e psicológico, é marcada por uma série de desafios. Sua raiz é o despertar do sono dogmático da modernidade e sua crença na razão instrumental e na vida administrada. As utopias modernas jazem sob os escombros do projeto iluminista. Disponível em: <http://radeir.blogspot.com.br/2011/11/zygmunt-bauman-uma-etica-para-o-inverno_10.html>. Acesso em: 19 abr. 2017.

manter o mesmo pensamento jurídico como se o Direito fosse a única solução e, ainda buscar precedentes arcaicos para definir àquele julgamento.

Mas ainda há aqueles que persistem em não acompanhar o passo da evolução, negando existir um ponto de conexão entre os ramos, atuando cada qual em universos diferenciados.

E nessa dicotomia estabelecida entre o passado e a modernidade, instaurou-se “uma fetichização do jurídico e levou a um desprezo pelos demais saberes não normatizantes”³¹, atrasando a oportunidade de evoluir para a melhora do sistema jurídico.

Os que mantiveram essa forma de pensar permanecem fincados com suas raízes profundas desde a concepção clássica, na divisão entre a ciência pela objetividade e a filosofia pela subjetividade.

Essa maneira de comportamento se reflete em vários campos da vida em sociedade, em dar importância a praticidade e ao objetivismo deixando sem importância a subjetividade.

No sistema criminal brasileiro, o crime tem o seu enfoque apenas quando do cometimento, com o sentimento de garantir a represália contra o agente criminoso por meio da prisão, sem tornar relevante o momento da individualização da pena e até mesmo na ressocialização do preso, sobretudo, se a execução penal foi eficaz.

Em outras palavras, se quer manter a mesma formação que se deu a partir do século XIX, com a aproximação do direito com a psicologia, por Ihering³² (1877) que defendia a existência de um sentimento de justiça coletivo como fonte do Direito Positivo.

Segundo informações³³, contribuíram para esse período de junção do Direito com a Psicologia:

as obras do filósofo Fichte, *Fundamento do Direito Natural*(1796); do médico francês Prosper Despine com sua obra *Psychologie Naturelle* (1868); de Gabriel Tarde com *La philosophie pénale* (1890) e *Les Transformations du droit* (1893). Além destes, foram influentes os italianos, Lombroso (1876) e Marro (1887), e os alemães Kurella, Baer e Gross(1893) e o francês Laurent (1908).

Talvez, o Direito tenha avançado mais dentro da sua própria formação com relação às próprias disciplinas jurídicas, já que os princípios fundamentais, como a dignidade

³¹TRINDADE. op.cit., p.30.

³²ROCHA, Marcela Magalhães; NUNES, Samuel Lucas Ferreira. *A interdisciplinaridade na interface da psicologia jurídica aplicada ao direito*. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj038206.pdf>> Acesso em: 24 mai. 2018.

³³ Ibid.

da pessoa humana, funcionaram como uma escada para o crescimento do saber jurídico em constante adaptação do que a pré-modernidade apresenta.

Apesar disso, a segurança jurídica acaba sendo um fator impeditivo para a transformação social. Do mesmo modo, a psicologia não consegue desenvolver os seus pensamentos por diversos fatores, não só pela ausência de incentivo a novas reflexões, mas também em tecnologias para o aprimoramento do conhecimento científico.

A psicologia jurídica, no entanto, não traz para muitos magistrados o determinismo e a especificidade que o direito necessita, o que faz da filosofia ser melhor compreendida por ter uma amplitude maior, universal.

Assim, por ser tratada como ciência de menor significância, ela é representada basicamente pela escola do psicologismo jurídico, o realismo americano e o escandinavo, com o fim de buscar a Justiça.

Ao se deparar com o campo das emoções, o juiz analisa a realidade externa quando da elaboração da decisão judicial, porém não há como esquivar-se da realidade interna, uma vez que os magistrados são seres humanos e como criaturas terrenas podem cometer equívocos de natureza subjetiva, em decorrência da influência da bagagem de sua existência, que são interpretadas pelos mesmos como se racional fosse, dotado de total credibilidade.

Visto esse risco, Gulotta³⁴ refere à justiça consciente e há uma justiça inconsciente que podem ser determinantes quando do pronunciamento judicial. Assim a questão da normatização objetiva não é somente a única a ser utilizada, pois o subjetivismo é algo intrínseco, ausente o olhar externo sobre as coisas. Para melhor ilustração, segue quadro abaixo:

	Justiça Consciente	Justiça Inconsciente
Réu	Condenado somente se julgado culpado.	Condenado ainda se inocente por culpas infantis pregressas
Crime	Perseguido somente na forma tentada ou consumada.	Perseguido ainda que apenas imaginado.
Transação	Às vezes é possível.	Difícil devido à estreita relação entre justiça inconsciente e desejos inconscientes.
Natureza da Pena	De acordo com o prescrito em lei.	Sempre severa e independente da natureza do crime.
Mais pena pelo mesmo delito	Não é possível.	Reiteração constante das penas

³⁴ GULOTTA, Guglielmo. Dinâmica psicossocial da Decisão Judicial. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Nova fase, vol. 1, n. 22, 1992, p. 78-88.

		pelo mesmo fato.
Término da Pena	Determinado pelo juiz.	Punição ilimitada no tempo. (O inconsciente é atemporal: não tem passado nem presente nem futuro).
Tipos de Penas	Pecuniária detentiva (restritivas de liberdade ou de direitos)	Sentimento de culpa, remorso, depressão, distúrbios neuróticos de vários tipos, suicídio (...)
Garantias para o imputado	Código de Processo Penal: defesa, direitos processuais, garantias constitucionais (...)	A única lei é aquela do talião. A defesa é praticamente impossível, e o ego quase sempre sucumbe à força do superego, que o tiraniza, porque lhe atribui responsabilidade sobre a base de violações pregressas e só remota e inconscientemente análogas.
Defesas comuns	Negação dos fatos, álibi, circunstâncias atenuantes, etc.	Aceitação da pena por uma violação menos grave que mascara a verdadeira imputação.
Graus de juízo	Pelo menos dois (juízo singular e colegiado, primeiro e segundo grau de jurisdição)	Não existe a possibilidade de recurso (apelação, agravo, embargos, etc). Jurisdição única e interior.

Adaptado de Gulotta³⁵ por Jorge Trindade.

Transportando essa linguagem técnica para a individualização da pena realizada pelo magistrado, a problematização surge quando se valora a pena base sobre circunstâncias de cunho subjetivo, sem dar atenção a todo conhecimento científico da psique humana atrelados ao apoio de profissionais capacitados, a fim de proferir uma decisão consistente não apenas na normatização da justiça consciente, mas, sobretudo, a inconsciente.

A partir da leitura de sentenças e acórdãos, percebe-se a grande incidência de afirmações genéricas ou restritas a determinações de temperamento e caráter. Não há a investigação das bases estruturais da personalidade.³⁶

³⁵Id. *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*. Milano: Giuffré, 2002, p. 570.

³⁶BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 209.

Não há qualquer dúvida, de que o julgamento inconsciente é marcado por fatores capazes de integrar as decisões humanas em geral. Por isso, a importância em se discutir tanto os aspectos relevantes do processo, quanto às questões periféricas que influenciam na causa e no comportamento humano, assim como a preocupação da conexão das ciências, a fim de se despir de qualquer preconceito e seguir adiante para o aprimoramento do saber jurídico.

2. A INFLUÊNCIA DO MEIO SOCIAL NA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA

Nesse capítulo, será verificada a importância de serem analisados os campos que circundam o ser em sociedade e capazes de justificar possíveis causas para o cometimento da criminalidade, causas extraindividuais que influenciam no comportamento do indivíduo, mas de alta significância para os estudos da personalidade humana.

No primeiro momento é natural o pensamento de que as condutas e comportamentos adotados nas relações humanas referem-se à personalidade individual de cada um. E por conta dela, os atos criminosos são cometidos. Essa análise tem importância quando é preciso traçar a maneira pela qual o comportamento é conectado a personalidade.

São várias as teorias que abordam essa análise, nas quais se discutem as questões de identidade, sexualidade, estímulos, satisfação e necessidade e como elas interagem com um mundo externo, ao modo como as reações são enfrentadas quanto ao pertencimento de grupos e como esses grupos influenciam nas condutas diante da vida cotidiana.

Segundo Freud³⁷, a personalidade é apenas uma parte do complexo aparelho psíquico, em que se tem uma estruturação do funcionamento mental.

Partindo desse conceito psicanalítico, verifica-se em momento posterior, que ao tratar da personalidade é imprescindível falar de dois aspectos que a constroem, o caráter e o temperamento, onde conflitos que são percebidos na trajetória do desenvolvimento do indivíduo são inevitáveis e resultam nas diferenças singulares e na complexidade do comportamento humano.

O caráter está associado ao ambiente, ao externo, ao meio social, onde o indivíduo se integra e se desenvolve como ser humano, formando os seus valores, princípios e culturas. O caráter é também construído pelo tratamento de nós como objetos de nossas próprias ações, uma vez que elas são compreendidas pelas respostas dos outros à nossa performance. Ou seja, a maneira como agimos e nos percebemos são conformadas pelas expectativas dos grupos a que pertencemos, o que se manifesta de vários modos.

Bauman³⁸ entende que o processo de formação do caráter e de como os instintos podem ou não ser suprimidos costuma ser denominado de socialização, pois somos transformados em seres capazes de viver em sociedade, pela internalização das coerções

³⁷FREUD, op. cit., p. 4.

³⁸BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 45.

sociais. Enquanto o temperamento associa-se ao inato, ao patrimônio hereditário, a emoções que nascem com o indivíduo.

É com a combinação desses dois elementos que se traçará a identidade do sujeito como ser humano, e por isso pontes indissociáveis à personalidade.

Em outras palavras, a personalidade refere-se às características que marcam a forma de ser de uma pessoa, individualizando-a das demais. Mas sob o ponto de vista jurídico indica a aptidão para ser sujeito de direitos.

Ruy Rosado Aguiar Júnior³⁹ menciona ainda as definições de temperamento, caráter e traço de personalidade. O temperamento seria a interferência de aspectos hereditários e fisiológicos sobre o ritmo, afetividade e vitalidade do indivíduo. O caráter, designação de aspectos morais e para os traços, o senso comum costuma elaborar uma extensa lista de adjetivos correspondentes como: honesto, amigável, artístico, calmo, irritante, tolerável, oportunista, radical, pessimista, e outros, sendo a combinação desses a constituição da personalidade.

A exemplo disso, a Dra. Katia Mecler⁴⁰, médica psiquiatra, tratou do tema personalidade em relação aos psicopatas do cotidiano, da seguinte forma:

diariamente, somos bombardeados com notícias sobre crimes sexuais, casos de assédio moral, assassinatos por motivo torpe ou fútil, violência doméstica, maus tratos a animais. O psicopata do cotidiano tanto pode ser um líder místico que convence seus seguidores ao suicídio coletivo quanto um garoto que bota fogo num índio, em praça pública. Mas seus traços de personalidade também aparecem nos motoristas que explodem no trânsito, nos vizinhos que vão parar na delegacia após uma discussão no condomínio. Podemos chamá-los de psicopatas do cotidiano, pessoas que não perdem o juízo da realidade. O que configura a perturbação é um comportamento, um jeito de ser, uma inadequação, que causa disfunção em alguma área importante da vida da pessoa.

Ao traçar um paralelo na visão da personalidade como circunstância judicial da pena, identifica-se que as decisões judiciais não tendem a formular penalidades coerentes com o indivíduo já que diante da análise feita na questão dos psicopatas do cotidiano não teria o juiz capacidade técnica para diferenciar o comportamento do psicopata.

Inclusive, porque a legislação brasileira além de limitar a atuação de profissionais técnicos da área da psicologia limita também o magistrado a apenas recorrer à perícia médica-psiquiátrica para constatar a imputabilidade ou semi-imputabilidade do réu.⁴¹

³⁹AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. 4. ed. Porto Alegre: AJURIS, Escola Superior da Magistratura, 2003, p. 41.

⁴⁰PALESTRA, 46, 2015, Botafogo. *Psicopatas do cotidiano: como sobreviver a um deles*. Rio de Janeiro: ESPAÇO CLIF, 2015.

A concepção doutrinária atual acerca da pertinência da personalidade no rol de circunstâncias judiciais a serem analisadas pelo magistrado leciona o afastamento desse mérito. A argumentação para tal posição se constitui em críticas referentes ao aspecto estrutural e organizacional do Poder Judiciário, bem como a fundamentação ideológica do Direito Penal Contemporâneo.⁴²

O Direito Penal deve se alinhar à ideologia presente no texto Constitucional, alvitando então por um rigor de justiça social que consiga privar pelos valores humanos e pelos princípios. A problemática do tema é justificar a necessidade de se observar um rigor humanitário do acusado ou apenado, de modo a não violar os princípios que regem tanto o direito penal quanto ao constitucional, a saber: a dignidade da pessoa humana.⁴³

O entendimento foi abraçado pelo Código Civil⁴⁴, no seu artigo 2º que confere a personalidade desde o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Daí se pautar na compreensão da hereditariedade e do ambiente desde a infância, pois é a partir dessa fase que é formada a psicossocial, independente do modelo de psicologia adotado.

Quando esse enfoque passa pelo sistema jurídico, observa-se que o meio social é um fator de extrema importância, pois ele é fator para alterar o desenvolvimento do inato, seja qual temperamento for.

As circunstâncias que acompanham a vida social sejam intencionais ou espontâneas contribuem para a forma e para o conteúdo das relações sociais que caracterizam a sociedade, e nesse sentido é possível que a psicologia jurídica intervenha de modo a compreender esses elementos, deslocando-as para o direito.

O estudo científico dos padrões complexos de mudança durante a vida do ser humano evidenciou uma crescente evolução nos comportamentos a ser estudada entre as disciplinas do desenvolvimento, isso porque essa matéria não é estática, não é um estágio que se paralisa no tempo. Pelo contrário, a necessidade de explorar as atitudes das crianças e adolescentes na contemporaneidade, torna a compreensão pelos acontecimentos em sociedade mais plausíveis.

⁴¹ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Tomo II. p. 754-756.

⁴²MENEZES, Bruno Seligman de. *Fixação da pena-base à luz do garantismo penal*. Campinas: Minelli, 2005, p. 78.

⁴³CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. *A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2982/A-primazia-ao-principio-da-humanidade-no-Direito-Penal-contemporaneo-em-respeito-a-tendencia-constitucionalizante-do-Direito>> Acesso em: 15 nov. 2017.

⁴⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002> Acesso em: 15 nov. 2017.

Mas é um campo ainda a ser trabalhado com muita cautela, sem descuidar dos diversos movimentos no sentido de reassociar as experiências humanas e suas interações no contexto sócio-cultural, assim como na vida em sociedade.

Visto a maneira pela qual a personalidade é influenciada pelo meio social, como já apontava a criminologia crítica ao positivismo, haja vista os diversos estímulos que são trabalhados no inconsciente, bem como a constante mudança de traços comportamentais diante das diversas relações com o mundo, se faz necessário analisar como a ciência jurídica enxerga e lida com essa dinâmica da personalidade humana.

2.1 A personalidade em desenvolvimento sob a perspectiva jurídica

Ao falar da personalidade em desenvolvimento, a ligação se torna muito estreita com a criança e o adolescente, já que tanto a Psicanálise como a Psicologia revelam como ponto nodal a construção inicial da personalidade como base para as relações humanas durante o crescimento do indivíduo.

Estudos⁴⁵ revelam que talvez a contribuição mais revolucionária para o desenvolvimento tenha advindo de Charles Darwin, ao sugerir uma relação entre a evolução da espécie e o desenvolvimento infantil. De outra forma, a noção de busca pelas origens dos comportamentos e atributos dos adultos nas experiências infantis é um estudo psicológico importante.

Em sentido amplo, aliado ao direito, a noção clara do desenvolvimento configura um fator muito importante que não pode ser menosprezado no estudo das mais variadas questões jurídicas, as quais devem ser analisadas à luz das especificidades próprias da etapa do desenvolvimento em que cada um se encontra.

Assim, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente pressupõe as noções de infância e de adolescência, enquanto o Código Penal se alicerça na ideia da maioridade. Já o Estatuto do Idoso contempla sujeitos que se encontram em outra etapa do ciclo vital e que devem ser compreendidos pelo direito de acordo com as características dessa etapa, ou seja, tendo-se em vista as condições que são inerentes a esse momento de vida.⁴⁶

⁴⁵TRINDADE. op. cit., p. 81.

⁴⁶Ibid., p. 79.

Destaca-se que há alguns elementos atrelados ao desenvolvimento humano que precisam ser enxergados separadamente, como o desenvolvimento físico, cognitivo e psicossocial, em cada etapa da vida, para que seja possível compreender a estrutura da personalidade em desenvolvimento. Esses aspectos não são autônomos, de modo que estão interligados e se conflitam entre si.

Nesse sentido, reporta-se a fase infantil, pois nela é costumeiro atribuir às crianças algumas características que são consideradas como sua personalidade. Isso porque, já se percebe uma mistura de temperamento e emoções que são conduzidas de acordo com a criação dos pais e a educação na escola, matrizes que são significativas na influência de relacionamentos no futuro.

Em se tratando da pós modernidade, em que tudo corre às pressas, sem que se possa acompanhar a velocidade das interações, das modificações tecnológicas, é de tamanha relevância a atenção voltada para aos jovens, que são vítimas da falta de percepção dos pais sobre todos os problemas psicológicos que eles enfrentam nessa fase de maturação.

A personalidade está em contínua transformação, apesar das mudanças complexas, ou da existência de traumas que podem tornar duradouras e patológicas algumas características e sintomas.

Quando esse cenário se desenvolve na perspectiva jurídica, como nos casos de traumas e transtornos psicológicos decorrentes da alienação parental, do *Bullying*⁴⁷, da violência e do abuso sexual contra a criança e o adolescente, e do abandono afetivo; é preciso cuidado para aplicar ferramentas desenvolvidas na psicologia e utilizadas pela equipe interdisciplinar que sejam suficientes para acolher positivamente a vítima e contribuir com a justiça sem violar a dignidade humana.

Do contrário, leva a crer que a ineficácia no uso do enfoque psicológico leva a um juízo superficial do contexto subjetivo que tornou o indivíduo suscetível ao cometimento de atos criminosos. E isso reflete no momento da valoração da pena em que, por exemplo, o indeferimento de uma oitiva de testemunhas em que o fato não foi presenciado, mas o depoimento pode auxiliar o magistrado a colher informações importantes sobre a personalidade do agente, fere, sem dúvida, o princípio da individualização da pena. Ainda mais em casos afetos a delitos oriundos de traumas psicológicos.

⁴⁷O termo bullying é utilizado na língua inglesa para descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo (bully:valentão) ou por um grupo com o objetivo de intimidar ou agredir pessoas incapazes de se defender. Em espanhol, a palavra acoso serve para designar a ação ou o efeito de importunar, assediar, perseguir sem dar trégua, tratar de forma hostil e vexatória, notadamente no ambiente de trabalho, onde se confunde com a designação inglesa de mobbing. Ibid., p.429.

Por mais teórico que possa parecer quando do estudo do tema da personalidade, é válido destacar algumas passagens que Freud aborda na elaboração do modelo de aparelho psíquico, denominado Segunda Tópica que se relaciona intimamente com questões contemporâneas tratadas juridicamente, ao falar do superego.

O superego⁴⁸ é a expressão da interiorização das interdições e exigências da cultura e da moralidade. A formação dessa instância se dá pela vivência da criança com seus pais e cuidadores, que, desde cedo, tolhem os desejos que consideram inadequados e inserem a noção de postergação ou de adiamento da gratificação, assim como transmitem a noção de lei, transgressão e culpa, o que, em psicologia, aparece como sendo o grande “não” dos pais. Durante esse processo de aprendizado, a criança testa continuamente os pais e procura realizar as suas peripécias, até ser impedida. Com o passar do tempo, aprende que seu comportamento desagrada aos pais e começa a evitá-lo, pois teme perder seu amor ou ser punida. O medo da punição não é tão eficaz quanto o medo da perda do amor e isso é de extrema relevância quando se estuda as tendências psicopáticas e antissociais.

Em uma análise comparativa com o atual cenário jurídico, o tratamento que se dá no abandono afetivo pode vir a ser uma das causas que levam o indivíduo a se comportar de maneira contrária à lei e a ordem. Fica claro que a omissão ou a negligência de um pai frente à criação de um filho, com o dever de cuidar e não só de suprir as necessidades básicas, constitui, sim, um ilícito legal, cabendo, portanto, a compensação ou indenização da vítima em questão.

Sobre esse assunto, o STJ, em decisão inédita⁴⁹, condenou um pai a pagar indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a filha pelos danos morais causados por abandono afetivo. Ela afirma que não recebeu o devido suporte afetivo do pai durante a infância e adolescência, além de ter sido tratada de forma diferente em relação aos outros filhos. Após ter sido julgado improcedente em primeira instância, houve a reforma em segunda instância, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o abandono afetivo e fixou a compensação por danos morais no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Quando o recurso foi julgado pelo STJ, foi decidido pela redução do valor, além do que a ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, afirmou que o caso não discutia o amor do pai pela filha, mas sim o seu dever jurídico. De acordo com as suas palavras, “amar é faculdade, cuidar é dever”.

⁴⁸ Ibid, p. 74.

⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.159.242-SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 20 nov. 2015.

Nota-se que os julgados, a partir dessa nova perspectiva⁵⁰, alteraram a forma de pensar dos Tribunais, dando destaque que a negação a sentimentos, emoções e afetos no convívio com os pais, da criança e do adolescente, na fase da formação da sua personalidade e construção do seu caráter, leva esses indivíduos na fase adulta a sofrerem problemas psíquicos graves e muitas vezes irrecuperáveis, tornando-se armadilhas da sociedade.

O que se retira desse novo paradigma é a possibilidade de deixar claro que problemas tidos na infância refletem imensuravelmente nas relações humanas, sem ter a exatidão do que pode acontecer no futuro diante de situações que são colocadas em prática na vida cotidiana.

E isso se torna complexo a medida que não há diálogos no seio familiar sobre a rotina de um filho(a), na fase de crescimento, que lida tanto com o ambiente familiar em sua casa, quanto com o meio social na escola e não encontra espaço para discutir acontecimentos, situações indesejadas ou até mesmo compartilhar momentos vitoriosos.

Com efeito, os estudos⁵¹ apontam que foi a partir da ideia de causas psicológicas, tidas por Charcot e, posteriormente por Freud, gerando doenças fisicamente observáveis que se passou a considerar o ambiente como importante no desenvolvimento humano.

Muitas vezes a medicação psiquiátrica, em geral, é de imenso valor na melhora dos sintomas da doença mental e, em casos graves, indispensável para minorar o sofrimento dos pacientes, que em determinadas ocasiões tem aumentado o risco de suicídio ou de outros comportamentos extremos, até mesmo de natureza criminal, como o homicídio.

No caso do suicídio, embora a relação entre distúrbios suicidas e mentais, em particular, depressão e abuso de álcool, esteja bem estabelecida em países de alta renda, vários suicídios ocorrem de forma impulsiva em momento de crise, com um colapso na capacidade de lidar com os estresses da vida – tais como problemas financeiros, término de relacionamento ou dores crônicas e doenças.

O acompanhamento da medicação, o tratamento com psicólogo, a atenção dos pais, familiares e educadoras na prevenção do suicídio são medidas urgentes a serem tomadas e vivenciadas de maneira rotineira a fim de evitar esse mal de ceifar a própria vida.

