

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

ALESSA SANNY LIMA PEREIRA

**EFETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO À LUZ DAS
TEORIAS SOCIOLOGICAS DO CRIME**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2020

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

ALESSA SANNY LIMA PEREIRA

**EFETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO À LUZ DAS
TEORIAS SOCIOLÓGICAS DO CRIME**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Penal, sob a orientação do Professor Livre-Docente GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

SÃO PAULO

2020

ALESSA SANNY LIMA PEREIRA

**Efetividade do Sistema de Justiça Criminal
Brasileiro à Luz das Teorias Sociológicas do Crime**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Penal, sob a orientação do Professor Livre-Docente GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

Banca Examinadora:

Professor Livre-Docente Guilherme de Souza Nucci
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Marlene Pereira e Severino Confessor, que sempre me apoiaram, me ensinando desde cedo o valor da dedicação e resiliência, e, mesmo estando tão longe, se mantiveram presentes nessa árdua caminhada. Sem os senhores essa trajetória não seria possível. Infinitamente grata a todos os sacrifícios que fizeram para que este sonho se tornasse realidade.

“Há uma força motriz mais poderosa que o vapor, a eletricidade e a energia atômica: a vontade” (Albert Einstein).

AGRADECIMENTOS

Em uma das aulas que tive sobre metodologia me foi ensinado que a parte do trabalho referente aos agradecimentos deveria ser breve a fim de não cansar o leitor. Indo de encontro ao que aprendi e já pedindo desculpa pelas linhas que se estenderão a seguir, não poderei ser concisa na minha imensa gratidão por todos aqueles que me ajudaram a chegar até aqui.

Em primeiro lugar sou grata a Deus por ter sido, durante toda essa jornada, fonte inesgotável de amor e coragem. Nele encontrei a força e a companhia que muitas vezes me faltavam e foi, sem dúvidas, meu amparo e refúgio.

Agradeço a minha família por ter acreditado desde o início no meu sonho, por enxergarem em mim a capacidade que eu mesma duvidava, por tantas e inúmeras vezes terem renunciado a prazeres pessoais para que eu pudesse finalizar esse trabalho. Durante esses anos, cada um de vocês foram a minha maior saudade e, ao mesmo tempo, os meus maiores motivadores. Ao meus pais, MARLENE NILA LIMA PEREIRA e SEVERINO PEREIRA CONFESSOR, nenhuma palavra será o bastante para expressar a minha infinita gratidão e dívida. Aos meus irmãos, ALLAN ANDRESSON LIMA PEREIRA e ANDREZZA SANNY LIMA PEREIRA, obrigada por serem exemplos de dedicação e sucesso. As despedidas foram inúmeras, mas sempre foi reconfortador saber que tenho por quem continuar.

Sou profundamente agradecida ao meu orientador, GUILHEME DE SOUZA NUCCI, pelo qual sempre alimentei grande admiração desde os primeiros anos da faculdade, admiração esta que apenas aumentou com o nosso convívio. Sou grata ao senhor por ter acreditado no meu trabalho, sou grata pelas oportunidades que me deu durante esse caminho, pela sua generosidade, paciência e sabedoria, por ter compartilhado comigo seu vasto conhecimento e, enfim, por todas as críticas ao meu trabalho. Saiba que elas foram fundamentais para que eu pudesse amadurecer academicamente. Espero ter recompensado o

seu esforço e dedicação, teno sido uma boa orientanda. Ter ocupado este posto foi e é uma honra. Ao senhor, o meu mais sincero agradecimento.

Eu agradeço a todos os professores que conheci e que foram verdadeiros mestres na minha formação. De início, à Profa. ANA PAULA CACHO (UNI-RN), por ter me incentivado a encarar o grande desafio que é o mestrado. Agradeço ao Prof. Dr. MÁRCIO PUGLIESI (PUC-SP), titular da minha primeira matéria no programa de mestrado, se tornando grande fonte de inspiração pelo seu amor incondicional à docência. Agradeço também aos Profs. Drs. GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA (PUC-SP) e EDSON LUIS BALDAN (PUC-SP), por terem participado da minha banca de qualificação, de modo que as suas orientações foram parte preciosa do resultado final dessa dissertação e, por último, ao Prof. Dr. JAMIL CHAIM ALVES (EPD), por ter se mostrado sempre disponível a oferecer ajuda, de sorte que é um privilégio tê-lo na minha banca de defesa.

Eu não poderia me esquecer dos grandes amigos que foram essenciais nesses momentos de pesquisa, daqueles que já guardo a amizade há muito tempo e aqueles do qual tive o prazer de conhecer durante o meu mestrado. Seria injusto citar todos os nomes e deixar de fora tantos outros, mas eles sabem quem são e de quão importante foram para a finalização do meu trabalho. Dentre eles, deixo registrada a minha gradidão por RÉGIS MUNARI, um grande amigo que conquistei durante essa longa trajetória e que, por muitas vezes, compartilhamos momentos de alegrias e angústias com a nossa pesquisa.

Também sou grata a amizade de GUSTAVO CATHARINO, a quem eu tive o privilégio de conhecer através do meu estimado orientador durante o meu período de estágio docência, obrigada por ter presenteado com a sua paciência e humanidade, por ter ajudado inúmeras vezes nesta pesquisa e ter sempre se mostrado à disposição. Saiba que tens o meu respeito e admiração.

Por fim, agradeço à Pastoral Universitária da PUC-SP, pelo acolhimento e por tantos momentos de reflexão, bem como à Coordenação da Pós-Graduados em Direito, nas pessoas de RUI OLIVEIRA DOMINGOS e RAFAEL DE ARAÚJO, por toda paciência e ajuda ao longo do meu mestrado.

Muito embora o processo de escrita seja solitário, o mesmo não se pode dizer da aprendizagem, Obrigada a todos por terem me ensinado tanto.

RESUMO

A questão da efetividade do sistema de justiça criminal no Brasil extrapola os limites da mera atividade legislativa, guardando com o complexo sistema político, econômico e social íntima relação de causalidade, não podendo ser conhecida, nem tampouco solucionada, desconsiderando esse contexto. A evolução da Criminologia já demonstrou que o fenômeno do crime é multifatorial, estabelecendo correspondência com diversas causas, especialmente as de caráter social. Dessa forma, desprezar os conhecimentos já consolidados empiricamente acerca da atividade delitiva, suas motivações e complexidades é também tornar inócua qualquer tentativa de aplicação efetiva da lei. O presente trabalho se desenvolve neste cenário e terá como objetivo demonstrar a importância do fundamento criminológico para a elaboração e execução de políticas criminais verdadeiramente aptas a entender o fenômeno criminal e, assim, atuar em suas causas, muito mais do que simplesmente em suas consequências. O método de pesquisa utilizado é o da revisão bibliográfica, por meio da qual serão analisados diversos autores das diferentes disciplinas que compõem as ciências criminais com o intuito de compreender-se os obstáculos à efetiva aplicação da lei penal no Brasil.

Palavras-chave: Justiça Criminal; Direito Penal; Criminologia; Política Criminal; Punitivismo.

ABSTRACT

The issue of the effectiveness of criminal justice in Brazil goes beyond the limits of mere legislative activity, keeping a close causal relationship with the complex political, economic and social system. Ignoring this context, criminal justice can neither be known nor resolved. The evolution of Criminology has already shown that the phenomenon of crime is multifactorial, establishing a correspondence with several causes, especially those of a social nature. Thus, to disregard the already empirically consolidated knowledge about criminal activity, its motivations, and complexities, is also to make innocuous any attempt of law enforcement. It is in this scenario that the present work will aim to demonstrate the importance of the criminological foundation for the elaboration and execution of criminal policies truly capable of understanding the criminal phenomenon and, therefore, acting on its causes, rather than simply on its consequences. The research method used is the literature review, which will analyze several authors of the different disciplines that from the criminal sciences in order to understand the obstacles to the effective application of criminal law in Brazil.

Keywords: Criminal Justice; Criminal law; Criminology; Criminal policy; Punitivism

LISTA DE FIGURAS

Figura 1- Configuração de Zonas Concêntricas de Chicago	92
Figura 2- Modos de Adaptação de Merton	103
Figura 3- Aumento do número de presos nos EUA	127
Figura 4 - Taxa de criminalidade e detenções por contravenção na cidade de Nova Iorque	140
Figura 5- Porcentagem de novas internações em prisão estadual por raça nos EUA	144
Figura 6 – Criminalidade registrada dentro das comunidades e depois da instalação das UPPs.....	150
Figura 7 – Média diária de mortos pela Polícia Militar do Estado de São Paulo.....	156
Figura 8 – Comparação percentual entre os homicídios do município de São Paulo e RMSP 1984 a 2003	164

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1- Planta original da cidade de São Paulo.....	195
Anexo 2- Risco distrital por homicídio relacionado às notas socioeconômicas no município de São Paulo, 1995	196
Anexo 3- Principais pesquisas nacionais sobre reincidência.....	197

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1. PRINCÍPIOS	21
1.1 Breve Análise da Teoria Geral dos Princípios e a Sua Importância para o Ordenamento Jurídico.....	21
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	29
2.1 Princípio da Dignidade Humana como Princípio Fundamental	30
2.2 Princípio da Legalidade	37
2.3 Princípio da Proporcionalidade	40
2.4 Princípio da Intervenção Mínima	45
2.4.1 Princípio da Insignificância	49
2.4.2 Princípio da Adequação Social	51
3. POLÍTICA CRIMINAL	55
4. CRIMINOLOGIA	68
4.1 Noções Introdutórias	68
4.2 Objetos da Criminologia	71
4.3. Evolução Histórica do Pensamento Criminológico.....	74
4.3.1 Fase Pré- científica ou Clássica.....	74
4.3.2 Fase Científica	77
4.3.3 A Moderna Criminologia	87
5. ESCOLAS SOCIOLÓGICAS	89
5.1 Teoria Ecológica	90
5.2 Teoria da Associação Diferencial	97
5.3 Teoria da Anomia	100
5.4 Teoria da Subcultura Delinquente	104
5.5 Teoria do Etiquetamento	108
5.6 Teoria Crítica	112

6. MOVIMENTO LEI E ORDEM	123
6.1 Origem	123
6.2 A Teoria das janelas Quebradas	128
6.3 A Tolerância Zero	137
7. APLICAÇÃO DOS POSTULADOS DO MOVIMENTO LEI E ORDEM NO BRASIL.....	146
7.1 Influência das Teorias Ecológicas	147
7.2 Teoria das Janelas Quebras e a Política de Tolerância Zero	150
8. EFETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL	158
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	174
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	182
ANEXOS.....	195

INTRODUÇÃO

A criminalidade e a sua consequente “gestão” pelos poderes públicos vem, nas últimas décadas, provocando profundos e calorosos debates no Brasil, além de a sua manipulação ter se tornado bandeira política e midiática. O histórico autoritário do país, somando com a audiência que o sensacionalismo em torno dos indicadores de delito produz, cria cenário no qual o clamor social protesta pelo recrudescimento de todo o sistema punitivo estatal.

A insegurança tornou-se sentimento praticamente comum na sociedade brasileira e esse consenso parte, não só dos reais níveis de delinquência, mas também da percepção de medo do crime possui íntima relação com a espetacularização da criminalidade violenta pelos meios de comunicação.

Desse quadro se beneficiam as propostas de natureza meramente demagogas, as quais, embora defendidas pela maioria do eleitorado, são incapazes de compreender as causas do crime e de forma efetiva combatê-lo e preveni-lo. Isso porque, falta a essas bandeiras políticas do punitivismo suficiente embasamento para as suas medidas o que acarreta, por sua vez, não somente projetos fracassados, mas também embaraço para a própria efetividade do sistema de justiça criminal do país.

É justamente nessa conjuntura de alarmismo, onde qualquer tipo de tentativa do estabelecimento da ordem é preferível - muito embora essa suposta ordem seja ilusória frente a carência de fundamentos que a legitimam -, que os debates sobre Política Criminal e Criminologia devem ser trazidos à tona. Tais disciplinas, conjuntamente com o Direito Penal, constituem o complexo das Ciências Criminais, podendo-se verdadeiramente construir estratégias de controle da delinquência, as quais sejam capazes de compreender as suas causas e trabalhar para atenuá-las, ao invés de reunir esforços inúteis em suas consequências.

Assim, a Criminologia consubstancia-se na ciência empírica e interdisciplinar, responsável pelo estudo do crime, do criminoso, da vítima e do controle social, preocupando-se em investigar as causas da atividade criminosa e, assim, fornecer substratos científicos suficientes e com pouca margem de subjetividade às autoridades responsáveis pela elaboração de políticas de combate ao crime.

A Política Criminal, por sua vez, é o conjunto das orientações e estratégias de controle social, valendo-se das experiências e conclusões criminológicas, ao mesmo tempo que oferece poderes públicos mecanismos eficazes de combate à criminalidade. Em outras palavras, esse é o momento em que as autoridades estatais responsáveis tomam determinadas medidas, fixando as diretrizes a serem seguidas pelo Estado para a manutenção da ordem.

Por conseguinte, o Direito Penal se distingue por ser uma ciência normativa e dogmática, ocupando-se das características normativas do conceito de delito e de suas consequências jurídicas, preocupado com as características normativas do conceito de delito e de suas consequências jurídicas na subsunção de um fato concreto ao tipo penal legalmente descrito.

Dessa forma, para que o sistema de Justiça Criminal funcione efetivamente é preciso que todas as três disciplinas coexistam de forma harmônica e colaborem, cada qual com as suas respectivas funções, para o seu desenvolvimento.

Isto posto, enquanto a Criminologia corresponde ao fundamento empírico-científico acerca dos elementos do crime, a Política Criminal converte o saber criminológico em programas e estratégias de enfrentamento à delinquência e, por fim, o Direito Penal transforma as diretrizes político-criminais em proposições jurídicas, dando-lhes legitimidade e normatividade.

Portanto, só é possível falar na efetividade do sistema criminal levando-se em consideração o funcionamento desses três pilares das ciências criminais, ao mesmo tempo em

que o desprezo da importância que essas disciplinas possuem para um sistema mais eficaz implica sempre em estratégias dispersas de qualquer fundamento racional e, conseqüentemente, fadadas ao fracasso. Por esse motivo, o presente trabalho se ocupa em estudar a efetividade da lei penal no Brasil à luz dos aspectos político-criminais do crime, bem como das principais teorias criminológicas acerca das causas do fenômeno criminal.

Logo, o problema de pesquisa do presente trabalho consiste em analisar os embaraços que o sistema de Justiça Criminal brasileiro enfrenta, investigando sob aspectos constitucionais, políticos e criminológicos a sua real efetividade dentro do ordenamento pátrio e a sua adequação ao Estado Democrático de Direito.

Por sistema criminal efetivo, entende-se aquele que, não desprezando o respaldo empírico-científico que as ciências criminais fornecem, constrói sobre ele programas e políticas capazes de serem justificados e devidamente ajustados às diretrizes constitucionais e que, por fim e consequência, sejam aptos a produzir os efeitos concretos e esperados. Essa perspectiva utilizada no trabalho engloba não só uma efetividade jurídica das normas, mas também uma efetividade social, ou seja, a realização do direito posto no desempenho da função e das finalidades sociais objetivadas pelos poderes públicos, ou seja, mais do que o mero cumprimento de requisitos formais para a vigência e validade de um sistema normativo, a efetividade traduz-se na materialização do *dever-ser* legal, e o *ser* da realidade social, onde, não raras as vezes, entres ambos existe um abismo.

Assim, a efetividade do sistema criminal depende, não só da aptidão formal do ordenamento jurídico e de sua legislação, mas também da sua capacidade em produzir, no mundo fático, os efeitos desejados para a manutenção harmônica da vida em sociedade.

O objetivo primário é demonstrar, portanto, a deficiência do sistema penal do país em concretizar o direito constitucionalmente garantido da segurança pública por meio da

sistematização dos conhecimentos das ciências criminais a fim de elaborar propostas de reação criminal verdadeiramente adequadas ao contexto jurídico-social do Brasil.

Um Direito Penal e o sistema de justiça ao seu redor, que ignorem o conhecimento criminológico sobre as diversas facetas do fenômeno criminal e, por sua vez, elaborem políticas de “guerra ao crime” apartadas de qualquer apoio científico que ampare suas decisões e legislação, e da realidade social a qual pretende ser imposta, jamais pode ser concebido como efetivo e, conseqüentemente, capaz de solucionar o problema no plano prático.

Para atingir a finalidade do trabalho, a metodologia escolhida é da revisão bibliográfica, dessa forma, mediante a análise de obras de autores das diferentes disciplinas que compõem as ciências criminais, o trabalho procura demonstrar os obstáculos à efetividade da aplicação da legislação penal do país e da construção racional e cientificamente fundamentada de política criminal capaz de compreender e atuar sobre as causas e fatores sociais do crime.

Com o fim de solucionar a problemática proposta e, tendo em vista o objetivo primário dessa pesquisa, os capítulos do presente trabalho foram divididos didaticamente a fim de possibilitar que cada um deles, de forma lógica, forneça os elementos suficientes para a conclusão que se segue, motivo pelo qual, os mesmos apresentarão objetivos secundários a serem alcançados e igualmente buscados e analisados.

Desse modo, primeiramente será tratada a teoria geral dos princípios, a fim de demonstrar a sua importância para a condução do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, para a própria legitimidade das decisões no âmbito criminal, uma vez que, como normas integrantes do mesmo sistema jurídico, deve guardar com todo ele harmonia e obediência.

Em continuação, o segundo capítulo se ocupará com os princípios constitucionais penais. Ora, se a obediência a essas normas é dever do ordenamento vigente, o respeito aos princípios penais é dever e condição de legitimidade para o sucesso de qualquer programa político criminal, ou seja, não há como conceber um conjunto de estratégias de enfrentamento

do crime bem-sucedidas se estiverem em flagrante desacordo com os princípios penais constitucionalmente que garantem o mais fiel exercício do tão sonhado Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo, por sua vez, versa sobre os principais aspectos sobre Política Criminal e, em especial, do seu relevante papel para estratégias anticriminais realmente frutíferas de reação contra a delinquência e que estejam em pleno funcionamento prático, levando-se em consideração o cenário político-econômico-social e jurídico do país, demonstrando, por fim, que nem toda reação contra o crime constitui de fato uma política criminal, mas que, para isso, exige-se o emprego racional de determinados instrumentos com fundamentação científica legítima.

Seguindo, o trabalho encaminha-se para o quarto capítulo, no qual a Criminologia constitui tema central, ocupando-se da análise do conceito, das noções gerais, dos seus objetos de pesquisa e de uma breve evolução histórica das principais fases dessa ciência, importante não só para entender a sua importância dentro do sistema penal, mas também para compreender as bases das quais as principais teorias modernas se desenvolveram.

Por essa razão, o item seguinte disporá, de forma específica, das teorias sociológicas do crime, as quais tratam o crime como fenômeno social, porém, cada uma delas o explica sob diferentes perspectivas epistemológicas, necessárias para a compreensão das diferentes causas criminais, apresentando também as propostas de reação político-criminal.

Ponto importante desse trabalho e que reúne importantes esforços é a análise crítica do Movimento Lei e Ordem, abordagem esta que inclui, de forma mais completa, o estudo da Teoria das Janelas Quebradas e, por fim, da política de Tolerância Zero. Isso porque, tal movimento criminológico impulsionou um vertiginoso fluxo de políticas criminais de caráter expansionistas, onda que atingiu diversos países da América Latina, dentre eles o Brasil, onde

nitidamente se enxergam inclinações dessa corrente nas decisões no âmbito político-penal brasileiro.

Dessa forma, compreender os principais postulados desse movimento, bem como as suas propostas de controle da criminalidade por parte dos poderes públicos, constitui parada obrigatória para a análise do panorama penal brasileiro, já que nas últimas décadas tem adotado política similar.

Por fim, e considerando as análises tratadas até aqui, a dedicação recai sobre a investigação, de forma mais detida, da efetividade do sistema de justiça criminal brasileiro e os seus correlatos empecilhos. Sendo necessário, para isso, uma breve análise da aplicação dos principais postulados que embasam a corrente criminológica da Lei e Ordem no país, em especial, na cidade de São Paulo, com o intuito de revelar como os mesmos tem sido colocados em prática no país e, expor a um debate crítico, a sua influência nas direções de natureza criminal do Brasil.

Do exposto, resta clara a importância do tema de trazer à tona questões criminológicas e de política criminal para explicar os obstáculos que a lei penal encontra hoje no Brasil para a efetividade da sua aplicação. Se o crime é multifatorial, da mesma forma não deve o Estado tratá-lo como se pudesse ser facilmente reprimido por meio da mera expansão da sua malha punitiva, nem, tampouco, reunir seus esforços em suas consequências, pois, quando uma conduta criminoso ocorre, o Estado já falhou na sua prevenção. Nesse liame, quando se discute acerca do sentimento de insegurança social, há carência por parte das autoridades competentes e da própria população no sentido de haver bom senso no que concerne as bases do crime e em quais fatores políticos, sociais e econômicos ele se alicerça.

Portanto, um Direito Penal afastado do conhecimento criminológico, sem respaldo científico e empírico que fundamente suas decisões político-criminais, nunca conseguirá ser capaz de promover a efetiva prevenção e repressão à criminalidade; sem esse respaldo técnico

toda a atividade jurídica torna-se mera especulação, voltada a acalmar os ânimos de uma sociedade sedenta por punição, porém, longe de estar adequada à realidade social e criminógena do país.

1. PRINCÍPIOS

O presente capítulo tem como objetivo demonstrar a importância dos princípios para a condução e coesão do ordenamento jurídico, sendo norteadores do Estado e, em última análise, os conferidores da legitimidade de todo o sistema jurídico. Nesse cenário, o Direito Penal, como integrante de um sistema organizado e lógico, necessita respeitar o que se consagrou como os corolários do ordenamento jurídico vigente.

1.1 BREVE ANÁLISE DA TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO

O sistema jurídico pátrio é composto por diversas normas subdivididas em regras e princípios. Atualmente é majoritário o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, o que demonstra por si só a importância de se debruçar sobre o seu estudo, porquanto, como normas integrante do ordenamento, devem guardar com este uma harmonia interna capaz de embasar a estrutura jurídica do país, obrigando, assim, a coerência e compatibilização dos preceitos que essas espécies normativas impõem à subsequente aplicação do direito.

Nesse quadro, são vários os enunciados capazes de delinear o conceito de princípios, ao longo do desenvolvimento da ciência jurídica e de suas três grandes correntes jusfilosóficas (jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo) as noções e o papel dos princípios ganharam contornos diferentes.

É no pós-positivismo, período no qual os antigos dogmas do jusnaturalismo e do positivismo estrito se abalam, que o entendimento no sentido de atribuir aos princípios força normativa adquire maior vazão.

Essa fase, marcada pelas últimas décadas do século XX, atesta a primazia dos valores trazidos pelos princípios e os colocam em posição de superioridade no ordenamento, sobre a qual se harmoniza todo o sistema jurídico e constitucional. Dessa forma, há por parte

do constitucionalismo contemporâneo o reconhecimento da normatividade dos princípios e o tratamento destes como “normas-chave” de uma estrutura jurídica.

Assim, são tantas as definições de acordo com a concepção mais moderna do pensamento jurídico sobre o tema¹, no entanto, é possível condensá-las na seguinte noção: princípios são normas que inspiram e sustentam as bases do ordenamento jurídico como verdadeiros enunciados ético-valorativos, os quais permitem orientar a compreensão mais adequada e fiel da ordem constitucional vigente, na medida em que revelam o sentido e a ideologia a serem perseguidos pelo sistema político e jurídico.

Dessa forma, no cenário de um Estado Democrático de Direito, não se entende como legítimo qualquer discurso normativo que não respeite os princípios gerais que regem o sistema jurídico de uma nação, servindo como verdadeiras normas-chave para o constitucionalismo contemporâneo².

Assim sendo, a força normativa dos princípios ganha reconhecimento tanto da doutrina como previsão dos códigos de diversos países pelas contribuições de autores que teceram diversas críticas ao antigo positivismo ortodoxo, construindo as bases dessa nova perspectiva normativa reconhecida, tais como Ronald Dworkin e Robert Alexy.

¹ Sobre o tema, destacam-se as seguintes conceituações: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém” (CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 15); “Os princípios gerais do direito são, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelso Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 181-182); “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 200, pp. 78-79).

² “Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 259).

Muitos foram os que se dedicaram à matéria, a fim de estabelecer uma teoria geral dos princípios que possibilitasse uma melhor qualificação das diferentes normas, bem como estabelecer o papel a ser assumido pelas normas principiológicas na ordem jurídica. O importante ponto de toque entre eles é a importância dada à distinção entre as regras e princípios³.

Nessa perspectiva, numerosos podem ser os posicionamentos adotados e critérios utilizados para essa categorização, podendo se destacar aqui três proposições: a primeira delas é a mais simplista de todas, a que não consegue distinguir as normas classes distintas e enxerga qualquer tentativa de fazê-lo falha.

A segunda tese consegue enxergar a separação das normas em duas classes e o critério utilizado para tanto seria o da generalidade, ou seja, as normas com maior grau de universalidade e, por esse parâmetro, as que contém mandamentos mais abrangentes seriam classificadas como princípios; e, por fim, há a tese que sustenta a existência de duas espécies de normas, sendo a diferença entre elas qualitativa, não se restringido a um critério unicamente gradual.

Ora, entende-se ser a asserção que melhor explica as diferenças de categorias a terceira. De plano, através dessa tese é possível concluir que, se ambas as espécies estão reunidas no conceito de norma (exprimem deveres de permissão e proibição), aos princípios são reconhecidos o caráter o valor normativos, não sendo, assim, meras disposições gerais sem força cogente no ordenamento⁴.

Assim sendo, considera-se apropriado o conceito fornecido por Robert Alexy quando afirma que princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior

³ “Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, Robert, op. cit., p. 85).

⁴ “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (Ibd., p. 87).

medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização(...)”⁵.

A partir dessa definição, compreende-se como mandamento de otimização a capacidade que essas normas têm de serem satisfeitas em diversos graus e de múltiplas formas, dependendo, para isso, não somente das possibilidades jurídicas que determinado ordenamento impõe, incluindo aqui os eventuais princípios e normas colidentes, mas também das possibilidades fáticas de cada caso concreto⁶.

Já as regras, para o mesmo autor, são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações (...)”⁷.

Diferente dos princípios, as regras impõem a sua completa aplicação ao caso concreto ou são consideradas nulas para o mesmo, não podendo ser satisfeitas em graus variados. Assim, tem-se que toda norma será ou um princípio, ou uma regra, sendo a distinção entre elas qualitativa.

Desta feita, quando nos deparamos com um confronto entre regras, este deve ser resolvido considerando uma das regras inválida para o caso concreto em apreço ou com a inclusão de alguma cláusula de exceção que afasta, por conseguinte, uma dessas normas.

Já quando a situação se tratar de um conflito entre princípios, um deles deve ser declarado preponderante sobre o outro, o que não importa em sua invalidade, mas significa que, naquela condição fática, um princípio terá precedência de aplicação no caso concreto⁸.

Além desses critérios usualmente utilizados para a distinção de normas, ainda é

⁵ ALEXY, Robert, op. cit., p. 90.

⁶ Seguindo essa direção, um aparente conflito de regras e princípios tendem, dessa maneira, a serem solucionados de formas diferentes, é o critério do conflito normativo que leva em consideração a forma de solucionar o conflito entre as diferentes espécies normativas por meio da ponderação entre os princípios.

⁷ Ibid., p. 91.

⁸ “Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. (Ibid., p. 105)

possível destacar outros. O primeiro deles é o critério *hipotético-condicional*: neste, os princípios estabelecem uma diretriz para poder o aplicador do direito encontrar a regra mais adequada para determinado caso, enquanto esta tem caráter predominantemente descritivo e que predetermina a decisão⁹.

A crítica feita ao presente critério reside no fato de ser impreciso por não fornecer elementos indicadores de que forma os princípios serviriam de norte para a aplicação correta de uma regra. Além disso, ele dá uma falsa impressão que esta regra encontrada é a conclusão do conteúdo normativo, o que, na visão do autor, não é verdade, uma vez que o conteúdo das normas depende também de possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto.

Em segundo lugar, têm-se o critério *modo final da aplicação*, segundo o qual as regras são aplicadas de acordo com o modelo “tudo ou nada”, enquanto que os princípios podem ser satisfeitos de formas gradual. Dworkin filia-se a este critério, afirmando, se há a hipótese de incidência de uma regra, ou ela será válida, ou será considerada inválida, ao passo que os princípios não possuem a característica de definir absolutamente uma decisão, pois representam apenas fundamentos que corroboram para a tomada de determinado julgamento¹⁰.

Nesse liame, é possível enxergar os princípios como um fim a ser alcançado e que através da consignação do conteúdo desejado é possível buscar por meios para satisfazê-lo. Enquanto as regras, ao se caracterizarem como descritivas, se diferenciam por descreverem objetos determináveis, devendo ser analisada para a sua aplicação a equivalência entre o conteúdo disposto na regra e a situação fática, os princípios determinam que essa correspondência seja entre os efeitos da conduta a ser adotada e o fim a ser promovido com o seu emprego.

Por fim, os princípios gerais do Direito são reconhecidos pela doutrina majoritária

⁹ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 39.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.

em sua tripla função para o ordenamento jurídico dos quais fazem parte, quais sejam: função inspiradora, integrativa e interpretativa.

Quanto à função inspiradora, ela subsiste no fato dessas normas auxiliarem o legislador na edição de novas leis que estejam em pleno acordo com os ideais apregoados pelo Estado, em especial com as convicções trazidas no corpo da Constituição Federal, uma vez que, como diploma magno, as leis a ela subordinadas devem guardar respeito e obediência¹¹.

A função integradora demonstra o suporte que os princípios fornecem ao ordenamento jurídico, na medida em que, como fontes do Direito, permitem o preenchimento de eventuais lacunas, pois o suprimento dessas brechas jurídicas é o que torna o sistema coerente e harmônico a partir do momento que tem obrigação de prestar tutela jurisdicional¹².

Na seara criminal, é o que ocorre, a título de exemplo, com a previsão do artigo 3º do, Código de Processo Penal (“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”), o qual expressamente autoriza e reconhece o papel dos princípios gerais do direito como instrumentos de integração do sistema jurídico, eis poderem servir de suplemento no caso de lacuna detectada.

Por fim, a última das funções, a interpretativa, aduz funcionarem os princípios como verdadeiros instrumentos de hermenêutica jurídica, servindo como bússolas ao aplicador do Direito a partir do momento que guiam na revelação da vontade do legislador no caso concreto.

¹¹ “Em nosso Direito Positivo encontramos um preceito que coincide com o vigente na maioria dos países de tradição romanística. Refiro-me ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, por força do qual, quando a norma jurídica for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Idêntico dispositivo se encontra no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo, na realidade, essa remissão aos princípios gerais de direito cada vez mais frequente no Direito contemporâneo. O legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304.)

¹² “Os princípios gerais de Direito põem-se, dessarte, como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica. A vida do Direito é elemento essencial do diálogo da história” (Ibd., p.317).

Em vista de todo o exposto, é possível enxergar que, independentemente da teoria adotada de diferenciação entre regras e princípios, a moderna dogmática constitucional identifica e declara o caráter normativo destes últimos, de sorte que a importância desse reconhecimento se reflete no papel assumido pelos princípios no ordenamento jurídico, em especial no Estado Democrático de Direito¹³.

Este, por sua vez, é aquele que, por meio da proteção jurídica, visa assegurar o respeito aos direitos civis e às garantias consideradas fundamentais, para isso pautando-se nos valores mais relevantes para aquele corpo social consolidados por meio dos princípios que se tornam base de todo o sistema jurídico e pelos quais se dá razão e coerência a ele. Dessa forma, não se pode conceber que um regime dito democrata despreze e viole o complexo de princípios nos quais ele próprio está ancorado. Nessa acepção, preciosas são as palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

A concepção substancial que é conferida ao Estado Democrático de Direito, expresso na Constituição brasileira implica que a sua política criminal, que em como fundamento a liberdade e a dignidade humana, não pode desconsiderá-las a ponto de converter as pessoas em meros instrumentos ou sujeitos de tutela. O ponto de partida é, pois, a relação livre destas com o sistema, sendo este composto por um Estado a serviço do indivíduo e voltado para a sua felicidade, e a pessoa reconhecida como ente autônomo e sujeito de direitos e garantias. Pode-se dizer com isto, que o programa político criminal deve estar dirigido a propiciar o máximo de liberdade para os indivíduos¹⁴.

Portanto, da mesma forma, o Direito Penal, como qualquer outro integrante de um sistema organizado e coeso, necessita respeitar o que se consagrou como os corolários do ordenamento jurídico vigente. De tal modo, os princípios só possuem o valor que têm pois

¹³ “Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie” (ÁVILA, Humberto, op. cit., p.288).

¹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.73.

exigem coexistência harmoniosa com os diversos ramos do Direito, inclusive no processo legiferante, se tornando, assim, bússola não só para o legislador, mas também para o aplicador do direito. Nessa ótica, será examinado em seguinte os alguns dos mais substanciais princípios penais constitucionalmente consagrados.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Como visto em capítulo anterior, os princípios fornecem ao ordenamento coerência e otimização, direcionando a interpretação do sistema normativo e integrando a melhor aplicação das normas aos casos concretos, tornando as decisões, portanto, mais consistentes e em conformidade com a estrutura jurídica como um todo.

Quando se trata de matéria penal, os princípios guardam especial relevância na medida em que promovem balizas para a construção e interpretação do conceito de crime; salvaguardam direito e garantias fundamentais; limitam o poder punitivo do Estado; dão alicerce para adoção de política criminal; e oferecem vetores de aplicação adequada da lei penal no caso concreto.

O objetivo do presente capítulo é, pois, evidenciar a importância do respeito dos princípios constitucionais de natureza penal como condição de legitimidade e efetividade de qualquer programa de política criminal.

Nesse contexto, há os princípios que são deduzidos na própria Constituição Federal e os infraconstitucionais, os quais, por sua vez, são encontrados nos demais diplomas legais, como em códigos e leis esparsas. Os primeiros são considerados os mais importantes, uma vez que fazem parte do texto fundamental da República Federativa do Brasil, sobre o qual o Estado Democrático de Direito repousa¹⁵.

Todavia, não se pode ignorar aqueles presentes em legislação infraconstitucional, pois, além de deverem estar em plena harmonia com os princípios depreendidos da Constituição

¹⁵ “Assim considerados, os princípios, especialmente os constitucionais explícitos, jamais entram em colisão, gerando antinomia insuperável. Eles são genéricos e flexíveis o suficiente para coordenar o sistema, harmonizando-se entre si, quando necessário (...). Por derradeiro, em nosso entendimento, todos os princípios garantistas, que regem as matérias de penal e processo penal, diretamente vinculadas aos mais relevantes valores humanos, são sempre princípios, na mais pura acepção, não se confundindo com meras regras ou normas” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 32-33).

Federal, servem de vetores de compreensão e aplicabilidade de leis específicas de cada ramo do Direito.

Quanto aos princípios constitucionais, eles podem ser explícitos ou implícitos, devendo ambos serem harmônicos entre si, uma vez fazerem parte do mesmo diploma de importância inquestionável.

Explícitos são aqueles expressamente dispostos no texto constitucional, sendo que, na seara do Direito Penal, é possível destacar o princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX, da CF/88); da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica ao réu (art. 5º, XL, da CF/88); da responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV, da CF/88); da individualização da pena (art. 5º, LXVI, da CF/88); da humanidade (art. 5º, XLVII, da CF/88); dentre outros.

Os princípios implícitos, embora não estejam explicitamente positivados em lei, são deduzidos do sistema jurídico, não apenas como dedução lógica, mas como valor constitucionalmente garantido. No direito material penal, pode-se mencionar o princípio da intervenção mínima, da proporcionalidade, da culpabilidade e etc.

Em matéria penal e processual penal, os princípios constitucionais exercem também relevante papel na criação de tipos incriminadores e na adequada forma de processá-los e julgá-los. Assim, o Poder Legislativo, por exemplo, ao editar normas voltadas à punição de violações a determinados bem jurídicos, distingue, naquele crime, ofensas à valores reconhecidos e protegidos pelo direito codificado pátrio.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

A origem e os aspectos acerca da dignidade da pessoa humana remontam séculos de desenvolvimento, os quais datam desde à Roma antiga, seguem na Idade Média e tomam contornos mais profundos no período pós-Segunda Guerra Mundial.

No passado a dignidade era intrinsicamente relacionada com o *status* que determinados indivíduos possuíam na sociedade, desta feita, não era caráter atribuído a todos de forma igualitária, mas um privilégio de alguns, peculiaridade que perdurou até meados do século XVIII. O Cristianismo teve papel relevante para assentar a dignidade humana como é atualmente compreendida: passagens como “Deus criou o homem à sua própria imagem e semelhança¹⁶” e “amarás o próximo como a ti mesmo¹⁷” influenciaram nas definições de solidariedade, respeito e igualdade das sociedades ocidentais¹⁸.

Mas foi sob à luz do pensamento de Emmanuel Kant que a dignidade da pessoa humana tomou contornos mais complexos, sendo o autor reconhecido como um expoente na área. Isso porque a sua doutrina, especialmente a obra intitulada *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, trata diretamente de elementos que iriam fundamentar a acepção moderna do assunto. Como esclarece Luís Roberto Barroso “a ética kantiana é inteiramente baseada nas noções de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que deve orientar sua conduta”¹⁹.

Nessa perspectiva, um conceito fundamental no sistema kantiano é o da autonomia, um distintivo dos seres humanos, consubstanciando-se na capacidade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis e, por este motivo, fundamento da dignidade humana²⁰. Isso implica em serem os indivíduos submissos apenas às leis que dão a si próprios, sendo autônomo aquele que é vinculado a sua própria vontade.

¹⁶ Gênesis, cap. 1, vers. 26-27.

¹⁷ Mateus, cap. 22, vers. 39.

¹⁸ “O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não “há distinção entre judeu e grego” (São Paulo, *Epístola aos Romanos*, 10,12), pois “não judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só Cristo Jesus” (São Paulo, *Epístola aos Gálatas*, 3, 28). Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos” (LAFER, Celso, op. cit., p. 119).

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 68.

²⁰ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009. p. 175.

Kant também considera que, no mundo no qual as pessoas firmam suas condutas por meio do imperativo categórico (no mundo dos fins), tudo tem um preço ou uma dignidade: as coisas que tem preço podem ser equivalentemente substituídas, mas, quando uma coisa não possui preço e não é possível ser substituída, diz-se ter ela dignidade. Pode-se concluir, então, que coisas tem preço, mas as pessoas tem um valor interno, chamado de dignidade.²¹

Contudo, foi com o fim da Segunda Guerra Mundial, em demonstração de desacordo com os horrores da guerra, que a dignidade humana passou a ser fundamento da ordem constitucional de diversos países. Nessa época, quando o mundo estava social e culturalmente destruído pelo holocausto e pelo totalitarismo, a dignidade assume, primeiramente, um discurso político daqueles que venceram o conflito e só depois ela é incorporada ao discurso jurídico de muitas nações²².

Ato seguinte, a questão da dignidade humana, além de inserida nas constituições nacionais, também foi incluída em documentos internacionais, como tratados e pactos. A título de exemplo, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, símbolo desse período histórico e de reconhecimento e proteção de direitos fundamentais, foi assinada em 1948.

A importância desse diploma reside justamente no fato de representar um acordo universal acerca de princípios fundamentais a serem buscados e preservados pelo governo dos respectivos países, ou seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos simboliza a noção de existência de garantias e valores mínimos e comuns²³.

²¹ “A conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual dá o nome de dignidade” (BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 72).

²² “O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e futuro, produzido pelo esfacelamento da crise dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos que permitiu o ‘estado totalitário de natureza’. Este ‘estado de natureza’ não é fenômeno externo, mas interno à nossa civilização, geradora de selvageria, que tornou homens sem lugar no mundo” (LAFER, Celso, op. cit., p. 118).

²³ “Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é — pela primeira vez na história — universal, não em princípio, mas de fato,

Após a dignidade humana ter sido consagrada em diversos diplomas jurídicos pelo mundo, ela passou a ser reconhecida como um importante valor, tanto político, como moral, assumindo a forma de princípio positivado na maioria dos regimes contemporâneos²⁴.

Assim, a Constituição Federal de 1988 assenta sobre a dignidade humana o próprio fundamento da República Federativa do Brasil²⁵, de modo a revelar a postura assumida de reconhecer estar o Estado a serviço da promoção da pessoa humana, sendo esta a sua finalidade precípua.

Desta feita, como princípio, a dignidade humana serve como justificação e fundamento para as garantias dela resultantes - em especial os direitos fundamentais -, e também como bússola interpretativa de direitos constitucionais em casos específicos²⁶.

Feitas tais considerações, chega o momento de discutir o conteúdo entendido como dignidade humana e o seu papel como princípio constitucional fundamental no ordenamento jurídico democrático, a fim de subsidiar o estudo nuclear do presente trabalho, objeto de exame nos capítulos seguintes.

na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram de fato, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade.) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens” (BOBBIO, Noberto, op. cit., pp. 27-28).

²⁴ “Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um verdadeiro desenvolvimento (ou talvez, mesmo, de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do documento inicial” (Ibd., pp. 33-34).

²⁵ Art. 1º, inciso III, CF/1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III) a dignidade da pessoa humana”.

²⁶ “[...] dignidade da pessoa humana, que configura fundamento do Estado Brasileiro, do qual deve decorrer a interpretação de todo o sistema normativo, inclusive o penal, e as várias regras que se reúnem em torno da estrutura da culpabilidade. Se houver regra incompatível com a dignidade da pessoa humana, é inconstitucional” (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Liberdade, culpabilidade e individualização da pena*. 2009-2010, Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 18).

Primeiramente, é importante frisar que, diante dos eventos supramencionados e especialmente após o século XX, a ideia consubstanciada na dignidade emerge do pressuposto de que o ser humano, em virtude de suas peculiaridades, as quais o distinguem dos demais seres vivos, possui direitos inerentes à sua existência e que, por essa razão, devem ser respeitados. Nesse sentido, nos filiamos ao entendimento de Guilherme Nucci quando afirma:

Segundo nos parece, princípio constitucional da pessoa humana possui dois primas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas (...). Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração mormente do Estado. Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem aliado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal.²⁷

Sendo intrínseca ao caráter humano, a dignidade é irrenunciável e inalienável, embora seja possível enxergar ofensas aos direitos e responsabilidades correlatas ao seu reconhecimento por terceiros²⁸.

É nessa possibilidade de violação das garantias resultantes da dignidade humana que a proteção estatal revela a sua importância na manutenção do que se entende como o mínimo existencial. Em outras palavras, a dignidade humana reivindica prestações dos poderes estatais no sentido de reconhecer, preservar e promover o exercício e gozo da dignidade de cada um dos seus cidadãos.

Nesse diapasão, a dignidade humana oferece duas perspectivas à atuação do Estado, se por um lado ela é limite, por outro também é tarefa. Isto é, na medida em que ela exige que o Estado se omita para que não aliene nem coloque em risco a dignidade a qual todos fazem jus; ela também impõe o dever aos poderes estatais de guiarem suas atividades não somente em

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., pp. 32-33.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 61-62.

prol da preservação da dignidade de cada um, mas também na promoção de condições para o seu exercício²⁹.

O reconhecimento da dignidade humana pela ordem jurídica representa, além do dever de prestações positivas do Estado no sentido de fomentá-la, a imposição de balizas à sua própria atuação, a fim de restringir comandos que de alguma forma violem esta dignidade. Assim sendo, um regime político que reconheça esse princípio como base do seu sistema necessita deve pautar suas diretrizes sobre ele, o que também significa privar-se quando aquele é colocado em risco.

Ocorre que, embora existam situações de flagrante desrespeito ao referido princípio - as vezes com o pleno conhecimento das autoridades responsáveis pelo seu cumprimento nas diferentes esferas do governo -, isso não descaracteriza o sentido absoluto do seu conteúdo, uma vez que, como princípio fundamental, a dignidade humana representa o alicerce sobre o qual todo o Direito pátrio deve se pautar e pelo qual a ordem jurídica republicana encontra o seu próprio sentido³⁰.

A título de exemplo, ainda que a existência das prisões implique em cerceamento da liberdade do indivíduo praticante de um ilícito penal, sendo esta um direito básico e garantia fundamental que encontra alicerce também da dignidade humana, não se encontra ela violada.

Isso porque, não obstante a realidade de uma reclusão temporária, deve essa prisão obedecer aos limites fixados nos diplomas legais, assim, ao perder a liberdade, o indivíduo

²⁹ “ É justamente neste sentido que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade (...). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Imprensa: Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2015, pp. 47-48).

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 54 e ss.

praticante do fato típico não deve perder a sua dignidade, devendo ele, ainda nessas circunstâncias, receber o amparo estatal, isso porque, sendo esse princípio pressuposto intrínseco de todo ser humano e que todos são iguais, mesmo o mais hediondo dos criminosos não poderá ter a sua dignidade desprezada³¹.

Portanto, quando as autoridades abandonam o sistema prisional do país, elas estão, ao mesmo tempo, violando um dos mais fundamentais preceitos de um Estado Democrático de Direito, uma vez confinar cidadãos em condições precárias de vida é também negar qualquer possibilidade de uma existência digna daqueles que não deixaram de ser sua responsabilidade.

Assim sendo, considera-se precisa a conceituação de Ingo Sarlet a respeito desse princípio tão amplo e que sintetiza o seu significado atual, o mesmo reconhecido pelo ordenamento pátrio, nos seguintes termos:

(...) temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³².

Destarte, em um Estado que se pretende democrático e de Direito, mas onde não há a promoção de garantias fundamentais, respeito e proteção pela integridade física e moral de seus cidadãos, onde a igualdade significa na prática tratamento privilegiado para alguns e no qual não se oferece condições mínimas para o desenvolvimento de uma vida digna, está fadado a nunca existir de fato e promover injustiças, ao invés de equidade.

³¹ “Assim vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este reconhece, já que constitui dado prévio, não se esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção(...). A dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos” (SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., pp. 42-43).

³² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 62.

2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso II, assim como no artigo 1º, do Código Penal, é uma das maiores garantias oferecidas pelo Estado Democrático de Direito, uma vez retirar das mãos do soberano o poder absoluto, exigindo que não só o povo, mas também o próprio Estado, se curvem perante a lei.

Esta garantia repousa justamente na segurança de que não haverá crime se não houver previsão anterior ao fato definindo-o em lei, protegendo, dessa forma, o indivíduo de quaisquer arbitrariedades do poder estatal³³.

A sua origem publicamente conhecida e apontada pela doutrina majoritária remonta à Magna Carta inglesa datada de 1215, editada no governo do Rei João Sem Terra (*King John I*). Na sua primeira versão, constava ser considerado delito apenas a conduta que não estava prevista na lei da terra (*the law of the land*), isto é, os costumes. Porém, essa expressão foi substituída para consagrar o devido processo legal (*due process of law*).

Assim, o artigo 39, da Magna Carta, reconhece o princípio da legalidade quando diz: “Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País”.

A partir desse momento, se reconhece historicamente o direito fundamental do indivíduo de somente ser punido pelo Estado quando este atua legalmente embasado em figuras típicas positivadas antes do cometimento da infração, não devendo a sanção penal ser

³³ “A legalidade faz o Estado Absoluto ceder e deixar-se conduzir pela vontade do povo, por meio de seus representantes, para a criação de delitos e penas. A tripartição dos Poderes da República coroa esse molde para o Estado, permitindo que o Legislativo faça nascer a lei penal, enquanto o Judiciário a aplica, na prática, sob a força do Executivo, que garante a polícia e o aparato estatal repressivo, sempre que necessário” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penal e processuais penais*. p. 90).

desproporcional nem mesmo não conhecida, já que ela deverá obedecer ao conteúdo precedente da lei. Contudo, foi com a Revolução Francesa que o princípio da legalidade no âmbito penal assumiu o papel hoje concebido, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³⁴.

Dessa maneira, o princípio da legalidade nasce justamente da necessidade de se limitar o poderio estatal ao estabelecer limites para a sua atuação, garantindo a proteção dos indivíduos contra o arbítrio do poder punitivo estatal, fornecendo, como consequência, maior segurança e certeza ao ordenamento jurídico e à própria atuação dos governantes, os quais precisam agir de acordo com regras previamente elaboradas³⁵.

Diante do exposto, são notórias as conquistas que a legalidade propiciou para os regimes jurídicos subsequentes ao seu reconhecimento, conquanto apenas o seu conceito meramente formal não mais é suficiente para a promoção das garantias que o constitucionalismo contemporâneo exige, sendo necessária a coexistência harmônica do seu conteúdo com o diploma hierarquicamente superior, a Constituição Federal. Ou seja, não é o bastante que o legislador, ao editar normas, respeite os procedimentos formais da atividade legislativa, mas que também observe se a matéria objeto dela não contradiz com os valores pregados pelo texto constituinte.

Nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito deve haver sujeição do conteúdo material da lei ordinária à lei constitucional, e que essa subordinação material

³⁴ Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

³⁵ “O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, p.112).

consagra proteções ao exigir que o legislador e dos demais poderes públicos ajam dentro dos limites impostos legalmente sob pena de atos inválidos³⁶.

Em sua lição, Ferrajoli elabora dez axiomas, os quais, reunidos, compõem o garantismo penal que mais se aproxima do Estado de Direito: como base da sua teoria está o princípio da legalidade, o qual se subdivide em dois principais axiomas: *Nulla poena sine crimine* e *Nulla crimen sine lege*³⁷. Assim, diante desses postulados, a legalidade promove algumas consequências extremamente importantes em matéria de Direito Penal e Processual Penal, as quais passaremos a discorrer.

A primeira delas é a proibição da retroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu. A Constituição Federal estabelece no seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Com essa disposição o indivíduo tem a certeza que não poderá ser punido por um fato que a época da sua ação ou omissão era considerado um indiferente penal; em outras palavras, a proibição decorre apenas da lei, de tal forma que costumes ou analogias não servem para criação de tipos penais.

O princípio da legalidade também impõe que o texto sobre o qual o tipo penal é definido seja claro e preciso, sendo proibido, consequentemente, conceitos vagos. Portanto, a lei deve ser taxativa, evitando interpretações dúbias e obscuras por parte do aplicador do direito, logo, a definição concreta e específica é elemento indispensável do conceito de legalidade.

³⁶ “Acrescento agora que, enquanto o princípio de mera legalidade, ao enunciar as condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de direito público, o princípio de estrita legalidade, no sentido que tem sido associado até o momento de metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações, é uma garantia que se refere só ao direito penal. Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado ‘de direito’ do direito penal dos Estados simplesmente ‘legais’, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 307-307).

³⁷ *Ibid.*, p. 74.

Nesse sentido, Eugênio Pacceli ensina que “a taxatividade dos tipos penais é absolutamente impositiva. E por ela há que entender a exigência legal de que as condutas proibidas sejam descritas em linguagem precisa e acessível”³⁸.

Com o exposto, resta evidente a importância desse princípio para todo o ordenamento jurídico e a conquista que o reconhecimento da legalidade e suas consequências representa para a consagração de um Estado Democrático de Direito, por meio do qual se espera a efetiva aplicação das normas incriminadoras.

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é outro que representa valiosa conquista para a consolidação de qualquer Estado Democrático, e é aspecto que distancia determinada ordem jurídica de um regime autoritário, na medida em que exprime a preocupação estatal em manter o ordenamento coeso e harmônico ao empenhar-se em estabelecer equivalência da disposição normativa imposta ao meio empregado para mantê-la³⁹.

Uma das concepções mais primitivas historicamente conhecida de proporcionalidade é a constante no Código de Hamurabi⁴⁰, em virtude da institucionalização da Lei de Talião, a qual firmou limites à sanção penal, muito embora a máxima de “olho por olho, dente por dente” atualmente já carregue entendimento de desproporcionalidade e violação à

³⁸ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 4º ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 100.

³⁹ “É possível, em primeiro lugar, extrair o princípio da proporcionalidade da fórmula ‘Estado Democrático de Direito’ expressa no caput do art. 1º da CF. Do reconhecimento dos direitos fundamentais decorrente desta concepção do Estado é possível deduzir estes, enquanto expressões do direito à liberdade (em sentido amplo) dos cidadãos perante o Estado, podem ser limitados pelo Poder Público apenas na medida em que se demonstrar esta indispensabilidade para a tutela dos interesses públicos. De acordo com esta acepção, o princípio da proporcionalidade comporta um juízo de ponderação entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser efetuado a partir da hierarquia de valores que o legislador deve respeitar”. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, op. cit., p. 63).

⁴⁰ Código de Hamurabi: Compilado de leis datado por volta do século XVIII a. C, na Mesopotâmia, de iniciativa do rei Hamurabi e baseado na lei de talião.

direitos e garantias fundamentais. Isso porque a Lei de Talião preconiza de forma manifesta que a punição deve ser compatível com o mal causado.

Não obstante as concepções desenvolvidas ao longo da história acerca da proporcionalidade das penas, até o século XVIII, elas eram cumpridas em um verdadeiro espetáculo de horror.

Na Idade Média, por exemplo, a concepção medieval da pena era marcada pela selvageria e crenças religiosas, o poder de punir era uma delegação divina, portanto, a sanção era considerada uma forma de represália pelo descumprimento de algum preceito sacro. Não havia, nesse cenário, espaço para garantias como defesa e contraditório do réu, sistema que durou muitos séculos⁴¹.

Alterações na perspectiva da adequada forma de cumprimento de pena começam a ocorrer após influências significativas dos ideais iluministas que, em matéria de Direito Penal, se desenvolvia no sentido da humanização das penas.

Um marco nesse sentido foi a publicação da obra *Dos Delitos e Das Penas*, no ano de 1764, na qual Cesare Beccaria destaca a importância de se limitar o poder punitivo em Estado livre e que a pena, para ser justa e eficiente, deve ser proporcional ao mal causado e não um mero espetáculo momentâneo. Assim, deve se impor ao legislador a tarefa de limitar o rigor e a forma de execução das penas para que elas não se tornem meros espetáculos atroz, mas sim que tenham força para efetivamente punir o crime cometido⁴².

⁴¹ No início da Idade Média, com a queda do Império Romano (em 476), o Ocidente sofreu, no campo do Direito Penal, as influências dos “ordálios de Deus”, trazidos pelos povos germanos. Tais práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chances de defesa para os acusados, que deveria caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para provar sua inocência. Por isso, raramente escapavam das punições. Não obstante a tentativa da doutrina cristã de humanizar as penas, tais práticas supersticiosas perduraram por vários séculos, como se verifica nas canções de gesta e nos romances cortesões da Idade Média” (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3º ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 67).

⁴² “A impressão produzida pela visão dos suplícios não pode resistir à ação do tempo e das paixões, que logo apagam da memória dos homens as coisas mais essenciais. Por via de regra, as paixões violentas surpreendem vivamente, mas o seu efeito não dura. Produzirão uma dessas revoluções súbitas que fazem de repente de um homem comum um romano ou um espartano. Mas, num governo tranquilo e livre, são necessárias menos paixões violentas do que impressões duráveis. Para a maioria dos que assistem à execução de um criminoso, o suplício deste é apenas um espetáculo; para a minoria, é um objeto de piedade mesclado de indignação. Esses dois sentimentos ocupam a alma do espectador, bem mais do que o terror salutar que é o fim da pena de morte. Mas,

Desde então, entre progressos e retrocessos, procura-se alcançar a proporcionalidade das penas aplicadas pelo poder punitivo estatal, sendo esta busca um dos maiores problemas enfrentados pelo Direito Penal, tendo em vista a necessidade de se respeitar concomitantemente outros princípios igualmente reconhecidos pela maioria dos sistemas jurídicos modernos, como o da dignidade humana.

Da mesma forma, é simples perceber que a desproporcionalidade das sanções, seja no sentido de considerá-las mais brandas ou mais penosas, causa a sensação de injustiça, havendo, assim, a exigência que a severidade da punição seja condizente com a importância e a gravidade do bem jurídico lesionado⁴³.

Desse modo, é possível depreender que o princípio da proporcionalidade deve ser observado em dois momentos distintos e para dois sujeitos diversos. Em um primeiro momento, o legislador é quem deverá respeitar este princípio no momento que seleciona as normas incriminadora e aponta as penas cominadas em abstrato, devendo ambas serem harmônicas entre si. O segundo destinatário da proporcionalidade é o juiz no momento da aplicação da pena: aqui se impõe que o magistrado, ao estabelecer a pena em concreto, a faça em virtude da real gravidade do fato imputado ao réu, usando de forma adequada ao caso a margem de

as penas moderadas e contínuas só produzem nos espectadores o sentimento do medo. No primeiro caso, sucede ao espectador do suplício o mesmo que ao espectador do drama; e, assim como o avaro retorna ao seu cofre, o homem violento e injusto retorna às suas injustiças. O legislador deve, por conseguinte, pôr limites ao rigor das penas, quando o suplício não se torna mais do que um espetáculo e parece ordenado mais para ocupar a força do que para punir o crime. Para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor bastante para desviar os homens do crime. Ora, não há homem que possa vacilar entre o crime, mau grado a vantagem que este prometa, e o risco de perder para sempre a liberdade”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, pp. 63-64).

⁴³ “(...) já é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspeição do conflito mantém uma proporcionalidade mínima como grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o Direito Penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue a um dado de máxima de irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que causou” (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011. pp. 230-231).

discrecionariedade fornecida *a priori* pelo legislador. Acrescenta-se aqui a fase de execução penal, na qual a proporcionalidade não deve ser olvidada, considerando a pena aplicada anteriormente, deve o indivíduo cumpri-la nos termos exatos de sua condenação

Assim sendo, é inequívoco afirmar que o sentido adotado pelo ordenamento pátrio de proporcionalidade envolve e se pauta por outros princípios penais e com eles deve manter uma relação harmônica, na medida em que, por exemplo, o legislador, ao criar o tipo penal, precisa levar em consideração o princípio da intervenção mínima, observando que aquele fato típico realmente ofende bem jurídico imprescindível de proteção penal; bem como o princípio da individualização da pena que igualmente tem duplo destinatário: o legislador no momento de elaboração do preceito primário também estabelece sanção correspondente, devendo esta ser proporcional à gravidade do crime; e ao juiz que, ao sentenciar o indivíduo a uma pena, esta precisa ser proporcional ao mal causado e para isso deve garantir a justa fixação da punição na medida da culpabilidade do réu.

Muitos autores também apontam obedecer o princípio da proporcionalidade um critério trifásico de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação indica a valoração do meio e fim empregados, ou seja, ela aponta como meio adequado aquele capaz de atingir o fim pretendido, em sentido contrário, um meio será considerado inidôneo se com ele não é possível sequer promover o fim almejado. Quanto ao critério da necessidade, este impõe o dever de predileção ao meio menos gravoso às garantias fundamentais do indivíduo para o alcance do fim pretendido; e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito aduz não poder ser meio utilizado desproporcional ao fim almejado, em outras palavras, deve haver compatibilidade entre a sanção penal e o juízo de reprovabilidade do fato⁴⁴.

⁴⁴ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

Com o exposto, pode-se extrair do princípio da proporcionalidade duas importantes garantias para a manutenção do Estado Democrático de Direito: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Nessa medida, determinada inconstitucionalidade pode se dar, por um lado, pelo excesso da intervenção estatal e, portanto, desproporcional; bem como ela pode derivar de uma carência de proteção do Estado, ou de uma tutela deficitária, hipótese na qual a circunstância também se configura desarrazoada, devendo os atos do Estado, para evitar uma ou outra circunstância, estarem em completa obediência às disposições constitucionais.

Dessa forma, quanto à proibição do excesso, busca-se, em verdade, proteger um dos direitos fundamentais dos indivíduos, a liberdade, evitando sanções desnecessárias a fatos tidos como irrelevantes penais. Em contrapartida, se o ato cometido é considerado típico, a proibição de excesso impõe que este não seja excessivamente valorado⁴⁵.

No que tange à inadmissibilidade da proteção deficiente, esta significa que se não é permitido, por um lado, o excesso na proteção e punição, igualmente não se admite a proteção de forma insuficiente dos direitos fundamentais para se repelir o injusto causado, ou seja, é defeso, por afronta ao princípio da proporcionalidade, a prestação deficiente da proteção de bens jurídicos fundamentais.

Para concluir o pensamento, as palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes acertadamente confirmam⁴⁶:

Assim, a legitimidade do direito e, de maneira especial, do ordenamento penal, num Estado democrático, é consequência da sua conformação à proclamação e à vigência de determinados valores de índole constitucional, entre eles o valor da liberdade, genericamente entendida. O princípio da proporcionalidade, então, derivado do critério democrático de legitimidade do direito, vincula substancialmente o setor integrado por normas sancionadoras, o que acarreta, como consequência, que certas normas restritivas da liberdade só se justificam em sua funcionalidade para gerar mais liberdade do que

⁴⁵ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 114.

⁴⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, op. cit., p. 75.

sacrificá-la. Este princípio, deste modo, atua de maneira vigorosa no direito penal, enquanto ramo do ordenamento jurídico que, por definição, se compõe de normas restritivas de liberdade e cuja restrição mais usual – a pena por excelência – tem por conteúdo a manifestação mais física e primária da liberdade, que é a liberdade pessoal ambulatoria. Pode-se dizer que, ao lado de princípios como o da legalidade, culpabilidade e igualdade, a proporcionalidade informa a atividade penal substantiva no ordenamento democrático, encaminhando para a norma penal e sua aplicação judicial, entre eles a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Desse modo, pode-se concluir ser a proporcionalidade outro princípio sobre o qual devem se assentar os regimes democráticos que visam a proteção e manutenção por parte do Estado de direitos e garantias fundamentais, uma vez que representa a coexistência harmônica de um sistema legal, devendo ser respeitado, para isso, a relação umbilical existente entre a gravidade da lesão ao bem jurídico penalmente relevante e a adequada punição para este fato.

2.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Por meio do princípio da intervenção mínima consagra-se uma das mais importantes particularidades do Direito Penal, a de dedicar-se em proteger somente os bens jurídicos mais sensíveis e necessários de determinada sociedade, guiando, nessa medida, o legislador a criar tipos penais incriminadores proibitivos da prática de condutas aptas a lesioná-los, sob ameaça de uma punição.

Assim, o Direito Penal, como integrante de um sistema jurídico muito mais amplo, só deve intervir quando se entender serem os outros ramos do Direito incapazes de salvaguardar de forma eficaz aqueles bens considerados mais importantes do ordenamento⁴⁷, não por outro

⁴⁷ “A intervenção do Estado na vida privada, portanto, deve restringir ao mínimo necessário e indispensável para assegurar a harmonia da vida social, em conformidade com os fins da vida e, portanto, com o bem comum. Afinal, se o Direito é concebido como ferramenta racional e civilizada de solução de controvérsias, e não instrumento de violência irracional, a reação punitiva, que não se presta a solução de conflitos em geral, deve ser o último modo de reação estatal” (ALVES, Jamil Chaim. *O princípio da intervenção mínima como vetor para a descriminalização do Direito Penal Brasileiro*. 2014. 359 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 90)

motivo que este princípio também é conhecido como *ultima ratio*, pois é o Direito Penal a última instância de tutela estatal⁴⁸.

Nesse quadro, percebe-se ser o Direito Penal a parcela do sistema jurídico selecionada pelo legislador para cuidar apenas daquilo que as demais áreas não são capazes, por si só, de proteger efetivamente, justamente pela brutalidade com a qual afeta as liberdades individuais do ser humano. Não por outro motivo que a tutela penal é a fração subsidiária de solução de conflitos e manutenção da ordem social⁴⁹.

Isso porque a intervenção penal é o mais violento instrumento de controle social que o Estado possui, uma vez que atinge garantias fundamentais do indivíduo, tal como a liberdade de ir e vir, motivo pelo qual deve ser utilizado em último caso, dando-se preferência aos demais dispositivos normativos extrapenais de solução de conflitos⁵⁰, especialmente em um Estado de Direito que preze por uma repressão penal mínima.

Nesse sentido, para que se justifique o exercício do poder punitivo do Estado deve haver fundamentos fortes o bastante sua validação como essencial para conter determinada transgressão; caso contrário, a violência intrínseca à atuação do Direito Penal em um Estado Democrático não se torna legítima⁵¹.

⁴⁸ CALLEGARI, André Luís, op. cit., p. 3

⁴⁹ “Eis a razão pela qual se deve buscar a intervenção mínima do campo penal, visto ser a esfera de poder máximo, viabilizando-se as mais energéticas formas de sanções coercitivas à pessoa. Fosse o Direito Penal a primeira opção do legislador para a composição de conflitos e mediação de interesses contrapostos e estar-se-ia vulgarizando a força estatal, privilegiando o império da brutalidade, pois a todos os erros seriam impostas reprimendas máximas. Assim não se dá no dia-a-dia em cenário algum, visto existir a proporcionalidade e a razoabilidade, como mecanismos justos de quantificação da demanda punitiva em face de desvios de toda ordem. Logo, não se poderia acolher, especialmente no contexto penal, o abuso e o exagero para a imposição do respeito à lei” (NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 216).

⁵⁰ COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 87.

⁵¹ “Com base nesse pressuposto, e partindo da constatação de que o exercício do poder punitivo implica sempre uma violência, corre-se o fundado risco de haver ilegitimidade de origem no controle penal, o que necessariamente há de ser considerado na base de uma política criminal democrática. É por isso que o exercício do controle punitivo deve estar baseado em argumentos tão fortes (*extrema ratio*) que o justifiquem; assim, desde o começo aparecem como essenciais os princípios limitativos do poder de punir, enquanto a transgressão daqueles implica desconhecer a origem e finalidade deste” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, op. cit., p. 73).

Por outro lado, não se nega o fato que a eleição dos bens jurídicos a merecerem a tutela penal do Estado não é outra senão um retrato da seletividade do sistema, na medida em que, através do processo de criminalização primária, há a eleição de comportamentos que determinado grupo social com o poder de editar as leis entende como lesivos ao bem que se pretende proteger⁵².

Muito embora seja verdade que a criação dos tipos penais deve respeitar de certo modo a opinião pública - na medida em que ela consubstancia o clamor de uma maioria, a quem o Poder Legislativo representa -, a formulação de políticas públicas de combate ao crime não deve assentar-se apenas no reclamo da população a reverberar manchetes sensacionalistas dos grandes meios de comunicação, olvidando-se da pesquisa e dos verdadeiros estudos sobre criminologia.

Do princípio da intervenção mínima depreende-se três vertentes importantes para o entendimento do papel do Direito Penal no Estado de Direito vigente: a subsidiariedade, a fragmentariedade e a ofensividade.

É pelo seu caráter de *ultima ratio* que o Direito Penal pode ser considerado subsidiário aos demais ramos do ordenamento jurídico, ou seja, se comprovada a suficiente proteção de alguns bens jurídicos pelas outras áreas do direito, se dá predileção à intervenção destas no lugar da manifestação violenta e estigmatizante do Direito Penal.

Já a fragmentariedade advém do encadeamento lógico da primeira vertente, sustentando ser a área penal apenas um fragmento do sistema jurídico, do qual fazem parte

⁵² “O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa pergunta deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado” (GRECO, Rogério, op.cit., p. 155).

diversos outros ramos, ficando reservado ao Direito Penal o fragmento de punição severa, isto é, as funções mais relevantes de interferência da liberdade individual⁵³.

Por fim, ressalta-se o princípio da ofensividade (ou lesividade) também como corolário da intervenção mínima, estabelecendo que o aparato estatal penal deve intervir apenas na proteção dos bens jurídicos mais essenciais. Consequentemente, a lei penal deverá recair somente quando a lesão a esses bens provocar um abalo razoavelmente considerável. Logo, danos insignificantes a bens jurídicos, ainda que tidos no rol dos mais importantes, não são aptos a provocar a intervenção da máquina punitiva do Estado.

Desse princípio é possível depreender algumas vedações que servem de norte especialmente para o legislador, quais sejam: proibição de tipos penais incriminadores da atitude interna do agente; de condutas que não extrapolem o âmbito do próprio agente; proibição de incriminação de estados meramente existenciais e vedação de tipificação de comportamentos que não violam qualquer bem⁵⁴.

De forma geral, essas vertentes resumem o brocardo definidores do princípio da lesividade, “*nulla lex penalis sine injuria*”, ou seja, não há lei penal que incrimine uma conduta se não houver ofensa a um bem juridicamente tutelado.

Portanto, a importância do princípio da intervenção mínima reside no fato de constituir, acima de tudo, uma garantia ao indivíduo de que a intervenção violenta e estigmatizada do aparato penal só irá ocorrer nas ofensas mais graves aos bens jurídicos igualmente significativos a uma existência social harmoniosa⁵⁵. Assim, um Estado Democrático

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit. . p. 217.

⁵⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 92-94.

⁵⁵ “A intervenção que não possa se autolegitimar, só pode ser admitida se fundamentalmente necessária para garantir o pleno exercício da liberdade individual, compreendendo-se nessa liberdade evidentemente todos os seus corolários e acessórios e quando não haja outro meio de garanti-la através de uma intervenção mais branda. Só nisso deve residir a questão normativa, sem concessão de direitos estatais e sem a imposição de obrigações individuais. Com isso se restauram os princípios básicos do direito penal (...)”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 160).

de Direito deve pautar-se no equilíbrio entre a liberdade individual de cada um e a proteção que se deve dar através das punições penais.

2.4.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Com efeito, o Estado Democrático de Direito exige a intervenção mínima no aparato punitivo e, por consequência, demanda a retirada da tutela penal de delitos considerados insignificantes. O brocardo em latim “*mínima non curat pretor*”, que se entende por “coisas mínimas não trata o pretor”,⁵⁶ é apontado como uma das origens mais remotas para o presente princípio no direito romano.

Posteriormente, o crime de bagatela, como os alemães preferem chamar, ganha espaço na Europa a partir da Primeira Guerra Mundial, período marcado pelo aumento de delitos patrimoniais de pouca relevância, resultado da ruína causada pela própria guerra⁵⁷.

À Claus Roxin se atribui o desenvolvimento da ideia acerca da insignificância. Ao criticar a teoria finalista do crime de Hans Welzel, Roxin defende a manutenção da punibilidade como um dos critérios para a definição da conduta criminosa, uma vez que seria indispensável para a proteção do bem jurídico.

Dessa forma, Claus Roxin defende a inclusão, juntamente com o princípio da adequação social (já trazido por Welzel em sua teoria), do princípio da insignificância como instrumento de interpretação do injusto penal, servindo para excluir desde logo lesões diminutas, devendo ser considerada como lesão a bem jurídico apta a considerá-la como fato típico, apenas aquelas nas quais há ofensa grave ou ameaça verossímil de dano⁵⁸.

⁵⁶ MARTINEZ, José Antônio Alonso. *Dicionário de latim jurídico e frases latinas*. Vitória: UFES, 1998. p. 113.

⁵⁷ GRECO, Rogério, op. cit., p. 99.

⁵⁸ “Para tanto são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por Welzel, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma

Nesse liame, o princípio da insignificância afasta a tipificação penal das condutas que possuam pouca ou nenhuma relevância na proteção de determinado bem jurídico. A tipicidade penal consiste na conjugação tipicidade formal e a tipicidade conglobante. Quanto à primeira, compreende-se a adequação da conduta do agente à descrição em abstrato previsto da lei; em que pese a tipicidade conglobante, esta exige para a sua configuração que reste comprovada a antinormatividade da conduta e a tipicidade material, que, por sua vez, se trata de critério que aufera a importância da lesão no caso concreto, excluindo-se danos de bagatela.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer o princípio da insignificância em seus julgamentos, também estabeleceu critérios de padronização e verificação no caso concreto de constatação da insignificância, como se verifica no seguinte julgado emblemático:

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público⁵⁹.

Nessa toada, os Tribunais Superiores vem reconhecendo a bagatela no sentido de que, embora haja lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, a irrelevância desse prejuízo torna atípico o fato⁶⁰.

lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por violência não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser sensível para adentrar no marco da criminalidade” (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 47-48).

⁵⁹ HC 115246 MG, 2º T., rel. Celso de Mello, 28.05.2013.

⁶⁰ TRF-4 ACR: 50006108220164047012 PR, 7º T., rel. Claudia Cristina Cristofani, 09.04.2019; STJ- REsp 1728157 RS, 5º T., rel. Jorge Mussi, 23.08.2018; STJ- REsp: 1721018 MG, 5º T., rel. Jorge Mussi, 02.08.2018; STJ- REsp: 1419836 RS, 6º T., rel. Rogerio Schietti Cruz, 13.06.2017.

Diante disso, é possível destacar o importante papel interpretativo do princípio da insignificância, na medida em que se percebe, sob o raciocínio estampado por ele, carecer determinado fato da tipicidade material devido a irrelevância ou ausência de lesão, devendo-se considerá-lo atípico. Nota-se aqui, portanto, o caráter político criminal carregado pela insignificância, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio deve voltar a sua proteção penal somente aos bens mais imprescindíveis a uma existência social saudável.

2.4.2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Assim como os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, o princípio da adequação social, além de garantia do indivíduo em um regime democrático, é para o legislador orientação tanto na criação de tipos incriminadores, quanto na revogação destes; e, para o aplicador do Direito, norte interpretativo das figuras típicas da legislação penal do País.

Por este princípio se entende que os comportamentos socialmente ajustados e adequados aos preceitos gerais do Direito não requerem a intervenção do aparato penal do Estado; logo, condutas amoldadas à realidade atual da sociedade despreza a necessidade punitiva estatal por considerar aquela conduta tolerável para os padrões de determinada comunidade.

Nesse cenário, a adequação social, cuja criação se atribui a Hans Welzel⁶¹, destaca a relevância da realidade social na teoria do crime o qual, por sua vez, se fundamenta no

⁶¹ “Vem daí, aliás, outra célebre visão welzeliana, tangente à missão do direito penal, como desvalorização das condutas quando trazem em si conteúdos ético-sociais negativos (desvalor da ação), em detrimento da idéia lisztiana de desvalorização de condutas violadoras de bens jurídicos (desvalor de resultado), se o homem é pessoa responsável, dentro de uma ordem social que o obriga enquanto direito - o que implica tratá-lo como sujeito- e não por meio de coação, sua conduta deverá ser punida quando simbolizar ausência de responsabilidade em face de um direito existente como “dever ser transcendente à existência e vinculante” e atuante como “pressuposto da existência humana dotada de sentido” (...). Quando sua conduta contraria a pauta de valores, merece punição de per si, tornando-se secundário o que resulta da ação (desvalor de resultado)” (GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*, 2º ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. pp. 140-141.

modelo finalista de delito consagrado por Welzel, abandonando, assim, a concepção meramente causal de ação, de tal forma só ser típica conduta se considerada inadequada socialmente. Nas lições do próprio autor:

Se deve compreender também o caráter do injusto, sempre e somente através de uma referência às ordens morais da vida social ativa. Ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos dos crimes (...). Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidos através da história. (tradução nossa)⁶².

Dessa forma, o referido princípio é um forte vetor interpretativo dos tipos incriminadores, uma vez nortear o aplicador do Direito no sentido de incluir ou desprezar condutas que, embora se encaixem na descrição literal do fato típico, se acomodam nos conceitos éticos-sociais dominantes. Tendo, assim, o importante papel de afastar da seara penal comportamentos que não são objetivo final das figuras típicas de punir, já que se coadunam perfeitamente com o cotidiano daquele corpo social⁶³.

Nesse liame, a doutrina majoritária tem defendido que o referido princípio retira de determinada conduta a tipicidade material do fato, visto não se coadunarem as ações socialmente toleradas com previsão formal que a lei pretende punir e evitar; é o caso, a título de exemplo, das tatuagens, elas formalmente podem configurar lesão corporal de natureza grave, mas possuem a aceitação social representada pela indiferença por esse tipo de prática, o que leva à sua atipicidade.

Ademais, se faz mister destacar, no cenário da teoria geral do delito, o papel que o princípio em análise assumiu na teoria social da ação. Nesta a resposta social ganha maior relevo para considerar determinada conduta como um fato como crime, se comparada com a

⁶² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1999. p. 63, tradução nossa.

⁶³ “A função metódica da adequação social está em recortar das palavras formais dos tipos, aqueles casos da vida que materialmente não os pertencem” (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1999, p. 66, tradução nossa).

concepção finalista ou causal, considerando penalmente relevante apenas as condutas que afetam o mundo externo social. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a teoria social tenta transportar para o conceito de conduta, na teoria do crime, a significação social de determinado comportamento humano, ou seja, implementar um conceito valorado de ação.

As críticas à essa perspectiva consistem na ampla carga de subjetividade que se coloca sobre o magistrado no momento de decidir se o caso em concreto será considerado típico ou não, uma vez não haver definição certa e expressa do que seja socialmente relevante ou os diferentes impactos sociais que a mesma conduta pode gerar em regiões diferentes do país.

Não por outro motivo que o ponto de toque no tema é a consideração de quais comportamentos podem ser tidos como socialmente aceitáveis, uma vez que esta constatação provocará ou não a intervenção punitiva do Estado; devendo este deixar de atuar quando, embora determinada conduta se amolde com a descrição contida no tipo penal, ela essencialmente a ele não pertence, isto é, quando a conduta sequer representa ameaça ao bem jurídico protegido⁶⁴.

De toda forma, o princípio da adequação social representa importante instrumento de equilíbrio da intervenção do Direito Penal, prezando pela sua mínima interferência, ao exigir que apenas se manifeste quando a conduta praticada for capaz de provocar repúdio social, ao mesmo tempo que se mostra na contramão dos ideais jurídicos defendidos em determinado ordenamento. Caso contrário, isto é, se aceita ou tolerada de forma a não ferir nenhum valor relevante, o Estado Punitivo deve se eximir de agir. Por essa razão, resta garantido ao indivíduo o poder de se comportar de acordo com os preceitos éticos ajustados à realidade social na qual vive.

⁶⁴ “O socialmente adequado não diz respeito a uma análise plebiscitária das condutas aparentemente agressivas, motivo pelo qual não cabe um julgamento calcado na maioria, nem mesmo no sentimento do homem médio. Concerne ao magistrado detectar a postura da sociedade, consensual, e por vezes, indiferente, em relação a determinada conduta humana. O cenário da adequação social panteia-se no quadro de pacífica aceitação ou apática reação da sociedade quando em confronto com ações e resultados” (NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 250).

Nota-se, portanto, a eminente necessidade do respeito aos princípios constitucionais penais para o estabelecimento de um Estado Social e verdadeiramente de Direito, no qual a intervenção agressiva e estigmatizante do aparato penal se dê em situações nas quais não haja possibilidade de serem esclarecidas pelas demais áreas do sistema jurídico pátrio.

É preciso fomentar um Estado penal comprometido com as garantias fundamentais do ser humano, ao mesmo tempo em que se deve buscar solucionar os problemas graves encontrados no país acerca da criminalidade por meio da instrumentalização de uma verdadeira política criminal que reconheça e determine a obediência às conquistas históricas.

3. POLÍTICA CRIMINAL

A Política Criminal é um dos três pilares que compõem o conjunto das ciências criminais, juntamente com a Criminologia e o Direito Penal, e com eles não se confunde. Essas disciplinas se diferenciam segundo critérios teleológicos e metodológicos, mas conferem às organizações de justiça penal espírito de colaboração, o qual permite explicações aprofundadas do mesmo fenômeno: o crime.

Enquanto a Criminologia - como se verá em capítulo próprio –, se trata de uma ciência empírica e interdisciplinar, se preocupa com o estudo do crime, criminoso, vítima e do controle social; o Direito Penal, por sua vez, como ciência normativa e dogmática, se ocupa das características normativas do conceito de delito e de suas consequências jurídicas.

Nessa toada, a Política Criminal se distingue por ser a disciplina que estuda, sistematiza e elabora estratégias de controle social, oferecendo aos poderes públicos instrumentos mais eficazes de combate à criminalidade, servindo, dessa maneira, como verdadeira ponte entre a Criminologia e o Direito Penal.

Por essa razão debruça-se sobre o estudo da Política Criminal, uma vez constituir elemento fundamental para a busca e alcance da efetividade do sistema de justiça criminal do país. A Política Criminal, portanto, representa o momento no qual as autoridades estatais optam por determinadas táticas de controle social, fixando as diretrizes de atuação do Estado e do seu aparato punitivo na tarefa de prevenção ou repressão do crime.

A metodologia de pesquisa também é caráter distintivo dessa disciplina, a qual consiste em analisar o sistema atual de enfrentamento ao crime, as formas possíveis de reação anticriminal, tendo em vista as finalidades almejadas, além dos meios a serem empregados e

dos resultados já obtidos. Dessa forma, não se trata de um estudo abstrato, mas de profunda avaliação dos sistemas penais e de justiça criminal e como na prática eles funcionam⁶⁵.

Por outro lado, é objeto de discussão a sua natureza, isto é, se seria possível atribuir caráter científico à Política Criminal, assim como se confere ao Direito Penal e à Criminologia. Quanto ao tema, há na doutrina mais moderna a tendência de não reconhecimento de cientificidade por faltar método de estudo e análise próprios e autônomos, devendo a política criminal ser encarada como uma disciplina que compõe e colabora com o núcleo das Ciências Criminais, oferecendo às autoridades e estratégias para o controle do crime⁶⁶.

No campo concreto, esse ramo de pesquisa se manifesta nos três poderes da federação brasileira, quais sejam: legislativo, executivo e judiciário⁶⁷. As ações dessas esferas representam importantes decisões que refletem a política criminal de um regime jurídico-político, devendo guardar coerência entre eles, já que esta disciplina, como visto, se revela essencialmente nas realidades da vida social⁶⁸.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., p. 409.

⁶⁶ Nesse sentido tem os seguintes entendimentos: “A política criminal pode, então, ser considerada mais como uma arte do que como uma ciência ou, conforme se prefere dizer atualmente, como uma estratégia metodológica da reação anticriminal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., pp. 417-418); “A política criminal não pode ser considerada uma ciência igual à criminologia e o direito penal. É uma disciplina que não tem método próprio e que está disseminada pelos diversos poderes da União, bem como pelas diferentes esferas de atuação do Estado” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 42); “A Política Criminal, como uma disciplina que oferece as opções científicas concretas mais apropriadas para o controle efetivo do crime e as alternativas legais resultantes, facilitou o recebimento de investigações criminológicas e sua transformação em preceitos normativos” (MOLINA, Antonio García-Pablos. *Tratado de criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 242, tradução nossa).

⁶⁷ “De qualquer modo, se desejamos considerar o campo concreto da pesquisa de política criminal não devemos jamais esquecer que ela se situa em três níveis complementares: o nível legislativo, onde são determinadas as opções decisivas; o nível executivo, que normalmente põe as escolhas do legislador de acordo com os recursos técnicos de que dispõem os “executantes”; e o nível judiciário, através do qual o sistema faz valer os imperativos legais. A existência e as ações desses diferentes níveis constituem um campo importante da política criminal enquanto objeto de pesquisa, bem como as reações, ou as atitudes do Ministério Público, do advogado, da polícia, dos serviços de execução das penas” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., pp. 412-413).