⁵⁰Tese contrária: Os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negaram recurso especial de servidora pública que buscava indenização de seu pai devido à falta de assistência afetiva e material em sua criação. Ao analisar o recurso, os ministros não identificaram ato ilícito ou culpa na conduta do genitor da autora, que teve a paternidade confirmada somente 38 anos após o nascimento da filha. Para o ministro relator, Villas Bôas Cueva, a ausência de afetividade no ambiente familiar, normalmente, não configura dano a ser reparado por meio de indenização pecuniária. O ministro também registrou que a demora de quase quatro décadas para que a autora ingressasse com ação de paternidade contribuiu para o agravamento do caso. REsp 1493125. Id. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.493.125-SP. Relator Ministro Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://aasp.jusbrasil.com.br/noticias/312480207/stj-terceira-turma-nega-pedido-de-danos-morais-e-materiais-por-abandono-afetivo>> Acesso em: 19 abr. 2017.

⁵¹ TRINDADE, op. cit., p. 86.

No Brasil, o índice de suicídios na faixa dos 15 a 29 anos é de 6,9 casos para cada 100 mil habitantes⁵², uma taxa relativamente baixa se comparada aos países que lideram o ranking - Índia, Zimbábue e Cazaquistão, por exemplo, têm mais de 30 casos. O país é o 12º na lista de países latino-americanos com mais mortes neste segmento.

Alexandra Fleischmann⁵³, especialista da OMS⁵⁴ comenta que para a faixa etária de 15 a 29 anos, apenas acidentes de trânsito matam mais. E se for analisar as diferenças de gênero, o suicídio é a causa primária de mortes para mulheres neste grupo.

Contudo, verifica-se que a sociedade ou o grupo a que pertence traça um perfil para que seja seguido, de modo que essa manifestação de regras já se inicia desde criança, afetando todas as áreas da vida sem limites para cessar.

Isso porque, o indivíduo quer ser aceito naquele grupo que nasceu, ou se encontra em determinado momento, como a prisão, afastado socialmente. Trabalhar com a rejeição seja ela qual for pode despertar um motivo de fúria interna desde a infância, tornando o sujeito agressivo na fase adulta e de difícil ressocialização, caso não tenha o tratamento adequado para se restabelecer em sociedade.

Em outro plano, o comportamento pode ser traçado por pontos positivos e negativos, que amoldam o sujeito na medida em que as situações vão surgindo diariamente no ambiente em que vive.

É uma espécie de rotatividade do comportamento, intimamente ligada com a liberdade da conduta humana, já que varia de acordo com os estímulos que fazem o indivíduo agir positivamente, recompensando-o em seguida, ou reforços negativos, que lhe retiram algo que esteja sob conquista ou que cause algum desconforto com a sua falta.

Nessa linha de raciocínio, o modelo de psicologia cultural de Abraham Maslow⁵⁵ traz uma contraposição entre satisfação e necessidade, demonstrado por meio de uma estrutura piramidal que recebe o nome de A Pirâmide das Necessidades de Maslow, de modo que a satisfação das necessidades de um nível inferior constitui condição para o atendimento das necessidades de nível superior.

Assim, no entendimento de Maslow, há uma hierarquia das necessidades, colocadas em diferentes graus, desde as necessidades básicas, como as fisiológicas, que se destacam no

⁵²PERASSO, Valeria. *OMS: Suicídio já mata mais jovens que o HIV em todo o mundo*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150922_suicidio_jovens_fd>. Acesso em: 19 abr. 2017.

⁵³Notícia fornecida por Alexandra Fleischmann em entrevista concedida à BBC, em abril de 2015.

⁵⁴ A OMS reconhece o suicídio como uma prioridade de saúde pública. O primeiro relatório sobre suicídio no mundo da OMS “Prevenção do suicídio: um imperativo global”, publicado em 2014, tem como objetivo conscientizar sobre a importância do suicídio e das tentativas de suicídio para a saúde pública e fazer da prevenção uma alta prioridade na agenda global de saúde pública

⁵⁵MASLOW apud TRINDADE, op. cit., p. 75.

primeiro nível, assim como as necessidades supérfluas, como as compras feitas no shopping para participar de um amigo oculto de final de ano, que se apresentam nos níveis mais elevados. No seu estudo, é necessário esgotar a satisfação daquela necessidade para que se ultrapasse o primeiro nível, e assim sequencialmente.

Dessa maneira, é possível visualizar a relação colocada pelo autor, no esquema piramidal a seguir, adaptado por Jorge Trindade⁵⁶:



Nesse sentido, Jorge Trindade afirma que enquanto não encontrar satisfação de uma necessidade, o homem se fixa nesse nível, e todo seu esquema perceptivo só se preocupará com as possibilidades de satisfazê-la. Ou seja, continua a dizer que, uma pessoa que vive com fome não concebe bem-estar nem valores superiores, sem antes satisfazer tal necessidade básica. Nesse sentido, parafraseando Ghandi, para as milhões de pessoas que têm de passar com duas refeições por dia, Deus só se atreve a aparecer como alimento.

Essa construção piramidal faz sentido para explicar a criminalidade, uma vez que o indivíduo para atingir tal satisfação, seja ela fisiológica ou seja de bem-estar, a depender do grau de dificuldade, irá enfrentar alguns obstáculos e muitas vezes isso o leva ao cometimento de crimes pela rapidez que busca na satisfação dessas necessidades.

Sucedem que, essa teoria em si, apresenta muitas críticas, pois nem sempre quem já atingiu o grau desejado, comete crimes para suprir uma necessidade e sim por um desejo constante de nunca estar satisfeito com o que já foi conquistado.

⁵⁶ Ibid, p. 76.

Por isso, a Psicologia Jurídica prefere adotar a psicanálise para buscar a resolução de questões que envolvem a personalidade, pois o estudo é trabalhado desde a infância na influência do contato externo, seja com a família, amigos ou no ambiente escolar.

O sociólogo francês Pierre Bourdieu⁵⁷, em seus estudos da vida social, refere-se à disjunção entre nossa percepção de nós mesmos e os campos de ação nos quais nos encontramos, denominando-a de “efeito dom Quixote”.

Desde criança, quando há o início da percepção sobre as amizades e o ambiente social, nem sempre o grupo que define cada um, que auxilia na orientação do comportamento e que se considera provedor da liberdade será aquele cuja escolha é consciente e, assim, talvez o indivíduo se torne um convidado indesejado. Quando nele se ingressa, não se pratica um ato de liberdade, mas uma manifestação de dependência.

Nas palavras de Bauman⁵⁸, sobre o grupo social:

não optamos por ser franceses, espanhóis, afro-caribenhos, brancos ou de classe média. Podemos aceitar essa sorte com tranquilidade e resignação, ou transformá-la em nosso destino, em entusiástico abraço da identidade de grupo, tornando-nos orgulhosos de quem somos e das expectativas lançadas sobre nós em consequência disso.

Ainda, Bauman⁵⁹ continua, “transformar-nos, entretanto, exigirá grande esforço contra expectativas consideradas indiscutíveis por aqueles que nos cercam. Autosacrifício, determinação, persistência tomarão o lugar do conformismo a normas e valores do grupo.”

Fica claro que toda essa modificação de lutar contra determinado grupo que faça parte é um forte indicativo para o cometimento de crimes, quando não se consegue mais enfrentar o ambiente em que vive, pois na grande maioria não se tem estabilidade emocional e conhecimento para diferenciar esses universos.

Além de sociólogos, pesquisadores e estudiosos sobre o tema que sabem enfrentar minuciosamente essa estrutura organizacional de grupos e suas interações, bem como a maneira pela qual o ser humano lida com esses problemas, é possível verificar esse contexto social pela representatividade em poesias, músicas e outras formas artísticas.

A influência que essa conjuntura do comportamento humano representa na sociedade é consideravelmente forte, podendo inclinar para um desabafo de satisfação ou de dor, como se verifica na obra de Vinícius de Moraes, chamada “O Operário em Construção”.⁶⁰

⁵⁷ BOURDIEU apud BAUMAN; MAY. op. cit, p. 38.

⁵⁸Ibid.

⁵⁹Ibid.

De acordo com o tema, a família tem enorme influência no desenvolvimento da criança. Essa noção durante a primeira infância alia-se ao fato de que absolutamente todos os vínculos que são tidos nessa fase, e ainda a depender do grau da situação em que foram percebidas afetam a capacidade de estabelecer relacionamentos íntimos no futuro, marcando as experiências seguintes aliadas a traumas psicológicos enquanto expressões emocionalmente reeditadas de acordo com os padrões prestabelecidos nas relações afetivas dos vínculos precoces (*attachment*)⁶¹.

Percebe-se que a relevância do ambiente familiar enquanto atmosfera social e psicológica é um traço que influencia a criança e o adolescente no seu desenvolvimento como pessoa, pois laços que são construídos com os pais, a conexão com a ideia de um lar, de uma entidade familiar, independente se o ambiente é muito ou menos amoroso, se tem conflitos ou não, e se existe bem estar econômico ou não, faz com que a criança lide com a realidade humana mais cedo e esteja em contato com as relações interpostas na sociedade, de modo a formar a sua personalidade, as suas defesas e as suas convicções.

Compreende-se que a figura do amor no convívio com os seres humanos em fase de desenvolvimento é uma peça modificativa na estrutura da personalidade, pois a ausência dela é capaz de desenvolver problemas psíquicos de tamanha relevância e não contornáveis, resultando no cometimento de atos infracionais ou até mesmo infrações penais.

Atualmente, há uma luta cada vez mais nítida de organizações sociais, assim como o entendimento mais amplificado da sociedade sobre a reintegração do menor. O nascimento do Estatuto foi o marco para os organismos trabalharem em conjunto com o objetivo de solucionar as questões que afligem os jovens.

Como se trata de uma personalidade em desenvolvimento, a chance de entrar no mundo dos delitos é significativa, caso haja uma carência na base estrutural dessa criança ou adolescente.

⁶⁰O poema O operário em construção, escrito por Vinícius de Moraes em 1956, descreve exatamente essa dicotomia entre o grupo a que se pertence e a resistência em permanecer ou aceitar as condições estabelecidas. Descreve a vida humana, representando a maior parte da sociedade que se encontra em um total colapso de osmose, no seio profissional, de um operário que entra em processo de tomada de consciência, partindo de uma situação de completa alienação: “tudo desconhecia / de sua grande missão”, sem saber “que a casa que ele fazia / se.SUT, Helena; CRUZ, Mariana. *Análise do poema: O operário em construção*. Disponível em: <<http://roca-2013.blogspot.com.br/2013/11/analise-do-poema-o-operario-em.html>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

⁶¹ O conceito da Teoria do Apego surgiu a partir do estudo do vínculo desenvolvido por recém-nascidos com as suas mães e outros cuidadores. Quem deu início a esses estudos foi o psiquiatra e psicanalista John Bowlby, que esteve em contato com crianças órfãs e sem lar que apresentavam muitas dificuldades após a Segunda Guerra Mundial. Ao procurar entender melhor como os vínculos entre mãe e filho eram desenvolvidos, por que eles importavam e como eles se comportavam, Bowlby desenvolveu a Teoria do Apego. Essa teoria, posteriormente, foi enriquecida e esclarecida com os estudos da psicanalista Mary Ainsworth. ACTInstitute. *Teoria do apego: Entenda o que é e conheça os 4 tipos de vínculo*. Disponível em: <<http://actinstitute.org/blog/teoria-do-apego-entenda-o-que-e-conheca-os-4-tipos-de-vinculo/>>. Acesso em 18 nov. 2017.

O Estatuto da Criança e do Adolescente divide o tratamento a ser observado por meio do sistema primário, secundário e terciário. Cada um apresenta as suas delimitações essenciais a cumprir com a ordem do Estado.

O que se verifica é a desordem quanto ao cumprimento dos elementos essenciais correspondentes aos deveres não só do Estado, mas também da sociedade que é responsável por essa proteção integral, e por isso dá margem a um número cada vez maior de atos infracionais.

Após verificar as lacunas que existem na conjuntura familiar aliada ao dever do Estado em manter incólume a proteção integral prevista no Estatuto, é possível discutir, por exemplo, sobre a redução da maioria penal que de fato é um problema social que se arrasta desde o seu advento.

O estudo da ampliação da imputabilidade penal esbarra na impossibilidade do direito de punir, alvo de muitas discussões. Mas, se é difícil compreender o direito de punir do Estado, o mesmo não ocorre com relação à inimputabilidade do adolescente, pois essa possui fundamentos históricos, sociais, biológicos, psicológicos e jurídicos.

Diante da falta do cumprimento com as necessidades básicas e essenciais que estão previstas no primeiro capítulo do Estatuto da Criança e do Adolescente, depreende-se, portanto, que a necessária mudança não é do ponto de vista legislativo, e sim do operacional.

O problema que padece para quem apura ato infracional, como fazem os operadores do direito, é o mesmo para aqueles que apuram infrações penais. O problema do cenário jurídico e político atual do sistema brasileiro é a certeza da impunidade que só 1% dos fatos delituosos chegam até a sentença penal condenatória, e a mesma regra se dá com o ato infracional.⁶²

O outro é o equívoco do enfoque que a mídia apresenta aos atos infracionais, já que esses não são mais do que 10% das infrações cometidas contra a sociedade em geral.⁶³

Então, ao analisar as decisões judiciais, a falha operacional é a mesma que é tida na dosimetria da pena, quando se trata do descuido com a dignidade da pessoa humana e a falta de atenção que se dá ao estudo da vida extraindividual daquele sujeito.

⁶²BRASIL. Portal Brasil. *Menores cometem 0,9% dos crimes no Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/menores-cometem-0-9-dos-crimes-no-brasil>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

⁶³Id. Conselho Nacional de Justiça. *Cnj traça perfil dos adolescentes em conflito com a lei*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

A criança e o adolescente que não recebem o tratamento adequado para se restabelecer não conseguem se ressignificar como cidadão em sociedade, sobretudo, pode ser levado a reincidir, bem como ser capaz de cometer delitos na fase adulta.

A exemplo desse tratamento no judiciário tem-se a seguir a decisão proferida pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima que revela a ausência de preocupação do juiz ao lidar com um caso semelhante a tantos outros, e de total relevância:

a homologação da desistência manifestada pelas partes de produzirem provas por ocasião da audiência de apresentação, com a aplicação da medida sócio-educativa de internação, antes mesmo de iniciada a fase instrutória, com base apenas na confissão do menor infrator, constitui constrangimento ilegal, tendo em vista que viola os princípios constitucionais relativos ao devido processo legal e à ampla defesa, sem falar que os esclarecimento dos fatos e a busca da verdade real interessam também ao Estado."(HC 42382 SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 321).⁶⁴

O ponto de destaque que se coloca em questão se encontra no interesse que o Estado deve ter para buscar a verdade real, já que o processo fornece alternativas ao magistrado para que se esgotem as possibilidades de se conseguir um material probatório consistente, mas não é isso que se observa na prática.

A sociedade sempre procura apontar um grande inimigo e hoje o adolescente é alvo, sustentando que a maturidade, para efeitos penais, não significa inteligência destacada, capacidade de tomar decisões complexas, mas tão somente a formação mínima de valores humanos que uma pessoa deve ser dotada, podendo discernir entre o bem e o mal, entre o que se constitui crime e atipicidade.

Mas do contrário do que se imagina, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi a primeira legislação que previu uma responsabilização séria do adolescente, do ponto de vista formal, tratando do sistema diferenciado para o adolescente autor de ato infracional.

Ter um distanciamento desse pensamento é anular todas as teorias que envolvem a personalidade em desenvolvimento. Isso porque, deve-se examinar a modificação do comportamento e sua potencialidade para beneficiar-se dos processos pedagógicos, dada a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

O Estatuto vem sendo aplicado desde o início às avessas. Ele deveria ter sido aplicado dando mais enfoque no sistema de garantias primárias: educação, esporte, saúde, lazer, família, direito a convivência familiar, comunitária e outros.

⁶⁴Id. Superior Tribunal de Justiça. HC nº. 42.382-SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

Todavia, foi aplicado diretamente o sistema secundário, qual seja das medidas de proteção aliada aos atos infracionais sem o direcionamento inicial aos direitos fundamentais que são previstos à criança e ao adolescente.

A ideia é de que a própria sociedade forma os autores de ato infracional e não o contrário. O caminho a seguir será o da extinção de castigos alternativos para o de alternativas de castigo. Não se pode concordar que a medida mais drástica se posicione como a primeira medida a ser utilizada ao perceber que várias outras estão sendo postas de lado.

De certa maneira, a reintegração do jovem infrator caminha em uma direção mais favorável do que a do adulto, pois a conscientização política e social avançou mais, muito embora ainda tenham aplicações de medidas socioeducativas de privação de liberdade que só corrobora para alto índice de reincidência, já que o importante não é combatido, ou seja, a má infraestrutura na acomodação desses jovens.

Segundo a professora Marina Bazzon⁶⁵, “o tipo e a intensidade da medida devem ser analisados criteriosamente, já que evidências mostram que a aplicação de uma medida inadequada, mais ou menos severa que as necessidades do adolescente, além de não contribuir, pode ter efeitos negativos, na contramão do esperado.”

Da mesma forma que o Estado-juiz deve ser atuante na busca da verdade e conduzir a uma medida socioeducativa coerente com o jovem, o mesmo há de ser feito quando da individualização da pena para o criminoso. A medida correccional se aplicada de forma correta será utilizada como meio de inserção social que se aproxima com o objetivo do Estatuto.

Assim, ao invés da suposta gravidade do delito ou da pressão social por ações punitivas, a intervenção para diminuir o risco de reincidência deveria levar em conta as relações entre o adolescente e o seu entorno, o que mais uma vez põe em destaque a importância do meio social como fator de influência na personalidade humana.

Entre os aspectos a serem considerados estão lazer e recreação (se estes adolescentes têm baixo nível de envolvimento e satisfação em atividades de lazer estruturadas, sob a orientação de adultos e de natureza pró-social); educação e emprego (qual o nível de desempenho e de satisfação deles na escola ou no trabalho); situação familiar (se houve ou há problemas na disciplina e nos cuidados recebidos – problemas muitas vezes oriundos de contextos familiares que dificultam a imposição de regras e a supervisão); e se há associação a outros jovens envolvidos em atividades ilícitas, com relativo isolamento de jovens que estão fora desse meio.

⁶⁵Notícia fornecida por Marina Bazzon em entrevista concedida à USP, em janeiro de 2014.

Além disso, para a professora⁶⁶, distinguir corretamente os adolescentes infratores, cujo comportamento representa problemas no desenvolvimento psicossocial e denota “engajamento infracional”, daqueles que cometem atos passageiros, próprios desta fase da vida, é fundamental para uma melhor orientação da política pública na área.

Verifica-se, portanto, que o Estatuto trouxe na teoria o manual de como aplicar a lei aos jovens e introduzi-los na sociedade, mas na prática a má infraestrutura ganha espaço e todos os outros demais meios de aplicar a norma mais uma vez acentua o lado objetivo, em detrimento do subjetivo, motivando a presença maior de uma superlotação carcerária e a contínua ineficiência do trabalho aplicado pelos magistrados ausentes da análise científica acerca da personalidade do indivíduo.

A família, contudo, está contida como pilar na base organizacional de educação prevista no Estatuto, e sua influência é um divisor de águas na formação dessa personalidade, haja vista que problemas traumáticos tidos em uma família desregulada pode ser um fator para o cometimento de atos infracionais e delitos na fase adulta.

2.2A família como fator central na proteção social do sistema brasileiro

O papel do Estado cada vez mais intervém no campo da reprodução social, no que tange às iniciativas em programas e políticas públicas para a família, como são exemplares, o programa Bolsa Família, Saúde da Família e a Política Nacional de Assistência Social.

Esses, associados a outras políticas e serviços como os de creche e educação infantil tentam equilibrar o desenvolvimento da cidadania social nos problemas que afetam a família, crianças, adolescentes e jovens, assim como as mulheres em relação ao exercício do trabalho não remunerado, nas chamadas “donas de casa”.

Aqui também é possível verificar o comportamento associado ao grupo social em que se vive, há fins ou objetivos que variam de acordo com fatores tais como classe, raça ou gênero.

Observa-se que a maior parte das tarefas referentes a cuidar de alguém é desempenhada por mulheres, e, assim, há nítida tendência de elas gravitarem em torno de ocupações específicas que recompensam esse aspecto, como enfermagem, magistério e serviço social. Isso se apoia em suposições totalmente não científicas referentes à divisão do

⁶⁶Ibid.

trabalho entre homens e mulheres em termos dos tipos de características que supostamente cada um deles apresenta.

Daí a importância de tentar desmistificar essa construção, pois essa tendência há que ser uma escolha individual e não posta pela sociedade, motivo pelo qual as ações de políticas públicas são relevantes para ajudar nesse processo.

O projeto de políticas públicas⁶⁷ foi construído no Brasil com o objetivo central da garantia à convivência familiar ou reforço de suas responsabilidades, mas foi perdendo o foco, pois se estabelecia um projeto de família que fugia dos preceitos originários e ganhava força no vínculo matrimonial indissolúvel com prole numerosa premiada, onde a mulher não tinha opção nem vontade própria, presa ao lar e condicionada ao casamento.

Nesse sentido, geraram-se impactos nas Políticas de Previdência e Educação, bem como acentuou o papel da mulher frágil diante da sociedade com a atenção voltada para cuidar dos filhos sem integrar o mercado de trabalho.

E, no entanto, a estrutura da família como instituto social no Brasil é um importante exemplo para explicar o fenômeno da criminalidade decorrente da desigualdade social nas formas de inclusão.

A palavra exclusão social é uma expressão utilizada nos países desenvolvidos, sobretudo, no final do século XX, com a manifestação de grande elevação do desemprego, agravada pela progressiva precarização do trabalho e pelo afrouxamento da proteção social.

Percebe-se que o Brasil não tinha o perfil de inclusão para que se pudesse falar em exclusão social, pois é uma condição que nunca foi alcançada, sendo as políticas públicas reduzidas a ações residuais ou marginais, compensatórias, tendo em vista o alívio de situação de pobreza extrema.⁶⁸

2.2.1 Um histórico da inserção da família nas políticas públicas

Entre a década de 1930 e a década de 1970 constituiu-se e se consolidou institucionalmente um determinado sistema específico de proteção social no Brasil que teve fortes interferências do Estado e da Igreja Católica.

⁶⁷SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Pobreza, desigualdade e políticas públicas: caracterizando e problematizando a realidade brasileira. *Revista Katal*, Florianópolis, v. 13, n° 2, p. 155-163, jul/dez. 2010.

⁶⁸Ibid.

Destacam-se fortemente, como característica marcante e particular, as interações com o sistema privado, mercantil e não mercantil, e com a família na prestação de bens e serviços.

Em linhas gerais, essa fase de introdução, consolidação, expansão do sistema de proteção social, até o final da década de 1970, se fragmentou de acordo com a renda adquirida no nível da estrutura produtiva, no caso da Previdência Social, que também dava acesso ao direito à saúde e outros serviços⁶⁹.

No caso dos excluídos do mercado formal de trabalho, o Estado interfere com o plano de assistência social, seletivamente dirigido a certos grupos de riscos, segmentados por idade, sexo ou limitação no nível da autonomia pessoal e grupal.

É importante observar que apesar das mudanças constitucionais sofridas no Brasil, a intervenção do Estado na família progrediu lentamente com foco na segmentação dos direitos sociais. Houve a necessidade de lidar com conflitos na efetivação dos direitos individuais em confronto com os direitos familiares, assim como o direito à privacidade de um lado e o direito à proteção social do outro, em situações que envolvem o Direito Penal para a solução.

Percebe-se que, muito embora as constituições brasileiras não tenham deixado de investir na proteção social da família, sempre a colocou como a família padrão, a família heterossexual e sua prole, mantendo a associação de que a família irregular, tais quais outras organizações familiares, se encaixariam no nível da pobreza, o que gerou a necessidade de expandir o sistema público de proteção social com o setor privado.