⁶⁸ “Ademais, referidas doutrinas são amplamente difundidas nas culturas jurídica e política, e influenciam as várias políticas criminais planejadas e praticadas. Pensemos nas alternativas - nas definições dos modelos de justiça penal - entre vingança e prevenção, entre reeducação e intimidação, entre prevenção geral e prevenção especial, e, de outra parte, entre substancialismo e convencionalismo penais, entre moralismo e utilitarismo, entre objetividade dos delitos e subjetividade dos réus, entre modelos de verdade substancial e modelos de verdade formal, entre eficácia inquisitória e garantias de defesa, entre máxima segurança social e máxima liberdade dos indivíduos. É claro que as opções entre alternativas deste tipo efetivamente norteiam a legislação, a jurisdição e a execução penal, além das várias orientações de política criminal e de deontologia profissional dos operadores penais” (FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 190).

Dessa forma, enquanto a Criminologia corresponde ao substrato empírico-científico acerca do delito, do delinquente, da vítima e do controle social; a Política Criminal, por sua vez, transforma a experiência criminológica em programas estratégicos concretos assumidos pelos poderes públicos como instrumento de enfrentamento à desordem e delinquência.

A partir disso, o Direito Penal é capaz de converter em proposições jurídicas as alternativas e opções adotadas na esfera político-criminal de base criminológica, dando-lhes o caráter normativo, geral e obrigatório próprio do Direito.

Ainda é possível destacar, como campo de extensão da Política Criminal, o Processo Penal, porquanto a sistemática processual também reflete as escolhas realizadas em prol de determinado viés político-criminal, uma vez que por meio dele se legitima o procedimento do direito de punir do Estado, conforme as exigências do devido processo legal, ao mesmo tempo que se aperfeiçoa as técnicas de emprego do sistema de repressão.

Assim, entendendo-se a Política Criminal como disciplina que se satisfaz no campo das realidades positivas, resta justificada a inclusão do Processo Penal no seu campo de estudo, pois ele é justamente a colocação prática das normas e diretrizes do Direito Material Penal⁶⁹.

Enquanto parte da evolução das ciências criminais, a Política Criminal moderna, com origem entre os séculos XVIII e XIX, passou por várias fases de aprimoramento do seu próprio objeto de estudo. No início, sua preocupação era direcionada apenas aos delitos e às penas a eles cominadas; posteriormente, na década de 1950, passou a se cuidar também dos

⁶⁹ “O primeiro campo de extensão possível é o do processo criminal considerado, não em si, mas tendo em vista a organização e o aperfeiçoamento das técnicas de emprego do sistema de repressão (o que engloba em parte a organização judiciária na medida em que ela é um instrumento de política criminal). Esse ponto de vista foi contestado por alguns estudiosos que, imbuídos e preocupados apenas com a dogmática penal da incriminação legal, pretendiam afastar do seu estudo as questões de ordem processual. Porém, se essa atitude pode ser compreendida no terreno da ciência pura dos delitos e das penas, ela não poderia se justificar no terreno na política criminal, que é o terreno do sistema em ação, tendo em vista que o processo penal é, precisamente, a colocação em prática do próprio sistema de direito criminal. Assim sendo, num estudo sistemático da política criminal em ação será necessário incluir os problemas de processo penal aplicado” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., p. 411).

métodos de tratamento institucional e de medidas sociais, econômicas e culturais aptas a influenciarem na criminalidade e na resposta estatal ao crime.

Nesse cenário, o desenvolvimento da Política Criminal é resultado de um longo processo histórico com ramificações que muitas vezes coincidem com a própria história da Criminologia, sendo possível didaticamente separar em dois grandes modelos de reação ao crime: os movimentos político-criminais punitivistas ou repressivistas e os movimentos não intervencionistas ou não repressivistas.

O primeiro deles busca uma ampliação do campo de atuação do poder repressivo do Estado como forma de combate ao crime: a extensão dos meios de controle formal deve se dar, nesse cenário, através dos instrumentos penais, ou seja, se advoga pela máxima intervenção do Direito Penal, a *contrario sensu* da lógica de mínima intervenção. Esse modelo trata o sistema criminal como a principal resposta para a resolução de conflitos, devendo o Direito Penal ser utilizado a *prima ratio*.

São características desse modelo a criação de novos tipos penais, o recrudescimento das penas, relativização ou supressão de direitos e garantias fundamentais, ampliação dos bens jurídicos penalmente tutelados, descrédito das penas alternativas à prisão ou restritivas de direitos, além de outras medidas de expansão do Direito Penal⁷⁰.

Já os movimentos não intervencionistas ou não repressivistas advogam a favor da diminuição e, em algumas vertentes teóricas, da completa abolição da intervenção punitiva penal como forma de combate à delinquência, encarregando aos demais ramos do Direito e do controle informal (instituições sociais) essa responsabilidade.

⁷⁰ “Pois bem, ante tais posturas doutrinárias, realmente não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais*. São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 2002, p. 21).

Nessa perspectiva, se busca a imposição de maiores limites na atuação do Direito Penal, pois, não se enxerga nesse ramo a capacidade de cumprir as funções a ele atribuídas. Devido à sua intervenção violenta, estigmatizante e seletividade, a corrente doutrinária não intervencionista e, mais radicalmente, o abolicionismo ganham adeptos no mundo todo⁷¹.

Também como parte da construção de uma Política Criminal sólida e coerente, o sistema penal de qualquer regime precisa ter definido claramente os fins que a pena pretende alcançar, pois é através dessa decisão que se dará a própria legitimação do poder punitivo do Estado, sem a qual a aplicação de uma sanção não se justifica⁷².

É o que ocorre com as teorias da pena, ou seja, as propostas e finalidades da imposição penal no caso concreto. São elas: a teoria absoluta (ou retributiva), a teoria relativa (ou preventiva) e a teoria mista (ou eclética)⁷³.

A primeira delas enxerga a pena sempre como uma referência ao passado, não tendo a intenção de mudar o futuro⁷⁴ ou de prevenir a ocorrência de novos crimes; mas sim de castigar

⁷¹ “O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo provavelmente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault” (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 648).

⁷² “A função do Direito penal depende da função que se atribua à pena e à medida de segurança como os meios mais característicos de intervenção do Direito penal” (SANTIAGO, Mir Puig. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 58).

⁷³ “Segundo uma útil distinção escolástica, proposta pelos criminalistas do século passado, as doutrinas sobre a pena, que, para contrastar com aquelas abolicionistas, chamei de *justificacionistas*, podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias denominadas de *absolutas* e teorias rotuladas como *relativas*. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor *moral* ou *jurídico* conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da *prevenção especial*, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinquente, e doutrinas da *prevenção geral*, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral” (FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 204).

⁷⁴ Sobre o tema, ensina Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: “O grande ponto de contato percebido é a referência preponderante ao passado, sem um fim dirigido ao futuro enquanto móvel principal, ou seja, sem a busca de alterar a realidade do porvir. Enfim, pune-se porque foi praticado um crime, pela necessidade de que a culpabilidade ao

o agente em virtude do seu comportamento. Logo, a pena é um fim em si mesmo e não um instrumento para se alcançar finalidades outras.

Seus maiores expoentes foram Emmanuel Kant⁷⁵ e Friedrich Hegel⁷⁶. Enquanto a perspectiva kantiana justifica a pena como uma retribuição ética à violação moral de uma norma penal, e, sendo o homem um imperativo de justiça, dotado de dignidade, não deve ser utilizado como o meio para o fim, logo, a punição para evitar novos crimes instrumentaliza o condenado como meio de prevenção, violando a sua dignidade; já o argumento hegeliano se pauta na retribuição jurídica, ou seja, a punição é necessária para restaurar o Direito, na medida em que reafirma a sua racionalidade e nega o crime⁷⁷.

Todavia, em um Estado Democrático de Direito não se pode conceber como finalidade da pena única e exclusivamente a vingança, embora ela esteja no âmago do clamor social. O que se espera, em verdade, é a utilização do poder punitivo de forma racional, sendo essa finalidade essencialmente expiatória completamente incompatível com os princípios e direitos fundamentais de um Estado de Direito.

Já no que tange às teorias relativas ou preventivas, estas fundamentam a necessidade da pena como um meio para a prevenção do cometimento de novos crimes, ou seja, a pena tem referência ao futuro e não busca a compensação da culpa do agente. Como a

autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal, e não para se evitar nova prática” (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *A necessidade de um fim preponderante para a pena no Direito brasileiro*. 2002. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 31).

⁷⁵ KANT, Emmanuel. Op. cit., p. 77.

⁷⁶ HEGEL, Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. O. Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 187.

⁷⁷ “Assim, para Kant, em seu famoso exemplo da ilha, o último assassino que se encontrava na prisão ainda deveria ser executado, antes que a sociedade se dissolvesse e se dispersasse com o vento: com isso ocorreria que seus atos fossem valorados e se faria justiça. Assim para Hegel a pena é a ‘negação da negação do Direito’: a ‘vontade especial’ do desviante que, com o seu injusto, nega a ‘vontade geral’ do ordenamento jurídico, que, por sua vez, é negada, ‘anulada’ pela pena. Entretanto, o que caracteriza as teorias absolutas da pena no interesse fático efetivo (e o que elas objetam com rigor às teorias relativas da pena) é o respeito à dignidade dos delinquentes. Para Kant as teorias preventivas misturam os condenados com o objeto do Direito das coisas: elas o convertem em objeto das estratégias de melhoramento do bem-estar comum. Para Hegel as teorias relativas da pena não respeitam nem a honra e nem a liberdade do autor, senão tratam-no como um cão contra o qual se levanta um pedaço de pau”. (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, pp. 371-372).

finalidade da sanção é a prevenção, esta é subdividida em prevenção geral e especial, ambas possuindo dois aspectos: positivo e negativo, dependendo do destinatário, sendo na primeira delas a coletividade e na especial a pessoa do agente.

A prevenção geral positiva faz referência ao papel da pena como elemento de educação coletiva e de função comunicativa para a sociedade, ou seja, confere às sanções a responsabilidade de integração social, reforçando a fidelidade ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, à autoridade estatal. Duas perspectivas distintas da prevenção geral positiva, limitadora e fundamentadora, são encabeçadas por Claus Roxin e Jakobs, respectivamente.

Por um lado, Roxin enxerga como finalidade geral positiva da pena, a confirmação da própria vigência na norma que foi violada pelo agente e, na mesma medida, a importância do bem jurídico subjacente⁷⁸.

Noutro giro, Jakobs ao romper com a teoria do bem jurídico, enxerga na pena, como instrumento do Direito Penal, o papel de manter as expectativas essenciais para a vida em sociedade, de tal forma ser a prevenção do crime um efeito desejável, muito embora não o primordial. Dessa forma, a sanção não se prestaria a salvaguardar nenhum bem jurídico pois ela aparece somente após a sua lesão⁷⁹.

Assim, a teoria fundamentadora estabelece um sistema autopoietico: se as expectativas essenciais estão consolidadas na norma penal, é possível concluir ser a finalidade

⁷⁸ “A prevenção geral continua tendo grande importância para a consciência jurídica da coletividade. Para exemplificar, não era possível justificar a punição de violentos criminosos nazistas muitas décadas depois da guerra por razões de prevenção especial(...) Se pessoas, em certos casos, eram responsáveis pela morte de milhares de inocentes saíssem impunes, a autoridade do direito e a paz jurídica geral que o Direito Penal deve assegurar seriam fortemente abaladas. Também, independente desses casos, a importância da prevenção geral, hoje, é vista menos na intimidação (na ‘prevenção geral negativa’) e mais no fato de a imposição do Direito Penal estabilizar a consciência jurídica da coletividade (‘prevenção geral positiva’). (...) nenhuma pena pode obter êxito se não cumprir nenhuma função preventivo-geral” (ROXIN, Claus; Arzt, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 56-57).

⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 62.

da pena a tutela desta norma, isto é, a sanção tem a capacidade de reestabelecer a confiança coletiva no ordenamento que fora abalada pela transgressão (crime).

Quanto à prevenção geral negativa, encabeçada especialmente por Feuerbach, a pena tem o objetivo de intimidação coletiva⁸⁰, isto é, um contraimpulso criminoso, entendendo-se que o delito promovia prazer ao agente delinquente, devendo o Estado impor pena capaz de causar maior sofrimento do que o prazer causado pela prática do crime⁸¹.

Parte-se do pressuposto, portanto, que o ser-humano, busca o prazer e rejeita o sofrimento, realizando um cálculo acerca dos custos e benefícios que o delito pode lhe gerar: se nessa balança o sofrimento que a pena causar for mais intenso que o prazer de cometer o ilícito proporcionará, o agente decidirá não fazê-lo⁸².

Não por outro motivo, mais efetiva do que a aplicação da própria pena seria, antes disso, a ameaça da sua existência, pois, uma vez aplicada a sanção, o Direito Penal e, por conseguinte, a política criminal adotada nitidamente já falharam em sua missão de prevenir o cometimento de novas transgressões. Logo, nessa perspectiva, a pena se presta a dar credibilidade à ameaça, desencorajando a prática criminosa⁸³.

Essa teoria acredita que o comportamento dos cidadãos pode ser moldado e modificado tendo em vista a ameaça da imposição de pena, deixando, consequentemente, de delinquir, e não somente isso, mas também é preciso dar o exemplo, ou seja, a imposição de

⁸⁰ “De fato, a prevenção geral negativa tem origem na teoria da coação psicológica (Feuerbach), baseada em modelo utilitarista de cunho antropológico racionalista da Ilustração do século XVIII, o qual pressupõe o homem como ser capaz de calcular de forma racional as vantagens e desvantagens de sua atuação em cada situação fática concreta”. (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 174).

⁸¹ “Um mal que será maior que o desgosto emergindo da insatisfação de seu impulso ao crime” (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. 14 ed. Buenos Aires: Hamurabi S.R.L., 1989, p. 60, tradução nossa).

⁸² *Ibid.*, p. 38.

⁸³ “As noções de prevenção geral (a pena enquanto prevenção em relação à sociedade) também mudaram desde os tempos de Feuerbach, o qual desenvolvera sua teoria a partir da teoria da ‘coação psicológica’, que ele pretendia exercer com ajuda das ameaças punitivas (...). Portanto, como formulou o próprio Feuerbach de forma precisa, o ‘estímulo sensitivo’ para o crime devia ‘ser anulado pelo fato de cada um saber que ao seu crime seguir-se-ia inevitavelmente um mal maior que a frustração que surge do estímulo não satisfeito de praticar o crime’. Essa é uma construção racionalista que nega a liberdade volitiva humana” (ROXIN, Claus; Arzt, Gunther; TIEDEMANN, Klaus, op. cit., p. 55).

sofrimento daquele que já praticou alguma conduta considerada criminosa influenciaria no comportamento dos demais. Sobre o tema, é esclarecedora a lição de Paulo Queiroz quando afirma:

A finalidade da pena é, por conseguinte, a prevenção geral dos delitos por meio da coação psicológica sobre toda a sociedade, de modo a atemorizar os destinatários das normas penais (...). Baseiam-se na crença de que a imposição abstrata de pena é suficiente para efetivar no indivíduo uma coação a ponto de levá-lo a não delinquir (...) trabalha com o temor gerado no sujeito pela simples coação imposta pela norma, como forma de que esse deixe de praticar o ato criminoso⁸⁴.

Essa perspectiva reverbera em ampla jurisprudência, a qual encontra em seus postulados fundamentos a justificativa para agravar a pena no momento de sua aplicação⁸⁵. Os juízes, dessa forma, operariam como autores político-criminais ativos, na medida em que, ao proferir suas sentenças, influenciariam drasticamente nos indicadores de criminalidade.

Ocorre que juiz não é e nem deve ser agente de segurança pública, lhe dar esse papel, certamente, comprometeria a sua imparcialidade. Essa teoria também falha ao preocupar-se em focar nessa lógica racional do indivíduo, desconsiderando diversos outros fatores de ordem psicológica e social.

No que concerne à prevenção especial, na qual a pena busca atingir a pessoa do agente criminoso, visando este não seja praticados novos delitos, há dois vieses possíveis de leitura: prevenção especial negativa e positiva.

A primeira busca a segregação do delinquente, seja pela neutralização do agente - teoria que ficou conhecida como *inoquização*, isto é, tornar o criminoso fisicamente inócuo por

⁸⁴ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, pp. 35-36.

⁸⁵ “Esses fundamentos registram a lógica do juiz que, por meio da “severidade” penal, entendeu que poderia influenciar o comportamento de terceiros (desconhecidos por ele) e que poderia e deveria realizá-lo também como representante do Poder Judiciário” (HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006, p. 47, tradução nossa).

meio do isolamento que o cumprimento de pena impõe -; seja pela intimidação individual, na qual, num discurso punitivista, se estabelece que as condições de vida na prisão têm que ser piores que as condições sociais da mais baixa classe trabalhadora, em outras palavras: a vida do homem livre mais miserável deve ser melhor do que o mais bem tratado condenado, para que assim a pena possa efetivamente intimidar⁸⁶.

Evidentemente que uma pessoa presa não pratica crimes no meio social, partindo-se da lógica que isolando o indivíduo criminoso a sociedade torna-se mais segura. Por meio na inocuização, neutraliza-se o delinquente, de modo a não permitir que o mesmo represente um risco. Todavia, esse raciocínio, embora pareça lógico, não é de todo certo, uma vez que a mera retirada de pessoas do convívio social não representa meio efetivo para reduzir os índices de criminalidade e nem impede que se cometam delitos dentro dos estabelecimentos prisionais.

Por fim, a prevenção geral positiva tem como objetivo a reintegração do condenado à vida em sociedade⁸⁷, assim, as teorias socializadoras afastam o conteúdo meramente retributivo da pena para reforçar o seu papel correccionalista. Para a teoria socializadora, a reintegração do condenado pode se dar por meio de um programa mínimo ou máximo: no primeiro, se postula um verdadeiro prognóstico de que aquele agente não irá mais delinquir, facultando-o à adesão a programas de integração sócia; enquanto o segundo objetiva uma efetiva transformação do infrator, impondo-lhe uma “agenda de integração social”⁸⁸.

⁸⁶ Essa perspectiva é inspirada no princípio da “*less eligibility*”, de origem inglesa em meados do século XVIII, após a edição da “*Poor Law Amendment Act*” (Lei do alívio aos pobres) e indicava que as condições de trabalho nos estabelecimentos penais (*workhouses*) devem ser piores que o mais miserável emprego de um homem livre. Dessa forma, se buscava desestimular o trabalhador a ingressar no sistema penal (através do cumprimento de pena), em outras palavras, a vida na prisão deve ser “menos elegível” pelas classes mais pobres.

⁸⁷ Art. 1º, Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84): A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

⁸⁸ “ Sobre o assunto, a Lei de Execução Penal brasileira, por exemplo, certamente ultrapassa a previsão de um programa mínimo de socialização, porquanto seu objetivo fundamental é ‘proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado internado’ (art. 1º). Para tanto, a Lei de Execução Penal prevê, entre outras providências, a assistência educacional e social ao preso, ao internado e ao egresso, com vistas à prevenção do crime e ao retorno ao convívio em sociedade (arts. 10, 17 e 22)”. (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 191).

Por último, tem-se as teorias mistas, ecléticas ou da união, nas quais, pela combinação das teorias anteriores, busca-se sanar suas deficiências, reunindo duas ou mais finalidades da pena. Dessa forma, a pena tanto serve para retribuir e compensar a culpa do agente, como também para ser um meio de prevenção de novos crimes.

Com esse panorama geral, é possível enxergar serem as teorias acerca da pena pontos importantes na formação de qualquer política criminal de repressão e ou prevenção da criminalidade, uma vez refletir de modo claro a forma pela qual o Estado pretende intervir e as escolhas por ele adotadas, seja de criminalização ou pela mínima intervenção, para alcançar e estabelecer determinada ordem social⁸⁹.

Uma política criminal que prese tanto pela devida retribuição quanto pela prevenção do crime como finalidades da imposição do poder punitivo estatal⁹⁰ requer não somente a mera decisão político-legislativa, mas, mais do que isso, de um sistema penal capaz de perseguir adequadamente os objetivos para ele propostos⁹¹. Não é possível conceber impor a letra da lei determinada Política Criminal encabeçada por uma justificativa para a aplicação

⁸⁹ “Apesar dos esquemas culturais que favorecem uma determinada teoria da pena podem modificar-se rapidamente, dependendo de muitas variantes, desde o tipo de delito até a direção política progressista ou conservadora do governo atual, a decisão a favor de uma pura teoria retributiva supõe, de fato, renunciar a uma justificação pela pena desde o ponto de vista dos seus efeitos práticos (tanto frente ao delinquente individual como frente ao restante dos cidadãos) e, praticamente, deixa sem sentido a investigação criminológica sobre a reação oficial frente à criminalidade. Porém, nem a Criminologia, nem o Direito Penal podem renunciar ao conhecimento dos efeitos preventivos das sanções penais” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 175).

⁹⁰ “Também os fins da pena e o Direito Penal penitenciário, que depende destes fins, refletem um conflito entre progresso e tradição, um conflito que se caracteriza pela renúncia aos ensaios ressocializadores quando estes se chocam com o princípio da proporcionalidade da intervenção (...). Esse conflito não só se dá entre a prevenção especial e geral, senão entre prevenção e a retribuição como metas contrapostas nas teorias da pena. A teoria retributiva se nega a justificar a pena e o Direito Penal por seus efeitos fáticos no mundo. À teoria retributiva interessa, sobretudo, a segurança jurídica, não o futuro, nem a fé no progresso. Antes de começarem a investigar cientificamente os efeitos empíricos da pena e do Direito Penal no âmbito da Criminologia, a teoria retributiva já havia constatado o que hoje nos parece evidente: que não se sabe suficiente para legitimar o Direito Penal e a pena por seus efeitos” (Ibd., p. 302).

⁹¹ “A experiência criminológica, como já indicado, deve contribuir positivamente para a melhor solução de conflitos e problemas sociais (...). A Política Criminal, portanto, é a corrente de transmissão do Direito Penal e da Criminologia, o que possibilita o entendimento entre uma ciência normativa (Direito Penal) e uma ciência empírica (Criminologia). Entendimento essencial, já que tanto quem anseia por um Direito Penal melhor, quanto aqueles que preferem algo melhor do que o Direito Penal, concordam com a necessidade de uma Política Criminal de caráter criminológico, capaz de converter as demandas resultantes de módulos legais em proposições normativas. análise empírica da criminología”. (MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 253, tradução nossa).

de sanção penal, sem que, na prática, a realidade social esteja completamente alheia aos padrões exigidos pela norma.

Logo, quando o Código Penal brasileiro, no seu artigo 59, por exemplo, determina que o juiz irá estabelecer a pena aplicável ao caso concreto e necessária para a reprovação e prevenção do crime, o legislador opta por alcançar por meio da sanção dois grandes objetivos que, se comparados com a realidade da execução penal, tornam a política incompatível e incoerente.

Ora, não há como garantir a coexistência harmoniosa de ambos objetivos para que se conceba uma política de combate ao crime lógica e razoável se, quando ao punir o agente pelo fato típico por ele cometido, o Estado se exime, por outro lado, de promover as condições para a reintegração e ressocialização do condenado como forma de prevenção especial positiva também prevista da legislação de execução penal do país.

A construção de uma Política Criminal verossímil ao quadro social particular de certo governo e país é um desafio que não só merece o esforço, mas também uma necessidade urgente⁹².

Por essa razão, no âmbito de elaboração de estratégias político-criminais, é indispensável o respeito aos Princípios Gerais do Direito, em especial àqueles consagrados no texto constitucional, pois apenas através da baliza e dos limites por estes impostos é que se pode garantir uma Política Criminal em legítima consonância com um Estado Democrático de Direito.

Assim, a forma de cominação de determinada consequência jurídica ao autor de um delito deve se basear, primeiramente, no respeito a essas garantias fundamentais, ou seja, na

⁹² “O sentido da prevenção geral sacrifica então a noção de prevenção especial, identificada particularmente como meta de reinserção social e moral do delinquente. Essa desilusão é notoriamente constatada no cumprimento de pena privativa de liberdade (...). O alcance da política de prevenção geral e especial tem sido seriamente comprometido em virtude de um sistema penal inadequado do objetivo de reajustar a personalidade do condenado aos padrões exigidos pela comunidade” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., p. 430).

busca pela manutenção da ordem não há de ser maior do que as delimitações estipuladas e deduzidas do próprio ordenamento jurídico vigente⁹³.

⁹³ “Na elaboração das estratégias de reação à criminalidade, é preciso ter em conta, ademais, “que não vale tudo”, que não se pode pretender atacar a criminalidade a todo custo e a qualquer preço. Os princípios elementares do Estado de Direito, de legalidade, de intervenção mínima e proporcionalidade, de presunção de inocência, controle jurisdicional etc. devem ser sempre tidos em conta, igual ao respeito aos direitos humanos, também aos direitos do delinquente, porque isto é, acima de tudo, acima de qualquer eficácia conjuntural de medidas extralegais, o único meio que pode assegurar a continuidade de um modelo de convivência democrático ordenado juridicamente” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried., op. cit., p. 301).

4. CRIMINOLOGIA

4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Criminologia, mais do que uma mera disciplina, é instrumento cada vez mais necessário para se compreender o fenômeno do crime e suas respectivas complexidades. Não por outro motivo, deve manter íntima relação com o Direito Penal, pois, enquanto este cultiva ficções normativas, apenas encontrará a devida efetividade se aliado ao saber científico e empírico, em outras palavras, ao conhecimento da própria realidade a qual pretende regulamentar e ser aplicado.

O saber criminológico não somente fomenta o desenvolvimento de políticas públicas e criminais de combate e prevenção do delito, como também subministra dados concretos para a elaboração de decisões e diretrizes jurídicas eficazes e verdadeiramente eficazes acerca das causas e efeitos do crime.

Um Direito Penal que se distancia e despreza o conhecimento criminológico, sem respaldo científico e empírico que justifique suas decisões e leis, jamais poderá ser considerado efetivo à prevenção e combate do crime e, em última instância, ao controle social. Não é possível conceber a atividade jurídica moderna baseada em especulações e puro decisionismo, aquém da realidade social, sem a qual torna-se inócua. Por essa razão, entende-se ser fundamental o estudo dos principais aspectos da Criminologia para a compreensão das teorias que surgem para explicar o fenômeno criminológico.

Em primeiro lugar, etimologicamente, a palavra “criminologia” possui origem latino-romana e se traduz como o “estudo do crime”, expressão que se tornou amplamente conhecida quando, em 1885, intitulou a obra de Raffaele Garofalo. Todavia, muitas foram as

definições⁹⁴ dadas para o termo, levando-se em consideração o seu significado e os trabalhos publicados ao longo da história, sem fugir, por óbvio, da noção genérica que a própria expressão já salienta: o estudo da infração penal. Dentre várias conceituações, entende-se mais completa a utilizada por Antonio Garcia-Pablos de Molina:

A criminologia pode ser definida, provisoriamente, como a ciência empírica e interdisciplinar que visa tem como objeto o crime, o agressor, a vítima e o controle social do comportamento criminoso; e que fornece informações válidas, contrastadas e confiáveis sobre a gênese, dinâmica e variáveis do crime - cotemplado como fenômeno individual e como problema social, comunitário -; bem como em sua prevenção eficaz, as formas e estratégias de reação a ele e as técnicas de intervenção positiva no ofensor e na vítima⁹⁵.

A partir dessa conceituação é possível analisar os diferentes elementos que compõem e delimitam essa disciplina. Em primeiro lugar, apesar de uma minoria doutrinária discordar⁹⁶, a corrente majoritária enxerga a Criminologia como uma ciência autônoma, eis ser possível se vislumbrar método, objetos e funções particulares.

Por outro lado, também é verdade que o reconhecimento da sua cientificidade se dá apenas sob o advento do positivismo criminológico, na medida em que este tenta encontrar no

⁹⁴ A título de exemplo destacam-se: “A criminologia, em sua feição puramente naturalística, pretende desagregar da ciência do direito o estudo do criminoso e do crime, da imputabilidade e da reação social que se traduz em penalidade” (BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e Direito*. Trad. João Freitas Martins Junior. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 9); “Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes” (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 35); “A criminologia define-se, geralmente, como sendo o estudo do crime e do criminoso, isto é, da criminalidade” (CARVALHO, Hilário Veiga de. *Compêndio de Criminologia*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 11); “Criminologia é, como o nome indica, a ciência do crime.” (SEELIG, Ernest. *Manual de criminologia vol I*. Trad. Guilherme de Oliveira. Coimbra: Arménio Amado, 1957, p. 12); “Pode-se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objetivo de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e o controle social das condutas criminosas” (FILHO, Nestor Sampaio Penteado. *Manual Esquemático de Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 18).

⁹⁵ *Tratado de criminologia*. p. 55.

⁹⁶ A título de exemplo, expõe Zaffaroni: “(...) a criminologia não é uma ciência que fecha um horizonte de projeção na forma de isolamento de entidades, mas é um saber cuja delimitação epistemológica é produzida pelo efeito de ligadura a uma espinha, que é o sistema criminal e sua operacionalidade (...) criminologia é o conhecimento (conjunto de conhecimento) que nos permite explicar como os controles sociais punitivos operam na nossa margem periférica, que comportamentos e atitudes eles promovem, que efeitos eles causam e como eles são escondidos assim que é necessário ou útil projetar alternativas para soluções punitivas ou soluções punitivas alternativas menos violentas do que as existentes e mais apropriadas ao progresso social”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl Zffaroni. *Criminología: aproximación desde un margen*. Vol I. Bogotá: Editorial, 1988, tradução nossa).

estudo aprofundado sobre a pessoa do delinquente as causas e efeitos da própria criminalidade, se valendo de uma metodologia causal-explicativa para tanto, hoje já ultrapassada por métodos típicos das ciências sociais, isto é, se substitui a tentativa da busca por leis exatas pelos trabalhos empíricos de verificação do comportamento criminal e sua compreensão⁹⁷.

A rigor, tem-se por científica a análise e a verificação de pressupostos e teorias por meio de técnicas de investigação próprias; nesse caso, o método utilizado aqui é o empírico ou pragmático, no qual o estudioso precisa observar a realidade e os demais elementos conceituais à luz de diferentes perspectivas para conclusão de determinado entendimento⁹⁸.

Dessa forma, o trabalho filia-se ao pensamento predominante que defende a autonomia científica da criminologia, uma vez não se confundirem seus objetos e método de investigação com outras matérias a ela correlacionadas, por exemplo, com o Direito Penal, o qual, por sua vez, como ciência normativa, enxerga o crime como o comportamento descrito em lei, a fim de analisar a subsunção de uma determinada conduta no caso concreto ao fato típico reproduzido no diploma legal. Assim, ao invés de empírico, o Direito se utiliza do método jurídico-dogmático, de modo que, embora ambas as disciplinas se preocupem em estudar a infração penal, elas o fazem sob perspectivas distintas⁹⁹.

Forçoso se faz expor o caráter interdisciplinar dessa ciência, já que ela se ocupa dos fatos humanos e, pela sua indiscutível abrangência, se utiliza de termos, dados e estudos de outras disciplinas com as quais se relaciona, se integra e se completa. Destarte, apesar de

⁹⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos. *Tratado de criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 63-64.

⁹⁸ “Assim, pode-se afirmar que a abordagem criminológica é empírica, o que significa que seu objeto (delito, delinquente, vítima e controle social) se insere no mundo do real, do verificável, do mensurável, e não no mundo axiológico (como o saber normativo). Vale dizer, ela se baseia mais em fatos que em opiniões, mais na observância que nos discursos ou silogismos” (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 63).

⁹⁹ “Ao direito restará somente o pondo de vista prático da aplicação e da interpretação da lei. As altas indagações sociológicas em relação ao fenômeno do crime, como o exame do criminoso como indivíduo biológico de feição própria, não cabem na esfera dos estudos jurídicos, e, portanto, deve o legista, como se diz em linguagem de menosprezo, esperar que a solução das questões criminológicas lhe sejam obsequiosamente oferecidas (...)” (BEVILAQUA, Clovis. op. cit., p. 9).

autônoma, a Criminologia não prescinde da pluralidade de enfoques intrínsecos ao seu próprio objeto¹⁰⁰.

É imprescindível igualmente reconhecer que a sua importância também repousa nas funções que ela exerce. Como atividade científica, a Criminologia fornece substratos concretos e com reduzido grau de subjetividade acerca do crime, do criminoso, da vítima e das formas de controle social; logo, também parece apropriado dizer servir de instrumento de combate à própria criminalidade, porquanto fornece dados empíricos que promovem o desenvolvimento de políticas criminais de controle e prevenção do delito, bem como auxilia no processo de criminalização ou descriminalização de condutas¹⁰¹.

4.2 OBJETOS DA CRIMINOLOGIA

A própria definição da ciência criminológica toma por base a delimitação dos objetos de estudo dessa disciplina, elementos que também ajudam a compreender e a distingui-la dos outros ramos do saber, apesar de com eles manter uma relação de interdisciplinaridade, como visto. São eles: o crime, o delinquente, a vítima e o controle social da conduta delitiva.

O delito sempre foi objeto fundamental da criminologia, porém, seu conceito e compreensão variam ao longo do desenvolvimento do pensamento criminológico, da evolução social e da cultura de determinada comunidade. Logo, sua definição é temporal e marcadamente

¹⁰⁰“(…) a análise científica do crime, como um comportamento individual e como um fato social, requer uma pluralidade de abordagens coordenadas, uma vez que cada uma delas contribui de sua perspectiva particular para um diagnóstico global e totalizante do fenômeno criminal. Autonomia e especialização não são princípios antagônicos, mas funcionalmente complementares. Criminologia é mais do que Biologia Criminal, Psicologia Criminal ou Sociologia Criminal, mas você não pode prescindir delas. Em pureza, só é possível falar de uma autonomia relativa e de um conhecimento científico coordenado, livre de contradições, produto das sínteses setoriais do conhecimento” (MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 69, tradução nossa).

¹⁰¹“A criminologia tem também a missão de estudar quando o recurso ao Direito Penal (a criminalização de condutas) e seus instrumentos e arsenal teórico é a forma mais adequada para resolver determinados problemas. Neste sentido, corresponde à Criminologia, portanto, a tarefa de denunciar quando a função do Direito Penal é puramente “simbólica”, sem maior eficácia na solução de problemas ou, inclusive, com efeitos contraproducentes ou “criminógenos”, evitando, assim, sua manipulação política ou que se despertem na população expectativas de solução que não possam ser cumpridas na realidade” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 11).

histórica. Para a corrente mais tradicional, essa natureza mutável não era abertamente reconhecida, inclusive sendo vista como um embaraço à cientificidade da matéria, questão superada pelo atual entendimento majoritário, o qual não enxerga na circunstancialidade do conceito de delito necessária contradição com o caráter científico da Criminologia¹⁰².

Assim, enquanto o Direito Penal trata o delito como uma ação ou omissão típica, ilícita e culpável, se preocupando, assim, com um mero juízo de subsunção do fato à norma; a Criminologia, a seu turno, analisa o crime não em parâmetros gerais e normativos, mas sim como fenômeno multifatorial regido por diferentes causas, a depender da teoria adotada.

Já no tocante ao estudo do delinquente, a Criminologia mais clássica enquadrava a figura do criminoso como um pecador, alguém que optou por transgredir as normas estabelecidas, ideia também encampada pela concepção de contrato social do Jean-Jacques Rousseau¹⁰³, assim, aquele que comete um crime quebra o pacto assimilado pela comunidade e, por conseguinte, deveria ser punido.

O positivismo criminológico, por sua vez, criticou duramente essa perspectiva clássica, embora manteve a figura do autor de delitos em posição protagonista nos seus trabalhos, porém, com forte viés biológico e antropológico. Para os positivistas, não existe livre-arbítrio, o delinquente é patológico ou determinado por processos causais alheios (determinismo social). Por essa razão, busca encontrar na pessoa do criminoso um caráter patológico capaz de diferenciá-lo dos demais.¹⁰⁴

¹⁰² MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., pp. 79-80.

¹⁰³ “De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria, cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado” (ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002. pp. 48-49).

¹⁰⁴ “Em um estudo antropológico sobre o ‘Homem Delinquente’, deve-se necessariamente tomar como ponto de partida os caracteres anatômicos (...)” (LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Maria Cartola Carvalho Gomes. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983, p. 111).

Em contrapartida a essas concepções iniciais, a Criminologia mais moderna, de viés prioritariamente sociológico, minimiza o papel desempenhado pelo criminoso, deslocando a atenção para os outros elementos sociais que compõem o comportamento delituoso e que serão expostos com mais detalhes em capítulo próprio¹⁰⁵.

Já a vítima nem sempre teve protagonismo: nos dois últimos séculos o seu papel no estudo do fenômeno criminoso foi ignorado e os esforços das ciências criminais estavam apontados para o autor de delitos. Apenas com o advento da Segunda Guerra Mundial e com a repercussão dos crimes contra humanidade ocorridos, que os estudos de vitimologia ganham mais importância no meio acadêmico¹⁰⁶.

Por fim, o controle social sempre foi ponto elementar das teorias sociológicas que tentam não somente explicar e compreender a criminalidade, mas também prevenir e reprimi-la. Assim, os controles tanto formais (realizados pelas instituições oficiais do aparelho estatal) quanto os informais (representados pelas instâncias sociais) são objeto de análise, em especial aqueles de caráter penal.

A ampliação das investigações acerca das formas de controle social não somente indica a ênfase em um dos elementos da Criminologia, mas também uma mudança de paradigma da própria ciência, que passa a enxergar esses instrumentos de gerência, a partir da construção de teorias de reação social, como configuradores da própria criminalidade¹⁰⁷.

As concepções de cada um desses elementos, como visto, oscilam a depender da perspectiva criminológica adotada, assim como as suas consequências e propostas de política

¹⁰⁵ “Quanto mais convivente parecia à Criminologia que se desenvolvia no século XX o ataque rigoroso da escola biológica contra o tradicional Direito Penal da culpabilidade, mais condenáveis eram os métodos e os resultados da teoria antropológica da criminalidade. A crítica foi tão destrutiva que inclusive as mais recentes investigações, que evitavam os antigos erros, dificilmente tiveram na função científica da Criminologia uma possibilidade de aprovação social(...)”. (HASSEMER, Winfried, op. cit., pp. 61-62).

¹⁰⁶ Ibid., p. 110-111.

¹⁰⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., pp. 216-217.

criminal, por isso, entende-se necessário explorar a evolução do pensamento criminológico já consagrado e que serve de parâmetro para as correntes mais modernas.

4.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

4.3.1 FASE PRÉ-CIENTÍFICA OU CLÁSSICA

Antes do reconhecimento da cientificidade da Criminologia, o qual ocorre a partir dos estudos da Escola Positivista, houve um momento em que o pensamento acerca da criminalidade era marcado por concepções extremamente genéricas, fruto de especulações, intuições e deduções do saber popular. Esse pensamento criminológico prévio, influenciado pelos postulados iluministas, ficou conhecido como *Criminologia Clássica*.

A decadência do sistema feudal fez nascer novas formas de organização política e estruturação econômica, constituindo-se sobre a propriedade privada novos modos de produção baseados no capital e no trabalho assalariado. Essa ordem fez emergir uma nova forma ideológica de enxergar a sociedade, o racionalismo, firmado no utilitarismo das novas formas de produção e sistematizado pela corrente Iluminista¹⁰⁸.

O Iluminismo (ou Ilustração), movimento intelectual surgido no século XVIII, com forte viés liberal, foi responsável por tecer severas críticas ao considerado “antigo regime” (o absolutismo monárquico), insurgindo a classe burguesa contra os poderes e dominação da

¹⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 32-33.

nobreza e do clero¹⁰⁹. A sua forma mais elaborada repousa na teoria do contrato social, o qual assume diferentes modelos¹¹⁰.

Nessa perspectiva, o movimento iluminista enxerga o crime como um fato individual, uma mera transgressão à norma imposta, razão pela qual a Criminologia Clássica se preocupa mais com o fato praticado do que com as características ou estudo do autor, já que este teria consciência e livre arbítrio, sendo a sua decisão de cometer o fato delituoso livre e soberana.

Dessa maneira, os três postulados sintetizadores da teoria clássica são: a racionalidade do delinquente; o contrato social como fundamento da constituição do Estado e da sociedade civil; e a concepção utilitária do castigo. Falta a ela investigação quanto às causas do crime, sendo a pessoa do criminoso menosprezada em seu estudo, o que acarreta a carência de contribuição à construção de medidas político-criminais de prevenção ao crime¹¹¹.

Quanto à essa perspectiva acerca da pena, destaca-se o trabalho de Jeremy Bentham (1748-1832), um dos maiores representantes das construções teóricas utilitárias do castigo, bem como precursor de políticas criminais penitenciárias. Segundo o autor, a dor e o prazer são

¹⁰⁹ Sobre o Iluminismo destacam-se as seguintes lições: “O iluminismo, ou Ilustração, foi o movimento em que a burguesia empreendeu claramente sua luta contra esses poderes tradicionais da nobreza e do clero e que também enfrentou, em parte o próprio absolutismo monárquico. De acordo com isso, ela tentaria desenvolver democraticamente o exercício deste poder em conformidade com o conceito de soberania. Aceitou, então, a noção monárquica de soberania, reconhecendo, porém, que esta não é propriedade de um particular, mas sim que está configurada por todos que passaram da condição de súditos à de cidadãos” (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, pp. 125-126).

¹¹⁰ “O contrato tem duas partes. Na primeira, os indivíduos decidem entre eles criar a autoridade superior; e na segunda eles pactua com esta autoridade, entregando-lhe, em confiança, a condução de alguns interesses para sua melhor consecução, porém com a ressalva de que os direitos naturais não dependem dessa instituição. Como se observou, não é o medo o que leva os homens a constituir o Estado, mas sim a busca de um estágio superior no qual seus direitos naturais sejam garantidos e possam atuar. Recorre-se, assim, a uma figura contratual historicamente fundada, na qual o consenso dos indivíduos para configurar um Estado político não significa a cessão de todos os seus atributos nem o aparecimento destes como diretos no “contrato”, mas sim que alguns destes atributos, como o mais importante de todos que é a propriedade, preexistem ou subsistem à constituição do Estado” (Ibd., p. 128).