Com esse sentimento, é possível notar nas constituições brasileiras de 1934⁷⁰, 1946⁷¹, 1967⁷² e algumas restrições em 1969⁷³ ao dispor que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sob a proteção do Estado, demonstrando, desde já, a classificação da família pela indissolubilidade do vínculo conjugal aliada a força da família patriarcal.

⁶⁹TEIXEIRA, Solange Maria. A família na trajetória do sistema de proteção social brasileiro: do enfoque difuso à centralidade na política de Assistência Social. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 13, n. 2, p. 155-163, jul/dez. 2010.

⁷⁰BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*: Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

⁷¹Id. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*: Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

⁷²Id. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*: Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

⁷³Id. *Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969*: Art. 175 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#nova%20reda%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05 abr. 2016.

Até a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada em 1962⁷⁴, as mulheres eram consideradas relativamente incapazes. Assim, também era possível encontrar no Código Civil de 1916 a figura da família estigmatizada em que o pai é o mentor e o provedor, enquanto a mulher é a cuidadora dos filhos e dependente do marido, como forma de perpetuar a família e manter centralizada nela o poder econômico.

O desequilíbrio na balança da vivência conjugal entre homens e mulheres entrou em decadência e valores de união, afeto, fidelidade recíproca, lealdade provocou a falência da família patriarcal.

Consequentemente, o Estado foi direcionado a organizar as políticas sociais de acordo com as categorias problematizadas que foram emergindo, como: trabalho infantil, abandono, exploração sexual, delinquência, maus tratos e mais tarde, problemas de ordem psíquica, como: alienação parental, abandono afetivo, traumas referentes ao abuso sexual infantil, ao divórcio dos pais, a rejeição pela guarda e pela adoção, problemas com a psicologia sucessória, entre outras questões.

Conforme os ensinamentos de Fontenele⁷⁵, a família constituiu um alvo opaco, que: “no limite, esteve envolvido em muitos desencontros entre o discurso e a prática [...] permeada de contraste, ora de criminalização e culpabilização, principalmente no caso das famílias pobres, ora de reconhecimento da sua importância na ordem social”.

Em relação às famílias pobres, subjacente à lógica das políticas sociais estava a ideia de que a família é constitutiva do problema social e de que seus responsáveis não tinham capacidade de educar as crianças, proteger seus membros da marginalidade, da promiscuidade e dos vícios. São assim, consideradas incapazes, devido à sua debilidade, desagregação conjugal, à pobreza, dentre outros; cabendo ao Estado, nessas situações limites, livrá-las dos riscos pela via da institucionalização, com o afastamento do ambiente familiar, assim “legitimando as internações, as reclusões, os asilamentos, tomados também como medidas de segurança para a família e sociedade”.⁷⁶

Preocupada em segmentar as categorias, o Estado promove a incorporação da família nas políticas públicas de modo que reflète na organização dos serviços e na proposição e organização do trabalho com as famílias no cotidiano dos serviços, programas e projetos.

⁷⁴Id. *Lei nº 4.121* de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

⁷⁵FONTENELE, I. C. *O controle da pobreza na ordem do capital: a centralidade da assistência social no Brasil do ajuste neoliberal*. Tese de Doutorado em Políticas Públicas. São Luís: UFMA, 2007, p. 51.

⁷⁶Ibid. p. 49.

Nessa perspectiva, o trabalho social com famílias dirigiu-se às chamadas famílias desestruturadas, incapazes, trabalhando com o paradigma da patologia social e com os recursos terapêuticos do trabalho psicossocial individualizante ou com práticas socioeducativas numa dimensão normatizadora e disciplinadora.⁷⁷

Com a entrada em vigor da constituição cidadã em 1988, houve um impulso a combater a setorização da pobreza, de modo a superar a fragmentação no atendimento de políticas públicas, com o objetivo de observar individualmente as situações de vulnerabilidade.

A família estática patriarcal deu lugar a novas organizações familiares, proibindo qualquer forma de discriminação dos filhos advindos ou não do matrimônio, igualando os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, dando enfoque a liberdade, a igualdade, e a fraternidade, que de certo modo se encontram presentes na história da teoria das gerações de direitos fundamentais.

Diante dessa mudança de paradigma, surge a necessidade para o Estado, em formular leis que protejam o direito às minorias, como o idoso, a criança, o adolescente, o portador de necessidades especiais, entre outros, que pôs de volta a família como centro dos conflitos internos, já que a partir de 1990, torna-se responsável ao lado do Estado e da sociedade por garantir esses direitos, a ser mais participativa ao fornecimento de serviços e atividades.

De toda a forma, o caminho traçado é precário, o que leva mais uma vez, a desigualdade social e a violência, pois limita o atendimento da demanda, geralmente de baixa cobertura e qualidade de serviços, recaindo sobre a família e em particular sobre a mulher no provimento desses serviços de assistência.

Como foi possível observar, problemas estruturais na família são observados de acordo com o aspecto patriarcal de uma cultura estagnada na sociedade e evolução a passos lentos, mas desde então as mulheres, assim como os jovens fazem parte da minoria desvalorizada na sociedade. Entretanto, há uma força atuante para conseguir estabelecer como firmes os seus direitos.

Para tratar das consequências e aplicar resultados efetivos é necessário desvendar as causas que promovem esse antagonismo na sociedade, e quais são as medidas exatas a serem aplicadas para o atendimento da dignidade da pessoa humana.

A conscientização jurídica deve passar pelo conhecimento dos problemas sociais que assolam as minorias, que são as principais causas do agravamento no índice de violência e desigualdade social, tornando imprescindível que o magistrado procure esse saber técnico,

⁷⁷TEIXEIRA, op. cit., p. 155-163.

histórico e científico para tratar da melhor medida a ser aplicada, sobretudo, a uma decisão justa quando da valoração da pena base.

2.2.2 Aspectos psicojurídicos e criminais no âmbito da proteção das minorias

Na medida em que a sociedade foi evoluindo e se adequando ao cenário jurídico, a ideia de fragmentação da família foi sendo abandonada, ao passo que os mais vulneráveis foram ganhando espaço em um sistema de proteção mais contundente.

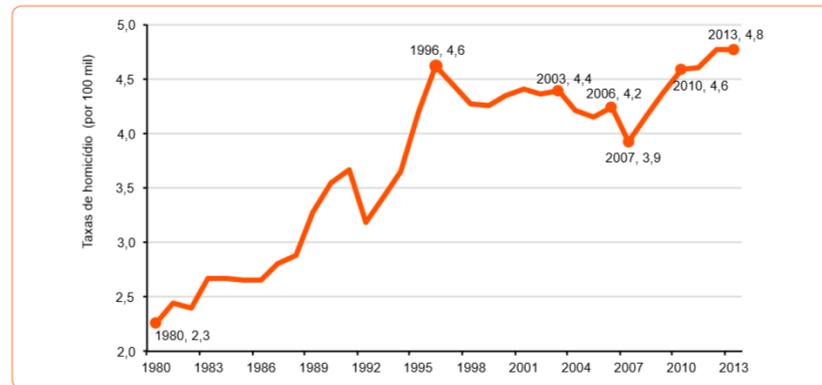
Isso porque, a violência gerada pela cultura da submissão dos mais frágeis da sociedade, como é o exemplo das crianças, dos idosos e das mulheres está enraizada no Brasil, de modo que o combate ao preconceito, a relevância dos direitos iguais entre homens e mulheres, a dignidade da pessoa humana eleva a importância da proteção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Alguns dados são alarmantes diante de países como o Brasil, sobretudo, porque abarca uma imensa miscigenação de raça, cor, religião e o enfrentamento no combate a violência tem sido prioridade de Organizações Mundiais, Governo Federal, Ministério Público, Defensoria Pública, entre outras entidades, já que se trata de uma questão relacionada com a saúde pública, polícia, segurança pública e com o Direito.

A América Latina reúne os países com as taxas mais altas de homicídios contra mulheres no mundo, segundo a Organização das Nações Unidas⁷⁸, que reflete uma cultura misógina, de machismo patriarcal.

⁷⁸WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Flacso Brasil. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

Gráfico 2.1. Evolução das taxas de homicídio de mulheres (por 100 mil). Brasil. 1980/2013



Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

Todas as transformações ocorridas com a implementação da Constituição de 1988 acarretaram uma mudança significativa na dinâmica familiar, ressignificando as relações de gênero e, conseqüentemente, fazendo evoluir a maneira de conceber e de tratar a violência doméstica, tanto na forma preventiva quanto repressiva.

Em 2006, foi editada a Lei nº 11.340 que leva o nome de um caso real e trágico, chamado de Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; que dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e estabelece medidas de assistência e proteção as mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Os papéis de marido e de esposa eram muito rígidos, pois havia uma acentuada hierarquização das funções, uma desigualdade entre filhos e cônjuges, com o predomínio acima de tudo, dos interesses patrimoniais⁷⁹.

A violência doméstica está interligada ao espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, pelo que é possível desenvolver alguns traumas e síndromes de conhecimento do universo da psicologia, que devem ser observados imediatamente a fim de evitar um mal maior.

Um dos problemas desenvolvidos nesse meio de agressões é a Síndrome de Estocolmo⁸⁰, que vem sendo estudada com mais frequência, diante do avanço da internet e o

⁷⁹OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.29.

⁸⁰Síndrome de Estocolmo: “Quando uma pessoa passa por uma situação extremamente crítica em que a sua existência fica completamente à mercê de outra, que detém o poder de vida ou de morte sobre ela, pode-se estabelecer um tipo de relação dependente em que a vítima adere psicologicamente ao agressor. Nesses casos,

maior acesso as redes sociais de comunicação, no momento em que a agressão ocorre no seio das relações afetivas.

Costuma acontecer com a criança vítima de abuso físico ou sexual, que não encontra outro lugar para viver que não seja a casa do próprio abusador; com a mulher vítima de agressão dentro do lar, que não tem recursos de sobreviver longe daquele que a maltrata e agride; ou com o idoso vítima de violência, que não consegue viver senão sob a tirania daquele que maltrata.

Sob o manto do direito não há dúvidas sobre a legitimidade de um eventual casamento, uma vez que na legislação brasileira não há impedimento legal para tanto, caso a vítima venha a se casar com o apenado.

Nesses casos, é comum notar o afastamento do magistrado em se ater a conhecimentos profundos sobre a psique humana. O que se nota, não obstante qual posição se filie, o magistrado não pode partir de uma valoração estritamente moral sobre o 'ser' do acusado. Com efeito, deve buscar fazer uma avaliação técnica, afastada de suas opiniões pessoais.

A questão que deve ser enfrentada é de natureza psicológica e consiste em discutir a existência de mecanismos inconscientes de idealização e de identificação que fazem indivíduos delinquentes exercer fascínio e atração, principalmente entre adolescentes vítimas.

O comportamento do abusador, dependendo das circunstâncias, pode transformá-lo num pseudo-herói, sobretudo, porque este acompanha o dia a dia da vítima em várias fases de sua vida, e a dependência pode fazer com que o comportamento dele passe a ser idolatrado e imitado.

A Síndrome também é tão grave quando essas características do agressor são promovidas com persuasão em cenários de massa, quando necessidades sociais e crenças religiosas, ou até mesmo políticas, oportunizam o aparecimento de líderes autoritários, como ocorre com os jovens atraídos pelos pseudo-heróis do terrorismo no Estado Islâmico.

O motivo pelo qual estes são persuadidos a participarem desses grupos de extermínio é matéria que a psicologia enfrenta para combater a violência.

Ao fazer uma análise de correspondência entre as agressões tratadas no seio familiar, destaca-se a acentuada violência contra os jovens, especialmente mulheres.

pode-se estabelecer uma espécie de amor ou paixão que decorre de um processo inconsciente de preservação cujo mecanismo mais evidente se expressa pela idealização e pela identificação, notadamente pela identificação projetiva, através das quais características pessoais do abusador são introjetadas pela vítima e, simultaneamente, características da vítima são projetadas no agressor, com o fim de manter o controle do outro, defender-se dele e proteger-se de um mal grave e inesperado que ele pode causar.” TRINDADE, op. cit., p. 225.

Em pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), foi verificado que a cada duas horas uma brasileira é assassinada pelo simples fato de ser mulher, motivo pelo qual ensejou a implementação do projeto de Lei nº 292/2013 que incluiu o feminicídio no Código Penal Brasileiro, como qualificadora no crime de homicídio.

Dados estatísticos mostram que os crimes de violência contra a mulher não diminuíram no Brasil. Isso pode ser explicado com o fato de que, mesmo com a Lei Maria da Penha, somente cerca de 10% das agressões sofridas por mulheres chegam ao conhecimento da polícia, tendo em vista que, na maior parte das vezes o agressor mora sob o mesmo teto que a vítima ou pode até ser responsável pela subsistência da família⁸¹.

No mesmo sentido, foi identificado, segundo Nadine Gusman, representante da ONU mulheres, que os dados revelam o sexismo que torna as mulheres jovens vítimas fatais de relacionamentos de controle e de dominação em namoros e outras relações afetivas⁸².

Ainda assim, afirmou⁸³ que a violência de gênero acontece cada vez mais cedo, e, por isso, torna-se necessário encontrar soluções para alertar a população, prevenir a violência e coibir essas ações por meio da Justiça e do acesso à direitos.

A matéria tem ganhado força no atual cenário da sociedade brasileira, razão pela qual algumas organizações vêm aderindo à campanhas que lutam no combate à violência contra mulher e na tentativa de visar uma igualdade de gênero.

Um exemplo disso, é a campanha internacional da ONU mulheres HeForShe, um movimento solidário na luta para igualdade de gênero com o objetivo de mobilizar homens e meninas na remoção das barreiras sociais e culturais que impedem as mulheres de atingir o seu potencial, além de ajudar homens e mulheres a modelarem juntos uma nova sociedade.

Dando seguimento ao projeto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a Escola de Magistratura do Rio de Janeiro aderiram ao movimento e se comprometeram a combater a desigualdade de gênero, a discriminação e a violência contra as mulheres.

A importância de tratar esse aspecto da violência não só resulta na diminuição dos crimes que envolvem relação de gênero, mas como também incute aos operadores do direito, responsáveis pela interpretação e pela aplicação da lei, uma profunda reflexão antes de executá-la, sob pena de transformá-la num instrumento de opressão para quem pretende justamente proteger.

⁸¹FONSECA, Rosa Maria. Feminicídio, uma nova qualificação. Rio de Janeiro: *Revista Tribuna do Advogado*, 2015, p. 22.

⁸²GUSMAN, Nadine. op. cit., p. 23.

⁸³Ibid.

Para que os organismos empenhados na condução desses projetos, campanhas e na própria implementação do direito, possam ter algum sucesso no combate as diversas formas de violência, é preciso o olhar minucioso pela psicologia jurídica, mesmo porque, sem essa, não é possível traduzir os problemas surgidos no seio familiar e evitar condutas criminosas.

Nesse sentido, verifica-se uma expressiva quantidade de projetos sociais que colaboram na prevenção da criminalidade, a exemplo do Projeto Violeta⁸⁴ promovido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no intuito de orientar as vítimas que sofrem a violência doméstica na cidade e ainda informar, por meio de um trabalho socioeducativo de esclarecimento dos direitos das mulheres.

Assim como esse, existem outros atendimentos, ofertados por organizações não governamentais, como a ONU Mulheres, associações sem fins lucrativos, como Elas Existem – Mulheres Encarceradas, direcionados a combater a violência exercida contra mulher na qualidade de evitar o crime. A representação da mulher na sociedade é cada vez mais intensa, de modo que repercute nas necessidades que elas ainda enfrentam.

Tornar a situação de violência um assunto que merece destaque na sociedade, foi um processo bastante lento, já que denunciar os casos de violência requer das vítimas não apenas orientações psicológicas e jurídicas, mas, sobretudo um ato de coragem.

Em 2015, foi realizado o mapa da violência no Brasil sobre a situação de homicídios contra a mulher, dando enfoque ao feminicídio, tema recente tratado por diversos operadores do direito, embora com muitas controvérsias e alvo de muitas críticas.

Muito embora o crime seja considerado hediondo quando há agressões cometidas contra uma pessoa do sexo feminino no âmbito familiar e que, de forma intencional, causam lesões ou agravos à saúde e levam a sua morte; os dados obtidos são limitados quanto à informação pública, acessível e confiável.

Mas delimitar conceitualmente as categorias de análise é relativamente simples diante da tarefa de contar com dados confiáveis para analisar a questão. Como bem aponta Wânia Pasinato⁸⁵:

um dos maiores desafios para a realização desses relatórios é a falta de informações oficiais sobre essas mortes. As estatísticas da polícia e do Judiciário não trazem, na maior parte das vezes, informações sobre o sexo das vítimas, o que torna difícil isolar as mortes de mulheres no conjunto de homicídios que ocorrem em cada localidade. Além disso, na maior parte dos países não existem sistemas de

⁸⁴O Projeto Violeta funciona como um Juizado Móvel de Violência Doméstica, por meio de um ônibus que transita cada dia em uma localidade do Rio de Janeiro.

⁸⁵WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 15 nov. 2017.

informações judiciais que permitam conhecer quantos processos judiciais envolvendo crimes contra mulheres chegam a julgamento e quais as decisões obtidas.

Apesar de um tema novo, nota-se que falar sobre a violência contra mulher já é bem antigo, inclusive, em se tratando de homicídios e lesões corporais que ocorrem dentro do ambiente familiar. Por isso, a importância da conscientização sobre a habitualidade de crimes que atingem o gênero mulher, o que precisa ser redesenhado constantemente com cada vez mais projetos e eventos nesse sentido.

Vínculos nem sempre explícitos, de natureza inconsciente, construídos no intramuros da família podem sabotar desejos manifestos, gerando pseudo arrependimentos e falsas retratações, uma conflitualidade de difícil resolução, com verdadeiras idas e vindas que colocam em descrédito as vítimas e os procedimentos legais e estabelecem modelos de vinculação comprometidos, muitas vezes crônicos, que podem passar de geração para geração⁸⁶.

O início deste século pode ser considerado um ponto de referência em termos de transformações sociais, e, na sociedade pós moderna, muitas certezas desapareceram. Regras e valores sofreram mutações vertiginosas na era da modernidade líquida⁸⁷.

Nesse sentido, verifica-se que situações conflitantes que podem ser da mesma forma solucionadas pela psicologia jurídica no combate a violência contra as minorias, trazem as crianças e os adolescentes como ponto de destaque.

Cada vez mais os tribunais têm se especializado em assuntos relacionados ao divórcio dos pais que implica em problemas como a síndrome de alienação parental, a violência e o abuso sexual contra a criança, o dano moral por abandono afetivo, entre outros que repercutem no sistema judiciário.

Como já traçado em capítulo anterior, o Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de aspectos essenciais para a educação e qualidade de vida das crianças e adolescentes cujo papel de responsáveis incumbe solidariamente à sociedade, aos pais, e ao Estado, com o objetivo de evitar a marginalização, assim como problemas sociais que decorrem do maltrato no âmbito familiar.

Da mesma forma, o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 foi elaborado com o fito de coibir a violência. Destaca-se que o abandono afetivo inverso de filhos com os pais, está apto a ensejar indenização já que é uma realidade visível na jurisprudência brasileira.⁸⁸

⁸⁶ TRINDADE, op. cit., p. 230.

⁸⁷ BAUMAN, apud Ibid, p. 231.

Uma das formas de assegurar tais direitos e garantias é utilizar o Direito Penal como instrumento apto a proteger o bem jurídico tutelado, qual seja a vida digna, impondo sanções punitivas aos que desrespeitam a norma.

Em muitos casos que se repetem no judiciário brasileiro identificam-se crimes, como a tortura e maus tratos, os quais são protagonistas da violência contra os idosos⁸⁹.

Em se tratando das crianças e adolescentes, a última ocorrência de um relatório promovido pelo Mapa da Violência⁹⁰ foi em 2012, em que ficou registrado que a mortalidade cresceu mais nos homicídios, demonstrando que a morte por fatores naturais entrou em declínio.

Em 2015 foi realizado um documentário nos Estados Unidos, chamado “The Mask you live in”⁹¹, que traduzindo é “A máscara que você veste”, a fim de questionar a forma como os meninos são educados, e mostrou-se relevante considerar que o papel dos pais, da sociedade e do Estado que se aplica nos EUA também é introduzido no Brasil, ao levantar o machismo patriarcal como um dos fatores de violência na vida adulta inserido no cotidiano desde a infância.

Além de mostrar como a imposição desse modelo machista prejudica os meninos aumentando a incidência de depressão e suicídio, o filme traz dados de como essa educação baseada no incentivo a uma hipermasculinidade, em casa e na escola, está diretamente ligada ao aumento do número de homicídios e também da violência contra mulheres.

Desde o início, dizem a eles: “Seja homem!”; “Não chore!”; “Chega de tanta emoção!”; “Tome jeito de homem!”. Este “código do macho” suprime a humanidade deles, instiga seu impulso por dominação e faz com que muitos se tornem perigosos.

O trailer destaca adolescentes do sexo masculino descrevendo seu isolamento, desespero e pensamentos suicidas, entremeando imagens terríveis de atiradores em escolas e assassinos seriais. “O trailer é saturado da ideologia de que homens são perigosos, mas mostra

⁸⁸LANNES, Elizabeth. *Abandono afetivo inverso: quando os filhos abandonam os pais (idosos)*. Disponível em: <<https://elizabethalais.jusbrasil.com.br/artigos/220020071/abandono-afetivo-inverso-quando-os-filhos-abandonam-os-pais-idosos>> Acesso em: 19 abr. 2017.

⁸⁹BRASIL. *Constituição Federal Brasileira*. Art. 229 da CRFB. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 19 abr. 2017.

⁹⁰WASELFISZ, op. cit., nota 78.

⁹¹*THE Mask you live in* (A máscara que você veste). Direção: Newsom, Jennifer Siebel. Produção: The Representation Project, EUA, Abigail Disney, 2014, 1 bobina cinematográfica. O documentário *The Mask You Live In* (A Máscara que Você Veste) é da cineasta Jennifer Siebel Newsom, estreou no Festival Sundance 2015.

pouco reconhecimento pela forma como a natureza dos meninos pode ser particularmente boa.”⁹²

Observa-se que estudos sobre a violência perpetrada contra essa minoria traz algumas percepções para lidar melhor com a situação anunciada de traumas como alienação parental, abuso sexual e bullying, sendo essas formas de violência catastróficas para o desenvolvimento humano, e que precisam ser combatidas com a máxima urgência.

Ao tratar da alienação parental, Maria Berenice Dias⁹³, trata do tema com muita precisão:

muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento da agressividade – é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos.

Ressalta-se, ademais, que o olhar transgressor não deve caminhar na direção apenas do problema de quem está tomado por esses transtornos, mas também de quem está no convívio familiar, social e escolar, já que a responsabilidade de causar esse conflito na vítima passeia por esses ambientes e muitas vezes o próprio agente também reage ao mesmo diagnóstico, ou seja, a constatação pelo órgão jurisdicional de que o acusado é portador de transtorno de personalidade deveria guiar o juiz não a uma punição mais elevada, mas a uma maior atenção e apoio profissional, com o fito de que o réu possa se libertar de seu problema e adquirir uma consciência humana e de cidadão.

É preciso ter consciência de que a vítima necessita não apenas sobreviver, mas ter convivência de uma rede afetiva onde possa crescer e se desenvolver sem traumas e de forma saudável. Para que isso seja preservado deve se levar em conta que há intervenção judicial com base no Estatuto da Criança e Adolescente em que se preserva a boa convivência familiar, no melhor interesse para o menor.

Uma vez obstado o direito da criança a conviver com um dos seus genitores, o recurso à via judicial é importante para compelir o alienador a permitir que se cumpra o

⁹²Crítica da Christina HoffSommers professora universitária de Filosofia, lecionando Ética. É provavelmente mais conhecida por sua crítica ao feminismo recente (último quarto do século XX). Disponível em: <<http://www.avoiceformen.com>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 409.

direito de visita, situação imprescindível na lei e condição fundamental para o exercício da função materna e paterna.