¹¹¹ “Falta na Escola Clássica uma preocupação inequivocamente “etiológica” (preocupação em indagar as “causas” do comportamento criminoso), já que sua premissa *iustnaturalista* a conduz a atribuir a origem do ato delitivo a uma decisão “livre” do seu autor, incompatível com a existência de outros fatores ou causas que pudessem influir no seu comportamento. É, pois, uma concepção mais “reativa” que “etiológica” e, como conclusão só pode oferecer uma explicação “situacional” do delito”. (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos*. 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pp. 160-161).

sentimentos orientadores de todo o comportamento humano, não sendo diferente com a conduta criminosa, havendo, assim, uma verdadeira ponderação de valores, em outras palavras, um cálculo hedonístico. Dessa forma, o delinquente seria um ser inteligente e racional, buscando o máximo de felicidade e o mínimo de insatisfação¹¹².

No que se refere à metodologia utilizada, os clássicos utilizam o método abstrato-formal-dedutivo, isto é, baseando-se na noção de Direito Natural, criam seus principais postulados acerca do crime, desprezando análises profundas sobre a figura do criminoso e da realidade social¹¹³.

Um dos percussores dessa escola foi Cesare Beccaria, com a publicação da sua obra *Dos Delitos e Das Penas* (1764). Em seu livro, ele critica a irracionalidade, a arbitrariedade e a desproporcionalidade das penas e das leis processuais penais do século XVIII. Discípulo de Montesquieu e baseado na ideia de contrato social, Beccaria fundamenta no princípio da legalidade a base para a elaboração das leis e aplicação das penas de forma justa e tendo uma visão utilitarista da aplicação da reprimenda estatal¹¹⁴.

Outro importante nome da corrente clássica é Francesco Carrara, tendo este, com a publicação de sua obra intitulada *Programa do Curso de Direito Criminal* (1859), sido o responsável pela propagação da Criminologia Clássica na Itália e pela própria construção lógica-jurídica do sistema penal italiano, assim, nas palavras de Alessandro Barrata “Com Carrara nasce, já antecipadamente pelo magistério de Carmignani, seu predecessor na cátedra pisana, a moderna ciência do direito penal italiano”¹¹⁵. Segundo a visão *carrariana*, ao mesmo

¹¹² “Bentham partia de uma premissa elementar: o modo de evitar o cometimento de delitos não pode ser outro que aproveitar o hedonismo que rege o comportamento humano. Que o potencial infrator verifica que o seu delito teria mais consequências negativas do que consequências positivas para ele” (MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 412).

¹¹³ MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 406.

¹¹⁴ “As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, Cesare, op. cit., p. 28.)

¹¹⁵ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 36.

tempo que se tece uma rigorosa visão jurídica do delito, não se separa de um impulso jusnaturalista, assim, o Direito não consiste em uma mera reunião de leis, mas uma lei que é absoluta¹¹⁶.

Nesse cenário, se concebe a Teoria Clássica como um marco a separar o pensamento irracional e mitológico acerca do crime e da aplicação das penas para a tentativa de sistematização abstrata e mais racional da criminalidade, embora seu objeto seja limitado apenas ao delito. Se por um lado a Criminologia Clássica promove a sistematização do Direito Penal e do pensamento criminológico em bases mais firmes; por outro, falha na prevenção e controle do crime, ao deixar de fornecer respostas sobre suas causas.

4.3.2 FASE CIENTÍFICA

Ultrapassado esse primeiro estágio de pensamento, e como reação crítica aos postulados da Escola Clássica, inaugura-se a fase que consagra a Criminologia como uma ciência empírica e interdisciplinar. O Positivismo Criminológico representa, portanto, um novo momento na criminologia, com novos métodos, objetivos e perspectivas.

Enquanto os clássicos reuniram seus esforços contra as arbitrariedades e irracionalidades do sistema penal do Antigo Regime, o Positivismo se preocupará em analisar, de forma lógica e científica, as causas do crime por meio do método empírico de estudo da realidade social e das leis naturais¹¹⁷.

¹¹⁶ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: parte geral*. Vol. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 10 e ss.

¹¹⁷ “O positivismo criminológico representa o momento científico, segundo a famosa lei de Comte sobre as fases e os estágios do conhecimento humano: a supremacia, portanto, dos estágios mágico e teológico (pensamento antigo) e abstrato ou metafísico (racionalismo ilustrado). Significa também - segundo Ferri - uma mudança radical na análise do crime: os clássicos lutaram contra a punição, contra a irracionalidade do sistema criminoso do antigo regime; a missão histórica do positivismo, pelo contrário, será a luta contra o crime, a luta contra o crime através de um conhecimento científico das suas causas, (*vere scire est per causas scire*), para proteger a ordem social: a nova ordem social da nascente sociedade burguesa industrial” (MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 447, tradução nossa).

Assim, em contraponto à corrente anterior, a Criminologia Positivista tenta superar as premissas abstratas acerca do crime e desenvolve postulados científicos sobre as causas do delito e as formas de controle social. Para isso, enxerga-se no método positivo das ciências naturais o caminho da cientificidade e segurança, o qual consiste eminentemente na observação e na verificação empírica dos fatos que, por sua vez, possibilitam a construção de hipóteses ou leis gerais e a identificação das origens das práticas delitivas; nesse cenário, o método indutivo contribui para a determinação universal dessas leis¹¹⁸.

O século XIX foi marcado pelo desenvolvimento de estudos científicas e organicistas e, prioritariamente, pela psiquiatria, os quais influenciaram sobremaneira as correntes criminológicas do positivismo. Dessa forma, antes de Cesare Lombroso ter inaugurado teses sobre determinismo biológico, elas são, antes de mais nada, resultado e conclusão das ideias que já estavam sendo elaboradas nesse período, com especial ênfase ao estudo da medicina forense, a qual acaba fornecendo um discurso científico e argumentativo para as correntes criminológicas surgidas a partir desse momento¹¹⁹.

A Frenologia, por exemplo, ciência precursora das atuais Neurofisiologia e Neuropsiquiatria, foi fundada pelo médico Franz Joseph Gall (1758-1828), o qual, através do seu estudo e observação em crânios (tendência que mais tarde ficou conhecida como craniologia), foi capaz de apontar 38 faculdades mentais e criou mapas topológicos pelos quais

¹¹⁸“O positivismo científico é a designação geral de um tipo de conhecimento qualificado pelo uso sistemático do método positivo das ciências naturais para sua aquisição. Esse método supõe a existência real de leis gerais que determinam os fenômenos da natureza, e a sua aplicação visa identificar essas leis gerais, compreendidas sob o conceito de causas: a ciência positiva significa o conhecimento organizado das relações causais dos fenômenos naturais, produzido pela aplicação do método positivo, consistente na observação regular e reprodução experimental dos fenômenos observado.”(SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. 1ª ed., São Paulo: Tirant Brasil, p. 43).

¹¹⁹ “Com o industrialismo, a concentração urbana obrigou a recolher os doentes mentais e os infratores contra a propriedade em instituições totais estatais: *manicômios* e *cárceres* (...). Por obra dos psiquiatras dedicados à medicina forense, os médicos ofereceram seu discurso à polícia e, deste modo, combinaram o saber com o poder, quitaram a hegemonia discursiva dos juristas e filósofos e oficializaram a criminologia etiológica, usualmente conhecida como *positivismo*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., p. 44).

diagnosticava características mentais e psicológicas¹²⁰, inclusive para as causas do crime, as quais poderiam ser identificadas por meio de más-formações ou disfunções cerebrais.

Outros ramos do conhecimento também tiveram destaque no século XIX, como a psicologia, a antropologia e a fisionomia. Essas ciências culminaram para que, em 1876, Cesare Lombroso publicasse a sua obra intitulada *O Homem Delinquente*, a qual promove o caráter científico à Criminologia, objetivo primordial do positivismo criminológico.

Nesse cenário, a teoria *lombrosiana* representará a orientação antropológica do Positivismo. O referido trabalho do autor resume a sua investigação, a qual conta com o exame minucioso de 383 crânios de criminosos, sobre os quais Lombroso passa a reconhecer anomalias¹²¹ e diversas variáveis que possibilitariam identificar uma *etiologia* do crime¹²².

Em sua teoria, destaca-se a tipologia dos delinquentes, na qual Lombroso afirma existir seis tipos: o delinquente nato, o louco moral, o epilético, o delinquente louco, ocasional e o passional. A figura do criminoso nato é, sem dúvidas, o centro do seu pensamento, muito embora essa expressão não tenha sido utilizada pela primeira vez por Lombroso¹²³, ganhando com ele uma função de estigma físico.

Dessa forma, para esse autor, o delinquente nato é uma subespécie de humano degenerado e inferior aos demais, marcado por anomalias identificáveis e transmitidas hereditariamente. Assim, o positivismo *lombrosiano* também é caracterizado pelo determinismo biológico, no qual o livre arbítrio do delinquente é mera ficção¹²⁴.

¹²⁰ “Em matéria criminológica, Gall estava profundamente interessado nos alienados e criminosos, assim, ele disse que “os graus de culpa e expiação diferem de acordo com a condição dos indivíduos” (...).O crime, diz Gall, pode ser causado por um desenvolvimento parcial do cérebro, não combatido; esse desenvolvimento produz um excesso de um certo sentimento que leva ao crime; assim, o roubo é o resultado de um excesso do sentimento de propriedade; lesões e homicídio devido a um excesso de sentimento de defesa; crimes sexuais por excesso de sentimento reprodutivo, etc.”(MANZANERA, Luis Rodríguez. *Criminología*. 2º ed., Editorial Porrúa: México, 1981, pp. 184-184, tradução nossa).

¹²¹ LOMBROSO, Cesare, op. cit., p. 126.

¹²² Ibid., p. 120; FERRI, FERRI, Enrico Ferri. *Sociologia criminal*. Tomo I. Trad. Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1908, pp. 48-49.

¹²³ MOLINA, Antonio García-Pablos. *Tratado de criminología*. p. 419.

¹²⁴ “De acordo com o seu ponto de vista, o delinquente padece uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais (fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimentos dos arcos supraciliais, assimetrias cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, grande desenvolvimento das maçãs do rosto, orelhas em

Logo, se para Lombroso o crime é um fenômeno natural, a pena encontra a sua legitimidade no direito que a sociedade tem de se defender, de sorte fundar-se sua teoria da pena na própria figura do delinquente, respeitando a tipologia sistematizada por ele; portanto, a reprimenda pela transgressão de uma norma deve ser individualizada, ajustada às peculiaridades de cada caso concreto¹²⁵, distinguindo-se a depender de qual tipo de criminoso se trata (nato, ocasional, passional etc). Quanto ao delinquente nato, frente a sua incorrigibilidade, Lombroso sugere a pena capital como medida excepcional e extrema para a defesa da sociedade.

A obra que mais lhe deu destaque, *O Homem Delinquente*, sofreu, ao longo do trabalho do autor, várias alterações, uma vez que ele mesmo reconhecia falhas em sua teoria, mas, não obstante os seus acertos e correções, muitas críticas¹²⁶ ao seu pensamento se sucederam. Dentre as várias objeções, destacam-se: a carência de cientificidade de sua tese evolucionista acerca de tratar os criminosos como espécie humana mais primitiva; outra questão apontada é o caráter de doença e atávico do crime, ou seja, a relação entre um perfil físico estigmatizante¹²⁷ e uma tendência delitiva, isto é, a crítica à própria ideia de determinismo biológico¹²⁸; por fim, a escassa importância dada aos fatores sociais e ambientais, reforçando o

forma de asa, tubérculo de Darwin, uso frequente de tatuagens, notável insensibilidade à dor, instabilidade afetiva, uso frequente de um determinado jargão, altos índices de reincidência etc.).”(GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., pp. 179-180).

¹²⁵ LOMBROSO, Cesare. op. cit., p. 429.

¹²⁶ No que tange às críticas em face da teoria criminológica de Lombroso, destacam-se os seguintes posicionamentos: “Censura-se em Lombroso seu particular evolucionismo carente de toda base científica, já que nem o comportamento de outros seres vivo é extrapolável ao do homem, nem se demonstrou a existência de taxas superiores de criminalidade dentre as tribos primitivas, senão o contrário. Costuma-se reprovar, também, o suposto caráter atávico do delinquente nato e o significado que Lombroso atribui aos ‘estigmas’, em seu entender, degenerativos. Não parece que exista correlação necessária alguma entre os stigmas e uma tendência criminosa (...). Não existe, pois, o ‘tipo criminoso’, de caráter antropológico, diferente de qualquer outro indivíduo não-delinquente. Não é correto, ademais, examinar o crime sob a ótica exclusiva do autor, menosprezando a relevância dos fatores exógenos, sociais etc” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p.180).

¹²⁷ “A criminologia, oficializada desta maneira, com carta de apresentação mundial através da divulgação extraordinária das teorias de Cesare Lombroso, seguiu seu curso. Ofereceu ao mundo um discurso que permitiu considerar inferiores os colonizados, pois os criminosos europeus assemelhavam-se a eles; tachou como doentes os dissidentes políticos; reforçou os preconceitos estéticos do estereótipo criminal (...)” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., pp. 51-52).

¹²⁸ É importante deixar claro que Lombroso não desprezava por completo os fatores psicológicos e sociais, como muitos sustentam; todavia, esses elementos exógenos tinham pouca importância ou influência na formação do

impacto criminológico no acervo biológico dos indivíduos (o delinquente “nasce” delinquente)¹²⁹.

Por outro lado, não se nega a importância que os postulados criminológicos desenvolvidos por Cesare Lombroso possuem seu mérito¹³⁰. Embora hoje pareçam teses ultrapassadas, há que se estipular relevante o método empírico do estudo da criminalidade, até então ignorado. A sua principal contribuição para a criminologia reside no protagonismo dado à figura do homem delinquente e no método empírico utilizado, o qual, embora controverso para os padrões científicos da modernidade, representou um avanço na cientificidade da Criminologia, em contraponto às explicações puramente racionalistas dos clássicos¹³¹, trazendo à tona a análise minuciosa do criminoso, antes ignorado na Escola Clássica.

Seguindo as lições do seu antecessor, Enrico Ferri (1856-1929) foi o encarregado de dar continuidade à Escola Positivista quanto à reação ao pensamento clássico, inaugurando a Sociologia Criminal e fundando a revista *La Scuola Positiva*, responsável pela difusão da corrente positiva italiana.

Assim como Lombroso, Ferri rechaça a ideia de livre-arbítrio¹³², tratando-a como mera ficção, incapaz de fundamentar a imputabilidade do agente¹³³. Porém, faltava mais para

criminoso, não sendo eles determinantes; o livre-arbítrio, em sua teoria, é uma ficção. Nesse sentido: LOMBROSO, Cesare. op. cit., p. XI; BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 39.

¹²⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 468.

¹³⁰ “Para concluir, podemos dizer que Lombroso teve o grande mérito de sistematizar toda uma série de conhecimentos até então totalmente dispersos. Alega-se que Lombroso não é original em sua teoria. É provável que isso seja verdade; ninguém pode ser totalmente original; Diz-se ser atormentado com erros; é verdade, ninguém é perfeito; No entanto Lombroso dá vida a uma nova ciência, ciência de grande futuro e escopo insuspeito: Criminologia” (MANZANERA, Luis Rodríguez, op. cit., p. 277, tradução nossa).

¹³¹ “Na realidade, a ideologia da burguesia em ascensão, quando submetida às falências das expectativas otimistas depositadas nas mudanças de paradigmas do capitalismo, que não só não diminuíram a dimensão da criminalidade, como ainda foram incapazes de entender o grave momento histórico e criminal decorrente da Revolução Industrial, fez com que surgisse uma aguda, considerável e irresponsável crítica em relação ao pensamento denominado clássico. Foi exatamente nesse clima que surgiu a crítica positivista. Independente de suas hipóteses serem, ou não, adequadas, também não se pode deixar de considerar a existência de um amplo flanco aberto às críticas deixado pelos clássicos” (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., pp. 86-87).

¹³² Essa foi justamente a tese de doutoramento de Enrico Ferri, intitulada “*La negazione del libero arbitrio e la teoria dell'imputabilità*” (1877).

¹³³ “O raciocínio que o senso comum e a filosofia tradicional, e com eles a escola clássica do direito penal, fundou a punibilidade do homem pelos crimes que ele executa, é o seguinte: O homem é dotado de bétula livre, liberdade moral; pode querer bem ou mal; se ele escolher o mal, ele será imputável e será punido. Dependendo se é ou não livre, ou, mais ou menos livre na escolha do bem ou do mal, é atribuível ou não, ou mais ou menos imputável e

que conseguisse ser reconhecido como positivista: faltava-lhe a identificação do método de investigação, característica importante para diferenciação em relação à teoria clássica. Dessa forma, Ferri também passou a visitar prisões e examinar crânios, familiarizando-se com as concepções antropológicas e, em consequência, com o método empírico de pesquisa, segundo o qual era o único considerado “científico”.

Por outro lado, diferentemente de Cesare Lombroso, a ênfase das investigações de Enrico Ferri volta-se para as ciências sociais¹³⁴. Nessa perspectiva, para o autor, o crime é resultado de fatores biológicos, físicos e sociais, em um verdadeiro fenômeno funcional, caracterizando, assim, sua sociologia criminal moderada e integradora, na qual a criminalidade não é produto exclusivo de anomalias biológicas ou sociais¹³⁵.

Não obstante o reconhecimento de fatores biológicos, a teoria da criminalidade de Ferri confere prioridade aos elementos sociais, uma vez que, em seu entendimento, a eles se dariam a maior influência quanto ao incremento da criminalidade; e, por outro lado, também seriam os mais suscetíveis às mudanças legislativas a fim de corrigi-los, como parte de uma

punível. A escola positiva do direito penal não aceita este silogismo legal, por duas razões principais: primeiro, porque a fisiopsicologia positiva destruiu completamente a crença do livre-arbítrio, da liberdade moral, demonstrando que é uma pura ilusão de observação psicológica subjetiva; em segundo lugar, porque, embora o critério de imputabilidade individual seja aceito, há dificuldades intransponíveis, tanto na teoria quanto na prática, para a aplicação - casos especiais e erros de campo livre, fazendo falsas deduções » é a partir dos novos e incontestáveis dados da fisiologia, erros muito vantajosos - criminosos, e que estão constantemente em perigo - a parte honesta da sociedade” (FERRI, Enrico. *Los nuevos horizontes del Derecho y Procedimiento Penal*. 2º ed., Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1887, p. 24, tradução nossa).

¹³⁴ “Ferri é justamente conhecido por sua equilibrada teoria da criminalidade (equilibrada apesar da sua particular ênfase sociológica), por seu programa ambicioso político-criminal (substitutivos penais) e por sua tipologia criminal, assumida pela *Scuola Positiva*. Ferri censurou os “clássicos” porque renunciaram a uma teoria sobre a gênese da criminalidade, conformando-se em partir da constatação fática desta, uma vez ocorrida. Propugnava, em seu lugar, por um estudo “etiológico” do crime (...).” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., pp. 181-182).

¹³⁵ “Os fatores antropológicos, inerentes à pessoa do agressor, são o primeiro coeficiente de crime; porque a pessoa do ofensor, como a de qualquer outro homem, deve ser considerada, ou como um indivíduo em si mesmo (...). Para a segunda subdivisão dos fatores antropológicos, a constituição psíquica do agressor, pertencem todas as anomalias de inteligência e sentimentos, especialmente o senso moral, e todas as especialidades da literatura e do jargão criminoso (...). Para a terceira subdivisão de fatores antropológicos, os caracteres pessoais do ofensor, além das condições biológicas (...). Em seguida, vem a série de fatores físicos do crime(...). Resta, enfim, indicar quais são os fatores sociais do crime, que resultam do meio social em que o agressor vive (...). Em resumo, um conjunto de causas latentes que unem, fundem e combinam, passando despercebidas pelos teóricos e praticantes, os criminalistas e os sociólogos” (FERRI, Enrico, op. cit., pp. 217- 218, tradução nossa).

política criminal¹³⁶. Nesse liame, a finalidade da pena, em sua teoria, estaria reservada à defesa da sociedade e não ao castigo do delinquente¹³⁷, respeitando a periculosidade do agente e a gravidade da motivação.

Quanto à sua proposta de política criminal de prevenção ao delito, Ferri apresenta a teoria dos “substitutivos penais”, na qual se questiona a capacidade do Direito Penal em neutralizar o fenômeno criminógeno¹³⁸. A sua tese demonstra não ser o mero rigor das penas suficientemente eficaz para manter a ordem e a defesa da sociedade, pois, como o próprio autor já esclareceu, o crime é um fenômeno multifatorial que responde não apenas a uma ordem específica de elementos, mas que conta com a influência de diferentes causas; a pena, nesse contexto, se limita a neutralizar, quando muito, apenas os fatores psicológicos do agente, não sendo, portanto, o único instrumento de combate e prevenção ao crime.

Dessa forma, o poder punitivo estatal (*ius puniendi*) deve, para alcançar maior efetividade, adotar um novo viés de aplicação, ou seja, ao invés de atuar de forma violenta e repressiva contra o delito o qual, por sua vez, já aconteceu, será mais eficiente trabalhar de forma contínua e progressiva na eliminação dos diversos fatores criminógenos, em especial aqueles de caráter social.

¹³⁶ Ibid., pp. 220-221.

¹³⁷ “É claro que a pena não deve ser uma punição por culpa moral, mas simplesmente um meio de defesa social contra crimes futuros pelos três modos de eficácia preventiva, que os juristas alemães, Benthon e outros chamam de prevenção especial (contra a repetição de ataques por parte do agressor); de prevenção geral (contra a imitação do crime por aqueles com más inclinações), e de prevenção indireta (ou para dar valor ao ódio honesto e excitado e aversão ao crime), é natural dizer, portanto, que a pena, que é a defesa social, deve ser medida em relação ao perigo futuro que o crime cometido determina, pelo alarme produzido e por sua variada reprodução em determinadas circunstâncias de tempo e lugar.” (Ibid., p.107, tradução nossa).

¹³⁸ “Sua tese é a seguinte: o delito é um fenômeno social, com uma dinâmica própria e etiologia específica, na qual predominam os fatores “sociais”. Em consequência, a luta e a prevenção do delito devem ser concretizadas por meio de uma ação realista e científica dos poderes públicos que se antecipe a ele e que incida com eficácia nos fatores (especialmente nos fatores sociais) criminógenos que o produzem, nas mais diversas esferas (econômica, política, científica, legislativa, religiosa, familiar, educativa, administrativa etc.), neutralizando-os. A pena, conforme Ferri, seria, por si só, ineficaz, se não vem precedida ou acompanhada das oportunas reformas econômicas, sociais etc., orientadas por uma análise científica e etiológica do delito. Por isso é que ele propugnava, como instrumento de luta contra o delito, não o Direito Penal convencional, senão uma Sociologia Criminal integrada, cujos pilares seriam a Psicologia Positiva, a Antropologia Criminal e a Estatística Social” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., pp.181-182).

Em resumo, Ferri propõe uma política-criminal preventiva que se antecipe ao cometimento do fato criminoso, agindo nas suas raízes; assim, os *substitutivos penais* consistem nos instrumentos utilizados pelo Estado para promover modificações nos fatores sociais do delito¹³⁹. Nesse sentido, o papel do legislador assume importante relevância nas reformas legislativas a fim de promover essa mudança, não se olvidando dos estudos científicos acerca das leis fisiológicas e sociológicas.

Só assim será possível permitir uma transformação, ainda que indireta, mas considerada mais eficaz, na neutralização da criminalidade. À vista disso, a política criminal dos substitutivos penais satisfaz os postulados do Positivismo, na medida em que luta no combate ao crime mediante o uso de estratégias com embasamento científico, com especial ênfase na sua prevenção¹⁴⁰.

Por último, o terceiro grande nome do positivismo italiano é o de Raffaele Garofalo (1851-1934): embora seus postulados se adequassem à Escola Positiva, ele ficou marcado pela moderação e equilíbrio das suas premissas metodológicas, as quais permitem diferenciá-lo da antropologia de Lombroso e da sociologia de Ferri. Os três principais fundamentos capazes de resumir a sua teoria são: o conceito de “delito natural”, a sua teoria da criminalidade e o fundamento da pena¹⁴¹.

Para esse autor, a Escola Positiva tinha se preocupado até então com a figura do delinquente, reunindo esforços para identifica-lo; entretanto, faltava-lhe a definição do que seria

¹³⁹ “Substitutos penais que, uma vez admitidos na nova sociologia criminal, nas convicções e costumes dos legisladores, serão antídotos, especialmente contra os fatores sociais da criminalidade, e muito mais práticos, de aplicação mais fácil que a metamorfose social universal que prega a parte menos positiva do socialismo, que, com a impaciência das aspirações generosas, ultrapassa os limites da viabilidade dessas medidas e esquece a tirania da lei da evolução, mesmo na vida da sociedade. Substitutos penais, cujo conceito é resumido em que o legislador, estudando o progresso da atividade individual e social, investigando as origens, condições, efeitos, conhecer as leis fisiológicas e sociológicas para possuir uma grande parte dos fatores criminosos, especialmente sociais, para influenciar indiretamente este caminho, mas mais seguro sobre o progresso da criminalidade” (FERRI, Enrico, op. cit., p. 269, tradução nossa).

¹⁴⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 479.

¹⁴¹ “A grande preocupação de Garófalo foi a aplicação da Teoria Criminológica à prática, tanto nos aspectos legislativo como judicial, assim, faz o primeiro esquema de sentenças não de acordo com o crime, mas com a classificação dos criminosos” (MANZANERA, Luis Rodríguez, op. cit., p. 221, tradução nossa).

considerado crime, objeto principal da própria ciência em estudo, a Criminologia. Por esse motivo, pretendeu criar uma espécie de matéria dentro da ciência criminológica, a fim de delimitar de forma mais concreta e independente o seu objeto, a qual ficou conhecida como “delito natural”¹⁴².

O delito natural consistia naquelas condutas que, independentemente do tempo e da sociedade, por si só constituíam infrações a serem consideradas criminosas, porque feririam os dois sentimentos básicos que regem a humanidade¹⁴³: a piedade, isto é, a rejeição de causação voluntária de sofrimento a alguém; e a probidade, que é o respeito aos direitos de propriedade alheios¹⁴⁴. Sendo ambos perenes na história e essenciais para a convivência social, seriam, então, os elementos necessários para qualificar uma ação como criminosa¹⁴⁵.

Quanto à teoria da criminalidade, Garofalo possui o mérito de ter tentado relacionar o conceito de delito, o qual até então era pouco mencionado, com as noções de delinquente. Dessa maneira, refutou a tese de um criminoso nato trazida pela teoria antropológica radical, pois não havia evidências que o “tipo criminoso” poderia ser identificado com tais dados. Em sua visão, o que acometia os delinquentes era uma anomalia psíquica ou moral, ou seja, uma perturbação quanto à sua sensibilidade moral¹⁴⁶. Nesse liame, anomalia moral difere da doença

¹⁴²“Nós não procuraremos indagar se todos os atos que o nosso tempo e a nossa sociedade consideram *criminosos* tiveram ou deixaram de ter em *todos os tempos e em todos os lugares* a mesma significação (...). O problema que nos propomos é outro: é o de saber se, entre os delitos previstos pelas nossas leis *atuais*, há *alguns* que em todos os tempos e lugares fossem considerados puníveis. A resposta afirmativa parece impor-se, desde que pensamos em atrocidades como o parricídio, o assassinato com intuito de roubo, o homicídio por mera brutalidade. E, contudo, não será difícil encontrar fatos que nos obriguem a sustentar a negativa” (GAROFALO, Rafaelle. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Trad. Julio de Mattos. 4ª ed., São Paulo: Nabu Press, pp. 28-29, tradução nossa).

¹⁴³ “Parece, pois, necessário renunciar absolutamente à esperança de encontrar atos universalmente considerados criminosos e universalmente punidos. Não se conclua, ainda assim, pela impossibilidade de obter a noção de delito natural. O que importa é mudar de método, substituindo a análise dos *atos* pela análise dos *sentimentos*. E, de fato, no conceito do delito aparece sempre a lesão a algum daqueles sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano e no seu conjunto formam o que se chama de *senso moral*” (Ibd., p. 30).

¹⁴⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., pp. 482-483.

¹⁴⁵“De tudo o que acaba de ser dito precedentemente pode concluir-se que o elemento de moralidade necessário para a consciência pública qualifique de criminoso uma ação, é a ofensa feita à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade e probidade* (...). Essa ofensa é precisamente o que nós chamaremos de *delito natural*. Seguramente, se isto não constitui uma verdadeira definição do delito, é pelo menos uma determinação dele que me parece muito importante” (GAROFALO, Rafaelle. op. cit., p. 64).

¹⁴⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 484.

mental, pois não se trata de um fator patológico, mas sim de mera “variação psíquica”, a qual pode ser hereditária e mais frequentemente encontrada em membros de “raças inferiores”¹⁴⁷.

Por fim, a teoria da pena, assim como as demais do positivismo, se trata da eficaz defesa da sociedade, aqui, com especial ênfase na prevenção especial. Nesse sentido, Garofalo defende a pena de morte como consequência da tese do *darwinismo social* que influencia a sua teoria. Logo, na natureza, as espécies que menos se adaptam estão condenadas à morte; seguindo esse exemplo, a civilização humana deveria eliminar aqueles que, ao não possuírem ou violarem os sentimentos de piedade e probidade, se mostrarem inadaptados à vida em sociedade.¹⁴⁸

Foi o próprio autor quem introduziu a noção de “periculosidade”, definida como a “perversidade constante e ativa”. Segundo esse conceito, a pena, sendo necessária para a prevenção do delito, não deveria ser proporcional apenas ao dano causado, mas sim à *temibilidade* apresentada pelo agente. Logo, aos “delinquentes naturais”, aqueles carecedores desse sentimento de altruísmo, a medida a ser imposta deveria respeitar o grau de perigo do autor do fato¹⁴⁹.

De todo o exposto, nota-se que a Escola Positivista se apresenta como uma superação e um contraponto ao liberalismo clássico, isento de qualquer base científica acerca das causas do crime, ao mesmo tempo em que reivindica instrumentos eficazes para a defesa da sociedade, sendo esse o objetivo da pena. Logo, fundamentam o direito de punir do Estado

¹⁴⁷ Quando o autor se refere à prática do canibalismo como ato cruel e contrário aos sentimentos de altruísmo, mas aceito em algumas civilizações, ele explica: “Mas como já notamos, são bem poucas as raças em que tais costumes se encontram, e essas das mais ínfimas, das mais degeneradas da espécie: os Fidjanos, os Neozelandezes, os Australianos e alguns poucos povos do centro da África. Vestígios de costumes desta natureza de balde os procuraremos nos povos superiores (...)” (GAROFALO, Raffaele, op.cit., p. 57).

¹⁴⁸ Ibid., pp.88-93.

¹⁴⁹ “Para Garófalo, os delinquentes naturais, os inimigos naturais, seriam aqueles que carecem de tais sentimentos. E contra eles não haveria nenhuma medida ressocializadora possível. Foi ele que introduziu a noção de “periculosidade”, tão cara ao positivismo. Ele é o seu verdadeiro “inventor”, pois o havia utilizado pela primeira vez em um artigo publicado em 1878. A periculosidade – *temerità* – seria definida como “perversidade constante e ativa”, mediante a qual recomendava que a pena não devia ser proporcional ao dano ocasionado, mas sim à dita periculosidade do sujeito. Ao unir critérios dos psiquiatras e médicos do século XIX com os que eram próprios da ciência jurídica, Garófalo conseguiu aumentar o aspecto repressivo de ambos” (ANITUA, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 314).

(*ius puniendi*) na necessidade de defesa social e não apenas na mera utilidade de se punir a responsabilidade moral no indivíduo, uma vez não se acreditar em livre arbítrio.

4.3.3 A MODERNA CRIMINOLOGIA

Um dos maiores erros da Escola Positiva foi subvalorizar os fatores sociais como causas da criminalidade, tratando-os como meros elementos de influência no fenômeno, mas não preponderantes para o seu acontecimento. Embora Ferri e Garofalo, como já exposto, tenham tentado explorar e trazer à tona as condições exógenas à figura do delinquente, tal fato não foi o suficiente para superar a ideia de patologização do criminoso, concepção que impulsiona e caracteriza essa corrente criminológica.

Das incongruências das teses de um delinquente nato e delitos naturais, as teorias positivistas se mostraram insuficientes para explicar o fenômeno delitivo. Assim, nem as condições genéticas, estigmas físicos, anomalias biológicas, tampouco raça e gênero conseguem, por si só, compreender o crime, o qual, como conduta humana, responde a um processo de socialização.

Nesse contexto, a sociologia no século XIX se desenvolve como um novo modelo e métodos de investigação possível de conceber a criminalidade de forma mais ampla, tendo em vista o seu caráter multifatorial, pouco explorado pelo método positivista¹⁵⁰. Assim, a Sociologia Criminal introduzida por Enrico Ferri, não obstante tenha demonstrado a importância na análise de elementos externos ao indivíduo para o entendimento das condutas

¹⁵⁰“Por enfoques “multifactoriales” o “plurifactoriales” cabe entender un conjunto de orientaciones prioritariamente sociológicas y de cariz *eclético* que, sin excesivas pretensiones teóricas, pero con un método empírico inductivo, atribuyen el comportamiento criminal a la concurrencia de una pluralidad de factores heterogéneos (rasgos básicos del delincuente, vida familiar del mismo, incidencia de la escuela, organización del tiempo libre, etc.). Su ámbito temático preferido es la *delincuencia juvenil* y el *leit motiv* de las diversas investigaciones la idea de *desorganización*” (MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., p. 739).

criminosas, foi incapaz de integrar os elementos criminógenos a uma relação direta com os acontecimentos sociais, mas meramente teses fragmentarias sobre o tema.

Portanto, a moderna sociologia criminal não se preocupa em meramente relacionar os fatores sociais como influenciadores ou desencadeadores do delito, já que este é, na verdade, um fenômeno social¹⁵¹. Didaticamente, costuma-se distinguir dois grandes grupos de Escolas Sociológicas: as teorias do consenso e as teorias do conflito, os quais serão objeto de análise mais aprofundada no capítulo a seguir.

¹⁵¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit. p. 281.

5. AS ESCOLAS SOCIOLÓGICAS DO DELITO

Primeiramente, é importante justificar a escolha do recorte e aprofundamento deste trabalho sobre as escolas sociológicas do delito. Como visto em capítulo anterior, as teses positivistas de criminoso nato, de delitos naturais e as incessantes tentativas de enquadrar a ciência criminológica em moldes estritamente exatos e particulares das ciências da natureza, se mostraram insuficientes para explicar o fenômeno criminal, o qual parecia extrapolar aquela estrutura determinista e apresentar fatores e influências variável alheios a pessoa do criminoso.

Desta feita, é a partir dos estudos da macrosociologia que o objeto de estudo e o próprio enfoque da Criminologia se amplia e se redireciona para os fatores sociais e, mais que isso, passa a integrá-los aos elementos criminógenos em uma relação direta. É justamente das Escolas Sociológicas que nasceram as mais importantes teorias acerca da criminalidade e, conseqüentemente, das quais resultam propostas de política criminal que são objeto de estudo e aplicação atualmente.

Nesse liame, à medida que as teses positivistas com forte inclinação biológica se mostravam cientificamente de difícil comprovação em face do determinismo generalizado, as teorias criminológicas passaram progressivamente a adotar um viés mais sociológico. Dessa forma, a macrosociologia aparece como uma nova perspectiva de estudo das diferentes variáveis incidentes no cometimento do crime, isto é, a análise dos elementos macrosociais, sejam eles estruturais ou institucionais, que afetam o sujeito ativo e podem configurar como causas do delito.

Didaticamente, as principais teorias macrosociológicas podem ser organizadas em dois grandes grupos: as teses de cunho funcionalista ou teorias da integração, também conhecidas como teorias do consenso; e as teorias do conflito. Enquanto as primeiras sustentam que os objetivos da sociedade apenas são alcançados quando há concordância com as regras de

convívio e harmonia entre as instituições, fazendo com que os cidadãos compartilhem de objetivos comuns, aceitando as normas de vigência; as teorias do conflito, por sua vez, consideram que a suposta harmonia, traduzida em ordem, só é estabelecida por meio da imposição de valores por alguns e subordinação de outros¹⁵².

A partir dessa subdivisão, as teorias sociológicas acerca da criminalidade podem ser categorizadas a partir dos seus métodos e premissas. Assim, se enquadram como teorias do consenso: a Escola de Chicago, a Teoria da Associação Diferencial, a Teoria da Anomia e a Teoria da Subcultura Delinquente; já as teorias do *Labelling Approach* e Crítica partem das perspectivas do conflito. São sobre essas diferentes concepções que o trabalho passará a explorar.

5.1 TEORIA ECOLÓGICA

A Escola de Chicago, mais que uma corrente criminológica, representa o berço das mais importantes teorias da moderna sociologia criminal desde os primeiros anos do século XX. A profundidade da concepção social e ecológica abordada pela escola faz com que ela exceda os limites de uma mera teoria da criminalidade, promovendo, outrossim, novas perspectivas do entendimento desse fenômeno e da sua relação com a organização urbana e a distribuição geográfica da delinquência.

Na segunda metade do século XIX, os Estados Unidos sofreram profundas mudanças sociais, as quais explicam a preocupação da nova organização da sociologia criminal: a consolidação da burguesia industrial e comercial, a expansão da classe trabalhadora, o

¹⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., pp. 123-124.

consequente crescimento das cidades e os intensos movimentos migratórios para os grandes centros, como Chicago, em busca de trabalho¹⁵³.

A ampliação demográfica fez gerar em Chicago um contexto muito particular de diversidade cultural e, em consequência, um cenário de conflitos sociais, trabalhistas, morais e familiares, além da pobreza e da miséria nos bairros onde as minorias étnicas se agrupavam; criando espaço fértil para o desenvolvimento das ciências sociais, nesse quadro, a forma mais avançada e abrangente desses estudos se concentram na Universidade de Chicago, em especial no seu Departamento de Sociologia.

Dessa forma, o principal tema dessa escola é a *sociologia da grande cidade*, a qual concebe a análise do desenvolvimento urbano, da comunidade industrial, dos movimentos migratórios, grupos culturais minoritários, conflitos e da delinquência juvenil. O método de análise é essencialmente empírico e de campo, além da perspectiva transdisciplinar que inclui em seus objetos de estudo os diferentes aspectos da vida humana dentro da cidade.

Um dos pioneiros nesses estudos foi Robert E. Park (1864-1944), para quem a cidade não era um mero espaço geográfico, mas sim um organismo no qual diferentes seres humanos habitam com suas diferentes culturas e tradições¹⁵⁴. Essa concepção de espaço urbano será fundamental para o entendimento das teorias oriundas da Escola de Chicago, uma vez conceber a cidade como possuidora de uma estrutura e ordem particulares, além das construções

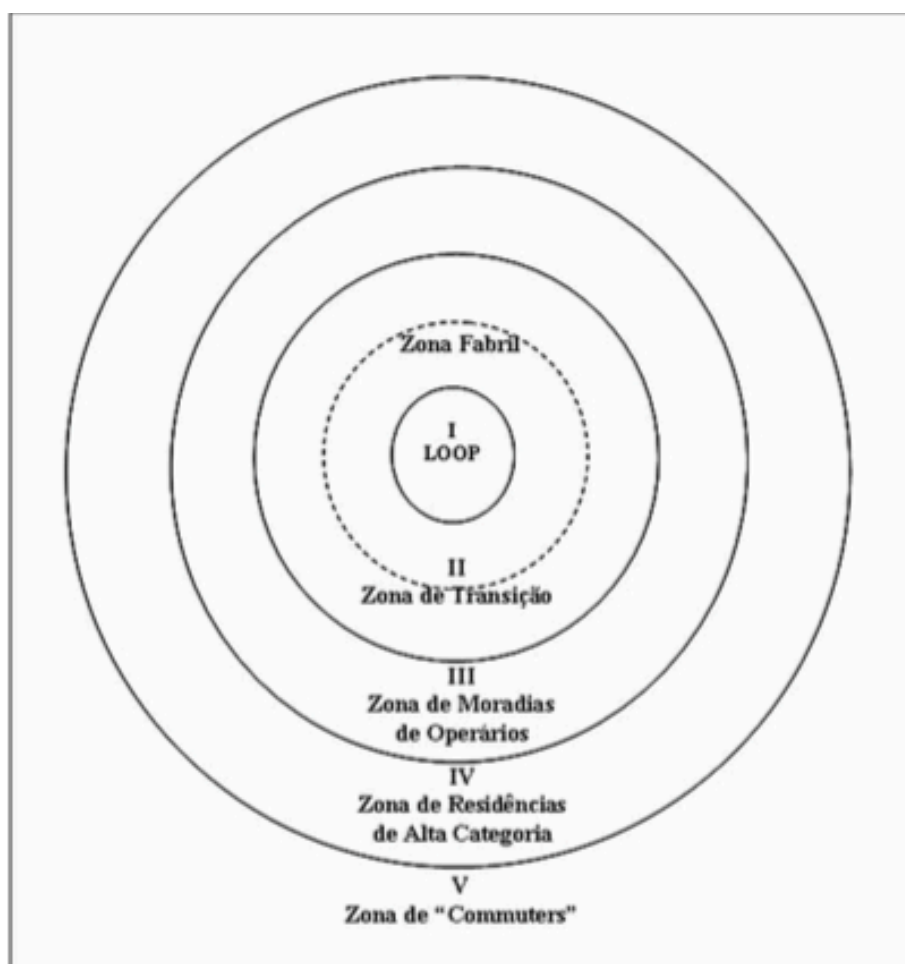
¹⁵³ “Os movimentos populacionais em grandes núcleos urbanos como Chicago explicam o interesse da Escola que estamos examinando. Basta recordar, por exemplo, que esta cidade tinha, em 1860, cerca de cento e dez mil habitantes; em 1870, trezentos mil; entre 1880 e 1890, cerca de meio milhão a um milhão e por volta de 1910, cerca de dois milhões. A explosão demográfica implicava, ademais, grandes movimentos (i)migratórios, graves problemas trabalhistas, familiares, morais, culturais etc” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – lei dos juizados especiais criminais*, p. 284).