Não se pode esquecer que se está diante de uma Síndrome, configurado como um conjunto sistemático de procedimentos que alienam o outro cônjuge, num manifesto prejuízo aos filhos.

Com o objetivo de acrescentar algumas informações ao presente estudo, algumas formas de conhecimento para saber qual o grau possível dessa Síndrome é a Escala de Indicadores Legais de Alienação Parental⁹⁴ em que contempla a possibilidade de oferecer uma qualificação de acordo com os critérios de intensidade leve, moderado ou severo, previstos pela Lei nº 12.318/2010, mas verifica a responsabilidade em ser acompanhado por uma equipe multidisciplinar com conhecimento para o caso.

O interessante são as diversas possibilidades, assim como a escala, que há para resolver problemas, conflitos psicológicos e transtornos psiquiátricos, servindo de pesquisa para dirimir questões no futuro.

Relevante questão está na abordagem do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes em diversos contextos, especialmente no familiar, uma vez que o índice de situações de violência intrafamiliar é agravante e muitas vezes o abusador é o pai, o padrasto ou algum familiar de quem a criança depende.

Psicologicamente é comum ver a criança vítima de abuso sexual apresentar-se deprimida ou acanhada, haja vista a fragilidade da criança em falar do assunto, ou mesmo a culpa e a sensação de que a própria vítima contribuiu para que o abuso acontecesse, tornando uma grande barreira para perceber a agressão.

Nesse sentido, é extremamente necessária a presença de uma ajuda psicológica que pode auxiliar a encontrar indicadores de abuso e examinar critérios de psicopatologia, o que, por si só, é de grande valia para o esclarecimento da verdade.

Por vezes, tem-se no Direito Penal o princípio da identidade física do juiz, apesar de não ser obrigatório esse acompanhamento, nem sempre ocorre como deveria. Mas, nesses casos de abuso sexual contra menores, é de notória importância que o juiz acompanhe, juntamente com profissionais competentes o indivíduo desde a audiência de instrução até a sentença facilitando o conhecimento técnico, a fim de evitar uma carga de bagagens pessoais na influência da dosagem da pena.

⁹⁴TRINDADE. Jorge. *Escala de alienação parental*. Disponível em: <<http://www.escaladealienacaoparental.com>>. Acesso em: 19 abr. 2017

Dentro dessa relação abusiva com o agressor, a criança necessita ser amada e atendida emocionalmente e a única maneira de retribuição é através da via sexual, fazendo com que a criança não consiga distinguir o real do imaginário.

Isso significa que a especificidade do assunto é bastante complexa, e exige até mesmo entre os profissionais de psicologia alguém especializado no assunto e na faixa etária, como disposto nas leis de alienação parental.

O abuso sexual infantil tem se tornando um grande fator de depressões, suicídios e mutilações entre os adolescentes, exatamente por ser uma agressão disfarçada que lida com os sentimentos mais vulneráveis do desenvolvimento de uma criança, calando-os em um sofrimento permanente.

O problema é social, moral, psicológico e jurídico, onde todas as ferramentas a combater essa violência contra inimputáveis devem ser usadas pelo Estado, pela sociedade e pela família, para que o abuso seja um assunto plenamente enfrentado, além de ter profissionais capacitados que saibam servir de espelho para aquela criança poder se abrir.

Por último, mas também com o intuito de oferecer uma pequena abordagem sobre o assunto está o bullying, tido como uma agressão mundial, pois é um mal intrínseco ao ser humano para se afirmar no grupo social.

Existem várias formas de praticar bullying em diversos ambientes, como no trabalho, na relação professor e aluno, no ambiente familiar, entre os amigos e uma série de outras situações que não se limitam, uma vez que o que se interessa no ato é humilhar o próximo e de alguma forma se sentir com orgulho por ter essa característica de valentão, e muitas vezes com a atenção de uma plateia.

Mas, no entanto, o foco está na análise das crianças e adolescentes, que tanto agressores quanto as vítimas desde a infância são afetados em seu desenvolvimento psíquico por conta dessas perturbações.

É indicado que as vítimas⁹⁵ de bullying recebam atendimento psicoterapêutico para a superação dos conflitos emocionais que decorrem do processo de vitimização ao qual estão submetidas, ao passo que o agressor também precisa do mesmo tratamento, pois em muitos casos ele não deixa de ser uma vítima de um sistema disfuncional, incapaz de propiciar o

⁹⁵É cada vez mais frequente os casos de bullying, utilizando da agressão física e muitas vezes pelos próprios colegas de classe, como é o exemplo do caso que foi registrado na cidade de Gilbués, a 797 km de Teresina, Sul do Piauí. Um garoto de 10 anos foi agredido ao sair da escola, violência esta motivada pelo simples fato do menino usar óculos. Vídeos mostrando as agressões ganharam repercussão nas redes sociais em toda a região. CUNHA, Daniel. *Garoto de 10 anos sofre bullying e é agredido na escola por usar óculos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2014/10/garoto-de-10-anos-sofre-bullying-e-e-agredido-na-escola-por-usar-oculos.html>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

aprendizado do respeito ao outro, sendo que na maioria das vezes trata-se de um sujeito que provém de um ambiente familiar desestruturado, onde as relações de poder são arbitrárias e nas quais o agressor foi expectador/vítima de violência doméstica, de cunho físico, psicológico, verbal ou sexual.

O bullying traz consequências comportamentais, emocionais e sociais, no curto e no longo prazo. Quando crianças, as vítimas podem sofrer algum tipo de trauma que influencie traços na personalidade ou no modo de se relacionar na vida adulta, e ainda desenvolver ao longo do tempo problemas como transtornos de ansiedade, depressão, baixa autoestima, isolamento social ou maior propensão ao uso de drogas ou ter problemas com a lei.⁹⁶

Ao enfrentar esses aspectos aliados ao estudo consciente da Psicologia Jurídica, é incentivador à sociedade a reflexão sobre a questão dos direitos dos idosos, das crianças e dos adolescentes, das mulheres, entre outras minorias, ensejando mudanças de comportamentos em relação àqueles que merecem um respeito maior aos direitos humanos.

Mais ainda, é fundamental que o magistrado saiba aplicar a penalidade correta para cada tipo de indivíduo, que acompanhe o processo desde o início, inclusive, na condução das audiências de instrução, seja com o conhecimento técnico e científico dos profissionais da área da psicologia, seja com o conhecimento das teorias penais aplicáveis a cada réu, pois a medida que este se encaixa na atribuição que o magistrado lhe coloca para cumprir sua pena, o resultado de reintegração social será mais favorável.

Essas e outras questões acerca da importância da análise de qual teoria penal é mais efetiva na aplicação da pena será analisada no próximo capítulo, já que o que se vê, contudo, na prática forense, são sentenças criminais precárias, superficiais, e não raro preconceituosas, que se limitam a fazer afirmações genéricas como: “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa”, “má”⁹⁷ e não atinge o objetivo primordial da penalidade.

⁹⁶CUNHA, Carolina. *Bullying*: Brasil cria lei para lidar com a violência na escola. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/bullying-brasil-cria-lei-para-lidar-com-a-violencia-na-escola.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

⁹⁷Nesse sentido: “O tema justifica a maior atenção dos penalistas mesmo porque da leitura das sentenças e dos acórdãos fácil é a percepção de que os magistrados, em cumprimento à dicção do artigo 59 do CP, limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo "personalidade ajustada", "desajustada", "agressiva", "impulsiva", "boa" ou "má", que nada dizem tecnicamente, salvo em nível de temperamento ou de caráter”. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 203-209.

3. DAS TEORIAS PENAIS NA EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA

Nos capítulos anteriores foi possível abordar a importância do conhecimento da psicologia social e jurídica e das áreas que cercam a personalidade humana, com todos os seus conflitos em cada ambiente social. E, também, através da cronologia, obter uma análise científica do comportamento humano a ser aplicada na individualização da pena.

A sequência desse estudo nada mais é do que um freio a arbitrariedade da valoração da pena, realizada pelos magistrados, quando da medição da personalidade do agente, visto que é algo complexo a ser repensado nas decisões que influenciam a punição da vida humana.

Ultrapassada essa análise do campo da psique, é preciso entender como o Estado-juiz funciona dentro dessa máquina da criminalização até que se atinja a pena a ser cumprida. E para isso, o Estado possibilita, através da lei, a definição do que seja crime, onde o agente causador do delito será identificado na medida de sua responsabilidade.

No entanto, a atividade de criminalização, desempenhada pelo Estado, desenvolve-se em duas etapas, denominadas respectivamente de criminalização primária e criminalização secundária.

A criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar de uma lei primária material, que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas. Trata-se de ato formal, fundamentalmente programático, pois quando se estabelece que uma conduta deve ser punida, enuncia-se um programa, o qual deve ser cumprido pelos entes estatais, polícias, Ministério Público, Poder Judiciário, entre outros.

De seu turno, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Verificam-se quando os órgãos estatais detectam um indivíduo, a quem se atribui a prática de um ato primariamente criminalizado, sobre ele recaindo a persecução penal. Para Zaffaroni⁹⁸, a criminalização secundária possui duas características: seletividade e vulnerabilidade, pois há forte tendência de ser o poder punitivo exercido precipuamente sobre pessoas previamente escolhidas em face de suas fraquezas, a exemplo dos moradores de rua, prostitutas e usuários de drogas. Este fenômeno guarda íntima relação com o movimento criminológico conhecido como *labeling approach* (teoria da reação social, da rotulação social ou do etiquetamento social): aqueles que integram a população criminoso são estigmatizados, rotulados ou etiquetados como sujeitos contra quem normalmente se dirige o poder punitivo estatal.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 8.

Não é de se olvidar que a *ratioessendi* da criminalização secundária, possui origens relativamente próximas ao surgimento do sistema penitenciário, que teve seu crescimento em sociedades desenvolvidas, onde o poder, bens e *status* prevaleciam em detrimento das classes mais vulneráveis da sociedade, que de certo modo gerou uma desigualdade social e, conseqüentemente, no cometimento de crimes.

Nessa mesma linha de raciocínio, é também o entendimento de Georg Rusche e Otto Kirchheimer quando em sua obra discorre que “o sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entanto, pelas diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado”.⁹⁹

No entendimento dos autores¹⁰⁰, numa breve lição com as preocupações do campo jurídico referentes à tendência da punição face aos vulneráveis, infere-se que:

a questão social como causa básica da grande quantidade de crimes contra a propriedade e a ordem pública parece estar, portanto, claramente estabelecida. Isto é válido mesmo quando lidamos com variações da criminalidade resultante de mudanças econômicas temporárias, ou de mudanças estruturais profundas com o crescimento acentuado de fraudes decorrentes de crescentes pressões sobre a classe média num mundo oscilante entre a livre concorrência e o capitalismo monopolista.

Segundo opúsculo escrito em 1693, Guevarre justifica de modo claro e ingênuo, a oportunidade do internamento para todos os pobres, fossem eles “bons” ou “maus”, segundo a teoria então vigente em todas as casas de trabalho, protestantes e católicas: os pobres bons agradecerão ao internamento que os assiste e lhes oferece a possibilidade de trabalho; os pobres maus serão justamente privados da liberdade e punidos com o trabalho. Guevarre resolve, assim, salomonicamente, a contradição – que então não era sentida como tal – entre casa de trabalho para pobres e casa de correção para vagabundos e criminosos, instituições que, na prática, eram a mesma coisa, uma vez que o real delito era, no fundo, a pobreza, e a finalidade da instituição era o aprendizado de uma disciplina, visto como punição.¹⁰¹ Como observa Foucault¹⁰²:

o internamento é assim justificado duplamente, num equívoco indissociável, a título de benefício e a título de punição. É ao mesmo tempo recompensa e castigo, dependendo do valor moral daqueles a quem se impõe. Até o final da época clássica, o uso do internamento será prisioneiro deste equívoco; terá a

⁹⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31.

¹⁰⁰Ibid., p. 17.

¹⁰¹Ibid., p. 59.

¹⁰²FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 98-99.

estranha reversibilidade que a faz mudar de significado de acordo com o mérito daquele ao qual se aplica.

Verifica-se, no entanto, que essa tendência da criminalização é recorrente no tempo, cabendo a sociologia criminal a preocupação com a relação entre crime e meio social, assim como as áreas de psicologia jurídica no atendimento aos operadores de direito, uma vez que o problema, atual, possa ser atribuído à ótica da teoria penal.

Ao juiz é acarretada a incumbência de aplicar a teoria penal a ser utilizada no processo de individualização da pena e na ressocialização quando da execução da pena.

Nenhuma das teorias da punição, nem a absolutista nem a teleológica, está apta a explicar a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social. As teorias absolutistas falham por princípio, pois elas vêm na relação entre culpa e expiação um problema de imputação jurídica, nas quais o indivíduo aparece como sujeito dotado de livre arbítrio. As teorias teleológicas, de outro lado, concentrando-se em necessidades sociais reais ou hipotéticas, tendem a considerar as dificuldades para o conhecimento de seu projeto como decorrentes de problemas de ordem técnica e não histórica.¹⁰³

De acordo com a teoria dos sistemas simbólicos, desenvolvida na Antropologia, em que qualquer comunidade que se diferencia de outra cria uma exclusão, e além da teoria da lógica binária, o Brasil é um dos países mais flexíveis nesse sentido, pois apesar das suas variadas comunidades, possui como característica, a multiculturalidade por abarcar diversas identidades étnicas e religiosas que se integram para o crescimento social, tornando necessária a conscientização do juiz acerca dessas diferenças para a correta aplicação da teoria penal.

As teorias penais, estudadas dentro do Código Penal, no entanto, entram nesse cenário com uma finalidade específica, seja ela absoluta, relativa, eclética ou tantas outras que surgem com a evolução do Direito Penal aliado a psicologia jurídica, qual seja possibilitar uma justiça mais sensível ao significado do que seria uma penalidade, por meio da finalidade retributiva, da preventiva e da reintegrativa.

Destarte, o Direito Penal é um sistema de dupla via, pois admite as penas (1ª via) e as medidas de segurança (2ª via) como respostas estatais aos violadores das suas regras.¹⁰⁴

Além dessas, há uma terceira via, que se aplica em situações que muito embora tenha sido cometido uma infração penal, resolve-se através de outros métodos de punição alternativos, como a reparação do dano a vítima, a exemplo do que se verifica na composição

¹⁰³ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit., p. 17.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. *La estrutura de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 2006, p. 43

dos danos civis nos crimes de menor potencial ofensivo de ação penal privada e de ação penal pública condicionada a representação do ofendido, segundo art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95.¹⁰⁵

3.1 Teoria absoluta e finalidade retributiva da pena

Para teoria absoluta, a finalidade da pena é retributiva, isto quer dizer, que ela não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Ou seja, a pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fato este que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica.

Um exemplo claro dos primeiros relatos do que se entende por finalidade retributiva, tem seu momento nodal na definição do papel da categoria ético-jurídica do talião¹⁰⁶ na concepção punitiva feudal.

Pode ser que na origem, a natureza de equivalência, própria deste conceito, não tenha sido mais do que a sublimação da vingança, e que tenha se baseado acima de tudo num desejo de equilíbrio em favor de quem tivesse sido vítima do delito cometido.¹⁰⁷

A passagem da vingança privada à pena como retribuição, isto é, a passagem de um fenômeno quase “biológico” a categoria jurídica impõe, como pressuposto necessário, o domínio cultural do conceito de equivalente, medido como troca de valores.¹⁰⁸

Com o passar do tempo a finalidade retributiva da pena foi ganhando novos conceitos, de um lado atende a normatividade que da lei penal se espera, e do outro a carência existente na busca da ressocialização do preso.

Diante da retribuição, o magistrado tem a ingerência de atribuir ao condenado uma pena que seja proporcional e correspondente a infração penal na qual este se envolveu. O mal que a pena transmite ao condenado deve ser equivalente ao mal produzido por este a coletividade.

¹⁰⁵ MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado* – Parte geral. 10. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 610.

¹⁰⁶Lei de talião: Expediente de limitação da pena, a fim de torná-la igual ao mal praticado pelo ofensor, comumente enunciada (olho por olho, dente por dente). Constitui maneira de humanização da pena e comparece em vários textos do período da vingança pública, como são exemplos o Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas. Da mesma forma, na Bíblia, que registra as leis penais dos hebreus. JUS BRASIL. *Lei de Talião*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26389806/lei-de-taliao>> Acesso em: 27 set 2017.

¹⁰⁷MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 21.

¹⁰⁸Ibid., p. 22.

Logo, o magistrado possui abertura no momento da individualização da pena para conferir o quantum adequado para aquele condenado respeitando o preceito secundário da pena, aliado aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Além disso, a retribuição que o magistrado aplica não está limitada ao fato criminoso apenas, podendo este se inteirar, por conta própria ou com a alguma equipe interdisciplinar, de todo o contexto social e psicológico do indivíduo, a fim de valorá-lo com fundamentos consistentes.

Entretanto, a retribuição aplicada isoladamente não cumpre o efeito de harmonização da convivência em sociedade, já que se preocupa tão somente com a punição do agente causador do delito.

3.2 Teoria relativa e finalidades preventivas da pena

Em se tratando da teoria relativa, a finalidade é evitar a prática de novas infrações penais, sendo, pois, irrelevante a imposição de castigo ao condenado.

Verifica-se que a intenção dessa teoria não é a de atender a normatividade em si, mas sim os anseios indesejáveis que os crimes proporcionam, na tentativa de se preocupar com a convivência harmônica em sociedade e, para isso, é primordial tratar da ressocialização do preso.

Isso porque, a reintegração do indivíduo em sociedade é uma das formas mais eficazes da prevenção de outros crimes, tema também estudado na política criminal, pois se ocupa do crime no que tange ao valor, trabalhando as estratégias e meios de controle social da criminalidade.

Cumprido destacar que a prevenção assume um aspecto duplice: prevenção geral¹⁰⁹, destinada ao controle da violência na medida em que busca diminuí-la e evitá-la e, prevenção especial¹¹⁰, direcionada exclusivamente a pessoa do condenado.

¹⁰⁹ A prevenção geral pode ser negativa, que busca intimidar os membros da coletividade acerca da gravidade e da imperatividade da pena, retirando-lhes eventual incentivo quanto à prática de infrações penais e positiva, que repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e no poder de execução do ordenamento jurídico. MASSON. op. cit., p. 615.

¹¹⁰ A prevenção especial se divide em negativa, busca evitar a reincidência e positiva, que se preocupa com a ressocialização do condenado. Ibid., p. 615-616.

Nota-se que a prevenção especial positiva é aquela que deve estar presente na individualização da pena pelo magistrado, pois se entende que a pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso.¹¹¹

Diante desse contexto, a teoria relativa encontra no seio da psicologia jurídica fundamentos sólidos para que se possa tornar eficaz a finalidade da prevenção da pena, sobretudo, pelos aspectos psicossociais que influenciam o comportamento humano no cometimento de crimes.

E estudá-los para saber aplicá-los quando na fase da dosimetria é essencial para uma correta aplicação da pena, haja vista que nem sempre o magistrado preceitua detalhadamente as finalidades da pena, as quais motivaram a dosagem quanto a personalidade do agente.

A teoria relativa deve atingir não somente aqueles infratores sujeitos ao cumprimento de uma pena propriamente dita, mas também aqueles sujeitos a cumprirem uma medida de segurança, já que a situação penitenciária no Brasil é caótica, tendo em vista a finalidade preventiva da pena.

Todavia, da mesma maneira que a teoria absoluta, a relativa também não se aplica isoladamente, pois não pode estar preocupada somente com a prevenção no cometimento de infrações, e sim com a imposição da norma ao caso concreto diante do que indivíduo criminoso cometeu.

3.3 Teoria mista ou unificadora e finalidades retributiva e preventiva da pena

A teoria mista é a considerada mais adequada no Direito Penal Brasileiro, isso porque ela assume três aspectos que se fundem, quais sejam a retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Foi a teoria acolhida pelo art. 59, caput do Código Penal, quando dispõe que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. É também chamada de teoria eclética, intermediária, conciliatória ou unitária.¹¹²

Dentre os princípios que são aplicáveis as penas, a teoria mista requer a atenção especial do princípio da proporcionalidade, pois a resposta penal deve ser justa e suficiente

¹¹¹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Tradução. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 104.

¹¹² MASSON, op. cit., p. 616.

para cumprir o papel de reprovação do ilícito¹¹³, bem como para prevenir novas infrações penais, assim como do princípio da individualização da pena.

Isso porque, este último tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou partícipes do delito. Sua finalidade e importância residem na fuga da padronização da pena, da “mecanizada ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve a pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida injusto.¹¹⁴

Logo, o magistrado deve se apoiar no fundamento do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a fim de distribuir a cada indivíduo, o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento, tanto as objetivas quanto as subjetivas, nas fases de aplicação da ordem penal.

Para tanto, a aplicação do princípio da individualização da pena pode ser dividida em três etapas diferentes, sendo na segunda etapa o momento pelo qual o juiz faz a aplicação do tipo penal ao ato que o acusado cometeu, verificando qual será a pena mais adequada, levando em conta as características pessoais de cada réu.

Por esse ponto de vista teria o juiz, malgrado o princípio do livre convencimento motivado, o resguardo na Constituição Federal para decidir acerca de qualquer circunstância, obedecendo tais diretrizes e respeitando os princípios penais constitucionais que a ordem jurídica impõe.

Diante dos ensinamentos de Nelson Hungria¹¹⁵:

a formula unitária foi assim fixada: retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso. Ao ser cominada in abstracto, a pena é individualizada objetivamente; mas, ao ser aplicada in concreto, não prescinde da sua individualização subjetiva. Após a individualização convencional da lei, a individualização experimental do juiz, ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É conservada a prefixação de mínima e máxima especiais; mas, suprimida a escala legal de graus intermédios, o juiz pode mover-se livremente entre aqueles, para realizar a “justiça do caso concreto”

Assim sendo, logo se observa que a individualização da pena está intimamente ligada tanto com o aspecto objetivo, mas também com o aspecto subjetivo que é o ponto de destaque

¹¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº. 84.427*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+84427>> Acesso em: 27 set 2017.

¹¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p.30.

¹¹⁵HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 86.

desse estudo, já que o magistrado permeia sobre fundamentos de ordem interna do sujeito, não podendo, em qualquer caso, valorar a pena conforme visão pessoal, muito embora esse seja o quadro mais recorrente no sistema judiciário brasileiro.

A falta de uma equipe multidisciplinar de profissionais experientes com os conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, gera uma lacuna expressiva na qualidade da individualização da pena.

No sistema penal brasileiro as finalidades da pena devem ser buscadas pelo condenado e pelo Estado, com igual ênfase à retribuição e à prevenção.¹¹⁶ Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁷:

se é assim – vale dizer, se a Constituição mesma parece conferir à execução das penalidades em foco uma paralela função de reabilitação individual, na perspectiva de um saneado retorno do apenado à vida societária -, esse mister reeducativo é de ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro. Esforço conjunto que há de se dar segundo pautas adrede fixadas naquilo que é o próprio cerne do regime que a lei designa como de execuções penais. Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial.

De tal modo, que se as partes se esforçarem no que tange a função social da pena, é possível alcançar o objetivo de atendimento aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.¹¹⁸

A exemplo do desvio da função social da pena é o caso das medidas de segurança, pois nem sempre o acompanhamento dessas medidas, é feito de maneira satisfatória, fato que teve como consequência, em passado bastante recente, a reclusão por vezes perpétua de pacientes que permaneceram internados por longos períodos ultrapassando frequentemente o limite de 30 anos de pena privativa de liberdade determinado pelo Código Penal, em se tratando de presos comuns.¹¹⁹

Com efeito, a teoria mista busca atender os ditames do Direito Penal, mas de acordo com a contemporaneidade, já que nunca é tarde para avançar nos métodos eficazes para garantir a finalidade que a pena propõe.