¹⁵⁴ “A cidade é um estado de espírito, um corpo de costumes e tradições e dos sentimentos e atitudes organizados, inerentes a esses costumes e transmitidos por essa tradição. Em outras palavras, a cidade não é meramente um mecanismo físico e uma construção artificial. Está envolvida nos processos vitais das pessoas que a compõem” (PARK, Robert Ezra. *A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano. O fenômeno humano*. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 29.

físicas, o que, por sua vez, permite não somente diferenciar um perímetro urbano do outro, como também explica a sua influência sobre a conduta humana.

Seguindo essa imagem, Ernest W. Burgess (1886- 1966) desenvolve um modelo gráfico de como as cidades norte-americanas são organizadas e de como essa forma de crescimento configura como um fator crimínogeno capaz de elucidar o fenômeno da delinquência urbana¹⁵⁵.

Figura 1. Configuração de Zonas Concêntricas de Chicago.



Fonte: BURGESS, Ernest W. *The growth of the city*, em: PARK, Robert E.; BURGESS, Ernest W.; Mckenzie Roderick D. *The City*. Chicago: The University of Chicago, 1928. p. 51.

¹⁵⁵ BURGESS, Ernest W. *The growth of the city*, em: PARK, Robert E.; BURGESS, Ernest W.; Mckenzie Roderick D. *The City*. Chicago: The University of Chicago, 1928. p. 51.

Dessa forma, o modelo de crescimento típico dessas cidades se daria a partir de cinco zonas principais¹⁵⁶: a primeira delas seria o centro, chamando de *loop*, o qual seria o distrito central, por meio do qual a cidade passa a se organizar em sua volta e concentra a atividade comercial, industrial e administrativa da cidade; em seguida, há uma área de transição, motivo pelo qual sofre com a expansão da primeira zona, sendo objeto de degradação¹⁵⁷, e consequentemente se torna local de moradia menos compatível com as exigências de uma vida verdadeiramente digna, se submetendo a essas condições as pessoas de menos potencial aquisitivo¹⁵⁸; a terceira divisão, a qual ainda guarda certa proximidade com as anteriores, corresponde à região de moradia de trabalhadores que, embora tenham conseguido mover-se da zona de transição (mais degradada), permanecem interessados em ter fácil acesso ao trabalho; já o quarto lote diz respeito às moradias da classe média; e, por último, a quinta zona concentra as classes mais altas da população, com poder aquisitivo suficiente para residir longe do centro deteriorado, sendo, assim, a área mais nobre do perímetro urbano¹⁵⁹.

Dessa forma, a Escola de Chicago se utiliza dessa representação gráfica para explicar a estreita relação entre a distribuição geográfica da criminalidade por áreas e a sua dinâmica. Para isso, lança-se dois conceitos básicos: a desorganização social e a *gradient tendency*.

A desorganização social guarda íntima relação com mobilidade humana, uma vez que o crescimento das cidades, com os movimentos migratórios e imigratórios, faz criar um

¹⁵⁶ É importante restar claro que esse modelo não coincide com o padrão de crescimento de todas as cidades, foi realizado estudando os centros urbanos norte-americanos. De toda sorte, indica a importância da organização, concentração e distribuição da população nas cidades para o estudo da criminalidade urbana.

¹⁵⁷ Ao analisar essa área da cidade de Chicago, Clifford Shaw constata: “A característica mais óbvia desses bairros é a marca física da deterioração dos seus prédios e da forte presença de acumulação de detritos nas ruas e becos” (SHAW, Clifford R. *The natural history of a delinquent career*. Chicago: University of Chicago Press, 1938, p. 13, tradução nossa).

¹⁵⁸ Sobre o assunto, acrescenta Sérgio Salomão Schecaira: “Em Chicago, essa zona de transição se destinou a concentrar a maioria dos imigrantes, criando áreas morais de refúgio (*Chinatown, Little Sicily*). Vê-se, pois, que a segunda zona favorece a existência dos chamados guetos, área quase impenetrável aos desconhecidos” (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 149).

¹⁵⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 755.

verdadeiro processo de reurbanização, isto é, uma nova organização dos “recém-chegados” (como a busca de moradias e trabalho) naquela determinada estrutura urbana, acarretando o maior fluxo de pessoas entre as zonas, em especial naquelas de transição¹⁶⁰.

Em decorrência do aumento da mobilidade, resultado do aumento populacional, o papel da vizinhança, que antes desempenhava forte controle informal sobre o comportamento dos demais, passa a ser enfraquecido, uma vez estarem as pessoas em constante mudança na busca de novas metas (ritmo de vida que as grandes cidades impõem), não criando mais, portanto, vínculos capazes de frear condutas consideradas socialmente inapropriadas¹⁶¹.

Logo, a desorganização provoca a debilitação das instituições sociais e primárias de controle (família, igreja, escola, local de trabalho etc.), de tal forma que deteriora as relações interpessoais, tornando-as superficiais e ineficazes, criando um ambiente desorganizado e criminógeno¹⁶². Dessa forma, para a teoria ecológica, quanto maior a mobilidade social, maior será o índice de desordem e, conseqüentemente, as taxas mais preocupantes de criminalidade¹⁶³.

Nesse cenário, a Escola de Chicago desenvolve o conceito de *gradient tendency*, a distribuição das áreas de delinquência¹⁶⁴. Em sua perspectiva, como visto, a cidade avança obedecendo zonas de crescimento, de modo que, estudando os condicionamentos urbanos da

¹⁶⁰ SHAW, Clifford R., op. cit., p. 14.

¹⁶¹ “O segredo básico do controle do crime no passado tem sido a autoproteção informal da comunidade pequena e homogênea. Antigamente, as pessoas cuidavam de seus vizinhos; e como o crime aumentou na década de 1960, o mesmo aconteceu com a nostalgia da era passada aparentemente mais segura. O desaparecimento de tais bairros autoprotetores era geralmente considerado uma consequência inevitável da mudança social. Comunidades étnicas fortemente unidas estavam se dispersando. As pessoas entravam e saíam de áreas urbanas tão rapidamente que novos laços não tinham tempo para se formar” (MURRAY, Charles A. *The physical environment and community control of crime*. Em: WILSON, James Q. *Crime and public policy*. California: ICS Press, 1983, p. 107-108).

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 285.

¹⁶³ “A reunião, nas áreas degradadas, de determinados sujeitos, perdedores dos processos ecológicos, notadamente no tocante ao da competição, fará das mesmas áreas naturais criminógenas, cujo componente central é a desorganização social, causa por excelência da criminalidade no pensamento da Escola de Chicago” (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Aplicações ecológicas à São Paulo no final do século XIX*. Em: SÁ, Alvino Augusto; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 115).

¹⁶⁴ “A deterioração física, a aglomeração humana, a alta mobilidade da população e a proximidade com as áreas de indústria e comércio, seriam características formais dessas *delinquency areas*. Um déficit notável do controle social informal, é o dado criminológico mais relevante” (MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 758, tradução nossa).

delinquência juvenil, esse tipo de criminalidade é maior nas áreas onde a desorganização social é igualmente elevada¹⁶⁵, ou seja, nas áreas centrais da cidade, onde predomina a população imigrante, de menor potencial aquisitivo e onde os vínculos sociais são mais instáveis¹⁶⁶.

Da mesma forma, nota-se que as áreas mais afastadas do centro urbano, onde se concentram bairros majoritariamente residenciais das classes mais altas - e que, por esse motivo, contam com infraestrutura superior -, não seriam propensas à criminalidade. Portanto, para a teoria ecológica, haveria uma estreita relação entre o contexto urbano e o surgimento da delinquência, de tal forma que as suas propostas de prevenção criminal giravam em torno da estrutura física da própria cidade e de como o Estado deveria aprimorá-la.

Assim, o enfraquecimento dos vínculos pessoais, ocasionado pela desorganização social nas grandes cidades, exige, para a imposição do controle que já não é realizado de forma eficaz pelas instituições informais, que o Estado o faça mediante o controle formal, mas não unicamente pelos seus mecanismos penais. O foco da Escola de Chicago quanto às sugestões de combate ao crime não passa pela intervenção punitiva estatal, mas sim por medidas preventivas de controle da criminalidade.

Primeiramente, uma conclusão que pode parecer óbvia, mas é ponto de partida para as demais propostas dessa corrente, é a de que nenhuma redução dos índices do crime será possível sem a promoção de melhorias nas condições econômicas e sociais das crianças, porque há de se alterar, por meio delas, o caminho natural das carreiras delinquentes. Isso inclui uma macrointervenção na comunidade, com programas que fomentem o fortalecimento dos vínculos

¹⁶⁵ “Onde a mobilidade é maior e onde, em consequência, os controles primários desmoronam completamente, como no caso da deterioração na cidade moderna, desenvolvem-se áreas de desmoralização, de promiscuidade e de vício. Em nossos estudos sobre a cidade, constata-se que as áreas de mobilidade são também as regiões nas quais se encontram a delinquência juvenil, os *boysangs* dos meninos, a pobreza no crime, a deserção de mulheres, o divórcio, os abandonados, o vício” (BURGESS, Ernest W., op. cit., p. 59, tradução nossa).

¹⁶⁶ SHAW, C. R., e MCKAY, H. D. *Juvenile Delinquency in Urban Areas*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1942, p. 140 e ss.

primários juntamente com as escolas, igrejas, associações de bairros, reconstituindo a solidariedade social e, por consequência, o próprio controle informal da criminalidade¹⁶⁷.

Também se faz necessário que o Estado volte seus esforços ao desenvolvimento e restabelecimento da infraestrutura das cidades, por meio da melhoria dos bairros mais pobres, como a estética das construções populares, das condições sanitárias, iluminação e limpeza das vias pública e a promoção da qualidade de vida nas metrópoles, de forma geral. Essas propostas ganham viés prático com a elaboração de um projeto intitulado *Chicago Area Project* (1934), criado por Clifford Shaw e Henry McKay, que consiste em promover fortalecimento das formas de controle informais e minimizar a participação das instituições formais, como a formação de grupos de bairros, coordenados pelos próprios moradores que favoreciam atividades de combate à desorganização social¹⁶⁸.

Em resumo, a Escola de Chicago, mediante o estabelecimento de novas perspectivas da sociologia criminal, busca demonstrar de forma empírica que a diminuição dos índices de criminalidade urbana depende, necessariamente, de fatores que envolvem a sua própria estrutura, ou seja, sem o desenvolvimento econômico, social e físico das cidades, sem programas que não visem à consolidação dos vínculos pessoais da comunidade, não haverá mudanças efetivas do quadro de violência e desordem.

Embora essa corrente criminológica represente um avanço para as teorias sociológicas, críticas são feitas a ela. A primeira delas trata da metodologia e perspectiva limitadoras utilizadas pela Escola, já que ela substituiria o determinismo biológico, característico do positivismo, pelo determinismo ecológico, concluindo-se por uma relação entre a pobreza e criminalidade e abstendo-se de explicar o cometimento de delitos diferentes em áreas nobres da cidade, onde a desorganização social é quase nula¹⁶⁹.

¹⁶⁷ SHAW, Clifford R., op. cit., p. 16.

¹⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 153.

¹⁶⁹ “É precisamente aí que está o maior defeito destas teorias. Certamente serviram para delimitar o contexto sociológico-geográfico-urbano de determinadas formas de criminalidade, juvenil e adulta, característico das

De outra parte, as observações feitas também parecem ser válidas em uma reduzida gama de realidades, em metrópoles extremamente dinâmicas e para a compreensão de apenas alguns tipos de crime¹⁷⁰. Outro problema metodológico é a desconsideração da cifra negra por parte dos estudiosos da Universidade de Chicago, os quais ponderavam apenas sobre os dados oficiais¹⁷¹.

Não obstante as refutações dos seus postulados, à Escola de Chicago não se nega o impacto que causou para o desenvolvimento da Criminologia e das políticas criminais posteriores, uma vez ser o conhecimento acerca da distribuição da delinquência urbana, ainda que para um número e caráter limitados de crimes, fundamental para a elaboração de medidas preventivas por parte do Estado, além de também ter denunciado a importância do crescimento acelerado e sem organização das cidades como um fator criminógeno.

5.2 TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

Como corrente próxima e influenciada pelos conceitos da Escola de Chicago, a Associação Diferencial aparece como uma teoria sobre a criminalidade que pretende estudar um outro viés aparentemente ignorado pela Universidade de Chicago: os crimes de “colarinho branco”. O expoente dessa corrente, aquele que fornece as bases epistemológicas da sua construção, foi Edwin Sutherland (1883-1950), por volta de 1924.

Tendo em vista o fim da Primeira Guerra Mundial, e o consequente crescimento econômico dos Estados Unidos, há uma propagação dos casos de corrupção administrativa que

classes sociais mais débeis econômica e socialmente que, obviamente, vivem em zonas urbanas mais deterioradas, mas isso não explica, provavelmente, porque tampouco foi objeto de preocupação ou investigação, outras formas de criminalidade das classes mais poderosas, que evidentemente viviam nas zonas residenciais e cuja criminalidade não se perseguia ou não era estatisticamente relevante” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p.52).

¹⁷⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010. p. 182.

¹⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 164

tomam repercussão nacional¹⁷²; logo após, a prosperidade americana encontrar seu primeiro grande desafio com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929. O plano de combate à Grande Depressão, chamado de *New Deal*, previa a intensa intervenção do Estado na economia, construções de grande porte, geração de trabalho para a massa desempregadas, aumento da capacidade de compra do cidadão médio, dentre outras medidas.

Nesse cenário, o “mundo dos negócios” passa por uma verdadeira mudança de paradigma, de um liberalismo econômico para a intervenção estatal. O *New Deal*, em sua tentativa de fomentar o desenvolvimento empresarial, também cria, na perspectiva de Sutherland, mecanismos de infração das normas sociais, uma vez que elas tem pouca relação com a organização e controle das atividades negociais¹⁷³.

Para a construção de sua teoria, Sutherland se utiliza das conclusões de Gabriel Tarde (1843-1904), o qual sustentava que a atividade delitiva era aprendida, ou seja, o delinquente era um tipo de profissional que, como qualquer outro, passava por um processo de aprendizagem¹⁷⁴. Esse pensamento conclui que ninguém nasce criminoso, mas se aprende a ser criminoso, pois a delinquência é, antes de mais nada, fruto de uma aprendizagem inadequada.

A teoria da Associação Diferencial, por sua vez, sustenta ser através dos processos de comunicação que se transmitem os valores dominantes e se “ensina” a prática de atos socialmente reprováveis¹⁷⁵. Dessa forma, o comportamento delitivo é aprendido por meio da relação entre as pessoas, dependendo, especialmente, das relações sociais mais primárias do indivíduo (como as mantidas com sua família); e resultado de técnicas de comunicação, em um verdadeiro processo de imitação.

¹⁷² Alguns exemplos em SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p.169.

¹⁷³ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 172.

¹⁷⁴ “Todo comportamento tem sua origem social. Começa como uma moda, torna-se um hábito ou costume. Pode ser uma imitação por costume, por obediência, ou por educação. O que é a sociedade? Eu já respondi: sociedade é imitação” (TARDE, Gabriel. *The laws of imitation*. New York: Henry Holt and Company, 1903, p. 74).

¹⁷⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. Trad. Asdrúbal M. Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 194., p. 12.

O princípio base dessa corrente, e que determinará a conversão de uma pessoa em criminoso, depende se a reunião de fatores favoráveis à violação da norma superam os desfavoráveis, ou seja, quando um indivíduo se torna delinquente, significa que os modelos criminais superaram os não criminais. Sutherland pretende concluir serem a associação e o processo de aprendizagem de uma conduta criminosa os mesmos pelos quais se desenvolve uma conduta legal e socialmente aceita, pois o que os modificam são os valores e padrões, motivo pelo qual denomina-se “associação *diferencial*”¹⁷⁶.

A partir desses postulados, o autor trata do que ficou conhecido como “crimes de colarinho branco”, diferenciando-os dos demais pela peculiaridade de serem cometidos no âmbito profissional e por indivíduos das camadas mais elevadas da sociedade, não podendo, por essa natureza, ser explicados com base na pobreza ou pela zona de desorganização social na qual habita o agente; a cifra negra é outra característica dessa espécie de delito, que ocorre, por um lado, pela proteção do próprio Estado e, por outro, pela complacência da opinião pública para com esses crimes; e, em geral, a própria legislação tende a refletir esse tratamento diferenciado e não reconhecer tais condutas como crimes, ou, quando o faz, as penas são menores e com direito a diversas imunidades.

Assim sendo, a teoria da Associação Diferencial chama a atenção para o fato da delinquência não poder mais ser considerada uma anomalia praticada apenas pelos indivíduos mais socialmente desfavorecidos¹⁷⁷; por essa razão, esta corrente representa uma importante mudança de paradigma na Criminologia e do estudo do criminoso. A responsabilidade da

¹⁷⁶ Ibid., p. 16.

¹⁷⁷ “Sutherland elaborou a teoria das “associações diferenciais” que parte do pressuposto de que os indivíduos aprendem modelos e esquemas de comportamento diferentes em cada área cultural diferenciada (...). O comportamento delitivo não é determinado geneticamente, nem é produzido por problemas na personalidade, e nem pela pobreza. Trata-se, sim, de um comportamento aprendido por meio do contato diferencial. Este comportamento é aprendido, da mesma maneira que um outro rito de comportamento é aprendido(...)” (ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 491-492).

pessoa jurídica e a tipificação da criminalidade empresarial representam heranças e méritos dessa corrente criminológica.

Não obstante a sua importância, algumas objeções a esse pensamento devem ser apontadas. A primeira delas é que a teoria ignora os fatores individuais da personalidade e das variáveis psicológicas; não explica o porquê, em iguais condições, um indivíduo cede aos fatores desviantes e outras vezes não; tampouco consegue delinear, de forma precisa, o processo de aprendizagem, apenas resumindo-o superficialmente, desprezando a proporção, padrões e limitações aprendidos por cada um.

5.3 TEORIA DA ANOMIA

A Teoria da Anomia nasce em um contexto de profundas mudanças sociais após o vertiginoso crescimento econômico de algumas nações industrializadas, a exemplo dos Estados Unidos, nas quais se passou a exergar o enfraquecimento e a crise dos modelos e das normas de controle vigentes. Essa corrente, cujos principais expoentes são Émile Durkheim (1858-1917) e Robert Merton (1910-2003), possui três postulados básicos que servem de alicerce para a teoria: a normalidade, a funcionalidade e o caráter social do crime¹⁷⁸.

O conceito de anomia, sob o enfoque macrosociológico, foi primeiramente formulado por Durkheim em duas principais obras, “O suicídio” (1893) e “A divisão do trabalho social” (1897). Nelas o autor desenvolve as concepções distintivas entre dois tipos de solidariedade: a mecânica e a orgânica para, por fim, definir a anomia.

A primeira, própria das comunidades mais primitivas, caracteriza-se por uma consciência coletiva que pouco se distingue das individuais, uma vez que os indivíduos dela participantes pouco diferem um dos outros (solidariedade mecânica), por esse motivo, a

¹⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 287.

necessidade do Direito se esgota na repressão das condutas violadoras do padrão vigente; já nas sociedades orgânicas, aquelas mais modernas, onde há diferentes profissões e múltiplas divisões de trabalho, os indivíduos são cada vez mais diferentes entre si, o que corrobora com o enfraquecimento da consciência coletiva, possuindo o Direito o objetivo de regular a indispensável interação dos seus componentes e das relações coletivas¹⁷⁹.

Nesse diapasão, tanto na solidariedade mecânica quanto na orgânica, haverá anomia, a qual compreende a ausência de normas sociais, quando os mecanismos institucionais que regem o bom funcionamento das comunidades se mostrarem incapazes de cumprir sua responsabilidade funcional.

Todavia, em ambas sociedades, o delito se faz presente e, por esse motivo, respeitados determinados limites, considera-se um fenômeno natural e normal de toda estrutura social¹⁸⁰, porém, quando ultrapassados esses parâmetros evidencia-se a crise das disfunções institucionais, o que Durkheim chama de anomia. Já a funcionalidade do crime reside no seu papel de manter a solidariedade e a estabilidade social, reforçando os padrões de condutas tolerados e essenciais para a vida social e identificando os infratores. Logo, se o crime representa a lesão aos sentimentos coletivos, a pena se justifica pela necessidade de mantê-los e de preservar a confiança e a lealdade ao sistema¹⁸¹.

De forma diferente, em 1938, nos Estados Unidos, Robert Merton revisaria a concepção de anomia introduzida por Durkheim, para desenvolver a sua teoria, colocando sob objeto central de suas análises as contradições estruturais da sociedade norte-americana

¹⁷⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 785.

¹⁸⁰ “(...)Segundo Durkheim, o crime é normal como manifestação de diversidade, inevitável mesmo em uma coesão mecânica e uniforme. Não é imaginável nenhuma sociedade sem delito. (...) O normal, então, é que há um certo volume de crime, variável de acordo com o tipo social em questão, porque uma total ausência de crime seria ‘patológica’” (MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 787).

¹⁸¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura, São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 41.

industrial da época; ele conectou a teoria da anomia com as teorias do autor sob uma ótica sociológica¹⁸².

O ponto de partida do autor é a tensão existente entre a estrutura cultural e a estrutura social: enquanto a primeira consiste no conjunto de metas historicamente consagrados como objetivos a serem alcançados por todos, os quais se tornam referência das expectativas e ambições da comunidade, a estrutura social, por sua vez, compreende o conjunto de meios e modos institucional e legalmente aptos para atingir aqueles fins.

Dessa forma, uma sociedade que consegue manter o adequado equilíbrio entre as expectativas que alimenta (estrutura cultural) e a disposição suficiente dos meios legítimos para alcançá-las (estrutura social) encontra-se em harmonia. Por outro lado, se atribui importância quase exclusiva à obtenção dos fins culturais sem o correspondente respeito aos meios institucionais para a sua concretização, a sociedade encontra-se em crise, tornando-se uma sociedade anômica¹⁸³.

Essa anomia, segundo Merton, favoreceria o aparecimento de cinco tipos de adaptação individual, as quais forçariam o sujeito a optar dentre essas vias existentes, que são: conformidade, inovação, ritualismo, apatia e rebelião¹⁸⁴. Todas elas, com exceção da primeira, possuem importância para o estudo do crime, pois cada uma delas, com suas peculiaridades, representam medidas constitutivas de comportamentos desviados.

¹⁸² CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 73.

¹⁸³ MERTON, Robert K. Social Teoria y estructura sociales. Trad. Florentino M. Torner, México: Fondo de Cultura, 1964, p. 70.

¹⁸⁴ Ibid., p. 149.

Figura 2. Modos de Adaptação de Merton

Modos de Adaptação	Metas Culturais	Meios Institucionalizados
CONFORMIDADE	+	+
INOVAÇÃO	+	-
RITUALISMO	-	+
EVASÃO	-	-
REBELIÃO	+/-	+/-

Fonte: HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Criminologia*, p. 77.

Apenas a conformidade consiste na forma “normal” de adaptação, pois, enquanto as demais modalidades adotam uma forma de desvio para se alcançar os objetivos traçados pela estrutura cultural, o conformista, por seu turno, se acomoda nas formas de adaptação ao desequilíbrio da sociedade anômica e, sem ela, a estabilidade da sociedade não poderia ser mantida¹⁸⁵.

Essas teorias sobre a anomia inspiraram o pensamento e o sistema funcionalistas, os quais, ao invés de se preocuparem em estudar as causas do crime, se orientam por suas consequências. O mérito dessas correntes reside no deslocamento que promovem do centro de atenção para o sistema social, e sempre voltando seus esforços ao seu bom funcionamento¹⁸⁶. Nesse liame, a legitimação da pena encontra respaldo no seu aspecto funcional; logo, se o delito reflete o desrespeito aos sentimentos sociais, a pena deve simbolizar a necessária reação social, reforçando a confiança coletiva no sistema e promovendo mecanismos de solidariedade e integração social¹⁸⁷.

¹⁸⁵ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 76.

¹⁸⁶ BARATTA, Alessandro. op. cit., pp. 59 e ss.

¹⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., pp. 289-290.

Todavia, o funcionalismo supervaloriza o simbolismo do Direito Penal, o qual, para fins de pena e de política criminal, enfraquece os princípios básicos da subsidiariedade e da intervenção mínima (os quais o trabalho já teve a oportunidade de analisar)¹⁸⁸. Assim, as teorias da anomia menosprezam as características individuais, como os componentes biopsicológicos, sendo concepções extremamente generalizadoras do comportamento desviado como úteis à sociedade; não sendo capazes, outrossim, de precisar as respostas político-criminais, se tornando mais uma problematização sobre a criminalidade do que solução ao problema.

Ademais, a teoria não explica como, apesar da pressão anômica pela desvio em virtude dos poucos recursos legítimos, apenas algumas pessoas optam pelos meios inovadores de adaptação (que resultam em condutas irregulares), enquanto a maioria se utiliza do conformismo, nas mesmas circunstâncias¹⁸⁹.

5.4 TEORIA DA SUBCULTURA DELINQUENTE

As teorias da subcultura delinquente nascem na década de 50, após o longo *boom* econômico dos Estados Unidos, como resposta aos problemas que as cidades norte-americanas novamente passaram a lidar com as minorias marginalizadas, fruto do não acesso destas, em especial da população jovem, aos bens e valores culturais alimentados por essa sociedade e economia em ascensão, consolidados em *slogans* como o “Sonho Americano” (*American dream*) e o “Estilo de Vida Americano” (*American way of life*).

As bases mais concretas dessa corrente surgem com a publicação do livro *Delinquent Boys* (1955), de Albert Cohen. O conceito de subcultura utilizado pela sociologia

¹⁸⁸ Sobre as implicações político-criminais das teorias funcionalistas, Antonio García-Pablos de Molina acertadamente afirma: “A absolutização do sistema; a concepção simbólica do crime e da punição e a revisão das categorias fundamentais do dogma liberal dogmático (bem jurídico, culpa, etc.) significam, em termos político-criminais, a crise de um dos mais delicados axiomas: a natureza subsidiária do Direito Penal e a limitação intrínseca do *ius puniendi*” (MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 787, tradução nossa).

¹⁸⁹ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 78.

criminal, em especial ao tratar de delinquência juvenil, em geral, aponta para a aceitação de alguns dos valores predominantes, ao mesmo tempo que expressa convicções e sentimentos do próprio grupo, ou seja, reproduz as crenças da sociedade tradicional, mas com sinais invertidos ou de forma irregular¹⁹⁰.

Assim, as teorias subculturais expressam três principais postulados: o caráter pluralista da ordem social, a normatividade da conduta desviada e a semelhança estrutural do comportamento regular e irregular. A primeira dessas premissas explica-se pelo fato desse modelo defender a existência de diferentes grupos e subgrupos dentro de uma mesma sociedade, cada um deles possuindo seus próprios “códigos de conduta”, os quais podem não ser idênticos aos da cultura dominante¹⁹¹.

Dessa forma, para essa corrente criminológica o crime não seria fruto da desorganização social ou da ausência de valores, como pressupunham as teorias ecológica e anômica, mas sim ao aparecimento de outras normas e valores distintos, o que se chama de *subculturais*. Assim sendo, tanto o comportamento legal dentro dos ditames que prescreve o Direito quanto o desviado são definidos com bases nesses diferentes sistemas que cada grupo adota (sistemas “oficiais” e os “subculturais”).

Portanto, para as teorias da subcultura delinquente, não são determinadas áreas da cidade as fomentadoras da criminalidade, mas, sim, um limitado acesso de determinadas classes ou grupos minoritários aos objetivos da culturais dominantes, que opera e faz nascer organizações sociais distintas, como forma de protesto ou mecanismo de alcance a esses valores.

Albert Cohen (1918-2014), como o primeiro e dos mais importantes expoentes desse pensamento, estudou com especial afincos a delinquência juvenil das classes mais pobres.

¹⁹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 214.

¹⁹¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 295.

Em sua teoria, a subcultura criminal seria uma espécie de cultura de grupo¹⁹², concluindo que, embora as áreas de delinquência não fossem âmbitos desorganizados, eram lugares onde vigoravam outros valores e normas distintas. Assim, quando as estatísticas oficiais demonstram índices de criminalidade maiores em bairros pobres, isso não levaria a uma conclusão meramente ecológica (como sustentava a Escola de Chicago), mas o funcionamento deste comportamento delitivo nessas áreas como “resposta” aos valores compartilhados pelas classes média e alta da nação norte-americana¹⁹³.

Segundo o autor, essas subculturas delinquentes se caracterizaram por três atributos principais: não utilitarismo da ação, malícia da conduta e negativismo¹⁹⁴. Não utilitaristas porque, em geral, a delinquência juvenil não precisa de uma motivação racional; a segunda característica que diz respeito à malícia da conduta consiste no “prazer” de desnortear o outro, de atingir metas socialmente proibidas, “uma hostilidade gratuita contra jovens que não pertencem a gangues”¹⁹⁵; por fim, o negativismo das condutas as quais, embora não sejam consideradas corretas à luz dos padrões dominantes, estão de acordo com os valores da subcultura, de modo representarem seus comportamentos um contraponto (polaridade negativa) às normas da sociedade convencional.

Uma última preocupação de Cohen ora destacada é como e por que surgem essas subculturas. Na sua perspectiva, todas as classes sociais possuem seus respectivos códigos de valores, mas nas classes mais baixas há um conflito mais intenso do que nos demais grupos, entre os modelos impostos pelas classes média (*middle class measuring rods*) e os meios

¹⁹² “Quando falamos de uma subcultura delinquente, falamos de um modo de vida que de alguma forma se tornou tradicional entre certos grupos da sociedade americana. Esses grupos são as gangues de rapazes que florescem mais visivelmente nos “bairros de delinquência” de nossas maiores cidades americanas” (COHEN, Albert K. *Delinquent boys: the culture of the gang*. New York; London: The Free Press: Collier Macmillan Publishers, 1955, p. 14, tradução nossa).

¹⁹³ “O delito, assim não é consequência do ‘contágio social’ ou da ‘desorganização’ (como sustentavam as teorias ecológicas), senão expressão de outros sistemas normativos (subculturais), cujos valores diferem dos majoritários, quando não são deliberadamente contrapostos. A subcultura opera como uma evasão da cultura geral (...)” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 296).

¹⁹⁴ COHEN, Albert K., op. cit., p. 25.

¹⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 223.

socializadores necessários para que os jovens dessa categoria possam satisfazer a demanda da sociedade e cultura dominantes¹⁹⁶.

Esse conflito faz surgir três opções as quais este jovem de classe social baixa pode recorrer: adaptação, transação ou rebelião¹⁹⁷. A adaptação (*college boy*), de forma semelhante à categoria da conformidade de Merton, trata da assimilação dos valores culturais e sociais da classe média; a transação (*corner boy*) representa uma resposta intermediária ao conflito, uma vez que não rompe completamente com as normas da sociedade oficial, mas aceita e internaliza as limitações do seu grupo, não optando, de forma clara, à via do crime; por último, a rebelião (*delinquent boy*) é a forma de satisfação da frustração de não possuir todos os meios legítimos de alcance dos valores da classe média por meio do enfrentamento manifesto dos mesmos, como forma de inconformidade, a qual, em geral, resulta na delinquência juvenil como mecanismo a compensar a angústia do jovem em não conseguir alcançar os padrões da classe média¹⁹⁸.

Uma outra obra importante para a construção das teorias subculturais foi *Delinquency and Opportunity* (1960), escrita por Richard A. Cloward (1926- 2001) e Lloyd Ohlin (1918-2008). Ambos os autores estudaram de forma sistemática os fatores sociais que levam determinados indivíduos a ter oportunidade de acesso ao comportamento delitivo.

A conclusão a qual chegaram reflete a noção que ficou conhecida como “teoria da oportunidade diferencial”, ou seja, não são apenas escassas as possibilidades de acesso aos mecanismos legítimos de alcance dos valores dominantes por parte das classes mais baixas, mas também a própria possibilidade de obtenção de meios ilegítimos; em outras palavras, a carreira criminosa exige requisitos tão complexos que inclusive aqueles que sofrem com o conflito (anomia) não são capazes de cumprir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit, p. 814.

¹⁹⁷ COHEN, Albert K., op. cit., p. 65.

¹⁹⁸ COHEN, Albert K. op. cit., p. 1228 e ss.

¹⁹⁹ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 82.

Assim, Cloward e Ohlin defendem que nem todos os jovens dos estratos sociais mais baixos possuem as mesmas oportunidades de alcançar suas metas, pois essa desigualdade de oportunidades também implicaria em uma desigual influência do conflito sobre a prática de condutas criminosas, o que a uns levariam à realização de delitos, a outros a uma mera conduta conflitiva e aos demais, por fim, ao questionamento das normas sociais.

Não obstante os méritos das teorias subculturais, a elas podem ser feitas duas críticas fundamentais. A primeira consiste na carência de cientificidade da metodologia utilizada, a qual é uma construção teórica e apenas parcial sobre a delinquência juvenil nos Estados Unidos, pobre em embasamento empírico, cujas conclusões não podem ser generalizadas. Outra questão é sobre a definição incerta de subcultura, taxada de ambígua, pois não explica de forma satisfatória a sua origem e até que ponto pode-se falar em uma “contracultura”²⁰⁰.

5.5 TEORIA DO ETIQUETAMENTO

A teoria do *Labelling Approach* ou do Etiquetamento surge entre as décadas de 1960 e 1970, como uma corrente essencialmente estadunidense, resultado de um período de profundos conflitos sociais e econômicos, em um verdadeiro movimento contracultural, marcado pela intensa discussão acerca da criminalização das drogas, da popularização do estilo *rock and roll*, das lutas pelos direitos civis das minorias e também pela oposição à guerra do Vietnã²⁰¹.

Assim, o *labelling approach* nasce como resposta crítica à Criminologia tradicional e a sua respectiva metodologia de estudo, pretendendo deslocar o centro de atenção da ação (conduta em si) para o plano da reação social, com a pretensão de explicar cientificamente os

²⁰⁰ PITCH, Tamar. *Teoría de la desviación*. México: Nueva Imagen, 1980, p. 118.

²⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p.238.

processos de criminalização e estigmatização²⁰². Sua tese consiste em defender não ser o crime definido como tal pela conduta *per si* praticada, mas é resultado de um processo de estigmatização, a qual atribui a etiqueta de criminoso a determinados grupos²⁰³.

Logo, relativiza-se a própria conceituação de crime, deslocando a análise da figura do autor ou da conduta, como o fazia a criminologia tradicional, para os processos de definição do delito, de seleção (atribuição do *status* criminal) e do impacto que este rótulo produz. Para isso, a teoria do etiquetamento se utiliza do interacionismo simbólico, ou seja, o comportamento humano não pode ser analisado de forma separada da sua interação social, já que as relações sociais condicionam reciprocamente as pessoas nelas inseridas.

Um dos primeiros expoentes dessa corrente foi o sociólogo americano Howard Becker (1928), ao introduzir as primeiras bases da teoria com a publicação da sua obra intitulada *Outsiders* (1960). Já no primeiro capítulo o autor estabelece os parâmetros da sua tese ao afirmar ser a sociedade a responsável por criar as normas cuja transgressão implicará em desvio, razão pela qual, ao imputar essas regras a determinadas pessoas, está posto o rótulo de *outsider* (desviante, um infrator). Portanto, o desvio que consistirá, em uma análise, no delito não é atributo do ato praticado, mas uma consequência da sua aplicação e sanção a um tipo de infrator²⁰⁴.

Dessa forma, segundo Becker, o comportamento que infringe uma norma posta é, antes de tudo, uma criação social, sendo a punição aplicada pela desobediência dependente de quem a praticou, fazendo com que os processos de atribuição e aplicação de pena sejam essencialmente estigmatizantes²⁰⁵. Assim, uma conduta será considerada desviante a depender

²⁰² “Os teóricos da abordagem do *labelling approach* apenas se preocupam por que os indivíduos contrariam as leis, realizando atos que resultarão em seu etiquetamento. A etiologia da desviação primária carece de especial interesse por eles” (MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p.869, tradução nossa).

²⁰³ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 111.

²⁰⁴ BECKER, Howard Saul. *Outsiders*. 1ª ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 13.

²⁰⁵ “O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal” (Ibd., p. 13).

da repercussão social que causará. Isso explica, outrossim, o fato de um determinado indivíduo transgredir uma norma não implicar na imputação do rótulo de “criminoso” desviante, assim como o fato de outro tipo de indivíduo não ter violado regra alguma e ser enquadrado como um *outsider*²⁰⁶.

No que tange ao ingresso do indivíduo em uma carreira desviante, Howard Becker desloca o questionamento ao analisar por que pessoas consideradas “normais” conseguem resistir aos seus impulsos desviantes, enquanto outras não²⁰⁷. Ele explica que a classe média, por já ter atingido determinados padrões socialmente exigidos, teria muito mais a perder, sabendo que as possíveis consequências de infringir a norma interferirão em diversas esferas da sua vida social. Portanto, é mais inteligente seguir as regras institucionalizadas do que correr o risco de ser rotulado pelo grupo de forma negativa.

De modo contrário, aqueles que não possuem necessidade em sustentar uma boa imagem, justamente por não terem sido progressivamente envolvidos em instituições convencionais de controle, seguem seus instintos desviantes. Dessa forma, quando a regra é violada, uma nova estrutura de relação social é estabelecida, surgindo daí um *status*, uma etiqueta de criminoso posta por aqueles que conseguiram frear seus impulsos ao desvio.

Logo, aqueles que estão com a mancha do estigma passam a ser socialmente marginalizados, sendo reconhecidos unicamente pelo rótulo carregado, e, por meio dele, passam a se aproximar de outros indivíduos etiquetados de forma semelhante. Nesse grupo, no

²⁰⁶ “O grau que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras (...). Meninos de classe média, quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como meninos de bairros miseráveis” (Ibd., p.25).

²⁰⁷ “Mas os pressupostos em que essas abordagens se fundam podem ser inteiramente falsos. Não há razão para se supor que somente aqueles que finalmente cometem um ato desviante têm o impulso de fazê-lo. É muito mais provável que a maioria das pessoas experimente impulsos desviantes com frequência. Pelo menos em fantasia, as pessoas são muito mais desviantes do que parecem. Em vez de perguntar por que desviantes querem fazer coisas reprovadas, seria melhor que perguntássemos por que as pessoas convencionais não se deixam levar pelos impulsos desviantes que têm (...). A pessoa convencional não deve satisfazer seus interesses por narcóticos, por exemplo, porque está em jogo muito mais que a busca de prazer imediato; talvez julgue que o emprego, a família e a reputação na vizinhança dependem de que continue a evitar a tentação” (Ibd., p.24).

qual os integrantes se veem como semelhantes, desenvolve-se uma cultura desviante que reafirma e consolida o referido estigma²⁰⁸.

Por fim, a repressão estatal desempenha o papel de solidificação do processo estigmatizante, aprofundando ainda mais o abismo da desigualdade que os separa do restante da sociedade, além de meio de manutenção do controle e padrão social dominante. Assim, a interferência punitiva do Estado promove um movimento de “desaculturação” do agente, já que a estadia longa e reincidente pelos estabelecimentos penais o afasta das instituições que representam o sentimento de pertencimento na sociedade e o faz sofrer degradações físicas e morais, como citado acima²⁰⁹.

Erving Goffman (1922-1982), outro importante nome do *labelling approach*, na sua obra intitulada *Estigma* (1963), afirma estabelecer a sociedade os meios de categorizar as pessoas e as respectivas características consideradas naturais dos membros de cada um desses grupos e, baseando-se nessas concepções, cria expectativas normativas e culturais a serem alcançadas de forma rigorosa²¹⁰.

Assim, para uma harmoniosa vida em sociedade é importante que os indivíduos compartilhem o mesmo modelo de expectativas normativas e, caso alguma dessas expectativas seja violada, é necessário haver medidas restauradoras e provedoras da reparação do prejuízo²¹¹. Entretanto, existem normas que são mais facilmente obedecidas pela maior parte dos membros, em contrapartida de outras que a maioria dos indivíduos fracassam em algum momento, como os padrões de beleza estética e *status* social, os quais também conduzem à desqualificação de

²⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., pp. 256-257.

²⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 308.

²¹⁰ GOFFMAN, Erving. *Estigma*. 2ª ed., Rio de Janeiro. 1978, pp. 11-12.

²¹¹ *Ibd.*, p. 138

determinadas categorias de pessoas²¹². Pode-se afirmar, assim, que a existência de uma manipulação desses estigmas é uma das características das sociedades em geral²¹³.

Do exposto, a teoria do *labelling approach* ou simplesmente do etiquetamento representa o indiscutível mérito ao ampliar os estudos criminológicos a fim de embarcar neles a análise dos processos de seleção e discriminação sociais reproduzidos pelas instituições de controle, sendo hoje impossível analisar o fenômeno do crime apartado da reação social, fornecendo uma perspectiva mais realista frente a princípios como da igualdade perante à lei; além de especial preocupação em trazer à tona uma investigação acerca da criminalização secundária.

Sem embargo, a peculiaridade que distingue essa teoria das demais é a mesma que também sofre objeções, pois, ao deslocar o centro de gravidade do estudo do crime para a criminalização primária, essa corrente ignora as causas primárias da criminalidade²¹⁴; também aponta-se a dificuldade de demonstrar cientificamente que o etiquetamento de determinado *status* produz o crime ou que certamente desencadeará uma carreira criminal; e, por fim, Pablos de Molina evidencia a incapacidade da teoria de abordar problemas básicos criminais e de política-criminal, se preocupando em criticar a seletividade do controle formal e seu impacto negativo na vida daqueles que passam por ele, sugerindo uma utópica não intervenção estatal²¹⁵.

5.6 TEORIA CRÍTICA

A Teoria Crítica, Radical ou ainda denominada de “Nova Criminologia” surge como contraponto dogmático e epistemológico à criminologia tradicional. O contexto era de

²¹² “Para Goffman, o estigma pode ser definido como um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, os quais levam a pessoa ao descrédito” (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 263).

²¹³ “O estigma envolve não tanto um conjunto de indivíduos concretos que podem ser divididos em duas pilhas, a de estigmatizados e a de normais, quanto um processo social de dois papéis no qual cada indivíduo participa de ambos, pelo menos em algumas conexões e em algumas fases da vida. O normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas que são geradas em situações sociais durante os contatos mistos, em virtude de normas não cumpridas” (GOFFMAN, Erving, op. cit., pp. 148-149).

²¹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, op. cit., p. 277.

²¹⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 883.

ruptura política e ideológica que a década de 1990, marcada pela queda do Muro de Berlim, principal símbolo da Guerra Fria, o qual dividiu o mundo em dois blocos que ideologicamente antagônicos (Capitalismo e o Comunismo) que se enfrentaram após a Segunda Guerra Mundial, e, embora tenha gerado o fim da tentativa de implementação do sistema comunista em muitos países, as ideias que o inspiram serviram de base para a crítica ao modo de produção capitalista.

Essa conjuntura favoreceu, assim, o surgimento de correntes que tentam explicar o fenômeno criminal em um diapasão diferente das teorias de matriz etiológicas, em clara oposição ao positivismo, denunciando a necessidade de se ampliar os horizontes de análise do crime e, incluindo nos estudos o papel desempenhado pelo Estado e suas instituições. Para esse fim, a filosofia marxista, ainda considerada forte, tornou-se o fundamento teórico para as perspectivas centrais dessa teoria.

A obra intitulada *Punição Estrutura Social* escrita pelos autores Georg Rusche e Otto Kirchheimer, e publicada pela primeira vez em 1939, é apontada como marco inicial dos primeiros fundamentos da Criminologia Crítica. O livro, influenciado pelo marxismo, tece severas críticas ao sistema penal, em especial os modelos de pena, revelando a correlação entre os meios punitivos com as formas de produção e circulação de mercadorias²¹⁶.

Porém, foi apenas em 1967 que o referido livro ganha maior repercussão quando é republicado, servindo de referência para as muitas publicações da década de 70 em especial nos Estados Unidos e na Inglaterra, começando a encarar de uma forma diferente a criminologia etiológica.

Em primeiro lugar, o movimento americano encontra berço na Universidade de Berkeley (no estado da Califórnia)²¹⁷, na qual as primeiras evidências de rompimento com as

²¹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit, p. 279.

²¹⁷ “Nos EUA, nós estamos presentemente testemunhando e praticando uma criminologia radical que foi desenvolvida na sua última forma desde o início da década de 1960 e começou a desafiar a dominação hegemônica dos acadêmicos liberais da área. As raízes deste radicalismo são encontradas nas lutas políticas – os movimentos pelos direitos civis, o movimento contra a guerra, o movimento dos estudantes, as lutas de libertação do terceiro mundo, dentro como fora dos EUA, e os movimentos antiimperialistas (...)” (PLAT, Tony in: TAYLOR, Ian;

escolas mais tradicionais do crime. O *campus* da referida universidade representou na década de 60 o centro do ativismo social da época, ali, um grupo de professores e alunos constituíram a “União de Criminólogos Radicais” cujo principal fundamento é a oposição científica e metodológica às teorias etiológicas do fenômeno criminal²¹⁸.

O grupo de Berkeley foi projetado para desenvolver a formação de técnicos e especialistas na “luta contra o crime”, todavia, a medida em que esses profissionais redefiniam os próprios objetos da Criminologia, distanciando-se nas construções teóricas anteriores, também se afastavam do objetivo político para o qual foi criado e em 1976, após sofrer diversas censuras e expurgos devido ao seu foco eminentemente crítico, a Escola de Criminologia de Berkeley foi fechada²¹⁹.

Noutro giro, o movimento crítico europeu, em especial na Grã-Bretanha, partiu do pressuposto de que as desigualdades sociais devem ser abolidas, defendem o fim da exploração econômica e da luta de classes, pregando, portanto, a radical transformação social. Nessa entoada, originava-se a *National Deviance Conference*²²⁰, uma reação ao tradicionalismo e pragmatismo da criminologia europeia até então produzida, criticando o método positivista.

Dentro desse novo grupo desenvolveram-se as consideradas mais importantes discussões sobre o positivismo criminológico britânico das últimas cinco décadas. Nesse cenário, destacam-se as contribuições de Laurie Taylor (1936) e Stanley Cohen (1922) que, em obra conjunta intitulada *Sobrevivência Psicológica* (1972), revelaram a importância de uma

Walton Paul; Young, Jock. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, p. 113).

²¹⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio, op. cit., pp. 659-660.

²¹⁹ “O grupo de Berkeley surge como reação aos objetivos da escola de criminologia que se consubstanciava na formação de técnicos e profissionais treinados para a “luta contra o crime”. Tratava-se do confronto entre os interesses básicos do Estado, em sua política de criação de novos profissionais para o exercício do controle funcional da criminalidade, e os teóricos universitários que queriam a redefinição do próprio objeto da criminologia” (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 280).

²²⁰ “O movimento surgiu em 1968, quando sete jovens professores decidiram deixar a reunião oficial de criminólogos que o Instituto de Criminologia de Cambridge promovia e organizar um movimento crítico em relação a toda essa institucionalização. Nasceu assim a National Deviance Conference, integrada inicialmente por algumas poucas vozes críticas, mas que após reuniões periódicas, contatos com os movimentos sociais e umas tantas publicações, conseguiu aumentar espetacularmente o número de participantes e ser conhecida internacionalmente por sua originalidade e rigor científico” (ANITUA, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 664).

pesquisa crítica das instituições de controle social e da sua completa possibilidade mesmo diante das ameaças e censuras do governo. Criticando os métodos tradicionais de estudo, Taylor e Cohen, questionam incisivamente a finalidade reabilitadora e reformadora do sistema penal.

As reflexões oriundas da *National Deviance Conference* culminaram nas duas das obras mais importantes do pensamento crítico, nomeadas de *A Nova Criminologia* (1973) e *Criminologia Crítica* (1975), escritas por Ian Taylor (1944-2001), Paul Walton e Jock Young. Esses autores defendiam a construção de uma nova ciência criminológica, crítica, materialista e não-utilitarista, comprometida em abolir as desigualdades sociais à luz de uma perspectiva marxista, na qual o delito é uma consequência estrutural da sociedade onde ele ocorre²²¹.

Também é característico desses autores e, conseqüentemente, do pensamento radical, a crítica às teorias tradicionais de cunho etiológico e, sobretudo, à teoria do etiquetamento (*labelling approach*), já analisada nesse capítulo, assim, não obstante o reconhecimento da importância dessa teoria, refutam a sua incapacidade de tratar das origens mediatas do delito, evitando discutir as causas da reação social ao fenômeno criminoso, preocupando-se apenas, e de forma limitada, com a influência que essa referida reação exerce sobre o comportamento do autor do desvio²²².

Nesse liame, as principais características da sociologia inglesa que impulsionou o desenvolvimento da própria criminologia crítica britânica²²³ e que vai influenciar todo o movimento na Europa são: a defesa da autenticidade do desvio, atacando a ideia clássica positivista de se poder explicar o crime através de alguma patologia social ou pessoal; em

²²¹ ANITUA, Gabriel Ignacio., op. cit., p. 666.

²²² TAYLOR, Ian. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Trad. Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 1997.

²²³ “A mudança na teoria do desvio para a posição mais radical ou crítica foi ocasionada por uma mudança de orientação política dos profissionais de classe-média e dos próprios desviantes (...). A ação radical envolveu a organização ou a defesa de grupos amplamente ignorados pela esquerda ortodoxa (...). Agora, enquanto aqueles grupos jamais combinaram em uma formação intelectual ou política uniforme ou em um movimento próprio, eles tinham em comum uma desconfiança a rígida conformidade ideológica para uma afirmação da “verdade” (política, psicanalítica ou legal). A emergência da teoria radical do desvio pode ser compreendida, portanto como uma afirmação da tradição de diversidade radical” (TAYLOR, Ian; Walton Paul; Young, Jock. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pp. 18-19).

segundo lugar está a negação do absolutismo, enquanto os criminólogos ortodoxos afirmavam ser a sociedade consensual e monolítica, com apenas alguns desviantes à margem dela; os críticos passaram a defender uma diversidade de valores e subculturas dentro da mesma sociedade industrial; por fim, destaca-se a revolta contra o correccionalismo, na medida em que os teóricos do desvio começaram a enxergar como problemática a reação social ao crime, os correccionalistas consideravam o criminoso como sendo determinável a fatores fora do seu próprio controle, por seu turno, o teórico do desvio acentuava a existência e o exercício do livre arbítrio²²⁴.

Assim, os principais pressupostos da referida corrente criminológica se materializam em torno da crítica às concepções da criminologia tradicional e a sua ausência de cientificidade na análise do fenômeno criminal. Além disso, pela sua forte influência marxista, sustenta também que o crime é produto do modo de produção capitalista, portanto, o Direito e, por consequência, o sistema penal, não é uma ciência, mas sim, uma ideologia que permite a manutenção da classe dominante²²⁵.

Ou seja, para Marx o crime tem a função de promover a estabilidade política e a legitimação do poder estatal por meio da violência para o controle legal das massas. Dessa forma, para essa teoria, determinados comportamentos são tipificados como crime por interesse da classe dominante em detrimento de outros atos, o rótulo de criminoso é imputado a

²²⁴ TAYLOR, Ian; Walton Paul; Young, Jock, op. cit., p. 2-3.

²²⁵ “Nesse azimute, o Direito Penal seria um instrumento de dominação social da classe rica diante da classe menos favorecida. Como análise dessa visão, chama a atenção o fato de os crimes de colarinho-azul serem prontamente reprimidos e punidos quando ocorrem, enquanto os de colarinho-branco, por serem praticados pelos que estão no ápice da pirâmide, não chega, nem ao conhecimento das autoridades do sistema penal. Inclusive, as autoridades penais estariam atuando para a manutenção dessas suas castas delineadas, apenas reprimindo a eficazmente os crimes que apresentem perigo imediato maior, como os crimes contra a vida, a integridade física e patrimoniais. A desigualdade torna-se patente nesse tipo de relação, sendo o Direito Penal o principal ramo das disciplinas jurídicas como fomentador dessas desigualdades sociais. Nenhum outro ramo tem capacidade de impor uma desproporcionalidade tão grande entre as pessoas como o Direito Penal” (GONZAGA, Christiano. *Manual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 122).

categorias específicas de pessoas como meio de controle das classes mais baixas²²⁶. Nesse sentido, também esclarece Antonio García Pablos de Molina:

Para Marx, o crime é um produto patológico do sistema capitalista, que será abolido quando a sociedade de classes desaparecer. Mas, ao mesmo tempo, o crime produz certos benefícios na sociedade burguesa, segundo Marx: produz leis, tratados, administração da justiça, advogados e advogados e outras categorias da divisão do trabalho que por sua vez, novas necessidades e novos meios para atendê-las. (...) Marx afirmou que o crime também tem um impacto social positivo (despertando sentimentos morais e estéticos e interrompendo a segurança monótona da vida burguesa) e econômico (no mercado de trabalho, diminuindo parte de população e criar múltiplas ocupações)²²⁷.

O ponto de vista metodológico marxista, portanto, se afasta das técnicas tradicionais das ciências sociais e se utiliza, por sua vez, do método histórico-analítico, permitindo, assim, uma análise ao mesmo tempo macrossociológica, quando se considera os processos de acumulação de riqueza e segregação sócias, afetando os índices de criminalidade; quanto microssociológico do delito²²⁸.

Nessa metodologia, o estudo do desenvolvimento histórico nas instituições de controle social da sociedade capitalista, tal como o sistema de justiça criminal, é uma importante pedra de toque na teoria criminológica marxista, a fim de demonstrar como as relações de poder e subordinação de uma sociedade capitalista influencia no fenômeno criminal²²⁹.

²²⁶ “O ponto de partida, tanto para Marx quanto para Durkeim, é que nós podemos compreender o crime (ou qualquer fenômeno social relacionado), somente se nós pudermos articular e descrever as consequências que o acontecimento tem para o amplo cenário das relações sociais nas quais o acontecimento está implicado (...). Para Marx, a mais importante contribuição feita pelo crime (ou a função do crime na sociedade) é a sua contribuição para uma estabilidade econômica temporária em um sistema econômico que é intrinsecamente instável. Em adição, Marx via o crime como contribuindo para a estabilidade política pela legitimação do monopólio do Estado sobre a violência e justificando o controle político legal das massas” (TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock, op. cit., p. 204).

²²⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos, op. cit., pp. 922-923, tradução nossa.

²²⁸ “(...) enquanto as orientações positivistas se exaurem na explicação do crime como produto de forças determinantes (retirando poder de escolhas e racionalidade aos criminosos, como assinala a teoria da rotulação), e as orientações clássicas o entendem como produto de uma “razão perversa” (uma “forma pura” só impedida pela força do Estado), a Criminologia Radical se empenha na tarefa de uma análise materialista do crime e do sistema de controle social, subordinada à estratégia que liga a teoria científica à prática política no objetivo final de construção do socialismo. O projeto da Criminologia Radical tem por objetivo a produção de uma teoria materialista do Direito e do Estado, nas sociedades capitalistas (...)” (SANTOS, Juarez Cirino dos op. cit., 1981. p. 27).

²²⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 293.

À vista dessa concepção, a “Nova Criminologia” nega radicalmente o “mito” do Direito igualitário, sobretudo nos processos de criminalização e repressão do delito, revelando não proteger o Direito Penal de forma igual todos os cidadãos e bem jurídicos penalmente tipificados, ao contrário, aplica-se de forma completamente distinta aos diversos estratos sociais, imputando o *status* de criminoso a determinados sujeitos, independente da conduta e de sua gravidade²³⁰.

A Nova Criminologia, ao contestar a legitimidade do Direito Penal, escancara a discriminação e seletividade por trás dos processos de elaboração das leis penais e de incriminação; o sistema carcerário, por sua vez, centro da crítica radical, revela esse cenário mórbido, reproduzindo as desigualdades sociais de um sistema social capitalista com a consequente produção de categorias marginalizadas e estigmatizadas pelo cárcere²³¹.

Dessa forma, a Teoria Crítica propõe uma profunda reflexão do próprio conceito de crime, uma vez que ele define e mantém a hegemonia do capital, definindo como atos delituosos aqueles contrários às estruturas fundamentadoras o poder de classe. Assim, os críticos advogam em prol da construção de um conceito proletário de crime, que nas lições de Juarez Cirino dos Santos se consubstancia:

O conceito proletário de crime (na sociedade capitalista) é definido com base em uma concepção radical de direitos humanos socialistas: o direito à segurança pessoal (em relação à vida, à integridade, à saúde, à liberdade, etc.) e o direito à igualdade econômica, racial e sexual, são direitos básicos: a sua violação elimina ou limita as possibilidades concretas de realizações pessoal das vítimas, em qualquer esfera da vida. A violação desses direitos constitui crime: por indivíduos, empresas, instituições, relações sociais capitalistas, imperialistas (negam o direito à vida, à saúde, à liberdade e à dignidade de milhões de seres humanos; submetem a maioria da humanidade por sua condição de classe, de raça e de sexo; exploram o trabalho do povo, produzem subnutrição, carências, deformações físicas e psíquicas e, especialmente, crimes), etc.²³².

²³⁰ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 213.

²³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit. p. 32-33.

²³² SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., pp. 34-35.

Portanto, a Criminologia Crítica representa uma radical mudança em relação a Criminologia Tradicional, enquanto o objeto desta última é limitado pela conduta criminosa e o sistema de justiça; aquela tem como objeto o extenso conjunto das relações sociais, considerando a estrutura econômica, jurídica e política de controle social; outro ponto que afasta as duas é o objetivo de estudo de cada uma: no tocante à corrente crítica, o seu compromisso é com a profunda transformação estrutural social com a completa abolição das desigualdades; já a corrente tradicional tem como objetivo o mero aperfeiçoamento funcional-tecnocrático do aparelho penal; no que concerne²³³.

Assim sendo, muitas foram as contribuições da Criminologia Crítica, dentre elas destacam-se: a relevância dada às bases estruturais econômicas, políticas e sociais para a perfeita compreensão do fenômeno criminal; revela, outrossim, de forma nítida a seletividade do sistema criminal; para a política criminal, a nova corrente também representou desenvolvimento, na medida em que, ao invés de dar ênfase ao recrudescimento do poder punitivo estatal e de suas instituições de controle, denuncia a urgência de reformas sociais com o fim de promover a igualdade²³⁴.

Noutro giro, algumas objeções a essa perspectiva criminológica merecem ser apontadas: algumas de suas formulações revelam carência de empirismo científico e com elevado nível especulativo²³⁵; em questão de política criminal as propostas da Criminologia Crítica parecem utópicas, quando sugerem uma completa substituição dos modos de produção e do sistema econômico-social, o que dificulta a sua aplicação prática no estágio atual da sociedade.

²³³ Ibid., pp. 30-31.

²³⁴ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 107.

²³⁵ “Que um determinado conflito social gere crime ou explique certas manifestações delitivas parece óbvio. De qualquer modo, o que não é tão evidente é que todo fato delituoso tenha por base um conflito” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de, op. cit., p. 294).

Nesse mesmo raciocínio critica-se a completa desconsideração do Direito Penal, tratando-o como mero instrumento de dominação do Estado, mantendo o controle de determinados estratos sociais dentro da luta de classes, propagador, portanto, das injustiças e desigualdades que alimenta o fenômeno criminal. Desconsidera-se assim, o papel limitador do poder punitivo estatal e a sua função de proteção dos direitos e garantias fundamentais característico de um verdadeiro Estado Democrático de Direito²³⁶.

Por fim, o pensamento crítico fez delinear três distintas linhas dentro da criminologia moderna: o neorrealismo de esquerdas, o Direito Penal mínimo e o abolicionismo.

Quanto à primeira tendência, o neorrealismo de esquerda foi um movimento de política criminal que nasceu em meados da década de 70 como resposta às objeções que a Teoria Crítica vinha sofrendo devido ao seu alto grau de abstração e pouco pragmatismo, ficando assim conhecida como “Idealismo de Esquerda”, pois, embora academicamente seus postulados importassem grande avanço, na prática representava pouca possibilidade de mudanças e proposições²³⁷.

Dessa forma, preocupados com a descredibilidade de suas teses e com o ganho de prestígio das teorias de direita, os teóricos críticos decidem reformular seu discurso, um dos mais importantes nomes dessa tendência foi justamente o de Jock Young. A publicação mais influente desse movimento foi a obra *What is to be Done About Law and Order*, lançada em 1984 por Jock Young e John Lea, na qual os autores se dedicam a adequar a teoria crítica a um

²³⁶ “Não obstante, a principal falha desta concepção crítica é precisamente a desqualificação global que faz de todo o Direito Penal como uma espécie de ‘braço armado da classe dominante’ desatendendo a função garantista e, portanto, limitador do poder punitivo do Estado, colocando no mesmo nível o Direito penal do Estado Democrático de Direito e o Direito penal do Estado Totalitário, fascista, negador de direitos fundamentais, e rechaçando de antemão as possibilidades que oferece para sancionar também os comportamentos criminais dos poderosos (...)” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p 116).

²³⁷ VERAS, Ryanna Pala. *Política Criminal e Criminologia Humanista*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 113 e ss.

discurso que não ficasse fora dos moldes do estágio social e sistema existentes, segundo os autores:

A criminologia realista de esquerda, como seu nome indica, é radical na avaliação que faz do delito e de suas causas. Radical, porque o delito é visto como um produto endêmico da natureza patriarcal e de classes das sociedades industriais avançadas. Não se trata de uma criminologia cosmética de tipo tradicional que considera o delito como um defeito que, com o tratamento apropriado, pode ser eliminado do corpo da sociedade, uma sociedade sã em si mesma e que não necessita ser reconstruída. A criminologia de esquerda, além disso, sugere que os delitos surgem nas instituições que se encontram no seio da sociedade (tais como a competitividade individualista e a agressividade masculina). O delito não é um produto da anormalidade, senão do funcionamento normal da ordem social. Em segundo lugar, é realista em sentido de que tenta ser fiel à realidade em que se apresenta o delito. Isto implica estudar com realismo o problema do delito, desconstruí-lo em seus elementos fundamentais (o quadrado do delito), examinar com espírito crítico a natureza da causalidade, analisar com realismo as possibilidades de intervenção e, sobretudo, compreender muito bem o terreno social variável em que vivemos²³⁸.

O realismo de esquerda, constitui, portanto, um contraponto aos discursos repressivos da direita. Não obstante a tentativa de reformular uma nova perspectiva sobre alguns pontos da criminologia crítica (um deles, por exemplo, foi trazer à tona a questão feminista até então ignorada), não revelou nenhuma inovação teórica.

No que tange à corrente minimalista, esta defende, em linhas gerais, a prudente intervenção do Direito Penal em face de apenas alguns delitos e na proteção dos mais relevantes bens jurídicos, entendendo a mínima expressão radical da malha penal do Estado representa ameaça sensível à sociedade e consequências mais graves do que os benefícios que poderia trazer; essa perspectiva ainda que não ortodoxa, não deixa de ser marxista.

Por último, o abolicionismo, cuja origem atribui-se a Felipe Gramatica, com o fim da Segunda Guerra, a qual desencadeou uma reação humanitária, assim, para Gramatica, a defesa e proteção social dependia da ação do Estado no sentido de abolir o Direito Penal e,

²³⁸ LEA, John & YOUNG, Jock. *What is to be done about Law and Order*. Londres: Pluto Press, 1984. p. 5.

consequentemente, os sistemas penitenciários vigentes²³⁹. Portanto, esse movimento tece severas críticas ao sistema punitivo de tal forma que o Direito Penal e a Justiça Criminal tem servido apenas para reproduzir as desigualdades sociais, sendo apenas uma instância seletiva e elitista²⁴⁰.

Embora a concepção abolicionista denuncie as falhas de um sistema de justiça criminal desigual, totalitário e seletivo, em contrapartida, é incapaz de oferecer métodos seguros e realmente eficazes a permitir a imediata substituição e abolição do mesmo, de tal forma que o movimento minimalista e, consequentemente, o princípio da intervenção mínima representam o ponto de equilíbrio para um Estado que se pretenda Democrático de Direito.

²³⁹ GRECO, Rogério, *op.cit.*, p. 7-8.

²⁴⁰ Sobre o abolicionismo, Nilo Batista, Zaffarni, Alagia e Slokar apontam: “Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais” (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 648).

6. MOVIMENTO LEI E ORDEM

O presente trabalho reserva importante espaço para a análise e debate do Movimento Lei e Ordem. Para essa abordagem ser completa é necessário também tratar de dois importantes subtemas, quais sejam, a Teoria das Janelas Quebradas e a política de Tolerância Zero.

O objetivo e importância desse capítulo residem no fato de que tal movimento criminológico impulsionou um vertiginoso fluxo de políticas criminais de caráter expansionistas, com importante apoio popular e midiático, tornando-se uma verdadeira bandeira política em diversos países. O Brasil não ficou à parte dessas influências e passou a adotar ao longo das décadas inclinações político-criminais dessa natureza, por esse motivo, seu estudo faz-se obrigatório.

6.1 ORIGEM

A Lei e Ordem é mais um movimento criminológico que tenta, não somente explicar o fenômeno criminal, mas também, e sobretudo, apontar mecanismos e políticas de repressão. Essa corrente, essencialmente estadunidense, ganha força em meados das décadas de 80 e 90, em virtude da crescente criminalidade das grandes cidades, como Nova Iorque.

Trata-se de um movimento segundo o qual o combate da criminalidade, em especial a urbana, deve contar com expansão do aparato punitivo estatal, valendo-se do Direito Penal como instrumento *prima ratio* na resolução dos conflitos e essencial para a manutenção da ordem ora perturbada pela infração à norma. Assim, abandona-se a ideia da intervenção penal

mínima, corolário dos estados democráticos, para a manifestação rigorosa dessa esfera, inclusive para condutas de aparente irrelevância²⁴¹.

A expressão desse discurso punitivista pode se dar de diferentes formas, tais como: o aumento da repressão institucional-policial, criminalização de condutas, endurecimento das penas, cerceamento de liberdade e garantias processuais, encarceramento em massa, dentre outras medidas. Enaltece-se, portanto, o caráter simbólico do Direito Penal, servindo o mesmo como elemento educador da sociedade na medida em que não permite e censura as condutas consideradas desviantes.

Em resumo, essa corrente criminológica defende que, se o Estado não combate de forma eficiente a criminalidade, é porque o mesmo não está sendo suficientemente repressivo, exigindo maior criminalização, punição, expansão dos aparatos policiais, judiciários e penitenciários, maior aplicação das penas privativas de liberdade e supressão de garantias penais e processuais penais²⁴².

A título de exemplo, um dos principais expoentes dessa corrente é Ralf Darherendorf (1929-2009), o qual, em sua obra intitulada “A lei e a ordem” (1985), tece severas críticas às penas substitutivas à prisão por ser, em sua visão, “socialmente errada”, uma vez que sacrifica toda uma sociedade em nome de um indivíduo infrator por um ganho completamente incerto²⁴³.

A mídia teve um importante papel para a popularização dos fundamentos desse pensamento criminológico, por meio da disseminação de programas de cunho policial sensacionalistas, com a transmissão de crimes graves e chocantes, imagens perturbadoras,

²⁴¹ “Efetivamente, as propostas do movimento de *lei e ordem* se dirigiam basicamente a reclamar uma reação legal, judicial e policial mais contundente contra os fenômenos de delinquência de massas, da criminalidade das ruas (patrimonial e violenta)” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, op. cit., p.24).

²⁴² Andrade, Vera Regina. *Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Última Ratio, ano 1, n. 1, pp. 397 e ss.

²⁴³ “Considero errada a extrema condescendência que acompanha uma visão puramente individualista. Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por “restrições ao padrão de vida”, não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, como também está socialmente errada” (DARHENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 109).

acompanhamento e interferência em tempo real de sequestros, homicídios e rebeliões, fazendo com que a população apoiasse e exigisse o recrudesimento das penas e a expansão dos tipos penais como solução para a desordem e criminalidade²⁴⁴.

Dessa forma, a espetacularização do crime pela mídia revela solo fértil para criar na população o sentimento de insegurança e amedrontamento, no qual o papel simbólico do sistema penal ganha particular força²⁴⁵, o convencimento desse perigo ocorre através do sensacionalismo, *slogans* como “guerra ao crime” e afins tornam-se símbolo da vontade popular e bandeira política²⁴⁶.

Essa manifestação pelo recrudesimento das políticas policiais e judiciárias observada em muitos países do primeiro mundo, como Estados Unidos e nações da União Européia, é resultado de uma transformação do Estado em três principais aspectos: a doutrina econômica neoliberal que, ao lado da “mão invisível” do mercado econômico, está a “luva de ferro da repressão; a retração do bem-estar social e a consequente expansão do poder punitivo²⁴⁷.

O final do século XX trouxe profundas mudanças politicamente decisivas para os Estados Unidos, as quais culminaram em um governo pautado na *lei e ordem*. Entre os anos de 1973 e 1996, a nação norte-americana adotou diversas medidas que levaram gradativamente à ascensão do Estado Penal, dentre elas destacando-se a atrofia do sistema social (*welfare*) pela

²⁴⁴ ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo. 2017, p.109.

²⁴⁵ SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200,. p. 77.

²⁴⁶ “Os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente, constranger os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*, sem contar os muitos *folclorismos* penais, como pretender condenar, por favorecimento, parentes das vítimas de sequestro que não denunciem ou que paguem o resgate exigido” (ZAFFARONI. Eugênio Raul. *O inimigo do Direito Penal*. (trad.). Sérgio Lamarão. 3ª ed. Edita Revan. Rio de Janeiro. 2011).

²⁴⁷ É o que Loïc Wacquant como “tríplice transformação do Estado”. (WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. 3ª ed., Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 30.

primazia do trabalho sub-remunerado (*workfare*)²⁴⁸. Progressivamente, o estado caricativo foi declinando nas últimas três décadas do século XX, de modo que a redução do seu orçamento atingiu especialmente aos mais pobres e desempregados²⁴⁹. As consequências são facilmente deduzíveis, como o aumento da população pobre do país (15%), a taxa mais elevada da década, e o aumento de trabalhos sub-remunerados²⁵⁰.

Como forma de conter a pobreza, deserdação de várias famílias e a consequente desordem urbana, hipertrofiaram-se as funções repressivas do Estado. O aumento da população de risco, fruto das mudanças estruturais e econômicas estadunidenses, fez eclodir nas décadas de 60 e 70 altos índices de criminalidade²⁵¹. O encarceramento tornou-se um mecanismo importante de controle social, razão pela qual, na década de 1970, a população condenada a prisão nos Estados Unidos aumentou vertiginosamente, um acréscimo de 442% entre os meados de 1960 e 1990, atingindo principalmente os negros do país²⁵².

Neste sentido, veja-se a figura abaixo apresenta, a qual ilustra de forma mais adequada o ora apontado.

²⁴⁸ “Em função das atuais e iminentes ondas de racionalização, esse sistema padronizado de pleno emprego começa a debilitar e carcomer, através de flexibilizações a partir das margens, seus três pilares de sustentação – direito do trabalho, local de trabalho, jornada de trabalho. Com isto, as fronteiras entre trabalho e ócio de tornam fluidas. Formas flexíveis e plurais de subemprego se difundem”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2ª ed., trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 207).

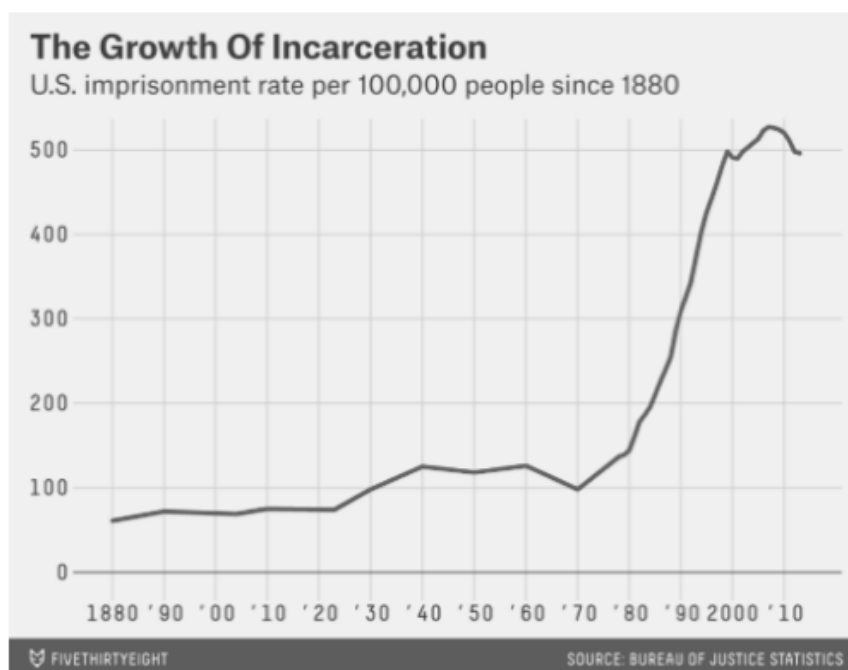
²⁴⁹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 191.

²⁵⁰ É o que Loïc Wacquant como “tríplice transformação do Estado” (op. cit, pp. 96 e ss).

²⁵¹ GARLAND, David, op. cit., p. 205.

²⁵² WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. p. 114.

Figura 3. Aumento do número de presos



Fonte: Bureau of Justice Statics

Outro fator importante para esse movimento foi a política impulsionada pelo governo de Richard Nixon (1969 a 1974), a qual perdurou no mandato de Ronald Reagan (1981 a 1989), de guerra às drogas, sob um discurso inflamado e de amplo apoio social, o tráfico de entorpecentes foi considerado “inimigo número um” do Estado. Esse programa de combate ao narcotráfico, em verdade, ganhou um viés racial, com números impressionantes de afro-americanos nas prisões dos Estados Unidos, e, embora o número de brancos encarcerados por crimes de drogas tenha aumentado vertiginosamente, em especial na década de 1980, quando comparado aos números relativos com a população negra e latina, tornam-se pequenos. Dessa forma, não obstante a maioria dos usuários e traficantes ser branca, três quartos das pessoas presas por esses delitos são negras²⁵³.

²⁵³ ALEXANDER, Michelle, op. cit., pp. 156-157.

Quando se trata do movimento lei e ordem, insuperável é o estudo dos criminólogos James Wilson (1931-2012) e George Kelling (1935-2019), responsáveis pelas principais teses desse pensamento punitivista norte-americano, reunidas na chamada “Teoria das Janelas Quebradas”, a qual se tornou o embasamento teórico da política criminal americana repercutida e conhecida como “Tolerância Zero”, no começo da década de 90.

6.2 A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Os primeiros passos daquela que ficaria conhecida como “Teoria das Janelas Quebradas” começam a ser dados em 1975, por James Wilson, cientista político norte-americano, quando da publicação do seu livro intitulado “*Thinking about crime*”, no qual, de plano, critica duramente a criminologia clássica, os seus autores e o modo pelo qual eles veem o fenômeno do crime. As suas principais objeções ao pensamento criminológico tradicional residem na carência de embasamento científico, motivo pelo qual a sua obra é rica em estudos empíricos, os quais, embora tenham cientificidade duvidosa, corroboram com a sua teoria.

O autor inicia a construção de sua tese retomando os postulados da Escola de Chicago e das teorias ecológicas (já analisadas em capítulo anterior), reforçando, portanto, a noção de estar a sociedade baseada em sutis laços de controle formal e informal, importantes para a coesão e manutenção da ordem. Nesse contexto, o crime constitui o elemento enfraquecedor e desestabilizados dessas relações, e, por conseguinte, distancia os membros daquele bairro e os isola em sua própria vida privada. Assim, o que leva a criminalidade a se tornar um problema social é o consenso da própria falência da comunidade, incapaz de evitar o crime²⁵⁴.

²⁵⁴ WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 2013, p. 18.

Essa preocupação em manter os vínculos pessoais como forma de controle do comportamento criminal explica por que a maioria dos americanos preferem morar em cidades pequenas²⁵⁵. Em uma pesquisa realizada nos Estados Unidos no ano de 1963 e relatada no livro, constatou-se que apenas 22% das pessoas queriam viver em metrópoles, 49% preferiam as cidades pequenas e 28% os subúrbios, corroborando a tese de que os centros urbanos de menor porte são socialmente mais homogêneos e as sanções informais ainda são eficazes na gestão das condutas da vizinhança²⁵⁶.

Dessa forma, a sociedade é constituída de diferentes padrões de comportamento a depender dos diversos grupos e critérios adotados, os quais refletem em preconceitos sociais. Wilson, então, inequivocamente assente com a existência de parâmetros discriminatórios e, mais que isso, os considera úteis para a manutenção da ordem, uma vez permitirem distinguir comportamentos fora do padrão tolerados em um cenário onde se busca a homogeneização dos indivíduos em sua vida nos espaços públicos. Em contrapartida, o autor considera ser o critério mais coerente de controle de comportamento o da classe social, muito mais do que a questão racial²⁵⁷, já ser o poder aquisitivo de cada família a base primária da sua vida social²⁵⁸.

Na visão do autor, os altos indicadores de criminalidade dos Estados Unidos em meados da década de 1960²⁵⁹ decorriam da percepção de que as possibilidades de ser

²⁵⁵ “O senso comum e a experiência cotidiana nos informa que o ambiente físico tem muito a ver com o risco de crime: evitamos ruas mal iluminadas, becos sem saída, bairros degradados, etc. Essa suposição costuma andar de mãos dadas com outra crença amplamente compartilhada - a saber: um segredo básico do controle do crime no passado foi a autoproteção informal da comunidade pequena e homogênea” (MURRAY, Charles A. *The physical environment and community control of crime*. Em: WILSON, James Q. *Crime and public policy*. California: ICS Press, 1983, pp. 107-108, tradução nossa).

²⁵⁶ WILSON, James Q., op. cit., p. 18

²⁵⁷ Para Wilson, o maior preço a se pagar pela segregação racial é o fato de ela condicionar todos os negros a uma também segregação residencial, ou seja, há pouca diferenciação espacial entre os negros de diferentes níveis sociais, fazendo com que indivíduos de baixa, média e alta renda convivam no mesmo bairro, inibindo a separação territorial necessária para a criação e manutenção de diferentes estilos de vida comunitária (Ibd., pp. 25-27).

²⁵⁸ “O preconceito existe, assim como o desejo de comunidade; ambos frequentemente se sobrepõem. Não existe “solução” para o problema, embora seja útil estigmatizar certos tipos de preconceitos (como os baseados na raça). Já (na minha opinião) a classe social é um preditor de comportamento muito melhor do que a raça” (Ibd., p. 22, tradução nossa).

²⁵⁹ Ibd., p. XI.

severamente punido haviam baixado²⁶⁰, pois um ponto forte de sua tese é a defesa da racionalidade do indivíduo infrator e da relação de custo-benefício entre o crime e as chances de se ser punido que o mesmo pondera²⁶¹.

Logo, a forma mais eficaz de reduzir essas taxas é fazer com que as consequências do cometimento de crime para o pretense infrator sejam mais caras, tornando a punição mais célere e mais rigorosa; ou, em contrapartida, mas seguindo a mesma lógica, tornar o valor das alternativas ao crime mais atraente. Assim, os cidadãos e possíveis infratores possuem relativa racionalidade em relação da sua perspectiva dos custos e benefícios do delito, a ponto de se determinarem de acordo com as recompensas e penalidades das suas condutas²⁶².

Nessa perspectiva, negar essa lógica racional de sopesar penalidades e recompensas é ignorar a natureza humana, na qual, desde tenra idade, obedecemos determinadas ordens porque a recompensa é atrativa ou por medo do castigo. O que, na visão do referido autor, diferencia os infratores do restante da sociedade não é, portanto, a sua irracionalidade, mas uma consciência mais fraca, ou seja, preocupam-se menos com sua reputação, todavia isso os tornam indiferentes aos riscos e ganhos do crime²⁶³.

Assim, resta avaliar como e quanto a gravidade e certeza das sanções influenciam nos indicadores de criminalidade, Wilson conclui que as penalidades a serem impostas pela violação da lei devem ser suficientemente grandes para compensar, à margem, os benefícios do ato ilícito, mas não tão grandes a ponto de gerar resistência no sistema de justiça criminal para a sua imposição²⁶⁴.

²⁶⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 780.

²⁶¹ “O cidadão comum dificilmente precisa ser persuadido do ponto de vista de que o crime será cometido com maior frequência se, em outras circunstâncias, os crimes se tornarem mais lucrativos se comparados a outras formas de gastar o tempo” (WILSON, James Q, op. cit., p. 105, tradução nossa).

²⁶² Ibid., p. 125.

²⁶³ Ibid., p. 109.

²⁶⁴ “Quando os benefícios potenciais de violar a lei são pequenos (como na bebida para adolescentes ou talvez com uma arma sem licença), pequenas mudanças nos riscos podem ter efeitos significativos no comportamento” (Ibid., p. 125, tradução nossa).

Diante desse contexto, a *Broken Windows Theory* concretiza-se com a publicação de um estudo realizado por James Wilson juntamente com George Kelling em 1982 na Revista *Atlantic Monthly*, sob o título *Broken Windows - The Police and Neiborhood Safety*, também reproduzido no capítulo cinco da obra *Thinking About Crime*, já mencionada anteriormente.

Nesse estudo, os autores pretendiam demonstrar de forma clara a forte relação de casualidade entre desordem e criminalidade²⁶⁵. Para isso, utilizaram-se de um experimento realizado em 1969 pelo professor da Universidade de Standford, Philip Zimbardo, o qual consistia em deixar dois carros similares, sem placas e trancados, em bairros com contexto social totalmente distintos, um no Bronx, região pobre de Nova Iorque, e o outro em Palo Alto, área mais rica da Califórnia²⁶⁶.

O que se pode observar é que, em menos de 24 horas, o carro localizado no Bronx foi rapidamente atacado por vândalos e tudo de valor foi removido. E mais, a depredação continuou: as janelas foram quebradas, peças arrancadas, estofados foram rasgados e, quando não havia mais nada, o que sobrou do automóvel começou a ser usado pelas crianças como *playground*; os pesquisadores também deixaram claro que a maioria desses “vândalos” eram brancos, bem vestidos e de “boa aparência”. Enquanto isso, em Palo Alto, o veículo se manteve intacto até o professor Zimbardo, depois de uma semana, danificar uma parte do carro com uma marreta. A partir de então, em poucas horas o veículo também foi completamente destruído, assim como no bairro pobre de Nova Iorque, por pessoas brancas e de aparência respeitável²⁶⁷.