¹¹⁶ MASSON, op. cit., p. 617.

¹¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº. 91.874*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+91874>> Acesso em: 27 set 2017.

¹¹⁸MASSON, op. cit., p. 619.

¹¹⁹LOPES, Amanda. *A loucura no cárcere*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2015, p. 14.

3.4 Abolicionismo Penal

Diante de várias teorias que se envolvem com o ato criminoso, o abolicionismo penal é uma teoria criminológica relacionada à descriminalização e à despenalização, a qual é considerada utópica nos dias atuais.

Isso porque, surge uma nova forma de pensar, um novo paradigma para enfrentar a crise penitenciária, atenuando-se consideravelmente as sanções penais dirigidas às condutas ilícitas de maior gravidade.

Sabe-se que o movimento abolicionista encontra sua origem na Holanda, nos estudos de Louk Hulsman, e na Noruega, nos pensamentos de Nils Christie e Thomas Mathiesen.¹²⁰

A motivação principal para o surgimento dessa teoria recai da ineficiência do sistema penal e penitenciário, incapaz de resolver os problemas que se propõe solucionar.

É possível observar que esse problema era notável em alguns países ocidentais, a exemplo dos Estados Unidos, onde foi verificado que o encarceramento expandiu-se rapidamente, a ponto de alcançar uma escala industrial antes desconhecida numa sociedade democrática, dando origem a um setor comercial em rápido crescimento para operadores que auxiliam o Estado a ampliar sua capacidade de confinamento, estimulando a expansão de cadeias e prisões construídas e/ou administradas por operadores privados.¹²¹

Diante desse raciocínio do encarceramento e a falha em suas consequências, a proposta do holandês foi no sentido da abolição imediata do sistema penal, afastando o Poder Público de todo e qualquer conflito, solucionando-se os problemas sociais por instâncias intermediárias sem natureza penal.¹²²

De fato, o que o estudo demonstra é a falência do sistema carcerário, tendo em vista que o resultado tem sido sinalizado na contramão da ressocialização do preso, o que dificulta o trabalho realizado em conjunto pelos magistrados, psicólogos e demais profissionais que atuam para garantir a eficiência da teoria mista.

Por um ideal libertário, propõe-se a desconstrução de diversos paradigmas do Direito Penal Moderno, como o próprio caráter retributivo da pena, em prol de um castigo reinscrito num regime consensual entre as partes.

¹²⁰PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. *O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade?* Disponível em: <<http://www.revistaliberdades.org.br>> Acesso em: 19 abr. 2017.

¹²¹WACQUANT, Loic. *Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 119.

¹²²HULSMAN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Tradução Espanhola Sergio Politoff. Barcelona: Ariel, 1984, p. 31.

Nessa esteira de proposta, o abolicionismo penal é considerado uma utopia até mesmo pelos representantes do direito penal mínimo e do garantismo penal.¹²³

Ou seja, o que se conclui é que a sociedade não está preparada para solucionar conflitos sem a interferência do Estado, pois os conflitos humanos perpassam por situações que nem sempre serão tratadas com civilidade, pois há a necessidade de se proteger os bens de maior relevância social.

Com isso, a teoria do abolicionismo penal apenas serve de escopo para o magistrado ter a sensibilidade que se espera no momento da individualização penal, pois diante da circunstância da personalidade do agente deve se ter como fundo de pesquisa as consequências que uma valoração pode perpetrar na vida do indivíduo, sem deixar de lado todos os critérios que foram utilizados no momento de mencionar a fundamentação da pena.

3.5 Teoria das janelas quebradas (broken windows theory): modelos de criminologia

A teoria das janelas quebradas, implementada em Nova Iorque, teve por base estudos de James Wilson e de Geroge Kelling, no ano de 1982, e está intimamente ligada ao modelo de justiça que discute a criminalidade, o qual se caracteriza pelo rechaço da ideia de que o delito é determinado pelas circunstâncias. Acentua a falta de interesse nas causas do delito e reafirma a crença no livre-arbítrio, além de propugnar pela defesa da intimidação como fim prioritário do sistema de justiça criminal.¹²⁴

O experimento inédito realizado pela Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, em 1969, por Phillip Zimbardo, acompanhado de sua equipe, consistiu em abandonar dois automóveis idênticos em vias pública, um no Bronx, zona pobre e problemática de Nova Iorque, e outra em Palo Alto, local rico e tranquilo da Califórnia. Os carros colocados nas designadas ruas foram iguais, mas com populações, culturas e realidades sociais diversas.¹²⁵

Por meio dessa pesquisa, verifica-se não ser a pobreza a causa fomentadora de infrações penais, mas, sim, a sensação de impunidade, motivo pelo qual é necessária a preocupação na proibição de situações que facilitem o cometimento de crimes.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 317-318.

¹²⁴ TRINDADE, op.cit., p.462.

¹²⁵ MASSON, op. cit., p. 627.

Nesse sentido, a teoria das janelas quebradas sustenta a maior incidência de crimes e contravenções penais nos locais em que o descuido e a desordem são mais acentuados. Com efeito, a teoria demonstra que quando se quebra a janela de uma casa e nada se faz, implicitamente se estimula a destruição do imóvel como um todo, abrindo espaço para impunidade. De igual modo, se uma comunidade demonstra sinais de deterioração e isso parece não importar a ninguém, ali a criminalidade irá se instalar.

Tal comportamento humano é capaz de demonstrar que o aspecto da condição econômica do indivíduo não pode ser fonte de interpretação pelo juiz na hora de valorar a pena.

A versão mais moderna dessa teoria foi colocada em prática, pelo então prefeito de Nova Iorque, chamado Rudolph Giuliani, em 1994, ao implantar a política de “tolerância zero”, que de fato, teria reduzido a criminalidade geral em 76%, isso é, a índices não vistos desde o início da década de 70, com a presença ostensiva de policiais nas ruas e uma maior abrangência do Direito Penal. A lei passou a ser um instrumento rígido, apto de punir severamente os mendigos por pedirem dinheiro em estações de metrô.¹²⁶

Verifica-se que tal modelo de justiça, acabou por não observar a entrada do Direito Penal Máximo, ao punir condutas que não são merecedoras de penas, de forma arbitrária, ofendendo a dignidade da pessoa humana, garantia fundamental dos direitos humanos.

Cumpra mencionar que, o magistrado deve sempre se ater ao princípio da humanidade ou humanização das penas, não podendo, assim, violar a integridade física ou moral do réu, segundo art. 5º, XLIX¹²⁷ da Constituição Federal Brasileira, pois a pena deve sempre respeitar os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano.

3.6 Novos paradigmas de justiça penal ligados ao direito criminal

O rumo para uma qualidade de um sistema prisional é saber diferenciar e organizar os fatores de contribuição para o crime que representa uma série de instrumentos como à própria historicidade das penas, o decorrer da evolução delas aliada a interdisciplinaridade jurídica que possibilita a sua aplicação.

¹²⁶TRINDADE, op.cit., p.462.

¹²⁷BRASIL. op. cit., nota 89.

Antes de adentrar ao tema sobre os novos paradigmas, importante destacar a criação de um sumário com as principais teorias criminológicas¹²⁸ desenvolvido por Cullen que facilita a compreensão do comportamento humano diante do crime, envolvendo teorias bases, como a clássica, positivista, assim como seus representantes e a ideia central.

O objetivo foi perceber que em diferentes épocas predominaram determinadas teorias criminais que repercutiram na sociedade e serviram de base para definir a personalidade do criminoso.

Definir a personalidade do agente diante da época em que a sociedade se encontra é um risco que se comete na avaliação da individualização da pena, uma vez que essa atribuição só distancia cada vez mais o criminoso da reintegração social.

Há que destacar que a definição da personalidade é impossível de ser generalizada, posto a gama complexa de conceitos que norteiam as passagens já vivenciadas em determinadas épocas. Com isso, pode-se dizer que a maneira pela qual o magistrado irá definir a personalidade do agente muitas vezes dependerá da sua bagagem sobre o tema, sobre a qual recai a sua preferência teórica.

A personalidade, no entanto, pode ser definida pelas experiências cotidianas, as pesquisas científicas que faz parte da linha traçada pelo magistrado e, mesmo assim, constata-se a ineficiência de se chegar ao conhecimento histórico do todo, utilizado pelos especialistas da área, traduzindo a carência do saber psíquico.

Eysenck apud Salo de Carvalho¹²⁹ sustenta, “que não é possível que “penalistas pretendam construir conceitos dogmáticos de caráter, personalidade etc., usurpando o ofício dos psicólogos. (...) Seria insensato pretender dogmatizar em um campo no qual existem tantas discrepâncias”.

Destacam-se adiante os novos paradigmas modernos com a intenção de auxiliar na justiça penal.

O trabalho eficiente da psicologia investigativa, da justiça terapêutica, da justiça restaurativa, assim como o respeito aos direitos fundamentais em geral, são mecanismos evolutivos a indicar o melhor tratamento pela boa valoração das circunstâncias subjetivas da pena, mas também da ressocialização do preso.

São vários os métodos a serem traçados na busca incessante de conduzir uma justa aplicação da pena base, entre eles, a influência da Psicologia Jurídica, pois muitas vezes um

¹²⁸CULLEN, F. T.; AGNEW, R. *Criminological Theory .Pastto Present.Essencial Readings*. Los Angeles: Roxbury Publishing Company, 2006, p. 39-50.

¹²⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 55.

caso peculiar é deixado na mão de um magistrado que se revela alheio a esses estudos da psique humana, traçando em juízo um método inquisitivo de individualização da pena. Qualquer vivência na área da psicologia se torna essencial para enfrentar situações tão importantes.

Com isso, tornou-se importante estudar os novos paradigmas para uma justiça penal mais eficiente e que se encaixa na evolução do sistema penal.

3.6.1 Psicologia investigativa

Quando se debruça sobre a investigação no meio criminal, verifica-se que a psicologia investigativa não fica muito distante dos primeiros passos de investigação ao condenado a partir do cadastramento genético.

Isso porque, a psicologia investigativa é baseada em atuações de profissionais capacitados para decifrar não somente alguma patologia genética, mas também todo o perfil psicológico do condenado, que porventura pode estar relacionado em outras fases da sua vida antes mesmo do fato delitivo. Sua pesquisa, portanto, é bastante abrangente e antecedente ao crime, enquanto a investigação tradicional atua no *ex post factum*, agindo repressivamente, diante de um caráter inquisitorial, e acaba por se utilizar das fontes de dados científicos, como o mapeamento genético, após o fato.

É cediço que um dos países a se adequar a esse esquema de mapeamento genético foram os Estados Unidos, isso porque, em outubro de 1998 o FBI colocou em funcionamento um banco de dados nacional contendo um perfil de DNA de centenas de milhares de condenados à reclusão, e no qual foi inserido o conjunto de amostras de saliva e de sangue coletadas pelas administrações penitenciárias dos membros da União.

O fichamento genético, no entanto, suplantou os registros com base em impressões digitais e fotografias.¹³⁰

Nessa perspectiva, atenta-se a importância da psicologia investigativa por ser mais eficiente ao trabalho do juiz no momento de valorar a personalidade do agente, uma vez que ela constitui um conjunto de conhecimentos psicológicos específicos a serviço da difícil arte de investigar e pode abarcar uma variada gama de condutas delitivas, que vão desde um mero arrombamento até atos de terrorismo e crimes internacionais e não delitivos, de natureza civil,

¹³⁰ WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 85.

como por exemplo, no caso de esclarecimento de situações conjugais e de família ou as relações ilícitas entre os sócios de uma organização empresarial.

O interessante da psicologia investigativa é a abrangência nos campos em que ela atua, como na civil, na administrativa e, sobretudo, na criminal, em que se estabelece os perfis psicológicos de agentes de delitos, vítimas e testemunhas.

No âmbito da psicologia investigativa criminal, sem dúvida, a mais conhecida das áreas de investigação, ressalta a importância do *profiling*, que consiste em um processo de análise criminal que associa as competências do investigador criminal e do especialista em comportamento humano.¹³¹

Nesse contexto, Montet, citado por Correia¹³² na obra de Jorge Trindade, considera o *profiling* uma disciplina científica auxiliar do direito, marcadamente do tipo criminológico ou psicocriminológico que se ligaria à Psicologia Investigativa numa dimensão mais ampla, e à Psicologia Jurídica na sua globalidade.

E é na avaliação da personalidade do agente que o magistrado necessita de apoios científicos para realizar uma análise mais consistente sobre o perfil do indivíduo que se quer valorar.

Dessa forma, pode ser um importante elemento auxiliar na avaliação do conjunto probatório, notadamente porque a investigação criminal moderna apresenta um cunho multidisciplinar, englobando os fatos relacionados ao crime de forma ampla e plural. Inclui, assim, a pessoa do investigado, a vítima, as testemunhas, as circunstâncias fáticas do delito, aspectos médicos, psicológicos, sociais, econômicos, familiares e outros, ao mesmo tempo em que reafirma os aspectos jurídicos, processuais e constitucionais que formam a teoria geral da prova.¹³³

É possível verificar esse interesse em algumas decisões proferidas quando da análise para valorar negativamente a personalidade do agente, uma vez que há um entendimento já aplicado por alguns juízes da necessidade de se utilizar desses instrumentos de apoios científicos, como se observa na decisão¹³⁴ a seguir:

a valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior

¹³¹ CORREIA, Elisabete. *O Profiler e a sua importância numa equipa de investigação criminal*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011, p. 60.

¹³² Ibid., p. 93.

¹³³ TRINDADE, op.cit., p.460.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial nº. 1.301.226*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicação=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201200091067>. Acesso em: 19 jun. 2017.

periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc., sendo imprescindível a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria e psicologia para análise quanto a personalidade do agente.

Dessa maneira, o papel do magistrado recai na necessidade de se aliar aos profissionais habilitados para enfrentar aspectos subjetivos do réu que estão além das ciências penais.

Certo é que, os novos magistrados têm ingressado na carreira com um olhar humanístico, visto que é imprescindível o estudo da humanística para atuar com os problemas humanos e se saber se ater de forma imparcial diante das problemáticas apresentadas em juízo.

Mais ainda, quando se tratar de individualizar a pena do condenado, pois este é capaz de apresentar um histórico social e familiar que justifique o caminho pelo qual o levou ao cometimento do delito, tornando possível uma melhor avaliação para sua ressocialização.

3.6.2 Justiça terapêutica

Em todo decorrer da evolução do sistema penal, verifica-se atualmente a tentativa de solucionar as ineficiências do sistema penal, com modelos de programas que auxiliam o juiz a evitar o encarceramento.

E muitos desses projetos estudam o comportamento humano na tentativa de mapear o entendimento da personalidade do agente, ao criar padrões que facilitam analisar o perfil do acusado, e assim se faz com aqueles que necessitam de intervenções; orientações e reabilitação de situações relacionadas com a droga e com o crime.

Dentre esses modelos consta a Justiça Terapêutica, como um programa judicial destinado aos infratores envolvidos com drogas, ilícitas ou não, que abrange tanto o infrator-usuário, quanto o infrator em uso indevido, abusador, e o infrator dependente químico, desde que a prática do delito por ele cometido esteja relacionada ao uso de drogas.¹³⁵

Frise-se que o programa não está relacionado apenas aos jovens infratores, mas também aos maiores de 18 anos que cometem crimes, já que a ideia é englobar sujeitos infratores passíveis de reintegração social diante do objeto de infração cometida.

¹³⁵TRINDADE, op.cit., p.479.

Esse modelo pressupõe a integração de disciplinas, a elaboração de um diagnóstico e de um plano de atendimento global, que leve em consideração aspectos constitutivos da personalidade do agente, sua dinâmica familiar e a rede social de apoio.

Essa prática costuma ser utilizada tanto antes da dosimetria penal quanto após, porque o modelo sugere uma concepção integrada e cooperativa dos operadores do direito com os operadores sanitários, que visa evitar a prisão e a privação da liberdade, assim como oferece ao infrator a possibilidade de receber atendimento profissional especializado e adequado às circunstâncias particulares de cada caso.¹³⁶

Nota-se que é preciso que o juiz tenha sensibilidade para ofertar ao infrator o projeto da justiça terapêutica, pois, caso esse infrator não aceite o modelo em questão, no momento da individualização da pena, o juiz terá a tendência em ficar restrito diante da complexidade do tema, exceto com aqueles que tenham infringido os artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343/06¹³⁷.

Promove, no entanto, o estudo de uma equipe multidisciplinar, aliada ao crivo do juiz, do Ministério Público e do Defensor, além do consentimento esclarecido e da concordância da família e do infrator.

Nesse aspecto, importante é a função em conjunto dos operadores do direito em reafirmar a possibilidade de substituir o encarceramento pelos modelos mais eficazes e de ressocialização. No entanto, é de se destacar a importância da psicologia jurídica no enfoque da justiça terapêutica.

De acordo com o artigo 251 do Código de Processo Penal, ao juiz de direito incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública, o que, no entanto, demonstra o poder que exerce em juízo para prover o equilíbrio na solução do caso.

É de se notar que o juiz deve se atentar ao princípio da imparcialidade, pois não deve carregar consigo aspectos da esfera pessoal, emocional que tenha relação com o agente quando do julgamento, ainda mais em se tratando de casos que ultrapassam a razoabilidade, evitando, assim ofender os direitos da coletividade.

Cumpra mencionar que se faz mencionar os ensinamentos da autora Ada Pellegrini Grinover¹³⁸:

a imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural

¹³⁶Ibid., p. 477.

¹³⁷BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

¹³⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES Filho, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 24

erigido em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.

O juiz é sujeito na relação processual. Não é parte porque atua como órgão imparcial, acima das partes, aplicando o direito ao caso concreto. É ele quem conduz o processo até o final da instrução quando será proferida a sentença.

Como já visto, o juiz pode determinar o tratamento ofertado pelo Programa da Justiça Terapêutica, tanto no processo de conhecimento quanto na fase de execução da pena, através de sentença quando o processo percorreu todo seu curso, ou mediante decisão interlocutória, mas ambas com o consentimento do acusado.

Como benefícios da Justiça Terapêutica, seguindo o trabalho elaborado por Silva, Bardou, Freitas, Neves e Fensterseifer¹³⁹, que serve de base para esse tema pode-se referir:

evitar a prisão; proporcionar ao infrator a possibilidade de receber atendimento profissional adequado; possibilitar maior probabilidade de quebra da união droga-crime; reduzir a chance de repetição do comportamento infracional e recorrente do uso de drogas; diminuir o ônus social e financeiro; arquivar o processo, portanto, nada constará nos antecedentes criminais.

Nesse ponto, vislumbram-se as vantagens do que a justiça terapêutica é capaz de proporcionar justamente por presidir o auxílio de profissionais capazes de lidar com situações muitas vezes conflituosas que estão além das técnicas utilizadas pelo magistrado, pois a intenção é de transformação interna do condenado.

Entretanto, o ponto controvertido em destaque reside na terapia através da Justiça, devido ao grande índice de preconceito, por implicar um tratamento coercitivo e/ou compulsório, sendo, pois uma, visão de legitimação do controle proposto pela visão punitiva do direito penal. Nesse sentido, ao contrário do que antes fora afirmado, seria inconstitucional por violar direitos individuais e atentar contra a liberdade, a privacidade e a intimidade.¹⁴⁰

¹³⁹SILVA, Ricardo de Oiveira; et al. *Justiça Terapêutica*. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁴⁰TRINDADE, op.cit., p.480.

3.6.3 Justiça restaurativa

Tratar da justiça restaurativa é falar do princípio da intervenção mínima do direito penal, cuja pena é legítima unicamente nos casos estritamente necessários para a tutela de um bem jurídico penalmente reconhecido, de que derivam dois outros princípios, o da fragmentariedade e subsidiariedade.

Segundo o pioneiro desse método, o juiz Asiel Henrique de Sousa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)¹⁴¹:

trata-se, no entanto, de um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima. Surgiu no exterior, na cultura anglo-saxã. As primeiras experiências vieram do Canadá e da Nova Zelândia e ganharam relevância em várias partes do mundo. No Brasil a prática está em funcionamento há pelo menos 13 anos¹⁴².

Na prática existem algumas metodologias voltadas para esse processo. A mediação vítima-ofensor consiste basicamente em colocá-los em um mesmo ambiente guardado de segurança jurídica e física, com o objetivo de que se busque ali acordo que implique a resolução de outras dimensões do problema que não apenas a punição, como, por exemplo, a reparação de danos emocionais.

Há casos em que as autoridades estão despreparadas para lidar com métodos restaurativos e confundem procedimentos de conduta amistosa provocando a insegurança entre as partes. Ou seja, quando não se aplica a segurança jurídica e física necessária, possibilita a vítima riscos a sua integridade e até mesmo de morte pelo ofensor, como foi o caso do assassinato ocorrido em 07.10.2017:

Laís Fonseca foi assassinada a facadas pelo ex-marido dentro de uma viatura da Polícia Militar na noite de sábado, na BR-116, entre Pavão e Teófilo Otoni, no Vale do Mucuri. A mulher chamou a polícia após descobrir que o ex-companheiro, de 34 anos, tinha instalado uma câmera dentro de sua casa, no município de Pavão. Ela foi até o quartel da polícia e registrou a denúncia. A câmera estava instalada no banheiro da sua casa e as imagens eram gravadas em tempo real. De acordo com o boletim de ocorrência, Laís temia que o ex-marido divulgasse imagens dela e de seu filho, de 8 anos.

O homem admitiu aos policiais que instalou a câmera no banheiro da ex-esposa porque queria descobrir se ela estava em um novo relacionamento. Os dois estavam

¹⁴¹CARVALHO. Luiza de. *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: 02 out. 2017.

¹⁴² A reportagem realizada em entrevista perante o CNJ foi realizada em 2014, portanto, atualizando para o presente trabalho são 13 anos já de prática da justiça restaurativa no Brasil.

sendo conduzidos de Pavão para a delegacia de Teófilo Otoni – quase 100 quilômetros de distância – no banco de trás de uma viatura da PM e, quando estavam próximos ao município de Teófilo Otini, o homem atacou a ex-esposa com uma facada no pescoço.

Logo depois ele golpeou seu próprio pescoço e pulou da viatura em movimento. Ele foi capturado e preso. Após ter sido atendido por uma equipe do SAMU e levado para uma Unidade de Pronto Atendimento, foi encaminhado ao presídio em Teófilo Otoni.

Aqui, o delito inicial que poderia ter sido solucionado por meio de procedimentos corretos que integrassem a conciliação entre a vítima e o ofensor, resultou em um crime bárbaro, deixando a esfera restaurativa de lado, para a entrada do Estado como ente protetor da vítima.

Assim, difere da justiça restaurativa, já que nela o crime deixa de constituir-se em ato contra o Estado para ser ato contra a comunidade, contra a vítima e ainda contra o seu próprio autor, pois ele também é agredido com a violação do ordenamento jurídico. E se na justiça retributiva há interesse público na atuação do Direito Penal, na justiça restaurativa tal interesse pertence às pessoas envolvidas no episódio criminoso.¹⁴³

A justiça restaurativa é feita por meio de uma mediação que faz o encontro entre vítima e ofensor e eventualmente as pessoas que as apoiam. Apoiar o ofensor não significa apoiar o crime, e sim apoiá-lo no plano de reparação de danos. Nesse ambiente se faz a busca de uma solução que seja aceitável. Não necessariamente o mediador precisa ter formação jurídica, pode ser, por exemplo, uma assistente social.

É importante destacar que o mediador não tem o condão de reduzir a pena, o que ele faz é um acordo entre as partes, uma espécie de transação penal que pode ser realizada antes do julgamento, entretanto, há casos que a sua realização acontece em fase de cumprimento da pena, na fase de progressão de regime e outros.