Diante desses fatos, a conclusão obtida por Philip Zimbardo, e que seria utilizada por Wilson e Kelling para comprovar a sua tese, é a seguinte: a criminalidade não guarda única e exclusiva ligação com a condição social ou racial dos infratores, mas sim, e muito mais

²⁶⁵ “(...) no nível comunitário, desordem e crime geralmente estão indissociáveis, em uma espécie de sequência de desenvolvimento” (KELLING, George; WILSON, Q James. *Broken Windows: the police and neiborhood safety*. The Atlantic Monthly, v. 263, n.2, 1982, p. 2, tradução nossa).

²⁶⁶ Ibid., pp. 05-06.

²⁶⁷ Zimbardo, Philip G. *The human choice: individuation, reason and order Versus deindividuation, impulse, and chaos*. Lincon, Nebraska: University of Nebraska Press, pp. 237 e ss.

intrinsecamente, com a percepção de abandono e desordem. Isso pode ser comprovado por meio do experimento quando se coloca em análise a realidade social vivenciada no bairro mais carente e caracterizado, em geral, por anonimato, vandalismo e desamparo, onde a sensação de impunidade é maior. Enquanto que na região mais nobre o que ocorre é a psicologia inversa, porquanto são locais cuja proteção da propriedade privada é de fato percebida e vigiada, onde há percepção de que qualquer comportamento contrário às normas será notado e implicará em consequências graves.

Logo, um dos fundamentos da Teoria das Janelas Quebradas é o de que a criminalidade não está condicionada unicamente à ecologia urbana e a baixas condições econômicas do pretense infrator, pois, para que o crime ocorra, basta que as barreiras antes existentes de proteção, vigilância e respeito com a propriedade alheia, as quais impediam a realidade criminógena, sejam reduzidas - esse foi o sinal interpretados pelos indivíduos como “ninguém se importa”²⁶⁸.

Nesse sentido, Wilson e Kelling passam a defender que o Estado e as políticas públicas deveriam se preocupar mais com os pequenos atos de vandalismo como mecanismo de prevenção da alta e grave criminalidade. Não à toa que se utilizam da famosa analogia das janelas quebradas para dar nome à teoria: se uma janela de um prédio é quebrada e deixada sem conserto, em breve todas as demais janelas desse imóvel estarão quebradas²⁶⁹.

Nessa medida, outro pilar importante para a construção dessa tese esbarra na atuação policial. Para tratar do tema os autores trazem à tona um programa desenvolvido em New Jersey na década de 1970 intitulado “*Safe and Clean Neighborhoods Program*”²⁷⁰, criado

²⁶⁸ “(...) do ponto de vista dos ofensores, a ligação entre desordem e crime é mais direta. Os criminosos interpretam a desordem como um sinal de que ninguém se importa com a vizinhança e, portanto, podem cometer crimes com relativa impunidade” (JEAN, Peter K. B. ST. *Pockets of crime: broken Windows, collective efficacy, and the criminal point of view*. Chicago: University of Chicago Press. 2007, p. 33, tradução nossa).

²⁶⁹ “(...) uma janela quebrada não reparada é um sinal de que ninguém se importa, então quebrar mais janelas não custa nada” (KELLING, George; WILSON, Q James, op. cit., p. 3).

²⁷⁰ Em tradução livre: “Programa de vizinhança limpa e segura”.

para promover a qualidade de vida em diversas cidades desse estado. Parte desse programa consistia em rondas policiais sem o uso de viaturas, senão a pé (*foot-patrol*). Inovação esta não muito bem recebida pelos próprios oficiais, os quais julgavam estar mais vulneráveis fora dos veículos.

Cinco anos após o programa, a Fundação de Polícia de Washington D.C publicou uma avaliação relatando não ter a nova forma de patrulha diminuído os indicadores de criminalidade²⁷¹, em contrapartida, os moradores dos bairros contemplados pelo programa pareciam estar mais seguros e acreditando que o crime ali havia, de fato, diminuído, em comparação àqueles que residiam em outras áreas, tendo uma opinião considerada mais favorável sobre as novas políticas públicas implementadas.

Todavia, contrariando os dados empíricos, para os autores da teoria essa “sensação” de segurança não consiste em mera impressão dos moradores, porque com o *foot-patrol* os cidadãos tinham completa ciência das atividades policiais, como eles as realizavam, a diferença entre essa nova postura e a forma de patrulha tradicional, e, por fim, sabiam que esse programa tornava a vizinhança mais segura. A questão era revelar como um bairro pode ser considerado mais seguro sem que os índices de criminalidade tenham reduzido.

Wilson explica que as populações urbanas, em especial das grandes cidades, vivem amedrontadas com o crime, mais especificamente com aquele que envolve violência súbita e o medo de ser atacado por pessoas desordeiras, as quais não são necessariamente criminosas²⁷². Nesse cenário, o que a patrulha a pé fez foi elevar o nível de ordem pública nesses bairros e, para saber como isso era feito, Kelling acompanhou alguns desses oficiais em suas rondas, descobrindo que com a maior familiarização dos policiais à vizinhança já era possível identificar quem eram os cidadãos “normais” e os de má reputação. Assim, se algum desses

²⁷¹ *The Newark Foot Patrol Experiment*. Washington, DC.: Police Foundation, 1981.

²⁷² CHAIKEN, Jan M.; CHAIKEN, Marcia R. *Crime rates and the active criminal*. Em: WILSON, James Q. *Crime and public policy*. California: ICS Press, 1983. p. 17.

infringisse alguma regra, ainda que informal, seria detido por vadiagem; postura apoiada e mantida pelos “cidadãos de bem”, de tal forma que a violação de uma norma era por eles notificada aos policiais.

Não por outro motivo, a teoria das janelas quebradas se esforça para demonstrar a importância do papel da polícia, mais do que quaisquer outras instituições, como o Judiciário, no combate da desordem e consequente criminalidade. Assim, resgatam-se as noções de controle social informal, alegando-se que o medo e a insegurança fazem com que os cidadãos se distanciem uns dos outros, enfraquecendo suas relações e essa forma de controle. Nesse cenário, quanto mais tempo a polícia demora a responder chamados e solucionar casos, mais a população perde a credibilidade nessa instância²⁷³.

Esse processo levaria à decadência urbana vivida ao longo de décadas e que encontrou situação mais problemática precisamente em meados de 1960, podendo ser interrompido com a mudança da postura e atuação policial. Wilson e Kelling acreditam, portanto, serem as experiências das patrulhas a pé mais eficazes do que as realizadas exclusivamente em viaturas, pois, embora com o uso dos carros um policial tenha uma visão mais ampla, aquele a pé tem uma relação mais íntima com o bairro, não consegue se desvincular dele e a aproximação é muito mais fácil. Assim, as portas e vidros das viaturas separam aqueles oficiais dos cidadãos²⁷⁴. A importância desse tipo de policiamento é o fato de manter a ordem, ao mesmo tempo que também reforça e estimula os mecanismos de controle informal daquele bairro²⁷⁵.

²⁷³ “Para os moradores, os policiais que chegam nos carros-patrulha são ineficazes ou indiferentes; para a polícia, os moradores são animais que se merecem. Os cidadãos podem em breve parar de chamar a polícia, porque “eles não podem fazer nada”” (KELLING, George; WILSON, Q James, op. cit., The Atlantic Monthly, v. 263, n.2, 1982, p. 4, tradução nossa).

²⁷⁴ “Em teoria, um oficial em uma viatura pode observar tanto quanto um oficial a pé; em teoria, o primeiro pode falar com tantas pessoas quanto o segundo. Mas a realidade dos encontros policial-cidadão é poderosamente alterada pelo automóvel. Um oficial a pé não pode separar-se das pessoas da rua (...)” (KELLING, George; WILSON, Q James, op. cit., p. 5, tradução nossa).

²⁷⁵ “A ilustração fornecida pela *teoria das janelas quebradas* não é diversa de várias outras buscando expressar à sociedade e ao poder público a necessidade de se viver em paz, com tranquilidade e, sobretudo, fazendo atuar a

Ainda sobre a atividade policial, entrando no mérito da discricionariedade dessa instância, Wilson, desde a publicação de *Thinking About Crime*, se posiciona complementemente favorável a oferecer maior liberdade na atuação da polícia como componente necessário em uma política criminal. Em contrapartida, o autor não consegue garantir não se torne essa atuação essencialmente discriminatória e intolerante, colocando a responsabilidade e confiança no bom treinamento dos oficiais, afirmando categoricamente ser o papel da polícia o de manter a ordem e não a equidade social ou racial entre os cidadãos²⁷⁶.

Por fim, também à luz da analogia das janelas quebradas, os autores se mostram contrários a qualquer medida que implique em descriminalizar condutas que proíbem comportamentos meramente desonrosos, como vadiagem ou embriaguez, sob o pretexto de que esses hábitos não lesam bem jurídico algum, não merecendo, por sua vez, proteção penal do Estado. Wilson e Kelling rebatem esse argumento afirmando que, considerada apenas a presença de um único vândalo ou bêbado, de fato soaria desproporcional a repressão; entretanto, alertam, utilizando-se apenas de mera especulação, que cem deles podem destruir uma sociedade, cabendo ao Estado, por meio do seu aparato punitivo, manter a ordem, não permitindo que nenhuma janela seja quebrada²⁷⁷.

Em 1995, Kelling e Catherine Coles publicaram outro estudo, o qual ampliava os horizontes da Teoria das Janelas Quebradas, intitulado *“Fixing Broken Window: Restoring*

solidariedade, pois a polícia não faz e nunca fará o trabalho preventivo sozinha” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.55).

²⁷⁶ “Como podemos garantir, em suma, que a polícia não se torne agente do fanatismo do bairro? Não podemos oferecer uma resposta totalmente satisfatória a essa questão importante, exceto esperar que, pela sua seleção, treinamento e supervisão, a polícia seja inculcada com uma noção clara do limite externo de sua autoridade discricionária. Esse limite, grosso modo, é este: a polícia existe para ajudar a regular o comportamento, não para manter a pureza racial ou étnica de um bairro” (KELLING, George; WILSON, Q James, op. cit., p.7, tradução nossa).

²⁷⁷ “Este desejo de “descriminalizar” comportamentos de má reputação que “não prejudiquem ninguém” e, assim remover a sanção definitiva que a polícia pode empregar para manter a ordem da vizinhança, é, pensamos, um erro. Prender um único bêbado ou um único vagabundo que não prejudicou uma pessoa identificável parece injusto e, em certo sentido, é. Mas não fazer nada sobre uma porção de bêbados ou cem vagabundos pode destruir uma comunidade inteira. Uma regra particular que parece fazer sentido no caso individual não faz sentido quando é feita uma regra universal e aplicada a todos os casos. Não faz sentido porque não leva em conta a conexão entre uma janela quebrada deixada sem cuidado e mil janelas quebradas” (WILSON, James Q., op. cit., p. 72, tradução nossa).

Order and Reducing Crimes in Our Communities”²⁷⁸, no qual se reafirma ser a relação entre desordem e criminalidade, já defendida por Wilson em trabalhos anteriores, mais forte do que a relação da criminalidade com quaisquer outros fatores, tais como a condição social dos indivíduos, raça ou pobreza.

O objetivo dessa nova obra é, portanto, consolidar as bases da teoria acrescentando a ela dados empíricos que comprovam o seu sucesso em diferentes circunstâncias, conseguindo garantir o respeito aos direitos individuais, ao mesmo tempo em que protege a sociedade²⁷⁹. A principal experiência que a obra faz referência, abordada com maiores detalhes, é a condução por Kelling do programa de patrulha a pé em Newark, em meados da década de 1970.

Assim, bem como já induzia o primeiro artigo, a criminalidade só poderá ser reduzida se a ordem for restaurada e mantida, daí a importância do policiamento comunitário e da proximidade das autoridades competentes com os cidadãos, de tal forma que a fórmula seria básica: a melhor maneira de combater o crime é combater a desordem. Por outro lado, também faz parte de uma política criminal eficaz a promoção da estabilidade dos bairros e das famílias, criando assim um ambiente de solidariedade, no qual a presença de um comportamento estranho é facilmente detectada e denunciada. Em outras palavras, o Estado deveria viabilizar o reforço do controle informal social²⁸⁰.

Dessa forma, ao acompanhar por horas os oficiais que realizavam suas rondas fora das viaturas, Kelling percebeu que essa forma de policiamento não só tornava o oficial mais eficaz na resolução dos problemas locais, como também reforçava as regras informais daquele bairro, uma vez que, imerso no cotidiano daquele bairro, o agente reconhecia e preservava “as

²⁷⁸ Em tradução livre: “Consertando as janelas quebradas - restaurando ordens e reduzindo crimes em nossas comunidades”.

²⁷⁹ KELLING, George L.; COLES, Catherine M. *Fixing broken Windows: restoring order and reducing crime in our communities*. New York: Simon and Schuster, 1997, p. 5.

²⁸⁰ WILSON, James Q., op. cit., pp. 66-67.

regras da rua”²⁸¹. Em suma, o controle social sobre as pequenas condutas é a melhor estratégia para se prevenir delitos graves²⁸².

Por fim, como política criminal defendida nesta teoria tem-se como remédio a punição, ou seja, se a desordem leva à criminalidade, a tolerância com os pequenos crimes, conseqüentemente, resulta no cometimento de atos mais graves e violentos. Dessa forma, a ideia da impunidade é a mola a impulsionar o cometimento de crimes, na metáfora que dá o nome à teoria: se uma janela de um prédio é quebrada e ninguém faz nada à respeito dela, logo todas as demais estarão deterioradas²⁸³.

A certeza de que nada acontecerá ou nenhuma consequência efetiva incorrerá sobre o indivíduo estimula o mesmo a praticar atos considerados ilícitos, nesse sentido, a falta de punição para crimes de menor potencial ofensivo incentiva e abre margem para ações mais violentas.

Embora a teoria das janelas quebradas tenha de forma nítida demonstrado a relação entre a desordem como fator influenciador da criminalidade e, dessa forma, desmistificado outras como a pobreza e raça; além de ter reforçado a importância da solidariedade dos controles informais para a prevenção do crime; ela também, por outro lado, possui, ao nosso ver, o grave problema de utilizar o sistema penal como elemento educador da sociedade, empregando-o como principal instrumento para a repressão de pequenos desvios comportamentais, servindo, tão somente, para reafirmar o caráter simbólico do Direito Penal.

6.3 TOLERÂNCIA ZERO

²⁸¹ “Oficiais de patrulha a pé mantinham-se a par dos problemas locais, assumiam responsabilidade especial por locais ou pessoas particulares, desenvolveu fontes regulares de informação (...)” (Ibd., p.17, tradução nossa).

²⁸² ANITUA, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 783.

²⁸³ “O fato de deixar sem reparação e sem resposta uma degradação aparente de um bem público é considerado um sinal de abandono pela autoridade pública das suas responsabilidades. Para os jovens mais expostos à delinquência, é um encorajamento a passar ao ato com o sentimento de impunidade” (FENECH, Georges. *Tolerância Zero: acabar com a criminalidade e violência urbana*. Trad. Joana Patrícia Rosa; Mário Matos e Lemos. Mem Martins: Editorial Inquérito, 2011, p. 17).

A Teoria das Janelas Quebradas ganhou notoriedade quando serviu de embasamento teórico para o programa “Tolerância Zero”, nascido na década de 1990, primeiramente nos Estados Unidos, e, após ganhar popularidade, ampliado para outros países da Europa e América Latina. Sem dúvidas o terreno mais fértil para emergir esse tipo de política criminal foi em Nova Iorque, grande metrópole norte-americana que, como qualquer centro urbano desse porte, apresentava problemas estruturais e sociais, os quais refletiram no aumento da criminalidade.

Em primeiro lugar, a população nova-iorquina tinha como uma das principais queixas a atuação dos *esqueegemen*, expressão utilizada para se referir a vândalos, em sua maioria adolescentes, os quais abordavam os carros parados nos faróis de trânsito e, após se oferecerem para limpar os para-brisas, extorquiam de forma violenta os motoristas; essa conduta frequente era uma das janelas consideradas quebradas e que causava desordem urbana e a decadência da qualidade de vida dos americanos²⁸⁴. Outros fatores que contribuíram para o aumento da violência urbana foram a explosão da epidemia de crack, e o consequente tráfico de drogas nos Estados Unidos no final da década de 1980; e o aumento dos homicídios em Nova Iorque, os quais foram de 1.392 em 1985, para 2.262 em 1990.²⁸⁵

Mas um cenário que realmente chama atenção em Nova Iorque e que se torna um verdadeiro ponto inicial para a mudança político-criminal ocorrida foi o sistema de metrô. Esse transporte público crucial para viabilizar a vida social e comercial da cidade, que já funcionava 24 horas por dia e transportava os usuários exclusivamente por dentro da grande cidade, onde muitas das estações eram deterioradas e tornavam-se ambientes de extrema poluição visual por causas das inúmeras pichações e da habitação por sem-tetos²⁸⁶.

²⁸⁴ RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas Quebradas, Tolerância Zero e Criminalidade*. (Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>>. Acesso em: 01.09. 2019).

²⁸⁵ *Tackling Crime, Disorder and Fear: A New Policing Model*. (Disponível em: <<http://www.nyc.gov/html/nypd/html/home/home.shtml>>. Acesso em 01.09.2019.)

²⁸⁶ “(...) muitas estações estavam se deteriorando, enviando uma forte mensagem de falta de cuidado” (KELLING, George L.; COLES, Catherine M., op. cit., p. 115, tradução nossa).

Portanto, restaurar a ordem nos metrô e nas ruas nova-iorquinas significava não só uma urgente necessidade, mas também o impulso para alteração, pelo o departamento de polícia da cidade, das suas estratégias de combate ao crime. Nessas circunstâncias, nas eleições para prefeito de Nova Iorque, Rudolph Giuliani é eleito sob a propaganda política de lutar contra o crime e a desordem. Em seu programa de governo, nomeia Willian Bratton como comissário de polícia, conhecedor da Teoria das Janelas Quebradas e influenciado pelo pensamento dos autores supracitados, em especial de George Kelling, e coloca em prática uma estratégia de policiamento²⁸⁷ baseada no combate ativo e agressivo de pequenas infrações, apontadas como incivildades responsáveis pela desordem²⁸⁸.

Quando assume a chefia da polícia de Nova Iorque, Bratton faz importantes mudanças²⁸⁹, tais como: a colocação de oficiais mais agressivos no comando das delegacias locais, concedendo-lhes ampla autoridade e discricionariedade, e determinando que futuras promoções dos oficiais dependeriam dessa postura; desenvolvimento dos treinamentos dos policiais, fazendo forças-tarefa para analisar os problemas de cada departamento; estabelecimento de metas claras a serem atingidas pelas delegacias; e, por fim, a implementação do policiamento comunitário, cuja importância já restava clara na Teoria das Janelas Quebradas, com o objetivo de solucionar problemas locais²⁹⁰.

Também nesse sentido, em 1994, o departamento de polícia de Nova Iorque iniciou a execução efetiva de diversas leis como a de combate ao tráfico de drogas, vândalos, bêbados da rua, prostituição, dentre outros delitos menores, alterando as estratégias de policiamento

²⁸⁷ “A era profissional do policiamento é melhor definida como o tempo em que a polícia se baseou no que eu chamo de 3 R: resposta rápida, patrulha aleatória e investigação reativa” (BRATTON, William. *Zero tolerance: policing a free society*. 2ª ed., London: Tje IEA Health and Welfare Unit, 1998, p. 30, tradução nossa).

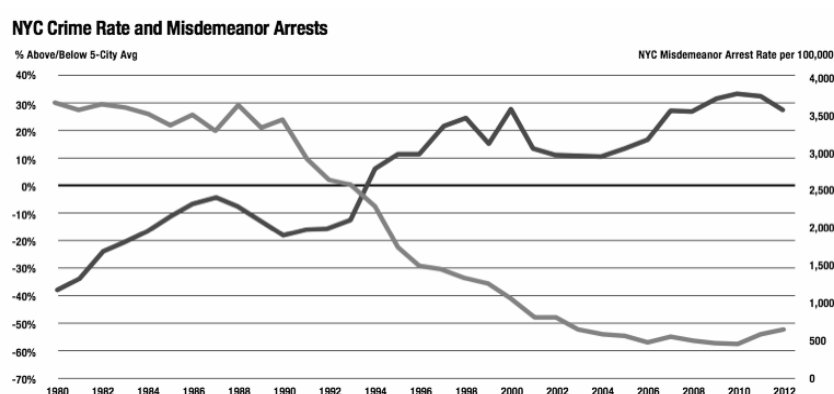
²⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?*. Boletim IBCCRIM, v.I, pp. 6-8.

²⁸⁹ “Em 1994, os membros da delegacia tinham muito pouca autoridade para fazer o que quer que fosse, a menos que o departamento central exigisse. Cortamos o ‘bolo de casamento’ da burocracia hierárquica centralizada e colocamos o foco da prevenção de crimes e redução de desordens na polícia nos distritos. Em outras palavras, descentralizamos o policiamento na cidade de Nova York”. (BRATTON, William, op. cit., p. 35, tradução nossa).

²⁹⁰ KELLING, George L.; COLES, Catherine M., op. cit., pp. 144-145.

utilizadas nas décadas de 1970 e 1980. O resultado dessas mudanças foi o aumento do número de prisões em 98% e de detenções em 51% no período entre 1993 a 1996²⁹¹ - isto implica que já em 1995 os Estados Unidos exprimiam a mais alta taxa de encarceramento mundial, segundo o *National Council on Crime and Delinquency*²⁹².

Figura 4. Taxa de criminalidade e detenções por contravenção na cidade de Nova Iorque



Fonte: BRATTON, William. *Broken Windows and quality-of-life policing in New York City*. The New York Police Department, 2015, p. 2.

Dessa forma, a função primordial da polícia é o controle do crime e, para isso, o enfrentamento da desordem e insegurança, valendo-se do rigor e da força. Ao demonstrar para os oficiais a relação existente entre a desordem e a criminalidade e ajudando-os a interpretar essa conexão nas suas experiências do dia a dia nas ruas, Bratton estava de fato mudando a estratégia de atuação da política norte-americana, ao mesmo tempo em que mandava a mensagem de que o governo estava lutando para manter a ordem.

A nova política de prisões e detenções em massa indicavam muitas vezes que as pessoas detidas por apresentar comportamento desordeiro, embora não tipificado como

²⁹¹ Tackling Crime, Disorder and Fear: A New Policing Model, p. 17.

²⁹² Mais informações em: <<https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=156548>>

crime²⁹³, quando questionadas sobre outros ilícitos ou averiguadas, possuíam mandados de prisão não cumpridos em seu desfavor, ou estavam com posse irregular de drogas ou armas²⁹⁴. Em outras palavras, percebeu-se que, ao reagir à condutas de pequeno potencial ofensivo, a polícia também estava prevenindo crimes mais graves²⁹⁵.

Essas estratégias de política criminal ficaram conhecidas como a doutrina da Tolerância Zero, consistente em não tolerar o comportamento desordeiro e fora dos padrões estabelecidos em lei, inclusive de crimes de aparente pouca relevância, com base no pressuposto de que permitir que esses crimes ocorram sem intervenção do Estado e o do próprio aparato judicial propicia a ideia de impunidade, tornando-se extremamente estimulante o cometimento de condutas típicas cada vez mais graves²⁹⁶.

À tolerância zero é atribuído o mérito de ter reduzido drasticamente os indicadores de criminalidade dos Estados Unidos²⁹⁷, mas, em verdade, essa política concentrou-se na cidade de Nova Iorque. Os homicídios caíram para o nível mais baixo desde 1957²⁹⁸; os roubos atingiram seu ponto mais baixo desde que estatísticas precisas se tornaram disponíveis em 1970; os tiroteios permaneceram em níveis baixos, os números de disparos despencaram de 5.269 em 1993 para 3.265 em 1995, e para 1.759 em 1998; e, conseqüentemente, menos pessoas passaram

²⁹³ “Prender alguém por uma contravenção frequentemente o impede de se graduar para cometer crimes, pelos quais podem resultar sanções severas, como prisão” (BRATTON, William, op. cit., p. 3).

²⁹⁴ Sobre essa estratégia introduzida por William Bratton, Jorge Luiz Bezerra esclarece: “(...) mesmo considerando que nem todo delinquente é perigoso, ainda assim era útil detê-lo, pois às vezes, tem informações sobre outros que são ligados a gangues, ao crime organizado, e procurados pela justiça, dado à polícia acesso legítimo às informações sobre delitos mais graves. Iniciava-se a não-tolerância com delitos menores, como forma de desestimular os maiores” (BEZERRA, Jorge Luiz. *Segurança pública: uma perspectiva político criminal à luz da teoria das janelas quebrada*. São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008, p. 161).

²⁹⁵ “Essas histórias tornaram concreta a importância de lidar com problemas menores, a fim de prevenir problemas maiores” (KELLING, George L.; COLES, Catherine M., op. cit., p.146, tradução nossa).

²⁹⁶ “A partir de 1990, apliquei essas idéias ao crime no sistema de trânsito da cidade de Nova York. Não ignoraríamos as pequenas coisas. A evasão tarifária e o grafite não seriam mais considerados muito irrisórios para serem resolvidos” (BRATTON, William, op. cit., p. 1, tradução nossa).

²⁹⁷ Em um artigo publicado no departamento de Polícia de Nova Iorque, William Bratton atribui à teoria das janelas quebradas o sucesso das mudanças que ele dirigiu: “Mais do que qualquer outro fator, o que causou essa mudança surpreendente foi a Janela Quebrada ou o policiamento da qualidade de vida (...). Em resumo, Kelling e Wilson afirmaram que a desordem não tratada encoraja mais desordem. Daí segue o crime, depois o crime cada vez mais sério e, finalmente, a violência” (BRATTON, William, op. cit., p. 1, tradução nossa).

²⁹⁸ “A cidade tem registrado as quatro maiores quedas de homicídios em sua história em quatro anos sucessivos, incluindo 345 quedas de incidentes em 1994 e 401, em 1995” (*Tackling crime, disorder and fear: a new policing model*. Disponível em: <<http://www.nyc.gov/html/nypd/html/home/home.shtml>>, p.2, tradução nossa).

a sofrer ferimentos fatais nesses incidentes; nessa medida, para os adeptos dessa política criminal, à medida que o crime e a desordem diminuem, as prisões e convocações devem ser seguidas, e assim o fazem²⁹⁹.

Por outro lado, os crimes violentos não são os verdadeiros responsáveis pelo encarceramento em massa norte-americano, já que a quadruplicação da população carcerária em apenas 20 anos se justifica mais pelo aprisionamento dos “crimes de rua”. As taxas de crimes violentos oscilam ao longo das décadas, tendo pouca relação com o encarceramento, o qual ascendeu independentemente da criminalidade violenta ter aumentado ou diminuído³⁰⁰.

Todavia, diversas críticas são feitas à real eficácia da tolerância zero no combate ao crime. Loic Wacquant, ao tratar do tema, conclui não ter sido o papel da polícia o maior responsável para a diminuição dos índices de criminalidade norte-americanos, porque, em primeiro lugar, a redução da violência em Nova Iorque começa a se mostrar três anos antes do governo de Rudolph Giuliani, nos dois últimos anos do mandato do seu antecessor, David Dinkins, a taxa de homicídios reduziu em até 7%, todavia, a cobertura sensacionalista da mídia fez crescer na população a sensação de que os homicídios estavam em ascensão na cidade; assim, embora o crime tenha diminuído de forma acelerada sob o governo e direção de Giuliani e Bratton, essa queda começou anos antes³⁰¹.

Outro ponto que chama atenção é o fato de que a redução dos índices de criminalidade violenta apresenta-se similar em outras cidades americanas que não adotaram a política da tolerância zero, a exemplo de Boston, São Francisco e São Diego, aplicando-se, ao invés disso, uma gestão de baixo encarceramento e encaminhamento de jovens infratores para programas de treinamento profissional, reduzindo os crimes violentos em 33%, entre 1995 e

²⁹⁹ BRATTON, William, op. cit., p. 39.

³⁰⁰ ALEXANDER, Michelle, op. cit., p. 161.

³⁰¹ WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000, p. 420.

1999³⁰².

Por fim, David Dinkins, como prefeito de Nova Iorque, implementou um programa de manutenção da ordem entre 1984 a 1987, muito semelhante à tolerância zero, intitulado “Operação Ponto de Pressão”, o qual resultou em um aumento substancial da criminalidade violenta, em especial dos homicídios decorrentes da franca expansão do tráfico de drogas³⁰³.

A par disso, essa queda dos indicadores de delito também pode indicar outras circunstâncias independentes da atividade da polícia e do sistema judiciário, como o desenvolvimento econômico vivenciado pelo país³⁰⁴; a maior estruturação do crime organizado e do tráfico de drogas, a tornar o uso da violência um meio antiquado para regulação da competição do narcotráfico; o envelhecimento da população e a consequente diminuição do número de jovens, apontados como a faixa etária mais inclinada a cometer crimes violentos, também são indicados como fatores que contribuíram para esse quadro³⁰⁵.

A esse quadro, soma-se a inegável seletividade do sistema penal norte-americano, no qual os métodos de segurança pública foram empregados essencialmente em relação às minorias marginalizadas, especialmente aos afro-americanos, latinos e pobres. Para exemplificar, o *Human Rights Watch* publicou, no ano de 2000, estudo apontando que em sete estados americanos os negros constituíam entre 80% e 90% dos condenados à pena de prisão por tráfico de drogas (*table 2*)³⁰⁶. Ademais, a ampla discricionariedade da polícia em parar e investigar “suspeitos” apresenta resultados racialmente discriminatórios³⁰⁷. Wacquant indica

³⁰² GREENE, Judith A. *Zero tolerance: a case study of police, policies and practices in New York City*. Crime and delinquency, 45, n.2, 1999, pp. 171 e ss.

³⁰³ “(...) a estratégia policial adotada por Nova Iorque durante a década de 1990 não é nem necessária nem suficiente para explicar a queda da criminalidade naquela metrópole” (WACQUANT, Loic, op. cit., p. 421).

³⁰⁴ “A década de 1990 viu um crescimento econômico sustentado. O PIB real per capita cresceu quase 30% entre 1991 e 2001. A taxa anual de desemprego caiu de 6,8 em 1991 para 4,8% em 2001. Se o desempenho macroeconômico for um determinante importante das taxas de criminalidade, a economia poderá explicar a queda crime.” (LEVITT, Steven D. *Understanding why crime fell in the 1990s: four factors that explain the decline and six that do not*. Journal of Economic Perspectives, Vol. 18, n. 1, 2004, p. 170, tradução nossa).

³⁰⁵ WACQUANT, Loic, op. cit., pp. 422 e ss.

³⁰⁶ Human Rights Watch. *Punishment and prejudice: racial disparities in the war on drugs*. HRW Reports, v. 12, n.2, 2000.

³⁰⁷ ALEXANDER, Michelle, op. cit., p. 165.

que 6 em 10 internos das prisões dos Estados Unidos são negros e latinos, enquanto que essas duas comunidades juntas somem apenas 1/5 da população nacional³⁰⁸.

Figura 5. Porcentagem de novas internações em prisão estadual por raça nos EUA

State	Black	White
ALABAMA	64%	36%
ARKANSAS	37%	63%
CALIFORNIA	31%	68%
COLORADO	33%	63%
FLORIDA	52%	48%
GEORGIA	65%	34%
HAWAII	5%	31%
ILLINOIS	74%	26%
IOWA	21%	76%
KENTUCKY	34%	66%
LOUISIANA	73%	27%
MAINE	4%	95%
MARYLAND	79%	20%
MICHIGAN	52%	48%
MINNESOTA	36%	58%
MISSISSIPPI	70%	29%
MISSOURI	37%	62%
NEBRASKA	27%	68%
NEVADA	30%	66%
NEW HAMPSHIRE	4%	95%
NEW JERSEY	72%	28%
NEW YORK	63%	36%
NORTH CAROLINA	63%	35%
NORTH DAKOTA	2%	71%
OHIO	56%	44%
OKLAHOMA	30%	62%
OREGON	15%	82%
PENNSYLVANIA	52%	47%
SOUTH CAROLINA	68%	31%
SOUTH DAKOTA	4%	81%
TENNESSEE	41%	59%
TEXAS	53%	47%
UTAH	7%	88%
VIRGINIA	65%	34%
WASHINGTON	24%	71%
WEST VIRGINIA	15%	85%
WISCONSIN	51%	46%
NATIONAL	51%	47%

Fonte: National Corrections Reporting Program, 1996.

Diante disso, o autor aponta que a política implementada de redução da segurança social para a promoção do *welfare* e a consequente expansão do poder coercitivo estatal visam

³⁰⁸ WACQUANT, Loic, op. cit., pp. 126-127.

esconder os miseráveis da vida e paisagem cívica, criminalizando-se as consequência da pobreza, tornando, nessa medida, o problema da criminalidade menos visível³⁰⁹. No mesmo sentido, Jock Young aduz que políticas como essa servem como disfarce para higienizar as ruas dos “destroços” humanos e de dominação de uma grande parcela da população marginalizada e excluída, em um verdadeiro processo de saneamento³¹⁰.

³⁰⁹ “O confinamento é a outra técnica a partir da qual o incômodo problema da marginalidade persistente, enraizada no desemprego, no subemprego e no trabalho precário, tornou-se menos visível – se não desapareceu – da cena pública (WACQUANT, Loic, op. cit., p.113).

³¹⁰ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 199.

7. APLICAÇÃO DOS POSTULADOS DO MOVIMENTO LEI E ORDEM NO BRASIL

Dentre as correntes estudadas até aqui, as que mais evidentemente tentaram ser implementadas em solo brasileiro foram as de matriz etiológicas, devido a grande influência dos estudos da Escola de Chicago e, em uma onda mais recente, seguindo um fluxo de diversos outros países, as teorias que exigem um vertiginoso recrudescimento do sistema penal, o que ficou marcado conhecido como Movimento Lei e Ordem. Assim sendo, o presente capítulo se dedicará a abordar a aplicação desses postulados no Brasil.

De todo o exposto até aqui, tem-se como um dos consensos desse trabalho a importância da Criminologia para a estruturação de um sistema penal coerente, além de exercer incontestável papel da elaboração de políticas públicas e criminais realmente eficazes para o combate, repressão e prevenção do crime.

Dessa forma, os pressupostos criminológicos desenvolvidos ao longo de décadas de ciência devem contribuir para o aperfeiçoamento das técnicas de segurança pública e dos métodos de controle dos indicadores de criminalidade, ao passo que, ignorar séculos de esforços científicos em entender as causas e as formas de conter o delito é, mais do que uma irresponsabilidade política, um erro.

No mesmo diapasão, a Segurança Pública, segundo a Constituição Federal, é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e consiste no conjunto de ações preventivas e reativas de natureza estatal, o qual objetiva a manutenção da ordem pública e, conseqüentemente, promove a sensação entre os indivíduos de bem estar e proteção³¹¹. Logo, o sucesso do combate à violência e criminalidade depende, grande parte, das decisões e ações do Estado envolvendo a atuação de todos os poderes politicamente instituídos, aliados à colaboração da sociedade civil.

³¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 40.

Toda reação contra o crime não constitui, necessariamente, uma política criminal; a elaboração de estratégias efetivas de resposta contra a delinquência pressupõe a deliberação e o emprego de determinados meios para alcançar objetivos previamente estudados e estabelecidos. Em outras palavras, uma dita política de circunstância, que obedece a uma provisória e premente lacuna e objetiva dar meramente satisfação a opinião pública, isenta de qualquer embasamento empírico, está fatalmente fadada ao fracasso.

7.1 A INFLUÊNCIA DAS TEORIAS ECOLÓGICAS

As teorias ecológicas capitaneadas pela Escola de Chicago, como visto, possuem como centro gravitacional de suas teses os fenômenos urbanos, dentre os quais o delito se destaca, tendo o desenvolvimento das cidades e o conseqüente crescimento demográfico especial influência como fator criminógeno.

O crescimento das cidades brasileiras, em geral, ocorre de forma diferente das metrópoles americanas. Enquanto estas desenvolvem-se em círculos concêntricos, do centro para a periferia, onde nesta última concentram-se os bairros mais nobres; em algumas cidades do Brasil, as piores condições de moradia tendem a se acumular nas áreas periféricas.

A planta original da cidade de São Paulo, ora encartada ao presente trabalho como sendo seu Anexo I, evidencia, quando comparada com as noções atuais de ocupação e saturação do espaço urbano – as quais são de conhecimento público e notório, evidencia o crescimento desorganizado do município.

Todavia, o raciocínio é o mesmo: quanto maior a mobilidade urbana, tanto maior serão os índices de desorganização social, sendo também encontrados os índices mais preocupantes de criminalidade. Portanto, segundo essa perspectiva, seria nas periferias que o maior número de crimes acontece.

A história das grandes metrópoles como São Paulo, revela o aparecimento desse processo de periferização desde o século XIX, com os cortiços que abrigavam trabalhadores não qualificados, imigrantes e negros alforriados em pequenas acomodações subdivididas em edifícios, em um período no qual a cidade já não comportava a classe baixa trabalhadora. Dos 580 mil habitantes da cidade, à época, dois terços constituíam a massa de estrangeiros ou descendentes.

Bairros como com Brás, Mooca, Bexiga e Bom Retiro ficaram marcados por habitações operárias. Em contrapartida, áreas como Higienópolis, Campos Elíseos e Vila Buarque, caracterizavam-se pela moradia das classes dominantes³¹².

O mapa de risco da violência da cidade de São Paulo, publicado em 1995, já sugeriria uma nítida relação entre os índices de violência, em especial dos números de homicídio, com as condições socioeconômicas dos bairros da capital³¹³. Constatou-se que a maioria das notas socioeconômicas se encontrava nos bairros considerados mais nobres e urbanizados, tais como Jardim Paulista, Pinheiros e Perdizes; e, por conseguinte, as mais baixas nos bairros mais periféricos³¹⁴, como bem se infere da coletânea de dados apresentada no Anexo II.

No Brasil, estima-se que 40% dos homicídios ocorram nas grandes metrópoles Rio de Janeiro e São Paulo³¹⁵, comprovando que o crime não se distribui de forma aleatória pelo espaço urbano, se concentrando, como sugere a Escola de Chicago, nas grandes cidades onde

³¹² KOWARICK, Lúcio; FRÚGOLI, Heitor. *Pluralidade urbana em São Paulo: vulnerabilidade, marginalidade, ativismos*. São Paulo: Editora 34, 2016, pp. 121-122.

³¹³ CEDEC. *Mapa de Risco da Violência da Cidade de São Paulo*. São Paulo, 1996.

³¹⁴ “As marcas da concentração de renda e desigualdade social revelam-se, ainda, na distribuição diferencial das chacinhas, riscos à violência, discriminação, vulnerabilidade socioambiental e devastação ecológica” (KOWARICK, Lúcio; FRÚGOLI, Heitor, op. cit., p. 118).

³¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 160.

o nível de desorganização social é maior e decorrente do acelerado e desordenado crescimento e expansão demográfica³¹⁶.

Por essa razão, a arquitetura e os projetos de urbanização são mecanismos para políticas públicas e de controle da criminalidade urbana³¹⁷. A exemplo disso, planos como o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) são demonstrações da intervenção pública de matriz ecológica, que consistem no planejamento e execução de obras de infraestrutura social e urbana para a promoção do desenvolvimento das cidades de forma sustentável e, em cidades como o Rio de Janeiro, marcadas pela favelização³¹⁸, resultou na melhoria das moradias, iluminação pública, drenagem de água pluviais, pavimentação das ruas abastecimento de água potável, serviços de saúde e saneamento básicos à moradores de muitos dos grandes morros da cidade (Pavão-Pavãozinho, Cantagalo, Alemão, Manguinhos e Rocinha)³¹⁹.

As Unidades de Polícia Unificadoras (UPPs), criadas a partir do Decreto nº 41.650/2009, pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, também funcionam como estratégia do Estado de combater a violência e o crime em áreas degradadas e empobrecidas, dominados pelo narcotráfico, implementadas em 2008. Assim, constituem modelo de policiamento cujo objetivo é a aproximação da polícia com a população local, ao mesmo tempo em que se promove políticas de desenvolvimento social na comunidade. Dados de 2009 apontam melhoria nos índices de violência nas comunidades contempladas pelo programa, em especial no que tange os crimes de homicídio. Também, a opinião das pessoas com relação à atuação da Polícia

³¹⁶ “(...) há uma extensa periferização na maioria dos núcleos urbanos, que crescem expressivamente por meio da ampliação de seus limites nos arredores, abrigando pessoas empobrecidas, os recém-chegados em um cinturão de precariedade” (KOWARICK, Lúcio; FRÚGOLI, Heitor, op. cit., p. 120).

³¹⁷ “De maneira geral, as políticas públicas no Brasil diminuíram sua tarefa de produzir cidades, deixando esse papel ao capital privado, resultando que a ocupação do solo urbano se faça ao livre jogo do mercado.” (Ibd., p. 116).

³¹⁸ Andreilino Campos ao tratar da produção do espaço dito “criminalizado” do Rio de Janeiro afirma: “Especialmente, a exclusão econômica transforma-se em segregação a partir da separação dos usos do solo urbano. Essa diferenciação foi produzida no sentido de dotar algumas dessas áreas da cidade como infraestrutura, que, naturalmente, já teriam amenidades, fazendo-as ainda mais distintas de outras. Como a propriedade de cada parcela do solo urbano depende da renda do indivíduo, então as melhores áreas foram apropriadas (destinadas) aos indivíduos de maior renda”. (CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela: a produção do “espaço criminalizado” no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 88).

³¹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 160-161.

Militar obteve significativa mudança, com a sensação de local mais seguro³²⁰. Apesar desses resultados, esse programa vem sofrendo nos últimos anos um profundo processo de sucateamento.