Tem-se que na Lei 9.099/95¹⁴⁴ em seu art. 74, nos crimes de pequeno potencial, o acordo pode inclusive excluir o processo legal. Já em infrações cometidas pelo público infante-juvenil há outras possibilidades como a remissão ou a não judicialização do conflito após o encontro restaurativo e o estabelecimento de um plano de recuperação para que o adolescente não precise de internação, desde que o resultado gere segurança para a vítima e reorganização para o infrator.¹⁴⁵

¹⁴³MASSON, op. cit., p. 625.

¹⁴⁴BRASIL. *Lei nº. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁴⁵Em São Paulo e no Rio Grande do Sul, por exemplo, há juízes com larga experiência na Justiça Restaurativa com adolescentes, por meio de um processo circular e desritualizado, mais lúdico. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Restaurativa o que é e como funciona*. Disponível em:

Por um lado, os personagens centrais da cena conflitiva buscam um acordo objetivo capaz de suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, sempre visando à reintegração social dos envolvidos. É importante ressaltar que os sujeitos chamados ao debate não são apenas o transgressor e a vítima, mas, tanto, quanto, possível, também os outros membros da comunidade afetada pelo crime.¹⁴⁶

Por outro lado, a justiça restaurativa, espelha também uma forma de democracia na área criminal, porquanto a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório na busca compartilhada de solução e transformação, procurando fazer uma contextualização construtiva do conflito.¹⁴⁷

Assim sendo, busca analisar esse possível acordo na fase inicial de transgressão da norma, em casos como crimes contra a honra, em que a convivência pacífica merece destaque por meio do diálogo entre as partes interessadas, configurando uma alternativa de reinserção.

No Brasil, o método restaurativo é aplicado não apenas nos crimes mais leves, mas a intenção é conseguir alcançar os crimes mais graves, porque os resultados são bem mais percebidos, já que há uma notável oportunidade de desafogar o sistema prisional.

A diversidade de crimes e de possibilidades a serem encontradas para sua resolução é muito grande. Vamos supor que, após um sequestro relâmpago, a vítima costuma desenvolver um temor a partir daquele episódio, associando seu agressor a todos que se pareçam com ele, criando um “fantasma” em sua vida, um estereótipo. Independentemente do processo judicial contra o criminoso, como se retoma a segurança emocional dessa pessoa que foi vítima? Provavelmente se o ofensor tiver a oportunidade de dizer, por exemplo, porque a vítima foi escolhida, isso pode resolver essa insegurança que ela vai carregar para o resto da vida.¹⁴⁸

A intervenção restaurativa é complementar: de par com o processo oferecido num ambiente para resolver demais problemas relacionados com o conflito. O objetivo é conseguir através da mediação a resolução de conflitos, caso contrário, a tentativa de ajustar em acordos atravessa algumas fases até que se chegue no mecanismo mais grave que é a prisão ou internação para jovens infratores.

Ressalta-se o encontro da psicologia jurídica em servir de instrumento para o atendimento do direito penal sociológico, pois nada mais é do que um instrumento de controle

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁴⁶PINTO, Renato Sócrates. *Justiça Restaurativa no Brasil: é possível?* Disponível em: <www.idcb.org.br/documentos/artigos3001/art_justicarestau.doc>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁴⁷Ibid

¹⁴⁸BRASIL. op. cit., nota 142.

que visa assegurar a necessária disciplina para a harmônica convivência dos membros da sociedade.

A interligação entre as matérias contidas nas ciências penais com as de ordem social e psíquica tem demonstrado ser essencial para uma melhor avaliação na individualização da pena.

A justiça restaurativa pode acarretar em perdão recíproco, evitando a interferência do juiz em provimento ao interesse das partes, assim como a reparação à vítima, seja em dinheiro ou qualquer outra, que seja anuída pela parte interessada, ou até mesmo à sociedade.

Além disso, destaca-se que a justiça restaurativa oferece à comunidade uma oportunidade de articular seus valores e expectativas acerca do entendimento das causas subjacentes do crime e determinar o que pode ser feito para reparar o mal provocado e restabelecer a tranquilidade outrora existente.

Trata-se de um caminho percorrido extrapenal, que afigura presente os elementos éticos, morais, sociais do indivíduo para reequilibrar o motivo pelo qual levou aquele sujeito a praticar aquele delito e, casos assim deverão ser tratados desde o estudo da personalidade do agente.

No Brasil, o relato de implantação da justiça restaurativa veio com a promulgação da Lei nº 9.099/95¹⁴⁹, notadamente no que se refere ao que dispõe sobre evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, que é o ideal predisposto desse modelo de resolução de conflitos, seja com a composição dos danos civis, seja com a transação penal.¹⁵⁰

Enquanto a justiça restaurativa traz um sentido de reintegração social mais embasado na teoria da prevenção especial, há um contraponto com a justiça retributiva, pois de qualquer modo ela impõe uma sanção mais tendenciosa a ser considerada mais leve, e não vista como um castigo e sim como uma alternativa na solução dos conflitos penais.

Essa concepção transformadora tem o intuito de aproximar o juiz a perceber que há casos que são inoperantes de serem julgados; de modo a evitar o encarceramento e, de verificar que em muitos problemas vivenciados no cotidiano são experimentados novos paradigmas a desmistificar o interesse pelo estudo da psicologia jurídica.

Dessa forma, o magistrado tem a possibilidade de modificar o rumo da condenação daquele sujeito ao tratar da individualização da pena base não somente pelo olhar da ciência penal, mas também com o estudo que se deve ter das ciências sociais que explicam o

¹⁴⁹BRASIL. op. cit. nota 144.

¹⁵⁰MASSON, op. cit., p. 490.

comportamento humano e são capazes de auxiliar no engajamento pela melhora do sistema prisional brasileiro, o que será visto no próximo capítulo.

4. A PROBLEMÁTICA DA PERSONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA BASE NO BRASIL

Compreendida a necessidade de transitar por todas as esferas do cotidiano que traduzem o comportamento humano, para só então poder valorar a personalidade do agente como circunstância judicial da dosimetria da pena, não é possível conceder que uma análise tão dificultosa para os psiquiatras e psicólogos possa ser mantida pela avaliação solitária do juiz.

Isso porque, é preciso tratar dos conflitos que o indivíduo enfrenta desde o nascimento, traçando um entendimento sobre o seu temperamento e caráter desde o seu primeiro contato com o meio social, familiar e profissional.

Cumprido ressaltar, que a dosimetria da pena obedece à teoria mista adotada pelo código de direito penal e, por isso, se distancia da utopia do abolicionismo penal que não é pretendido no momento da valoração da pena, pois observados o caráter retributivo, preventivo geral e especial, muito embora seja difícil de ser alcançado na prática.

No entanto, o magistrado não possui conhecimentos técnicos para detectar o subjetivismo que a ciência social ensina, quíça para valorar a personalidade do agente.

Nesse sentido, Colle¹⁵¹, acredita:

que o magistrado precisaria ter um amplo conhecimento em psiquiatria/psicologia para exacerbar a pena na circunstância judicial da personalidade, e ainda precisa estar o processo devidamente instruído e não menos importante, que tenha sido respeitado o contato pessoal do réu para com o juiz.

Destaca-se, que toda circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal deve ser motivada trazendo elementos que considerem o aumento da pena na primeira fase da dosimetria. Essa análise é feita pelo magistrado e influi na possibilidade de decisões incorretas, de modo que ele não possui o conhecimento adequado para discutir sobre a personalidade do agente.

Não obstante estar tipificado no art. 59 do Código Penal como circunstância judicial para a aplicação da pena; a personalidade por ser de difícil compreensão pelos estudiosos

¹⁵¹COLLE, Juliana de Andrade. *Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais* (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 19 out. 2017, p. 1-3.

desta área, não se vislumbra a possibilidade de análise pelo magistrado ou por qualquer das partes.

Conforme esclarece Boschi¹⁵²:

definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito temerosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso, constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que do ponto de vista técnico, nada dizem.

Nota-se que, ao fazer uma análise mais minuciosa sobre o tema, é possível dizer que essas referências adjetivadas sobre o comportamento do agente em nada auxiliam na recomposição do agente como forma preventiva e retributiva, pois não há o condão de repreendê-lo ou reintegrá-lo e, sim, de causar um maior abalo psíquico, ao extrapolar os limites quanto às características subjetivas que definem o condenado, violando, assim, o Estado democrático de direito.

Um exemplo da incapacidade do magistrado em lidar com questões que fogem ao seu alcance de conhecimento técnico são os psicopatas. Esses se apresentam como seres refratários, pois não refletem sobre a consequência das suas condutas criminosas e com isso não conseguem aprender, mesmo que seja grave e sua liberdade esteja ameaçada por uma punição estatal, pelo contrário, significa um estado de prazer, até mesmo uma zona de conforto.

Mira y Lopez ao referir-se aos psicopatas, diz que a sanção penal não lhes é ressocializadora, mas apenas aumenta sua astúcia para, posteriormente, escaparem à ação da justiça.¹⁵³

Recentes pesquisas da medicina sobre as bases neurobiológicas do funcionamento cerebral e da personalidade têm sido desenvolvidas, indicando que há relação entre criminosos violentos e uma anatomia diferenciada do cérebro.

Assim, tendo em vista que os psicopatas possuem um fator determinante biológico que os inclina à prática delituosa, bem como os impede de passar pelo processo de catarse e reavaliar suas condutas, seria a pena de prisão a mais aconselhada para os casos confirmados de psicopatia?

¹⁵² BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 211-213.

¹⁵³ LÓPEZ, Emilio Mira y. *Manual de psicologia jurídica*. 2. ed. Campinas: LZN, 2005. p. 384

O tema tratado no presente trabalho é de extrema relevância no ramo do Direito Penal, uma vez que os ensinamentos da psiquiatria e da psicologia, bem como os recentes estudos de neuroimagem, auxiliam e instigam os operadores do direito a compreenderem melhor esse transtorno, a fim de que se apliquem ao delinquente psicopata, assim como a todos os outros que sofrem de algum transtorno psíquico; medidas efetivas para controle, prevenção e tratamento jurídico, no âmbito do direito penal.

A princípio, a individualização judicial complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz, quando aplica a pena, utilizando-se de todos os instrumentos fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal¹⁵⁴, pena privativa de liberdade, ou ainda, ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49).

E, no entanto, a individualização administrativa é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção, geral e especial, e ressocialização.

Para tanto, embora a imposição da medida adequada constitua um ato de jurisdição, deveria o juiz solicitar *ex officio* a realização de avaliação psicológica para informar acerca da condição do adolescente infrator ou do criminoso e, se possível, na axiologia dos demais elementos de prova, observar a pertinência e a adequação entre a condição de adolescente e adulto e a medida a ser aplicada.

É dessa maneira que se abre espaço ao magistrado para utilizar-se do poder que possui para conseguir, através dos meios especializados, permitir que a personalidade do agente não seja aplicada de maneira incorreta, a fim de alcançar a função penal e com isso poder tratar da ressocialização adequada do preso.

¹⁵⁴BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 nov. 2017

4.1 A análise judicial do estado-juiz frente à circunstância judicial da personalidade do agente

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal e artigos 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.¹⁵⁵

É no caput do artigo 59 da lei penal que estão elencados os critérios norteadores da fixação da pena na primeira etapa do procedimento trifásico:

o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A análise da personalidade como circunstância judicial para aplicação da pena é utilizada pelos julgadores de uma forma irresponsável, pois o diagnóstico da personalidade humana é obtido pelos especialistas da área com muita dificuldade, o que leva a crer que pior resultado será se realizado por quem não tem essa especialização.

Sobre o tema, Salo de Carvalho¹⁵⁶ aduz:

que é impossível a análise do julgador acerca da personalidade de uma pessoa, isso porque há várias definições acerca do tema, sendo que a própria palavra é trazida com diversas descrições diferenciadas, inclusive menciona que após um exaustivo exame da literatura, Allport extraiu quase cinquenta definições diferentes que classificou em categorias amplas. (...) A personalidade é definida pelos conceitos empíricos específicos que fazem parte da teoria da personalidade empregada pelo observador.

Nesse sentido, ressalta-se que os profissionais da justiça criminal não possuem conhecimento técnico/teórico para decidir sobre o complexo conteúdo da concepção da personalidade. Isso porque, ela não é um conceito jurídico, mas um ramo de conhecimento de outras áreas, quais sejam a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, devendo ser entendida como um aglomerado de características individuais do ser humano, que determinam ou influenciam o comportamento do indivíduo.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Comentários ao art. 59 do Código Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9044/comentarios-ao-artigo-59-do-codigo-penal>> Acesso em: 25 mai. 2018.

¹⁵⁶ CARVALHO; CARVALHO, op. cit, p. 55

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 369.

Essa etapa se faz inevitável, visto que não são poucas as decisões que aplicam prisões indevidas, em que a privação da liberdade atinge a dignidade da pessoa humana de forma grave, culminando no pedido de responsabilização do Estado, e conseqüentemente, no pedido de indenização pelo dano moral intenso.

Portanto, a teoria do risco administrativo e o princípio da repartição equitativa dos ônus e encargos públicos a todos da sociedade impõem que a responsabilidade civil do Estado nesses casos seja objetiva, ou seja, independentemente da comprovação de qualquer elemento anímico do magistrado, preservando a este a garantia do livre convencimento motivado, como prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXV, in fine.

Assim, do mesmo modo em que se garante que o Estado indenize o condenado por erro judiciário, importa ao acusado ser indenizado quando subjugado à prisão preventiva, e posteriormente absolvido - suportando sozinho o encargo de um cárcere -, mostrando-se, portanto, prisão preventiva indevida. Por conseguinte, violada sua garantia constitucional do direito à liberdade, configuram-se danos de ordem material e/ou moral que devem ser pelo Estado indenizados, não se admitindo que as prisões cautelares sejam utilizadas para satisfazer, como afirma Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró, “um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea”¹⁵⁸

Assim também é o entendimento de Aliomar Baleeiro: “Acho que o Estado tem o dever de manter uma Justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de polícia, de limpeza ou qualquer outro. O serviço da Justiça é, para mim, um serviço público como qualquer outro”¹⁵⁹

Deste modo, a jurisprudência se manifesta para evitar a responsabilização do Estado-juiz por ser indevido o aumento penal sem que haja elementos condizentes e concretos que se comprovem desfavoravelmente as circunstâncias judiciais, como a personalidade do agente, mesmo que se tenha garantido na Constituição o princípio do livre convencimento motivado.

Em contrapartida, tem-se o princípio da presunção de inocência, que inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base, segundo o enunciado da Súmula 444¹⁶⁰ do Superior Tribunal de Justiça.

A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento motivado, previsto nos artigos 157, 381 e 387 do

¹⁵⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 5

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 446-449

¹⁶⁰ Súmula 444 do STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Constituição Federal¹⁶¹. Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados. Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

Impõem-se, portanto, pontos positivos e negativos que sustentam e desaprovam a realidade do sistema jurídico penal vigente na discussão sobre a dinâmica da valoração da pena-base no que tange a personalidade do agente.

O CPP adotou na dosimetria da pena, a teoria das margens, ou seja, a aplicação da pena é uma atividade judicial discricionariamente vinculada e, portanto, poderá agir sem a necessidade de especialistas, pois o magistrado possui liberdade para navegar no caso concreto, trafegando entre os limites mínimos e máximos da pena.

Além disso, com o CPC/2015 eliminou-se o princípio da identidade física do juiz, mas não do CPP e, no entanto, o juiz que se faz presente na audiência de instrução e julgamento é o mesmo da elaboração da sentença, sendo um ponto que reforça o comando pelo magistrado.

Por outro lado, pontos contrários ao sistema vigente aponta a imprescindibilidade da atuação de profissionais da área social, pois sendo a discricionariedade vinculada, leva o juiz a atuar dentro das margens impostas pelo legislador, com aplicação do sistema da persuasão racional e do livre convencimento motivado, de modo que o juiz não pode valorar com elementos vagos e imprecisos para aumentar a pena base, está vinculado a uma obrigação que não tolera subterfúgios, isto é, tem que motivar a sua decisão.

Na prática, como regra geral, o julgador possui apenas um contato próximo com o acusado, que ocorre no momento do interrogatório. Torna-se, portanto, difícil a missão do juiz de avaliar em poucos minutos a personalidade do réu.¹⁶²

Ademais, a utilização usual da expressão “personalidade voltada para o crime” fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse caso, é imprescindível que o papel de valorar a personalidade do agente fique nas mãos de profissionais habilitados, já que o juiz é um técnico em ciências penais e não em psicologia e psiquiatria.

Aqui há uma interferência significativa da Psicologia jurídica com suas ferramentas essenciais, pois é nesse campo que ela ganha força para impedir decisões injustas. Ao seguir essa vertente, o magistrado deverá indicar em sua decisão devidamente fundamentada “qual conceito de personalidade se baseou, qual metodologia utilizada, quais os critérios e passos

¹⁶¹ BRASIL. op. cit., nota 89.

¹⁶² SCHMITT, Ricardo. *Sentença Penal Condenatória. Teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 130.

seguidos e por fim, em qual momento foi possível diagnosticar o tipo de personalidade do agente”¹⁶³.

Outro argumento de Paganella Boschi¹⁶⁴ que indica as dificuldades de se apurar a personalidade do agente, relata que:

A constatação pelo Estado-Juiz de que o acusado é portador de transtorno de personalidade (...) deveria determinar, por outro lado, não a exasperação da pena-base pelo fato cometido, e sim, o exercício de direito subjetivo de reclamar o indispensável apoio técnico, para libertar-se do problema e alcançar a elevação social e humana.

No mesmo sentido de defesa do argumento contrário é a interpretação de Túlio Vianna¹⁶⁵, para quem, “a valoração da “personalidade do agente” na fixação da pena fere os princípios constitucionais da laicidade, da amoralidade e da lesividade, pois consagram um inadmissível direito penal de autor em nosso ordenamento jurídico.”

Para que todo esse diagnóstico tivesse relevância, o Conselho Nacional de Justiça investiu na formação humanística para os magistrados, introduzindo a psicologia judiciária como matéria a ser estudada, a fim de evitar certas extrapolações que ferissem a dignidade da pessoa humana e fugissem do ideal de um Estado Democrático de Direito.

Como afirma Dallari¹⁶⁶, a formação humanística seria desejável a todos os profissionais de Direito.

na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimentos sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e das relações sociais. A par disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia, pois seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los.

Nota-se que é imprescindível que os novos magistrados devam se conscientizar pelo interesse nas matérias humanísticas para conseguir alcançar a função da pena no seu caráter

¹⁶³CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 54-61.

¹⁶⁴BOSCHI, op.cit., p. 211-213.

¹⁶⁵VIANNA, Túlio Lima. Pena – Fixação. Roteiro Didático. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, V.19. Porto Alegre, a.4, p. 54-61, abril/maio de 2003.

¹⁶⁶DALLARI.apud MARQUES DA SILVA, Evani; CASTRO, Lídia. *Psicologia judiciária para concursos da magistratura*. ed. São Paulo: Edipro, 2011, p. 14.

retributivo, mas, também, no preventivo, pois o que se enfrenta hoje são decisões rasas de motivações técnicas sobre a psique humana, limitando-se apenas ao fundamento de que a personalidade do agente é voltada para o crime.

Por mais que haja a necessidade do apoio estrutural em parceria com o governo do Estado, é possível que o sistema judiciário implemente essas medidas humanísticas por meios próprios, na tentativa de melhorar a capacidade de se explorar tal técnica.

Dessa maneira, é crível que absorvendo esse conhecimento humanístico torna-se mais palatável tratar da personalidade humana e com isso poder traduzir questões que dependem da compreensão de uma perspectiva histórica do comportamento.

Ainda, segundo Dallari¹⁶⁷, a liberdade de pensamento é importante para o magistrado, pois um juiz “não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei” e continua:

ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que o magistrado tem a sua disposição as novas resoluções que norteiam o campo jurídico capazes de auxiliar em sua formação humanística e adaptar os preconceitos à nova realidade, imputando o caráter social na linha de frente do debate valorativo da pena base.

Compreender a diversidade dos campos de atuação e das linhas teóricas da psicologia pode levar erroneamente à crença de que todos os seus pressupostos teóricos são relativos. Na psicologia, uma ciência em plena expansão, é bom ressaltar que há dados tão consagrados quanto nas ciências exatas.¹⁶⁸

Boschi¹⁶⁹ acrescenta:

que ao analisar a personalidade do agente que cometeu um ilícito penal para a aplicação da pena, o julgador considera a pessoa do autor dos fatos e não o crime que ele cometeu. Ademais, conceder ao magistrado este tipo de análise é o mesmo do que conceder a ele um poder “divino”, porque assim tem ele o “animus” de invadir a alma da pessoa, para julgá-la e aplicar a pena. Cumpre ressaltar, pelo que é, e não pelo que realmente fez.

¹⁶⁷Ibid, p. 15.

¹⁶⁸Ibid.

¹⁶⁹BOSCHI, op. cit., p. 203-209.

Como se pode notar, estabelecer critérios que definam a personalidade do agente para a valoração da pena-base como é feito hoje pelos julgadores, traz riscos que afetam o estado democrático de direito, uma vez que ao se debruçar sobre a vida do indivíduo, traços íntimos do réu, seus tumultos interiores, bem como de conduta social, acaba por constituir uma ofensa a diversos dispositivos constitucionais e um retrocesso ao temido direito penal do autor.

Portanto, verifica-se de plano a nefasta substituição do direito penal do fato pelo direito penal do autor. Não se pune mais pelo que o apenado objetivamente fez, mas sim pelos diagnósticos irrefutáveis de personalidade perigosa, desviada e outros.¹⁷⁰

Com isso, explica Ferrajoli¹⁷¹, cai por terra uma das bases do liberalismo que norteia um Estado Democrático de Direito: o direito de cada um ser e permanecer ele mesmo, e, portanto, a negação ao Estado de indagar sobre a personalidade psíquica do cidadão e de transformá-lo moralmente através de medidas de premiação ou de punição por aquilo que ele é, e não por aquilo que ele fez.

Segundo já esposado, percebe-se que a maioria dos juízes, em razão da realidade brasileira, advém das classes privilegiadas, as mesmas que ditam as regras sociais. Por conseguinte, uma considerável parcela da população, se for levada a julgamento por algum desvio penal punível, será julgada por um magistrado que tem padrões absolutamente diversos, e os tem como corretos, já que condizentes com o que está preestabelecido socialmente.¹⁷²

Baratta¹⁷³ nos ensina que pesquisas empíricas apontam para as temíveis “diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais”. Isso significa que os magistrados possuem, pelas razões expostas, uma tendência inconsciente de proceder com juízos diversificados segundo a posição social do réu.

Depreende-se, que muito embora haja mecanismos para diagnosticar a personalidade do agente, sempre haverá a incerteza quanto à linha teórica do magistrado, que carrega uma formação própria de valores, princípios e ética, sendo um traço crucial na apuração da individualização da pena.

¹⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *A (im)pretabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal*. V.1. Boletim IBCCRIM: São Paulo, p.11-13, fev. 2003.

¹⁷¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 207-208.

¹⁷² CRUZ, Rodolfo Ferreira Lavor Rodrigues da. *A conduta social e a personalidade do agente (artigo 59 do Código Penal) sob a ótica da Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-conduta-social-e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal,56240.html>> Acesso em: 19 out. 2017.

¹⁷³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 177.

Primeiro, porque ele (juiz) não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Terceiro, porque não vige no processo penal a identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade.¹⁷⁴

Outros cuidados o magistrado há de ter ao proceder com a análise subjetiva do agente, diante do respeito à Constituição Federativa do Brasil que prevê o princípio da proibição de bis in idem, e ao realizar a aferição da personalidade do agente esbarra na seara de outras circunstâncias judiciais que se relacionam com a individualização do acusado, sendo “inclusive embasada pelos julgadores na dosimetria da pena como “personalidade voltada a pratica de crimes”, dentre diversas que mostram que ocorreu a dupla valoração tanto por antecedentes criminais, quanto por reincidência.”¹⁷⁵

Ferrajoli¹⁷⁶ aduz:

que os meios e os fins, e também os limites do direito penal são na verdade consequências de três princípios, o primeiro diz respeito a missão do Estado de impedir condutas lesivas a bens jurídicos alheios; segundo estabelece que o julgador esclareça sobre fatos proibidos penalmente, passíveis de comprovação e refutação; e o terceiro que a sanção penal não entre na esfera moral do indivíduo.

Nesse diapasão, verifica-se a tendência para que o sistema judiciário propicie a intervenção mínima do Estado quando da aferição da personalidade do agente, de modo a não ferir a dignidade da pessoa humana, pois como visto é claro o desvio que se faz presente na individualização da pena, posto que os critérios utilizados são pessoais de cada magistrado, não havendo uma fundamentação técnica e científica que faça crer que aquele indivíduo seja diagnosticado corretamente de acordo com os estudos decorrentes das áreas sociais.

Assim, se faz crer que o método utilizado pelos tribunais não são os mais eficazes, pois denota ser ultrapassado diante das necessidades e carências que o sistema judiciário traduz. A análise da personalidade do agente deve ser pautada no traço histórico, social, como já analisado desde o início desse estudo.

¹⁷⁴Ibid, p. 1-3.

¹⁷⁵DUARTE, Camila Costa. *A problemática da análise da personalidade na aplicação da pena no Brasil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12578&revista_caderno=3> Acesso em: 19 out. 2017.

¹⁷⁶FERRAJOLI, op. cit., p. 207-208.

Desse modo, a sociedade está longe de alcançar o fim colimado a se fazer justiça com as técnicas comprometidas a desafogar o sistema prisional e ao mesmo tempo repreender a conduta do réu com a pena que seja eficaz. Para isso, percebe-se que avançar com a linha teórica do garantismo penal encontra-se mais acertada do que aplicar medidas desarrazoadas que envolve quase que um sistema totalitário pelo magistrado.

4.2 O critério da personalidade à luz do garantismo penal no sistema penal brasileiro

Muito se adequa o garantismo penal na dinâmica a ser utilizada para a valoração da pena-base referente à circunstância judicial da personalidade do agente.

Por ser uma avaliação subjetiva do réu, a realidade imposta no sistema judiciário atual impõe uma arbitrariedade do magistrado, em que se aproxima do direito penal do autor, que distancia do real objetivo da lei penal brasileira, qual seja atingir a função da pena diante da teoria mista.

Como já observado no presente estudo, é preciso do magistrado conhecimento tanto teórico quanto científico para delinear o diagnóstico do acusado quanto a sua personalidade, capaz de ser valorada a sua pena-base, que interferirá consequentemente na reintegração social.

Salo de Carvalho¹⁷⁷ conceitua o modelo político-criminal, sendo este composto de:

um modelo político-criminal de intervenção mínima que respeite, de forma absoluta e universal, o “ser” do “outro”, pois se o cidadão tem o dever de cumprir a lei, ao mesmo tempo tem o direito de ser interiormente perverso e continuar sendo sem ingerência dos aparatos de controle social.

Consequentemente, o que sempre se viu e até hoje se constata na práxis diária dos tribunais, são pessoas sendo julgadas como portadoras de personalidades desviantes e socialmente inadequadas só porque possuem costumes e ideais religiosos e filosóficos distintos do socialmente aceito como apropriado. Realmente, boa parte desses indivíduos faz parte dos grupos mais desfavorecidos, ou aqueles que, independentemente de sua condição econômica, são historicamente discriminados, como os negros, os homossexuais e as prostitutas, não tendo prestígio social.¹⁷⁸

¹⁷⁷ CARVALHO; CARVALHO. op. cit., p. 13

¹⁷⁸ CRUZ. op. cit., nota 172.

Ou seja, as pessoas economicamente desfavorecidas, que, em consequência disso, não apresentam as exteriorizações dos valores hegemônicos, são percebidas como inimigos e despertam no agente aplicador do direito um mecanismo de rejeição que faz com que as regras de direito sejam a elas aplicadas com maior rigor, determinando um tratamento mais severo e violento¹⁷⁹

Nesta senda, é que o garantismo penal assume um lugar de destaque, tendo Luigi Ferrajoli, seu principal entusiasta, já que se trata de um modelo universal, e por essa razão se transforma numa meta a ser alcançada pelos operadores de direito, destinados a contribuir com a moderna crise que assola os sistemas penais, desde o nascedouro da lei até o final do cumprimento da sanção penal, atingindo, até mesmo, particularidades inerentes ao acusado depois da execução penal.¹⁸⁰

Não obstante, ante os pressupostos do Estado Democrático de Direito, temos que os órgãos jurídicos são impossibilitados de impor uma moral aos cidadãos. Diante desse entendimento é possível dizer que o Estado tem o poder de moldar a moral das pessoas, implementando, assim, um estado totalitário que se quer evitar, violando a dignidade da pessoa humana como elemento primordial dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, o que se torna inaceitável tal conduta.

Segundo Zaffaroni¹⁸¹:

um exercício de poder que priva da autoderminação, (...) que lhe impõe (...) sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que considera seus habitantes como sub-humanos necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas.

O modelo garantista defende a observância de um Estado e um sistema jurídico que respeita os direitos fundamentais intrínsecos nessa relação da individualização da pena, e, portanto, tem enfrentado obstáculos na determinação dessas características vazias e imprecisas impostas pelos magistrados.

Não parece certo que tratar da religião, da opção sexual e política do condenado seja tido como base para o magistrado valorar a pena quanto à personalidade do agente, mesmo porque nada tem relação com o elemento subjetivo do réu.

¹⁷⁹BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *A lei penal e os "excluídos": as meta-regras do rigor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8711>>. Acesso em: 15 out 2017.

¹⁸⁰MASSON, op. cit., p. 99.

¹⁸¹ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 74-75.

Essa confusão entre o campo do direito e da moral promove uma associação entre delito e pecado, entre antijuricidade e antissociabilidade. Tal prática demonstra uma atribuição de valor externo às leis penais em vigência, além de trazer à tona as teses jurídico-substancialistas, asseverando que o delito também se edifica através de suas características intrínsecas, que mistificam o direito penal vigente, reconhecendo-o de uma forma apriorística, conforme a moralidade média.¹⁸²

Mesmo que hipoteticamente fosse possível determinar a personalidade do agente a partir de características opcionais do condenado para a vida em sociedade, não haveria como ser sustentadas devido aos ditames do positivismo, adotados pelo Direito Penal vigente.

Com maestria, Zaffaroni¹⁸³ assevera que:

para limitar a irracionalidade da violência seletiva, a agência judicial deve pautar seu plano decisório na exigência de requisitos objetivos. Para que esta exigência de dados objetivos resulte minimamente racional, tais dados devem ser selecionados de acordo com algum fundamento antropológico ou, pelo menos, não recusar uma base antropológica; por isso, não deve tomar como dados limitadores ou reguladores outras coisas que não seja uma conduta ou ação do criminalizado. Qualquer outro dado resultaria contrário ao conceito de homem como pessoa e, por conseguinte, claramente antijurídico.

A partir desse conceito, verifica-se que o garantismo penal possui uma linha teórica que se aproxima mais da necessidade de impor o uso da psicologia jurídica como meio eficaz de combater as extrapolações obtidas no judiciário brasileiro, visto que o que se tem na prática é o excesso de arbitrariedade que está longe de se ater aos direitos fundamentais da CRFB.

Não é possível mais, diante da realidade carcerária, tratar desse tema com isenção de responsabilidade, visto que há mecanismos de formação humanística postos à disposição dos magistrados para que se apresente um conhecimento mais adequado e possa trazer mudanças significativas.

Atingir o caráter retributivo e preventivo é hoje uma das maiores dificuldades e, como se pode notar, o garantismo penal por atacar a posição positivista do Código Penal é interpretado por colocar em risco o estado democrático de direito, bem como os direitos e garantias fundamentais do condenado.

¹⁸² FERRAJOLI, op. cit., 2010, p. 344.

¹⁸³ ZAFFARONI, op. cit., 2001, p. 248-249.

Nessa esteira de raciocínio, o presente estudo traz uma sugestão como solução a esse movimento retrógrado, a fim de alterar a legislação do Código Penal para atender aos reclamos que há muito o sistema judiciário criminal vem sofrendo.

4.3 Uma possível solução a ser enfrentada: alteração legislativa no artigo 59 do CP

Tendo em vista a justiça caminhar cada vez mais para um lado humanístico, seja por meio de mediações e conciliações ou por meio de projetos voluntários para as minorias, como já foi visto, não são poucas as novidades legislativas no decorrer dos últimos anos, trazendo o enfoque para a necessidade da aplicação da psicologia jurídica nos campos mais emergentes do judiciário.

A exemplo disso é a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006¹⁸⁴ em seus artigos 29 a 31, que trata do atendimento por equipe multidisciplinar as mulheres vítimas da violência, a serem integradas por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde; a Lei nº 13.431/2017¹⁸⁵ que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, por meio do art. 5º, VII ao receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, bem como na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006¹⁸⁶) em seu artigo 22, inciso IV ao atender os usuários de drogas ou os dependentes químicos, sempre que possível, por equipe de multiprofissionais.

Por outro lado, encontra-se nas legislações infraconstitucionais um engessamento na adoção por medidas que procuram uma interação maior com profissionais habilitados das áreas de ciências sociais, deixando muitas vezes de mencionar o responsável a realizar a avaliação psíquica e comportamental do agente do crime, o que leva a crer que, em sua maioria, será feita pelo magistrado.

Nesse sentido, verifica-se no art. 6º, inciso IX do Código de Processo Penal, elaborado por meio do Decreto Lei nº 3.689/1941¹⁸⁷, ao prever que:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

¹⁸⁴BRASIL. *Lei nº. 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁸⁵Id. *Lei nº. 13.431*, de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm> Acesso em: 30 jul 2018.

¹⁸⁶ Id. op. cit. nota 137.

¹⁸⁷Id. *Decreto Lei nº. 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

IX – averiguar a vida progressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de animo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Diante de uma prática tão importante da tramitação penal e norteadora da investigação criminal acerca da personalidade do agente, é de se notar a ausência de menção a atribuição dessa função de análise a alguém especializado. Do contrário, o legislador preferiu atribuir a quem não tem a menor capacidade técnica para essa averiguação, qual seja a autoridade policial.

Como se nota, a responsabilidade em ditar o compromisso de conter as informações necessárias da personalidade do agente, vinculando-se ao inquérito policial, podendo ser utilizado ou não pelo magistrado no curso processual, é de autoridade que não possui qualquer formação qualificada para essa análise, o que por si só já representa um vício grave.

Na Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013¹⁸⁸) também é possível verificar no art. 4º, § 1º que a concessão do benefício levava em conta a personalidade do colaborador, deixando de mencionar quem será o responsável por tal avaliação psicológica e os métodos utilizados para se chegar a uma conclusão.

Como já enfrentado, o magistrado, assim como qualquer outra autoridade conhecedora das ciências penais, não possuem o conhecimento exato para lidar com assuntos afetos a áreas tão complexas, como a psicologia, psiquiatria e a biologia do ser humano.

Assim como nessas leis, a valoração da personalidade do agente na dosimetria da pena também segue o mesmo caminho tecnicamente perigoso, motivo pelo qual o presente estudo apresenta uma sugestão para que essa tarefa não seja atribuída ao julgador, por não estar atrelada à sua seara de atuação.

A ideia é a proposta de um projeto de lei, levando em conta a realidade social, política e econômica, visando à alteração legislativa do Código Penal para introduzir dois parágrafos, primeiro e segundo, ao artigo 59 do referido Código.

Por meio de lei ordinária, a justificativa para levar ao Congresso Nacional seria a impreterível necessidade de que a valoração da personalidade do agente na primeira fase da dosimetria da pena fosse aferida por uma equipe de profissionais capacitados das áreas de ciências sociais, como psicólogos, psiquiatras e antropólogos, já que essa circunstância judicial afeta muito mais essas áreas do que a ciência do direito.

¹⁸⁸Id. Lei nº. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

A função de individualizar a pena sob a circunstância judicial da personalidade do agente seria atribuída a profissionais habilitados em substituição ao magistrado, pois como poderá o juiz a partir da inexistência de qualquer exame médico específico, em poucos minutos concluir que o agente é uma pessoa pacífica, violenta, calma, nervosa, sensível ou desprovida de sentimento humanitário?

Considerando ser uma tarefa impossível por faltar conhecimento científico sobre o assunto, a maneira mais adequada para solucionar esse problema, que na prática se apresenta dissociada de qualquer fundamentação concreta, é uma mudança legislativa, devido aos novos contornos que o judiciário vem enfrentando.

Por sua vez, a expressão “personalidade voltada para a prática delituosa” não mais subsistirá nas decisões judiciais, abrindo espaço para uma sentença mais justa e equilibrada, na tentativa de atender minimamente a função penal, especialmente no campo da reintegração social.

Dessa forma, o parágrafo primeiro seria dirigido especificamente para restringir, tão somente, a circunstância judicial da personalidade do agente, contendo as seguintes informações:

a personalidade do agente deverá ser valorada por uma equipe multidisciplinar de profissionais da área de psiquiatria, psicologia e antropologia por meio de um laudo psicossocial completo, com a definição da metodologia utilizada e demais informações necessárias a diagnosticar o tipo de personalidade do agente.

Já o parágrafo segundo seria para resolver à situação em caso de ausência dessa equipe multidisciplinar nos tribunais de justiça que não tiverem esse serviço à disposição, da seguinte forma, “em caso de ausência da equipe multidisciplinar conforme o parágrafo primeiro, pode-se requerer perícia ou parecer à equipes externas em outros tribunais, órgãos públicos; ONGs ou Universidades, por meio de convênio.”

Contudo, a ideia é abolir a incapacidade de se definir a personalidade do agente em uma avaliação justa, a fim de contribuir para proteção à função penal, e conseguir determinar a partir do laudo psicossocial aferido por profissionais habilitados, o diagnóstico da personalidade do agente, assim como o melhor caminho à ressocialização do condenado.

4.4 Do interesse pela ressocialização do preso

Ao direito penal é também reservado o controle social ou a preservação da paz pública, compreendida como a ordem que deve existir em determinada coletividade. Dirige-se

a todas as pessoas, embora nem todas elas se envolvam com a prática de infrações penais. Ao contrário, apenas a minoria envereda pelo caminho da criminalidade, seja por questões morais, seja pelo receio de aplicação da lei penal.

A lei penal brasileira estabeleceu, no entanto, preocupação com a reintegração social do preso, ao adotar a teoria mista que prevê a prevenção geral, mas também a especial ao dar o cuidado a ressocialização, motivo pelo qual a atenção deve ser observada pelo magistrado desde a individualização da pena, como já tratada no tópico acima.

Essa função, embora relevante, não tem se mostrado plenamente eficaz.¹⁸⁹

O Estado tem legitimidade para proceder a tarefas educativas com o emprego do direito penal, em face do radicalismo da intervenção punitiva. Prevalece o entendimento de que o Estado deve educar seus cidadãos, mas não com o emprego do direito penal, pois a maturidade moral se alcança pela interação social, e não com estruturas autoritárias de coação.

Geralmente, considera-se uma conduta inquisitiva na efetivação da pena pelo magistrado, quando se trata de pessoas que são marginalizadas pelo Estado e se encontram na chamada linha da pobreza e não conseguem um aparato eficaz para serem bem representadas, a fim de enfrentar o sistema que é posto ao seu caso.

Além disso, os operadores do direito assim como o próprio sistema prisional jurídico não estão interessados politicamente e socialmente a avançar na direção de interagir com as outras disciplinas para atender a uma decisão judicial correta.

Nesse sentido, a população carcerária seja no cumprimento de pena provisória quanto definitiva não possui acesso aos recursos jurídicos próprios e adequados para revisão nos Tribunais Superiores, perdendo assim a oportunidade de se obter uma decisão mais favorável.

Essa estrutura organizacional é um panorama em cadeia existente na sociedade brasileira, que caminha a passos lentos para uma significativa mudança, tendo em vista a tentativa de colocar em prática todo o aparato da psicologia jurídica que ainda se encontra defasada na maioria dos estados brasileiros e essa visão é observada pela própria política estabelecida socialmente.

Observa-se que muito do que reside na própria arquitetura política social e política penal dos Estados Unidos é possível identificar no Estado brasileiro, sobretudo, na forma como é desempenhado o Estado controlador na divisão interna, em que os pobres e os menos assistidos são as maiores vítimas da criminalidade.

¹⁸⁹ REALE, Miguel. *Instituições de direito penal* – parte geral. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.11.

A ativação, de um lado, de programas disciplinares aplicados aos desempregados, indigentes, mães solteiras e outros assistidos, a fim de empurrá-los para os setores periféricos do mercado de trabalho e, do outro, o desenvolvimento de uma rede policial e penal ampliada, com uma malha reforçada nos bairros deserdados das metrópoles, são os dois componentes de um único dispositivo de gestão da pobreza, que visa efetivar a retificação autoritária dos comportamentos das populações recalcitrantes, tanto no plano econômico quanto no plano simbólico. Esse dispositivo pretende, por omissão, assegurar o expurgo cívico ou físico daqueles que se revelam “incorrigíveis” ou “inúteis”.¹⁹⁰

Para Franz Von Liszt, compete à Política Criminal fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar qual deve vigorar. Cabe também a ela ensinar-nos a compreender o Direito à luz de considerações extraídas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-los nos casos singulares em atenção a esses fins.¹⁹¹

Denota-se que a estrutura da sociedade acaba por levar ao encontro da prática criminal os indivíduos marginalizados pela sociedade, pelo Estado e isso não é nenhuma novidade, visto toda a historicidade cultural por detrás, e, conseqüentemente, são esses a enfrentar todo o processo de execução da pena, onde serão encaminhados para os estabelecimentos penais abarrotados que se destinam ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

Diante desse cenário, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347¹⁹² reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional"¹⁹³, conceito retirado da Corte Constitucional Colombiana, que deflagra uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos e uma inércia do Poder Público em adotar medidas que transformem a estrutura atual carcerária.

Constatou-se que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas, o que viola o princípio máximo da Constituição Brasileira, a

¹⁹⁰WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda Punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

¹⁹¹LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889, t. I.

¹⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

¹⁹³A princípio o Estado das Coisas Inconstitucional colombiano, fracassou no enfrentamento do sistema carcerário, pois o erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

dignidade da pessoa humana e, com isso a própria lei de execução penal, bem como documentos internacionais que o Brasil é signatário na proteção aos direitos humanos¹⁹⁴.

De acordo com o Ministro Relator Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal. A intervenção judicial é necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas.¹⁹⁵

Ainda a respeito do entendimento do Ministro Relator, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

Segundo dados apresentados na decisão da ADPF nº 347¹⁹⁶, verifica-se a falência do sistema carcerário brasileiro, conforme disposto:

o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos. “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. Ou seja, mais uma vez se está diante de uma situação de ativismo judicial, pela ineficiência estrutural dos demais órgãos.

Salienta que algumas medidas¹⁹⁷ foram aprovadas pelo STF por serem atividades já inerentes ao setor judiciário e por isso foram reforçadas, mas outras foram impedidas de serem deferidas, pois o STF não tem o condão de substituir o papel do Legislativo e do Executivo.

¹⁹⁴Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura.

¹⁹⁵CAVALCANTE. Marcio Andre Lopes. *Informativo 798 – STF* Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/09/info-798-stf.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

¹⁹⁶BRASIL. op. cit. nota 192.

¹⁹⁷Medidas aprovadas: Juízes e Tribunais de todo o país implementem, no prazo máximo de 90 dias, a audiência de custódia; a União libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Com o avanço nesse sentido, permitiu-se no julgamento do HC nº 143641/SP¹⁹⁸ a possibilidade de habeas corpus coletivo no reconhecimento da existência de inúmeras mulheres grávidas e mães de crianças que estavam cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, além da ausência de infraestrutura básica, como berçários e creches para seus filhos.

Verifica-se o fato de que a situação carcerária é precária tanto para os homens quanto para as mulheres, na chamada “cultura do encarceramento”¹⁹⁹, mas reconhece-se no caso das mulheres um fator agravante que se direciona aos seus filhos por sofrerem injustamente as consequências da prisão.

A Corte admitiu que o Estado brasileiro não tem condições de garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, aliados ao argumento de que diversos documentos internacionais preveem que devem ser adotadas alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado, como é o caso das Regras de Bangkok.²⁰⁰²⁰¹

Segundo as regras da Lei de Execução Penal, no que tange a mulher e ao maior de sessenta anos, separadamente, estes serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.²⁰²

A situação hoje quanto a sua ressocialização é crítica, pois cerca da maioria²⁰³ das mulheres estão presas provisoriamente e pelo crime de tráfico de drogas a comando de algum envolvimento afetivo, com o marido, o namorado, carentes de necessidades básicas fundamentais, haja vista que nessa situação são poucas que recebem a visita de seus parceiros,

¹⁹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº. 143641/SP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

¹⁹⁹imposição exagerada e irrazoável de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

²⁰⁰CAVALCANTE. Marcio Andre Lopes. *Informativo 891 – STF*. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/03/info-891-stf1.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

²⁰¹ REGRAS de Bangkok. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

²⁰² Art. 82, §2º da Lei de Execução Penal: O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

²⁰³Em torno de 58% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado a grandes redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante nesse tipo de crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico. VITTO, Renato Campos Pinto de; DAUFEMBECK, Valdirene. *Relatório Infopen mulheres*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018.

segundo pesquisas realizadas pela organização “Elas existem”²⁰⁴ que auxilia as mulheres encarceradas no Estado do Rio de Janeiro.

Verifica-se que o estabelecimento penal, conforme a sua natureza deverá conter em suas dependências áreas de serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, assim como deverá haver instalação destinada a estudantes universitários, enquanto os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos, com dignidade.

Ainda sobre a execução da pena, o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado; da mesma forma, o preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes e o preso que ao tempo do fato era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

Essas medidas realçam a falsa ideia de que a separação de grupos é o suficiente para apresentar a figura da ressocialização, ausentes os critérios essenciais da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, o que se nota é a contradição estabelecida na lei, na medida em que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, corroborada, ainda, com a previsão de que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades, mas na realidade há um enfrentamento diário da superlotação carcerária²⁰⁵, violando direitos humanos básicos.

Ressocializar o preso é garantir os direitos fundamentais impostos na Carta Magna, respeitando os limites estabelecidos no ordenamento jurídico e propiciando medidas adequadas que incentivem o trabalho psicológico do indivíduo.

Todavia, a realidade é que o sistema prisional enfrenta um inchaço carcerário decorrente da má aplicação da lei de execução penal, bem como a má administração do Estado e desinteresse do sistema judiciário como um todo no incentivo pela reintegração social para uma melhora no sistema.

²⁰⁴BISPO, Caroline. *Mulheres encarceradas*. Disponível em: <<https://elasexistem.wordpress.com/2016/11/02/elas-existem-mulheres-encarceradas-por-caroline-bispo/>>. Acesso: 19 abr. 2017.

²⁰⁵Segundo os últimos dados de junho de 2014, o Brasil conta com uma população de 579.7811 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 37.380 mulheres e 542.401 homens. No período de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres no Brasil. VITTO; DAUFEMBECK. op. cit. nota 203.

4.4.1 A ressocialização frente à lei de execução penal

A importância da implementação da Lei de Execução Penal não apenas trouxe a função do psicólogo como reconhecimento na instituição penitenciária, mas também a possibilidade de começar a tratar na prática sobre a ressocialização do preso. Isso porque, a lei permite que através do trabalho, do estudo e de comportamentos favoráveis no decorrer do cumprimento da pena estabelecida, haja uma recompensa. É imprescindível a abordagem da Lei no que tange a ressocialização do preso.

Na doutrina são observadas várias divergências sobre a natureza da execução penal, o que se pode constatar, entretanto é que, está é uma atividade que se desenvolve tanto no campo jurisdicional quanto administrativo.

O Código de Processo Penal classifica a execução penal como mista: jurisdicional e administrativa, correspondendo a primeira a solução, dos incidentes da execução e a segunda a imposição de medida de segurança e outros.²⁰⁶

A Lei de Execução Penal brasileira aponta, em seus artigos, recompensas para os sujeitos aprisionados que apresentam um comportamento esperado pelo Estado. E ainda que atualmente os psicólogos atuantes em complexos penitenciários defendam que suas práticas são ressocializadoras, originalmente elas tiveram o suporte do discurso criminológico positivista como práticas reeducativas.

O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; à assistência à família; a pequenas despesas pessoais; ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade, além dos benefícios da Previdência Social, entretanto, as tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

Incentivadas pela estrutura do sistema prisional, em sua grande maioria, as intervenções psicológicas nas prisões brasileiras mantém a responsabilidade e a culpabilização no sujeito de forma individual.

²⁰⁶MIRABETE, Julio F. *Execução penal*: comentário a Lei nº 7.210. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.20.

Também, durante a execução penal, as avaliações psicológicas são utilizadas historicamente para classificar sujeitos aprisionados e individualizar suas penas por meio da indicação de um melhor tratamento a eles, não por ser mais humanizado, mas com a finalidade de obter maior eficácia em sua ortopedia moral, em sua reeducação. Tais práticas psicológicas participam, ainda, da avaliação dessa modificação de comportamento e subjetividade por meio de exames criminológicos que forneceriam ao sujeito aprisionado sua maior recompensa: sua progressão de regime.²⁰⁷

O exame criminológico nos moldes da Lei de Execução Penal brasileira é polêmico; há toda uma discussão acerca da sua confiabilidade, mas o que pode ser afirmado em uma análise arqueológica é que sua prática se relaciona com a criminologia positivista, seu tratamento prisional e o enunciado da periculosidade.

A partir, principalmente, de práticas e técnicas psicológicas aplicadas no sistema prisional, é possível afirmar que a relação entre discursos psicológicos e o criminológico positivista não se limita ao passado da psicologia. Isso porque as teorias mais antigas são condições de possibilidade de emergência para muitas das teorias e práticas psicológicas atuais, permanecendo até o século XXI a manutenção e a divulgação da criminologia positivista graças a estas revisitações.

Mas o que se denota hoje é um retrocesso na participação interventiva dos operadores de direito no que tange a fase de execução penal, motivo pelo qual recai na violação de direitos e garantias fundamentais do preso, assim como na impossibilidade de melhora do sistema penitenciário, como a superlotação carcerária, a demasiada prisão provisória, a punição da classe menos favorecida e outros que facilitam o estado de desigualdade e violência na sociedade.

A emergência da aplicação da psicologia jurídica em todas as fases do processo penal, em especial no acompanhamento valorativo dos elementos subjetivos da individualização da pena, como é a personalidade do agente, assim como na execução penal, é de extrema importância, já que a sua carência contribui para a incapacidade de ressocializar o apenado.

Sabe-se que mais de 40% dos encarcerados no Rio de Janeiro e no Brasil são presos provisórios, o que aumenta a superlotação²⁰⁸, gera prejuízos para o Estado e promove injustiças em um sistema carcerário caótico.²⁰⁹

²⁰⁷MARTINS; BEIRAS; MORAES CRUZ. op. cit., p.26.

²⁰⁸Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2014, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN do Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira é de 622.202 pessoas, sendo a quarta maior do mundo, atrás dos Estados Unidos com 2.228.424, China com 1.657.812 e Rússia com 673.818. VITTO, Renato Campos de. *Levantamento Nacional de Informações*

Verifica-se que a maior parte dos presidiários é constituído de pessoas, na maioria jovens moradores de favelas e periferias, decorrentes do tráfico e uso de drogas.

Essas prisões provisórias vão na contramão da possibilidade de enfrentar a personalidade do agente, já que muitas vezes os sujeitos são presos e o seu julgamento pode demorar meses.

Na tentativa de auxiliar o inchaço carcerário, a recente criação das audiências de custódia implantadas no Brasil para diminuir o número de pessoas provisoriamente mantidas em presídio não tem eficácia, já que elas continuam presas até o julgamento, mesmo com crimes menores e sem provas irrefutáveis de autoria.

Diante disso há uma responsabilidade exacerbada do Estado no que tange ao custo proporcionado a população, bem como a situação grave de violência nos presídios e a impossibilidade de ressocialização, devido ao desrespeito a dignidade.

Segundo a antropóloga Alba Zaluar²¹⁰, os presidiários necessitam utilizar-se de um encadeamento interminável:

Por isso, quando se ouve os que vivem no inferno da criminalidade urbana no Brasil, entende-se que, para além das estatísticas, parece haver um encadeamento interminável de imprevistos e jogos que dependem de muitos parceiros, intermediários e adversários para evitar a prisão ou para permanecer vivo dentro dela. As narrativas são infundáveis e as negociações, imprevisíveis, com traficantes passando a maior parte do seu tempo negociando e pagando caro pela liberdade deles mesmos e de seus parceiros. Claro que isso não ajuda a construir o respeito e a confiança nas instituições e nos agentes defensores da lei. Claro que esse encadeamento é o que os prende cada vez mais à regras de reciprocidade negativa, mas, apesar disso, a única possibilidade de alguma proteção quando forem apanhados pelos agentes da lei e enviados para um presídio. Enquanto os atores institucionais nesses encontros não respeitarem o Estado de direito, não haverá saída. Todos os meios possíveis serão empregados dando a volta na lei.

Verifica-se que o próprio Estado não respeita os direitos fundamentais e as teorias e funções que norteiam o Código Penal e o ordenamento jurídico. Muito se traz aqui, a impossibilidade de vislumbrar uma saída para a reintegração social do preso, pois é dentro do presídio que se encontra a maior parte da criminalidade, qual seja a escola do crime.

Diante do cenário punitivista brasileiro, não há como possibilitar qualquer avanço num quadro onde se tem uma população carcerária maior do que a quantidade de estabelecimentos penais.

Penitenciárias INFOPEN - junho 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 01 abr. 2018.

²⁰⁹FRAGA, Vitor. *Prisão provisória, injustiça permanente*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2017, p.10.

²¹⁰ZALUAR, Alba. *Prisão provisória, injustiça permanente*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2017, p.17.

De fato, esse cenário não foi modificado e poucas são as ações que conseguem se sustentar diante de tanta corrupção nítida na sociedade brasileira e muito menos com a integração das áreas sociais propícias a colaborar para o desencarceramento.

No entanto, mecanismos que deveriam acelerar o combate ao encarceramento, como as audiências de custódia e a celeridade na análise de benefícios relativos à execução dos presos estão engessados no sistema jurídico, pois não há comprometimento em cumprir com a norma e a Constituição.

Tem-se que toda prisão no Brasil é ilegal, portanto, uma das possíveis e viáveis soluções para atingir o critério preventivo e dar atendimento aos direitos e garantias do preso é tratar do cuidado com a análise pelo magistrado quando da dosimetria da pena em sua primeira fase.

Diante do que é verificado, denota-se que quanto menos casos de pessoas tidas presas provisoriamente menos crimes na sociedade irá ter daqui há alguns anos, na tentativa de equalizar o sistema prisional que atualmente se enfrenta aliado às áreas sociais, capazes de dirimir as necessidades do condenado com a realidade estrutural do sistema carcerário.

Somente quando se respeitar o Estado de Direito é possível tratar do verdadeiro ideal que promete o Direito Penal Brasileiro, em parceria com os demais órgãos e operadores do direito e profissionais habilitados das áreas sociais.

Sem liberdade o ser humano se deprime, se asfixia, perde o sentido existencial. Sem liberdade, ou ele se destrói ou destrói os outros. Por isso o sistema carcerário não funciona.²¹¹

A prisão exterior mutila o ser humano, não transforma a personalidade de um criminoso, não expande sua inteligência, não reedita as áreas do seu inconsciente que financiam o crime. Apenas imprime dor emocional. Eles precisam ser reeducados, conscientizados, tratados.²¹²

²¹¹CURY, Augusto. *Nunca desista dos seus sonhos*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015, p.33.

²¹²Ibid.

CONCLUSÃO

Ao buscar percorrer o estudo das ciências sociais quanto ao comportamento humano, é possível compreender o objetivo da psicologia jurídica como uma importante ferramenta a ser utilizada pelos operadores do direito aliado ao senso humanístico.

Quando se trata do papel do magistrado na definição da vida do indivíduo por meio de suas decisões judiciais, sobretudo na individualização da pena, verifica-se uma problematização organizacional de funções, já que se torna o responsável em aplicar conceitos e fundamentos precisos da psicologia dotados de cientificidade e técnicas necessárias para traçar a personalidade do agente, que esse profissional não detém. E com isso, corre-se um grande risco de repercutir negativamente na fase da execução penal no tratamento da ressocialização do preso.

Com o intuito de se inteirar sobre a importância no manejo de profissionais capazes e habilitados para tratar da psique humana, quando conveniente ao processo, assim como psicólogos, antropólogos, psiquiatras, sociólogos, foi preciso voltar no tempo e entender os mecanismos da personalidade humana.

Nesse sentido, o avanço na interdisciplinaridade entre a Psicologia e o Direito, inclusive, no diálogo com a Criminologia se tornou crescente, por abordar, esta, cientificamente, os fatores desde a Antiguidade, que podem conduzir o homem ao crime, o que, todavia, é um desafio a ser enfrentado na chamada era da liquidez na vida pós moderna.

Conclui-se que, cada vez mais o homem se preocupa com a administração da vida e na tentativa de resolver os problemas cotidianos, afasta-se da reflexão moral. Esse distanciamento tem provocado um abismo na relação entre a ética, princípios e valores morais de toda a sociedade. As relações não são mais sólidas e duradouras, pois ninguém está interessado em resolver os conflitos, mas sim em se afastar deles.

Certo disso, a psicologia jurídica identificou, no Brasil, através de uma análise histórica do condenado, que muitos aspectos influenciam o preso no cometimento de um ato criminoso, como o meio social, familiar, cultural, político e educacional, onde a reflexão moral está enterrada.

Isso porque, a sociedade é dotada de uma misoginia cultural, patriarcal, machista e preconceituosa que atinge diretamente os menos favorecidos, como crianças e adolescentes, mulheres, idosos, negros e pobres, que vivem à margem da violência urbana.

Detectou-se que a influência da família, assim como o meio social são os grandes fatores centrais na formação da personalidade do indivíduo e, portanto, todos os problemas que envolvem a estrutura da família brasileira refletem no aumento da criminalidade.

São poucos os casos que a deflagração da violência na personalidade é um fator natural do sujeito.

Muito embora existam programas sociais que auxiliam na proteção das minorias, as políticas públicas instituídas pelo governo se desvirtuaram dos principais objetivos.

Com a desigualdade social inflamada nas camadas sociais, o desemprego se instaura, o que propicia o principal fator de violência, a pobreza. Essa condução leva a crer a violação de direitos básicos ao ser humano abrindo espaço para a marginalidade.

Novos métodos foram introduzidos no cenário jurídico para aproximar os juristas da realidade do assunto psicológico e comportamental, como a psicologia investigativa, a justiça terapêutica, a justiça restaurativa, inclusive a aprovação da inclusão do Anexo VI da prova de Magistratura Estadual com matérias de cunho social, trabalhando a interdisciplinaridade das áreas, sobretudo, os direitos fundamentais, na tentativa de introduzir o senso humanístico.

Assim, é a posição de que elevar a responsabilidade do juiz ao valorar a pena base na primeira fase da dosimetria da pena, prevista no art. 59 do Código Penal, pode indicar um ato temerário, por estar atribuindo uma função significativa para quem não possui o conhecimento necessário para agir.

Desse modo, o presente estudo sugere uma proposta como solução a problemática instaurada no momento da individualização da pena, para alterar o Código Penal, introduzindo um parágrafo primeiro e segundo em seu artigo 59, a fim de substituir a função que antes era própria do juiz, por uma equipe multidisciplinar de profissionais habilitados para detectar o diagnóstico da personalidade do agente com base nas técnicas definidas pelas ciências sociais.

Tal proposta não reflete uma utopia, o que se quer colocar em prática é a tamanha viabilidade de enfrentar decisões tão sensíveis de forma responsável, com o conhecimento adequado que se espera para lidar com situações que são tão subjetivas da psique humana e de raso esclarecimento por parte do magistrado.

O interesse pela importância da psicologia jurídica reforça a desnecessidade do encarceramento em massa, trabalhando aspectos ligados a ressocialização do preso, de modo a atender a função penal de maneira retributiva e preventiva com a observância direta da dignidade da pessoa humana, desconstituindo a violação generalizada e sistêmica aos direitos fundamentais do chamado “Estado das Coisas Inconstitucional”.

REFERÊNCIAS

ACT Institute. *Teoria do apego*: Entenda o que é e conheça os 4 tipos de vínculo. Disponível em: <<http://actinstitute.org/blog/teoria-do-apego-entenda-o-que-e-conheca-os-4-tipos-de-vinculo/>>. Acesso em 18 nov. 2017.

A pós modernidade (ZygmuntBauman). Palestrante: Luis Felipe Pondé, São Paulo, CPFL CULTURA, 2014, 1 DVD.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. 4. ed. Porto Alegre: AJURIS, Escola Superior da Magistratura, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *A lei penal e os "excluídos"*: as meta-regras do rigor. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8711>>. Acesso em: 15 out 2017.

_____. *Comentários ao art. 59 do Código Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9044/comentarios-ao-artigo-59-do-codigo-penal>> Acesso em: 25 mai. 2018.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BISPO, Caroline. *Mulheres encarceradas*. Disponível em: <<https://elasexistem.wordpress.com/2016/11/02/elas-existem-mulheres-encarceradas-por-caroline-bispo/>>. Acesso: 19 abr 2017

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOURDIEU apud BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002> Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 nov. 2017

_____. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ traça perfil dos adolescentes em conflito com a lei*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#nova%20reda%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. *Decreto Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. *Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. *Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. *Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. *Lei nº. 13.431, de 04 de abril de 2017*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm> Acesso em: 30 jul 2018.

_____. *Lei nº. 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. Portal Brasil. *Menores cometem 0,9% dos crimes no Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/menores-cometem-0-9-dos-crimes-no-brasil>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242-SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.493.125-SP*. Relator Ministro Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://aasp.jusbrasil.com.br/noticias/312480207/stj-terceira-turma-nega-pedido-de-danos-morais-e-materiais-por-abandono-afetivo>> Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº. 42382-SP*. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº. 1301226*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicação=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201200091067>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº. 84.427*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+84427>> Acesso em: 27 set 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº. 91.874*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+91874>> Acesso em: 27 set 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *STJ terceira turma nega pedido de danos morais e materiais por abandono afetivo*. Disponível em: <<https://aasp.jusbrasil.com.br/noticias/312480207/STJ-terceira-turma-nega-pedido-de-danos-morais-e-materiais-por-abandono-afetivo>> Acesso em: 19 abr. 2017.

CABRAL, João Francisco P. *O conceito de animal político em Aristóteles*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/o-conceito-animal-politico-aristoteles.htm>> Acesso em: 15 nov. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. *A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2982/A-primazia-ao-principio-da>>

humanidade – no – Direito – Penal – contemporâneo – em – respeito – a – tendência – constitucionalizante – do-Direito>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CARVALHO, Luiza de. *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: 02 out. 2017

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

_____. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CAVALCANTE. Marcio Andre Lopes. *Informativo 798 – STF* Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/09/info-798-stf.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018

_____. *Informativo 891 – STF*. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/03/info-891-stf1.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018

COLLE, Juliana de Andrade. *Crítérios para a valoração das circunstâncias judiciais* (art. 59, do CP) *na dosimetria da pena*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 19 out. 2017.

CORREIA, Elisabete. *O Profiler e a sua importância numa equipa de investigação criminal*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011.

CRUZ, Rodolfo Ferreira Lavor Rodrigues da. *A conduta social e a personalidade do agente (artigo 59 do Código Penal) sob a ótica da Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-conduta-social-e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal,56240.html>> Acesso em: 19 out. 2017.

CULLEN, F. T.; AGNEW, R. *Criminological Theory. Past to Present. Essential Readings*. Los Angeles: Rox-bury Publishing Company, 2006.

CUNHA, Carolina. *Bullying: Brasil cria lei para lidar com a violência na escola*. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/bullying-brasil-cria-lei-para-lidar-com-a-violencia-na-escola.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 19 abr. 2017

CUNHA, Daniel. *Garoto de 10 anos sofre bullying e é agredido na escola por usar óculos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2014/10/garoto-de-10-anos-sofre-bullying-e-e-agredido-na-escola-por-usar-oculos.html>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CURY, Augusto. *Nunca desista dos seus sonhos*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

DALLARI apud MARQUES DA SILVA, Evani; CASTRO, Lídia. *Psicologia judiciária para concursos da magistratura*. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ENRIQUEZ, E. O indivíduo preso na armadilha da estrutura estratégica. *Revista de Administração de empresas*, São Paulo, vol. 37, n. 1, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, E. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FONSECA, Rosa Maria. Feminicídio, uma nova qualificação. Rio de Janeiro: *Revista Tribuna do Advogado*, 2015.

FONTENELE, I. C. *O controle da pobreza na ordem do capital: a centralidade da assistência social no Brasil do ajuste neoliberal*. Tese de Doutorado em Políticas Públicas. São Luís: UFMA, 2007.

FRAGA, Vitor. *Prisão provisória, injustiça permanente*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2017.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

GARZÓN, A. *Psicología y justicia*. Valencia: Promolibro, 1990, p. 197-221. No mesmo sentido, MUÑOZ SABATÉ, L. etall. *Introducción a La psicología jurídica*. México: Trillas, 1980.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES Filho, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GULOTTA, G. Dinâmica psicossocial da Decisão Judicial. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Nova fase, vol. 1, n. 22, 1992.

GUSMAN, Nadine. Feminicídio, uma nova qualificação. Rio de Janeiro: *Revista Tribuna do Advogado*, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HULSMAN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Tradução Espanhola Sergio Politoff. Barcelona: Ariel, 1984.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JUS Brasil. *Lei de Talião*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/tópicos/26389806/lei-de-taliao>> Acesso em: 27 set 2017.

LAGO, Vivian de Medeiros. Estudos de psicologia. *Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação*. Campinas, SP, v. 26, n. 4, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2009000400009>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

LANNES, Elizabeth. *Abandono afetivo inverso: quando os filhos abandonam os pais (idosos)*. Disponível em: <<https://elizabethalais.jusbrasil.com.br/artigos/220020071/abandono-afetivo-inverso-quando-os-filhos-abandonam-os-pais-idosos>> Acesso em: 19 abr. 2017.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889, t. I. juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id> Acesso em: 19 out. 2017.

LOMBROSO, C. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES, Amanda. *A loucura no cárcere*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *A (im)pretabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal*. V.1. Boletim IBCCRIM: São Paulo, fev. 2003.

MARTINS, Simone; BEIRAS, Adriano; MORAES CRUZ, Roberto. *Reflexões e experiências em psicologia jurídica no contexto criminal/penal*. São Paulo: Vetor, 2012.

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado – Parte geral*. 10. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Método, 2016.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MENEZES, Bruno Seligman de. *Fixação da pena-base à luz do garantismo penal*. Campinas: Editora Minelli, 2005.

MIRABETE, Julio F. *Execução penal: comentário a Lei n. 7.210*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de Psicologia Jurídica*. Campinas: Péritas, 2000.

_____. *Manual de psicologia jurídica*. 2. ed. Campinas: LZN, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALESTRA, 46, 2015, Botafogo. *Psicopatas do cotidiano: como sobreviver a um deles*. Rio de Janeiro: ESPAÇO CLIF, 2015.

PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. *O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade?* Disponível em: <<http://www.revistaliberdades.org.br>> Acesso em: 19 abr. 2017.

PERASSO, Valeria. *OMS: Suicídio já mata mais jovens que o HIV em todo o mundo*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150922_suicidio_jovens_fd>. Acesso em: 19 abr. 2017.

PINTO, Renato Sócrates. *Justiça Restaurativa no Brasil: é possível?* Disponível em: <www.idcb.org.br/documentos/artigos3001/art_justicarestau.doc>. Acesso em: 28 set. 2017.

PLABLOS DE MOLINA, Antonio García. *Criminologia: uma introducción a SUS fundamentos teóricos*. 6.ed. Santiago: LexisNexis, 2008.

PONDÉ, Luiz Felipe. *Ética para o inverno*. Disponível em: <http://radeir.blogspot.com.br/2011/11/zygmunt-bauman-uma-etica-para-o-inverno_10.html> Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. *O Diagnóstico de Zygmunt Bauman para a Pós-Modernidade*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/s%C3%A9rie-%E2%80%9Cco-diagn%C3%B3stico-de-zygmunt-bauman-para-p%C3%B3s-modernidade%E2%80%9D>> Acesso em: 15 nov. 2017.

REALE, Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROVINSKY, S. L. R. *La psicología jurídica em Brasil*. In J. Urra. Tratado de psicología forense. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

ROXIN, Claus. *La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2006. T. I.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Conceito, 2011.

SCHMITT, Ricardo. *Sentença Penal Condenatória*. Teoria e prática. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 130.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Tomo II.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Pobreza, desigualdade e políticas públicas: caracterizando e problematizando a realidade brasileira. *Revista Katal*, Florianópolis, v. 13, nº 2, p. 155-163, jul/dez. 2010.

SILVA, Ricardo de Oliveira.; et al. *Justiça Terapêutica*. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2017.

SOBRAL FERNÁNDEZ, ARCE, PRIETO, apud TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUA PESQUISA.COM. *Mito da Caverna de Platão*. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/platao/mito_da_caverna.htm> Acesso em: 19 abr. 2017.

SUT, Helena; CRUZ, Mariana. *Análise do poema: O operário em construção*. Disponível em: <<http://roca-2013.blogspot.com.br/2013/11/analise-do-poema-o-operario-em.html>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

TEIXEIRA, Solange Maria. A família na trajetória do sistema de proteção social brasileiro: do enfoque difuso à centralidade na política de Assistência Social. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 13, n. 2, p. 155-163, jul/dez. 2010.

THE Mask you live in (A máscara que você veste). Direção: Newsom, Jennifer Siebel. Produção: The Representation Project, EUA, Abigail Disney, 2014, 1 bobina cinematográfica. O documentário The Mask You Live In (A Máscara que Você Veste) é da cineasta Jennifer Siebel Newsom, estreou no Festival Sundance 2015. Disponível em: <<http://www.avoiceformen.com>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *A Escala de Indicadores Legais de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.escaladealienacaoparental.com>>. Acesso em: 19 abr. 2017

VIANNA, Túlio Lima. Pena – Fixação. Roteiro Didático. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, V.19. Porto Alegre, a.4, p. 54-61, abril/maio de 2003.

VITTO, Renato Campos Pinto de; DAUFEMBECK, Valdirene. *Relatório Infopen mulheres*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

VITTO, Renato Campos de. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - junho 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 01 abr. 2018.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Puniros pobres*. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda Punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Punir os pobres*. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Flacso Brasil. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 19 abr. 2017

_____. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. *Criminologia: Aproximación desde um margen*. Tercera reimpressão. Bogotá: Temis, 2003.

ZALUAR, Alba. *Prisão provisória, injustiça permanente*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2017.