Figura 6. Criminalidade registrada dentro das comunidades e depois da instalação das UPPs

	NÚMERO MÉDIO DE CASOS POR MÊS E COMUNIDADE		TAXA MÉDIA POR MÊS E COMUNIDADE (por 100.000 hab.)	
	PRÉ UPP	PÓS UPP	PRÉ UPP	PÓS UPP
Vítimas de Morte Violenta	0,94	0,25	10,03	2,21
Vitimas de Homicídio Doloso	36	0,15	3,37	0,87
Vitimas de Autos de Resistência	0,5	0,01	5,7	0,12
Vitimas de Desaparecimento	0,32	0,71	3,6	6,92
Vitimas de Lesões Dolosas	3,34	11,66	41,33	127,36
Vitimas de Violência Doméstica e Familiar	2,14	8,47	47,12	84,66
Vitimas de Ameaça	2,3	7,97	29,45	99,24
Vitimas de Estupro	0,14	0,37	1,35	4,84
Ocorrências de Roubos	5,87	2,7	61,23	20,58
Ocorrências de Furtos	3,48	5,38	46,46	64,99
Ocorrências de Crimes relativos a Drogas	1,91	5,83	24,13	63,93

Fonte: Instituto de Segurança Pública (ISP) e IBGE, 2010

7.2 TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS E TOLERÂNCIA ZERO

É importante esclarecer que a Teoria das Janelas Quebras não se confunde com a da Tolerância Zero, pois, enquanto aquela consiste em uma corrente criminológica que tenta explicar as causas do crime e apresentar mecanismos de combate e prevenção ao mesmo; esta

³²⁰ “Um total de 93% dos entrevistados considera a sua comunidade como ‘segura’ ou ‘muito segura’ e 86% acreditam que a segurança tinha melhorado no último ano. Além disso, 79% disseram que os homens armados desapareceram, 62% afirmaram que a venda de drogas tinha acabado e 85% que os tiroteios terminaram. Curiosamente, apesar de 80% ter respondido que a imagem da PM ‘melhorou’ ou ‘melhorou muito’ após a implantação das UPPs, 84% não tinha tido nenhum contato direto com policiais da UPP” (Instituto Brasileiro de Pesquisa Social, 2010).

última constitui uma política criminal fundamentada nos postulados teóricos e empíricos defendidos pela Teoria das Janelas Quebradas, sendo apenas um viés interpretativo e de aplicação desta.

Em primeiro lugar, cuida-se do policiamento comunitário, um dos fundamentos apresentados na tese de Wilson e Kelling, como mecanismo de prevenção da desordem e dos delitos, o qual visa estreitar os vínculos entre o Estado e a comunidade e, também, fortalecer as relações de controle informais da própria localidade.

No Brasil, ao longo das décadas, foram surgindo diferentes diretrizes de policiamento comunitário, tais como, por exemplo, o programa “rondas cidadãos”, em São Paulo, durante o governo de Franco Montoro (1985), o qual começou a criar conselhos comunitários de segurança, contando com a participação do delegado responsável pela Polícia Civil, do oficial responsável pela Polícia Militar e representantes da comunidade, reunindo-se regularmente para tratar das peculiaridades daquela localidade.

No Rio de Janeiro, as primeiras iniciativas se deram no governo Leonel Brizola (1991-1994), na polícia militar, cuja participação ocorreu especialmente em Copacabana³²¹. Mas o principal símbolo da intervenção policial nesse sentido na capital carioca são as Unidade de Polícia Pacificadoras, cuja atuação tivemos oportunidade de comentar em tópico anterior.

Em adição, o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJPS) publicou, em abril de 2019, o programa “Diretriz Nacional de Polícia Comunitária”, o qual reúne mecanismos e estratégias de policiamento, cujo objetivo é o estreitamento de laços entre a força policial e a comunidade, bem como a estruturação e aperfeiçoamento do Sistema Nacional de Polícia Comunitária em todo o território nacional. Resultado de um acordo de cooperação com o Japão realizado em 2014, 67 policiais brasileiros foram treinados e capacitados pelos gestores da

³²¹ NETO, Paulo de Mesquita. *Policiamento comunitário e prevenção do crime: a visão dos coronéis da Polícia Militar*. São Paulo Perspec.vol. 18, n.1, São Paulo, Jan./Mar. 2004, p. 104-105.

polícia comunitária japonesa, em seguida o *SENASP* capacitou outros 324 profissionais em diferentes Estados do país e o número vem aumentando desde então³²².

Em se tratando de espaço urbano, desordem e delinquência, outro ponto de toque relevante nas políticas brasileira e que sofrem influência das perspectivas trazidas pela *Broken Windows*, é a “Cracolândia”. Antes conhecida como a “Boca do Lixo”, a Cracolândia é região do centro da cidade de São Paulo, mais especificamente no bairro da Luz, e que desde meados de 1990 é marcada pelo tráfico de drogas e um reduto para os usuários. Nas décadas de 1920 e 1930, a indústria cinematográfica estabeleceu-se nessa área; nas décadas seguintes, a prostituição começou a migrar para a região da Estação da Luz e arredores do centro paulistano, após muitas prostitutas terem sido expulsa dos bordéis em decorrência do decreto do governador Lucas Nogueira Garcez (1951 – 1955). Com o declínio da cinematografia³²³, também verifica-se a decadência do bairro.

Logo, o surgimento da Cracolândia é fruto de um longo processo de degradação urbana e, com epidemia do tráfico de crack (droga de valor baixo no mercado) por volta da década de 1990, a área tornou-se ponto de encontro de usuários e do comércio clandestino; isso porque, já sendo um espaço de profunda degradação, o Poder Público há muito tempo não está presente, transformando-se no lugar ideal às exigências do alto grau de dependência.

Difícil, pois, apontar um único governo culpado pelo desenvolvimento da pobreza e decadência urbana da região, uma vez se tratarem de décadas de negligência e as investidas ineficientes de cada gestão para enfrentamento do problema. Em 1997, inspirado na política de Tolerância Zero, o governador Mário Covas implementou uma ação policial com o objetivo de

³²² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP): *Diretriz Nacional de Polícia Comunitária*. – Âmbito nacional. Coordenado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). Brasília, 2019.

³²³ Jorge Luiz Bezerra explica: “(...) fatores como a popularização dos videocassetes (hoje DVDs), a falta de investimentos e pláticas públicas transformou aquele quadrilátero num dos mais deteriorados, perniciosos e violentos da capital paulista.” (BEZERRA, Jorge Luiz. *Meio ambiente, política criminal e criminologia: reflexões sobre a qualidade de vida e a violência nas metrópoles*. São Paulo: Ícone, 2010, p. 107).

prender os usuários, o resultado, entretanto, foi apenas o deslocamento em poucas quadras da Cracolândia.

Em 2005, foi lançado, pela Prefeitura de São Paulo, o “Projeto Nova Luz”, o qual constitui-se em um plano de uso e ocupação do solo, objetivando, dentre outras coisas, a recuperação do patrimônio histórico e a criação de espaços públicos para melhor recepcionar os usuários da região, além da melhoria em pavimentação e iluminação públicas³²⁴. Durante esse projeto, em 2009, o governo estadual começou a oferecer internação voluntária aos dependentes, todavia, a partir de 2013, aumentou-se a rigidez das políticas públicas e a prática de internações compulsórias ganhou espaço.

Já no ano de 2014, na gestão do então prefeito, Fernando Haddad, foi implementado o “Programa De Braços Abertos”, o qual tinha como objetivo o combate ao uso de drogas no centro da cidade, pretendendo retirar os usuários de crack daquela região, dando-lhes hospedagens em hotéis próximos e remuneração pela execução de trabalhos como limpeza, varrição e reciclagem.

Essa iniciativa tinha como principal premissa o resgate social dos usuários de drogas por meio do trabalho remunerado, alimentação e moradia dignas, com a orientação de não intervenção violenta e, por esse motivo, não previa o programa qualquer tipo de internação compulsória. Essa ação surtiu efeitos favoráveis, como a diminuição da visão estereotipada do usuário de crack, o qual passou a ser encarado de nova maneira, mais humana³²⁵; a grande abrangência dos perfis dos beneficiados incluía homens, mulheres, transsexuais, jovens, adultos etc³²⁶.

³²⁴ Prefeitura de São Paulo. *Projeto nova luz: São Paulo, Brasil*. Projeto Urbanístico Específico. Julho de 2011.

³²⁵ ALVES, Ygor. *Jamais fomos zumbis: contexto social e craqueiros na cidade de São Paulo*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Antropologia. Universidade Federal da Bahia, 2015, p. 200.

³²⁶ “(...) 58% dos beneficiários se declararam do sexo masculino, enquanto 37% do sexo feminino e 5% transsexual. De uma maneira geral, segundo os resultados da pesquisa, o perfil dos beneficiários se caracteriza por uma maioria de homens, com baixa escolaridade (49% não completaram o ensino fundamental) e que se declaram pardos, mestiços ou negros (68%). Apesar do foco do projeto não estar na abstinência, a pesquisa constatou que 65% dos beneficiários alegaram terem diminuído o consumo de crack após ingressar no DBA. Além disso, a maioria é natural do Estado de São Paulo (66%, sendo 58% da região metropolitana), mas uma quantidade

Por outro lado, o programa sofreu algumas críticas, dentre elas a não alteração perceptível do cenário da Cracolândia, o qual continuava a apresentar a mesma aparência de muitos usuários andando pelas ruas fazendo uso de substâncias entorpecentes; a seleção dos hotéis; e a relação deles com seus hóspedes estigmatizados.

Em 2017, já no governo do prefeito João Dória, uma operação intitulada “Rendição” foi implementada na cidade, com o intuito de acabar com a região da Cracolândia, se valendo, para isso, de várias operações policiais e mandados de prisão, os quais acarretaram apenas na dispersão dos usuários para áreas vizinhas. Já em 2019, uma segunda fase dessa operação entrou em vigor, para a qual se prevê o investimento de R\$ 276,1 milhões em ações de prevenção, tratamento e reinserção social dos usuários de drogas até 2020.

Ainda é cedo para analisar os efeitos dessas novas tentativas de lidar com a questão, o que se sabe, contudo, é que as meras políticas de repressão e expulsão dos usuários de droga, em especial, do *crack* não conseguem produzir políticas públicas eficazes³²⁷, como provam os mais de trinta anos de sucessivos fracassos dos programas governamentais. Ao contrário, percebe-se uma preocupação política em afastar dos olhos dos demais da pobreza, em verdadeiras operações de “saneamento social”³²⁸.

significativa, um terço, é proveniente de outros estados (34%). Em síntese, o perfil da população masculina e feminina atendida pelo programa DBA, predominantemente, possui mais de 30 anos, tem filhos, declara-se, em sua maioria, como parda/mestiça, negra/preta, é pouco escolarizada e proveniente do estado de São Paulo. Como esperado, o uso na vida ou o uso problemático é bem mais alto que o encontrado na população geral (Carlini et al, 2006 e Laranjeira et al, 2014). Além disso, ao longo da pesquisa, mais de 65% dos beneficiários afirmaram ter reduzido o consumo de crack depois de ingressar no DBA e mais de 50% disseram ter reduzido o consumo de tabaco e cocaína aspirada” (RUI. Taniele; FIORE, Maurício; TÓFOLI, Luís Fernando. Pesquisa preliminar de avaliação do Programa ‘De Braços Abertos’. São Paulo: Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD); Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2016, p. 25).

³²⁷ VENDAMINI, Janio. *Segurança pública nas grandes cidades brasileiras*. São Paulo: Navegar Editora, 2010. p. 142-143.

³²⁸ “Colocar os mais pobres à margem da sociedade de maneira sistemática e programada mostra-nos dois eixos claros de atuação do Estado, associado que está aos interesses das classes dominantes: o primeiro é um viés econômico, e o outro, espacial, ambos viabilizados a partir do final do século XIX e durante o atual, mas programados que foram desde o início do século XX” (CAMPOS, Andreino, op. cit., p. 87).

Quanto à disseminação da Tolerância Zero, com a popularização dos resultados obtidos nos Estados Unidos atribuídos à essa postura repressiva, o Brasil, assim como outros países da América Latina, passou a adotar progressivamente medidas dessa natureza.

Em 1997, o Estado de São Paulo tentou implementá-la, sendo a Polícia Militar designada a ir até o centro da cidade e recolher aqueles que eram considerados responsáveis pela desordem, ou seja, ou os mendigos, usuários, “suspeitos”, os pobres. O resultado do primeiro dia de operação foi 40 homens retirados, dos quais 36 deles eram negros³²⁹.

Em janeiro de 1999, dois funcionários de alto escalão da política nova-iorquina visitaram o Brasil e o então governado de Brasília, Joaquim Roriz, anuncia a aplicação da “tolerância zero”, providenciando, nessa circunstância, a contratação de 800 policiais civis e militares para suplementar a força policial como resposta às altas taxas de crimes violentos na capital do país. Quando questionado sobre a consequência dessa política para o sistema carcerário brasileiro, o governador se limitou a responder que bastaria a construção de novos estabelecimentos prisionais³³⁰.

Um outro exemplo da implementação dessas políticas, é a “São Paulo, Tolerância Zero” deflagrada em 2017, e iniciada na gestão de José Serra sob o título “Operações Oste(nsivas)”, na qual a Polícia Militar ocupou bairros de periferia onde os índices de criminalidade estão acima da média pretendida, permanecendo por cerca de três meses com, em média, 500 homens. Durante esse período, foram realizadas diversas prisões e apreensões relacionadas, em especial, ao tráfico de entorpecentes³³¹. O primeiro dia da operação terminou com 25 pessoas presas, 3 adolescentes, 3 armas de fogo apreendidas e cerca de 100 quilos de droga localizados.

³²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 157.

³³⁰ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Trad. Andre Telles. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 39.

³³¹ BEZERRA, Jorge Luiz, op. cit., pp. 70-71.

Todavia, embora entenda-se que a presença do Estado em áreas de degradação seja importante não só para a manutenção da “ordem” como elemento de controle da criminalidade, mas também para o próprio desenvolvimento social da cidade, em um ambiente limpo, organizado, onde o Estado mostra-se preocupado com a sua preservação, mais facilmente as pessoas são inculcadas da noção de cuidado e solidariedade. Por outro lado, a intervenção violenta e repressiva valendo-se da malha penal³³², nessas circunstâncias, só deixa mais claro a atuação discriminatória do aparato estatal, com o qual busca-se exterminar a juventude pobre e negra³³³.

O gráfico a seguir, fruto da compilação de dados recolhidos e compilados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo confirma a política segregadora e preconceituosa alhures apresentada.

Figura 7. Média diária de mortos por PMS em São Paulo



Fonte: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - nº 025361-76.2019.8.26.0053

³³² “A ação da polícia militar do Estado de São Paulo resultou, em 2016, em 856 pessoas mortas, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública³⁸. Levando em consideração que no mesmo ano 4.925 pessoas morreram em todo o Estado, por meio de mero cálculo aritmético conclui-se que 17,38% das pessoas que morreram no Estado de São Paulo, morreram em razão da atuação da polícia”. (Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acp-sao-paulo-letalidade-policial.pdf>>. Acesso em: 01.09.2019.

³³³ De acordo com o Anuário de Segurança Pública de 2017, das pessoas mortas pelas polícias, 99,3% são homens; 81,8% têm entre 12 e 29 anos; e 76,2% são negros (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Anuário 2017).

Embora os últimos dados apontem a redução, na última década, das taxas de homicídio em até 45% no Estado de São Paulo, no ano 2019, esse índice é de 9,38% menor em comparação ao ano anterior em relação aos homicídios dolosos, o mesmo não se pode falar da atuação policial que representou recorde em número de prisões, 17.576 só no mês de agosto³³⁴.

Não obstante, essa diminuição tenha acontecido de forma generalizada, atingindo todos os grupos etários, de cor, idade e áreas da cidade da cidade, essa queda não promoveu uma significativa modificação na distribuição desigual dos homicídios pelo município de São Paulo, logo, a população jovem continua sendo a mais vitimada. Além disso, a mortalidade por homicídios tem alcançado patamares mais expressivos em áreas que apresentam condições socioeconômicas mais deficitárias³³⁵.

Assim, ainda que verificado o decréscimo dos indicadores de homicídio no Estado de São Paulo, muitos distritos continuam a apresentar números acima da média, o que indica a urgência em rever as políticas de segurança pública e as diretrizes político-criminais.

Portanto, essa breve retrospectiva histórica sobre os programas implementados no país, em especial no estado de São Paulo, de matriz expansionista influenciados pelo Movimento Lei e Ordem, tem demonstrado a sua insuficiência no controle da criminalidade do país e a sua fraca efetividade no que tange a elaboração de políticas criminais.

³³⁴ Governo do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/estado-de-sp-reduz-homicidios-latrocinios-e-roubos-e-furtos-de-veiculos-em-agosto/>

³³⁵ RUOTTI, Caren et al. *A ocorrência de homicídios no município de São Paulo: mutações e tensões a partir das narrativas de moradores e profissionais*. Saude soc., São Paulo, v. 26, n. 4, p. 999-1014, Dec. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902017000400999&lng=en&nrm=iso>. acesso em 08.01.2020, p. 2.

8. EFETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL

Há no Brasil diversos fatores que resultam em verdadeiros entraves para a efetividade da lei penal, bem como, para a construção de uma política criminal capaz de opor-se aos índices preocupantes de criminalidade, fundamentada em dados empíricos comprováveis e adequada ao cenário do país.

Em primeiro lugar, sob a égide do capitalismo neoliberal, a criminalidade urbana violenta torna-se o principal “inimigo”, responsável pelo medo e insegurança, sentimentos que parecem homogêneos nas sociedades modernas e, por sua vez, tornam-se bandeira política a exigência popular por segurança pública com a consequente expansão punitiva da malha penal como principal instrumento de luta contra o crime e o medo³³⁶. Esse fenômeno, não é exclusivo do Brasil, mas, como já tivemos a oportunidade de analisar, nasce inicialmente nos Estados Unidos e toma contorno planetário³³⁷.

Essas sensações tão presentes na sociedade atual de medo e insegurança, como explica Ulrich Beck, são fruto do avançado estágio de globalização, que, por um lado, promove um largo acréscimo na capacidade do indivíduo de produzir bens, riquezas e serviços; por outro, longe de eliminar os perigos existentes, cria novos riscos, o quais são muito mais complexos³³⁸.

³³⁶ “A ideia de segurança acaba por se limitar na manutenção da ordem pública e na contenção da criminalidade, mediante o emprego da força policial e do recrudescimento e antecipação do uso dos instrumentos punitivos estatais. A segurança passa a ser identificada com direito penal como se sinônimos fosse. O medo do crime transplanta o que resta de raciocínio crítico da sociedade sobre as causas da criminalidade e a outro setor: o controle da delinquência, não mais à sua solução. O medo reclama uma reposta imediata, que acaba se traduzindo na busca pela celeridade da prevenção e da contenção, e não na morosidade da solução. Vias mais céleres como soluções legislativas penais são escolhidas em desfavor de políticas sociais mais custosas e morosas” (RIBOLI, Eduardo Bolsoni; LOPES, Andressa Batista. *Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade legislativa penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 147. Ano 26. São Paulo: Ed. RT. Setembro 2018, pp. 273- 310).

³³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além de (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, pp. 161-162.

³³⁸ BECK, Ulrich, op. cit., p. 23.

Nesse cenário, o aparato penal-punitivo funciona como principal ferramenta de controle social e de mercado, redefinindo-se as funções da pena e, em especial, as privativas de liberdade³³⁹.

Nessas circunstâncias, a mídia exerce importante papel legitimador da expansão do Direito Penal e da “insegurança ontológica”. Através da popularização de programas jornalísticos sensacionalistas, a indústria midiática dissemina a criminalização social como instrumento *prima ratio* na prevenção e combate a todas as mazelas da sociedade, criando nos telespectadores e vendendo aos mesmo ilusão de insegurança que muitas vezes não corresponde com a realidade dos indicadores de delitos, bem como, um discurso positivista pronto que são incorporados por quem assiste³⁴⁰.

Logo, progressivamente o movimento pelo recrudescimento do Direito Penal ganha apoio popular com o auxílio dos meios de comunicação. O senso comum, alheio a qualquer embasamento científico³⁴¹, acaba travestido de “opinião pública”³⁴².

Nesse sentido, um dos embaraços à eficácia do sistema penal brasileiro é a completa ausência de política criminal no sentido mais concreto da palavra. Como anteriormente analisado, a Política Criminal é a disciplina responsável por fornecer aos poderes públicos subsídios e orientações cientificamente comprováveis, com base em alguma corrente criminológica, meios apropriados para o controle do crime, funcionando, portanto, como ponte

³³⁹ “(...) exatamente porque desordem e criminalidade estão embaralhadas que o controle penal contemporâneo precisa produzir assepsia social, justificada em nome da necessidade de controle do “risco” ou do “perigo” do crime, controle de grupos construídos como desordeiros e perigosos, e que culmina por revalidar a importância daquele campo de criminalização já considerada insignificante por princípios minimalistas (...)” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de, op. cit., p. 166).

³⁴⁰ “Mais de um quinto das cidadãs e cidadãos presume que haja um aumento maciço, em parte até dramático, nos números. Isso está consideravelmente longe da realidade, se confrontado com aquilo que de fato ocorreu entre 1993 e 2002, bem como com os dados policiais até outubro de 2003. Apenas cerca de 10% da população avaliou a situação de modo aproximadamente correto” (PFEIFFER, Christian. A demonização do mal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v. 13, n. 52, pp. 277-285, jan.-fev. 2005, p. 278).

³⁴¹ A percepção social da realidade resulta, em grande proporção, da mediação midiática. O público tem acesso a uma realidade de segunda-mão, filtrada e construída pelos jornalistas, que dirigem a atenção das pessoas para assuntos específicos, e por razões que vão desde conveniências de mercado até conflitos de interesse entre grupos de comunicação e o poder político ou econômico (GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro. Revan. 2015).

³⁴² “O senso comum encontra-se disseminado e travestido de opinião pública (que na verdade é opinião publicada).” (SUZUKI, Claudio Mikio. *Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo: juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno aos justiceiros*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 125.

entre a Criminologia e o Direito Penal. Nesse ponto, as palavras do professor Guilherme de Souza Nucci são substanciais:

Em nosso entendimento, as leis penais e processuais penais ainda estão dissociadas de uma política criminal clara, definida, objetiva e eficiente. No Brasil, legisla-se às cegas, conforme o *crime de mídia* do momento, ora elevando penas quando seria desnecessário, ora reduzindo quando também não haveria demanda para tanto. Aguarda-se do legislador, nessa sensível área, a adoção de uma política criminal definida, visto que até agora nada de delineou³⁴³.

Dessa forma, não é possível enxergar no Brasil a adoção de qualquer política criminal fundamentada em postulados empiricamente demonstráveis a justificar as decisões tanto no âmbito do Poder Legislativo, quando da produção e elaboração da legislação penal e processual penal; quanto no do Judiciário e Executivo, na aplicação e administração do sistema penal; razão pela qual grande parte das investidas do governo em combater e prevenir a violência e criminalidade tem sido frustradas.

No lugar de uma Política Criminal verdadeira e cientificamente constituída, o Brasil vem adotando uma política de Direito Penal de emergência, na qual privilegia-se o caráter meramente simbólico da disciplina em uma clara corrida de expansão punitivista capaz de somente satisfazer a opinião pública impulsionada pela indústria midiática, embora, carente de coerência metodológica e de eficácia social³⁴⁴. É também nesse sentido as precisas palavras de Maria Lúcia Karam quando afirma:

Vão sendo produzidas leis penais e processuais penais que sistematicamente afastam princípios garantidores, criando vácuos, que progressivamente se ampliam, nos quais é indevidamente desprezado o imperativo primado das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas. Embora mantidas as estruturas formais do Estado de direito, vai se reforçando o Estado policial sobrevivente em seu interior, vão sendo instituídos espaços de suspensão de direitos fundamentais e de suas garantias, acabando por fazer com que, no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracia e Estados totalitários vá se tornando sempre mais tênue³⁴⁵.

³⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 7.

³⁴⁴ “O que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política criminal instituída pelo Código Penal e leis complementares – em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal” (SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC Editora/Lumen Juris, 2005, p.1).

³⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. *A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. Discursos*

Óbvio é a constatação de que o Código Penal brasileiro, sendo de 1940, não corresponde aos mesmos anseios e necessidades atuais, tendo passado por diversas alterações legais na tentativa de compatibilizá-lo às circunstâncias modernas³⁴⁶. Todavia, não só ainda se está longe de ter um diploma criminal adequado à sociedade brasileira atual e às consequentes novas formas de criminalidade, ao mesmo tempo em que outras já não fazem sentido; mas também, a numerosa inclusão de tipos incriminadores nos últimos tempos evidencia o desespero político e a falta de elaboração racional de uma estratégia de reação contra a delinquência.

Um símbolo dessa gestão da criminalidade é a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), na qual pune-se de forma mais rigorosa alguns crimes. A escolha desse rol não poderia estar isenta da influência da mídia e da pressão popular para a sua edição³⁴⁷.

À época, a espécie de crime que mais afligia a classe média e alta era os de natureza patrimonial, em especial as extorsões mediante sequestro; o Rio de Janeiro foi palco de muitos casos que tomaram repercussão nacional, sendo um dos mais famosos, e que culminou com a elaboração apressada dessa lei, o sequestro do empresário Roberto Medina, dono de uma rede de supermercados e irmão do deputado federal do estado carioca, Rubens Medina³⁴⁸.

O que mais impressiona e comprova a ideia de carência de Política Criminal fundamentada em postulados e dados científicos é que no rol taxativos da referida legislação, nenhuma espécie do crime de homicídio constava. Com efeito, a vida é o bem jurídico

Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 408, p.417-22.

³⁴⁶ A título de exemplo: os extintos crimes de sedução e adultério, já revogados do Código penal.

³⁴⁷ “As valorações político-criminais do Movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*) se fizeram presentes à retaguarda do posicionamento assumido pelo legislador constituinte” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 78).

³⁴⁸ “A lei dos crimes hediondos, aprovada por afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena no regime fechado, gerando-se uma fera no meio prisional, que não tem nada a perder. O importante, no entanto, é verificar que, editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e redução da criminalidade” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 275).

considerado mais importante, causando estranheza ler norma que, ao tratar da hediondez de determinados delitos, não trata do considerado mais grave; em contrapartida, constava ainda o envenenamento de água potável, bem como, ainda é previsto na Lei nº 8.072/90 a falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, os quais, segundo o legislador, equiparam-se a medicamentos os cosméticos, levando-nos a questionar acerca dos critérios utilizados pelo legislador.

Apenas em 1994, com a edição da Lei nº 8.930/1994 que o homicídio simples praticado por grupo de extermínio e o homicídio qualificado foram incorporados como crimes hediondos. Ambas inclusões tem a pressão e cobertura midiática como principal responsável pela inserção desses tipos. O homicídio qualificado foi introduzido na legislação após um grande caso ganhar a atenção dos jornais e gerar revolta social: a morte da atriz Daniela Perez, filha da renomada autora Glória Perez, quem, em 1992, foi assassinada a golpes de tesoura por seu colega de elenco e par romântico, Guilherme de Pádua.

Ora, com trama sendo exibida em todo o Brasil, sendo a vítima e o agressor protagonistas da novela, não demorou muito para o caso ganhar repercussão nacional. E através de um abaixo-assinado que reuniu mais de um milhão de assinaturas, com a iniciativa da reconhecida escritora Glória Perez e após ampla divulgação e repetição dos detalhes do fato pelos meios de comunicação da época³⁴⁹, o crime é incluído no rol da Lei nº 8.072/90.

Quanto a inserção do homicídio simples praticado sob atividade de grupo de extermínio, as circunstâncias são semelhantes. O ano de 1993 foi marcado por duas grandes chacinas, sendo a primeira a “Chacina da Igreja da Candelária”, na qual oito jovens moradores de rua foram assassinados enquanto dormiam e outros ficaram feridos. Ainda naquele ano, em agosto, na favela de Vigário Geral, um grupo fortemente armado invadiu casas e matou 21

³⁴⁹ A título de exemplo, o jornal Folha de São Paulo manteve notícias sobre o caso durante os três meses subsequentes, a Revista Veja dedicou três capas do ocorrido.

moradores. A primeira delas motivada possivelmente por “limpeza social” e a segunda uma possível vingança à morte de 4 policiais militares mortos no dia anterior.

A mídia logo destinou espaço nos seus horários nobres para a divulgação dos casos, com a participação de artistas e anônimos pleiteando elucidação e punição aos envolvidos. Sentindo-se pressionado, o Legislativo acabou por promover duas modificações na lei penal brasileira, a primeira no Código Penal Militar, dispondo a competência da Justiça Comum para julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por militares; e a inserção do homicídio simples praticado em atividade de grupos de extermínio na Lei de Crimes Hediondos.

Seguindo o mesmo fluxo de grandes países influenciados pelo movimento Lei e Ordem, a referida legislação ainda previa uma série de relativizações de direitos e garantias constitucionais e processuais, ao ponto de ter o Supremo Tribunal Federal (STF) considerado esses dispositivos como inconstitucionais. A título de exemplo, além da vedação da concessão de fiança, era proibido o benefício da liberdade provisória; a princípio o art. 2º da lei de crimes hediondos previa que o cumprimento de pena deveria se dar integralmente em regime fechado, esse dispositivo foi julgado inconstitucional em sede de *Habeas Corpus* pelo STF³⁵⁰, pois claramente feria diversos princípios constitucionais, dentre eles, a individualização da pena, e não coadunava com as finalidades de ressocialização prevista da Lei de Execução Penal brasileira, uma vez que o sistema de progressão de regime existe justamente para possibilitar a reinserção do condenado à sociedade.

A Lei nº 11.464/2007, embora tenha fixado o regime inicial fechado, estabeleceu, contudo, que o *quantum* a ser cumprido para a progressão de regime é de 2/5 se primário e 3/5 se reincidente. Mais uma vez, o STF revê essa previsão, entendendo-a como inconstitucional à

³⁵⁰ O (STF) reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). A decisão ocorreu no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, de relatoria do ministro Edson Fachin, que teve repercussão geral reconhecida e mérito julgado pelo Plenário Virtual.

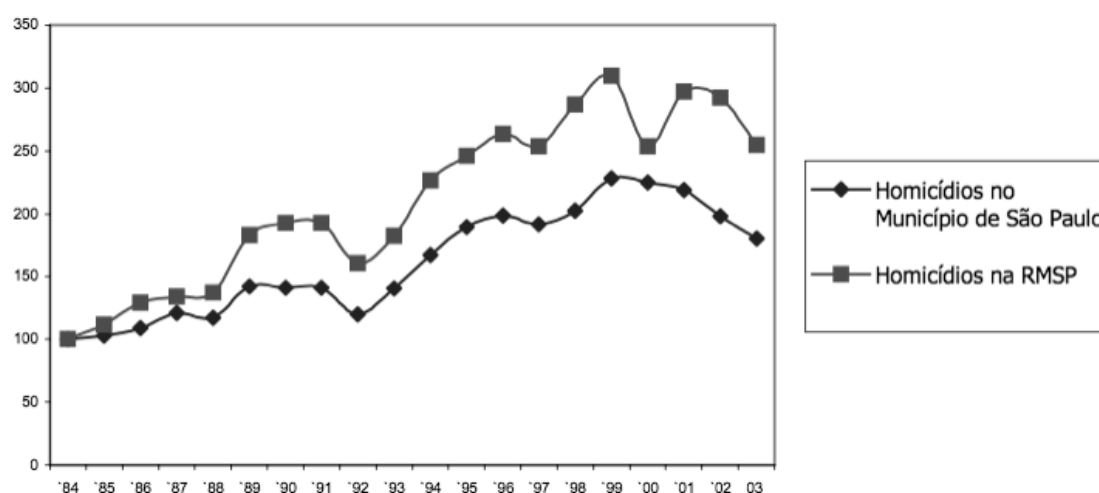
luz dos mesmos princípios, devendo o juiz analisar no caso concreto o regime adequadamente estabelecido a ser empregado, editando as Súmulas 718 e 719 sobre o tema.

As inúmeras alterações sofridas pela Lei de Crimes Hediondos evidenciam completa falta de técnica legislativa, embasamento político-criminal, imprudência e afã de acalantar o clamor social pelo recrudescimento do sistema penal. Não por outras razões que o objetivo de combater e prevenir através da punição mais rigorosa de determinados crimes foi frustrado.

O Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent (ILANUD) pesquisou nos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, entre os anos de 1984 e 2003, para saber o que tinha mudado ou não depois da entrada da Lei de Crimes Hediondos em vigor. Concluiu-se que, embora alguns crimes tenham mostrado um decréscimo em seus indicadores, em outros não somente não houve redução, como se verificou aumento nas ocorrências³⁵¹.

Destarte, veja-se estudo gráfico contendo informações oficialmente recolhidas a cerca da evolução do percentual de homicídios no município de São Paulo.

Figura 8. Comparação percentual entre os homicídios do município de São Paulo e RMSP 1984 a 2003



Fonte: SEADE E SSP/SP

³⁵¹ ILANUDI. *A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, julho/2005.

As Nações Unidas também pesquisaram o impacto da Lei de Crimes Hediondos no sistema prisional. Neste caso, foram estudados os índices de São Paulo, eis ser o Estado responsável por 78% do encarceramento da região sudeste e por 41% do Brasil, o que garante sua representatividade para a pesquisa. A conclusão foi a de que, entre as décadas de 1980 e 1990, a população penitenciária que havia cometido crimes hediondos mais que dobrou nos presídios paulistas. Não porque entraram mais presos no sistema, mas porque, devido ao endurecimento das penas, menos pessoas saíram³⁵².

A ideia de que o endurecimento penal inibiria a prática criminosa, mostra-se mais uma vez uma estratégia utilizada pelo Brasil, que confia cegamente no simbolismo e rigorosidade do da malha penal estatal como instrumento pedagógico de combate ao crime. Todavia, a experiência já tem mostrado que o mero agravamento e rigorosidade do Direito Penal e Processual Penal tem representado um fator que influencia muito pouco na prática de conduta criminosa.

Peter-Alexis Albrecht, após analisar pesquisas empíricas acerca do efeito especial-preventivo das penas, relata haver, na verdade, um “não efeito”, ou no pior dos cenários, um efeito contraprodutivo, reafirmando a necessidade de se utilizar o sistema penal e, em especial, a sanção privativa de liberdade como *ultima ratio*³⁵³. Segundo Gunther Kaiser, não há, ainda hoje, evidências empíricas que punições mais rigorosas, sejam pelo legislador ou aplicadas pelo juiz na sentença, tenham papel definidor para prevenir condutas delituosas³⁵⁴.

Dessa forma, os esforços em recrudescer o sistema penal depositando confiança unicamente no efeito preventivo geral e especial é, em geral, dispendioso e infrutífero, uma vez

³⁵² ILANUDI, op. cit.

³⁵³ ALBECHT, Peter Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 86.

³⁵⁴ “Segundo o estado atual de pesquisa não existem, na verdade, provas empíricas para a efetividade de medidas mais rigorosas na aplicação da pena (...)” (KAISER, Günther., *Introducción a la Criminología*. 7º ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykirum, 1988, p. 259).

que o cálculo da relação custo-benefício do crime pressupõe especulação racional a qual está presente na prática de alguns poucos crimes da legislação penal³⁵⁵.

Outra questão suscitada nesse debate acerca da efetividade da aplicação da lei penal no Brasil é a que gira em torno da impunidade. Como resultado do desespero político que provoca uma atividade legislativa desenfreada e irracional na tentativa de solucionar o problema da criminalidade e acalantar a opinião pública³⁵⁶.

A imensa quantidade de tipos incriminadores, a falência do sistema carcerário, o sucateamento da polícia, a sobrecarga do sistema de Justiça Criminal, são fatores que criam o cenário que contribui para a inocuidade da legislação penal. Segundo Julio Jacobo Waiselfisz, o índice de elucidação de homicídio - crime que em sua imensa maioria deixa muitos vestígios, dos quais, o corpo humano é um deles - é baixíssimo no Brasil, estimando-se variações entre 5% a 8%³⁵⁷. A morosidade dos julgamentos é outro elemento que colabora com a sensação de impunidade, eis ser o tempo médio de julgamento de casos de homicídio, por exemplo e em média, de 6 anos³⁵⁸.

A crise do sistema penitenciário atravessada pelo país é outro obstáculo, o qual, embora aparente e de consenso majoritário, continua sendo ignorado pelos poderes públicos e tendo a sua ineficiência sendo comprovada nas políticas criminais que prezam pelo recrudescimento das penas.

³⁵⁵ Sobre o cálculo do risco de descobrimento e do de persecução, Peter-Alexis Albrechet aponta: “Na verdade, isso deveria ser levado em consideração – já num nível de plausibilidade – somente para fatos racionais e de reflexão, o que diz respeito, apenas, a uma pequena parcela de todas as ações puníveis. Realizado, em todo caso, um cálculo racional, este se depara, em geral, com um pequeno risco de descobrimento – como, por exemplo, delitos econômicos -, o que, antes deveria elevar a inclinação para comissão do fato. Por isso, em geral, o percebido risco de descobrimento e de persecução pouco influencia a disposição para o comportamento delituoso (...)” (ALBECHT, Peter Alexis, op. cit., p. 87).

³⁵⁶ “O sonho dourado das elites brasileiras é a repetição, abaixo da linha do Equador, do espetáculo punitivo patrocinado nos EUA, onde, de fato, em virtude de medidas aparentemente mágicas, como a “tolerância zero”, os índices de criminalidade decresceram nos últimos trinta anos. Em contrapartida, o país tem a mais alta taxa de encarceramento do planeta (...)” (FILHO, Luís Francisco Carvalho. *Impunidade no Brasil: Colônia e Império*. Estudos Avançados. Vol. 18, nº 51. São Paulo Mai/Ago. 2004, pp. 181-194).

³⁵⁷ WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa das mortes por violência*. Estud. av., São Paulo, v. 21, n. 61, p. 119-138. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20.01.2019.

³⁵⁸ BEZERRA, Jorge Luiz, op. cit., p. 59.

O déficit do espaço prisional é de aproximadamente 231.062 vagas, sem contar os mandados de prisão ainda não cumpridos, os quais, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), giram em torno de 373.991 mandados. Caso fossem todos estes cumpridos, o número populacional carcerário passaria de um milhão de pessoas³⁵⁹. No mesmo sentido, em relatório divulgado pelo DEPEN, constatou que, em junho de 2014, a população prisional era de 607.731 pessoas, dentre as quais 579.423 estavam no sistema penitenciário. Sendo a quantidade de vagas de vagas oferecidas próxima de 376.669, o percentual de ocupação é de 161%. Ou seja, é uma proporção de quase 300 presos por cada 100.000 habitantes³⁶⁰.

Portanto, o problema da superlotação penitenciária constitui um dos principais óbices não só para a efetividade do Direito Penal como instrumento de enfrentamento da criminalidade, mas também para a melhor administração prisional do país, isso por que ela implica em um sistema penal inócuo a qualquer tipo de ressocialização, esta, por sua vez segundo a Lei de Execução Penal, um dos objetivos da pena, dentre outros requisitos que a referida legislação impõe para o cumprimento de pena que flagrantemente não é respeitado pelas autoridades responsáveis.

Logo, entre o idealismo da lei e a realidade das penitenciárias existe um abismo profundo³⁶¹, ora, não é difícil perceber que o sistema penitenciário do país não corresponde com os ditames postos pela legislação, entre o idealismo da Lei e a realidade das penitenciárias existe um abismo profundo, uma vez que não há como esperar um efeito ressocializador com

³⁵⁹ Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília/DF. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 20.09.2019.

³⁶⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias InfoPen-junho de 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 16.05.2018, p. 15.

³⁶¹ “Esse é outro ponto extremamente falho no sistema carcerário brasileiro. Se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade individual de cada sentenciado” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 990)

as condições precárias que a superlotação corrobora, não havendo, entretanto, muitas alternativas ao Poder Judiciário quando da aplicação da pena dentro dos parâmetros legalmente previstos³⁶² pelo Legislativo e não administrados corretamente pelo Poder Executivo³⁶³.

Acrescenta-se a isso, o alto custo econômico infrutífero da prisão, além do preço inerente à manutenção do cárcere, estima-se que a criação de uma nova vaga no sistema federal, a título de exemplo, custe por volta de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), já a manutenção de um preso representa alto valor, podendo variar entre R\$700,00 (setecentos reais) a R\$2.000,00 (dois mil reais), a depender do Estado federado³⁶⁴; há o custo da criminalidade que não consegue ser enfrentada, nem muito menos prevenida através dela, ineficiência comprovada pelos índices de reincidência. Embora, dados sobre o tema sejam escassos e de adequada precisão, uma vez que o conceito de reincidência muitas vezes é utilizado para se referir à ampla reiteração de atos criminosos, o que difere da definição do Código Penal, com as menores estimativas ainda atingem patamares preocupantes e giram em torno de 30%³⁶⁵.

Mais uma vez, vale-se de quadro sinótico para melhor esclarecimento da

³⁶² “É público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela existir”. (TJRN, HC 14.467, TP, rel. Des. Amaury Moura, j. em 7.8.1996, v.u., RT, 736/685).

³⁶³ “É evidente que o legislador idealizou uma condição de encarceramento impossível de implementação prática, sobretudo considerando os limites orçamentários enfrentados pelos governos(...). Seguindo uma tendência experimentada por outros países, o Brasil tem vivenciado ao longo dos últimos anos um crescente aumento das populações carcerárias, misto de incrementos de taxas de criminalidade, do recrudescimento das políticas criminais, do endurecimento das penas e da exagerada opção pelas penas de privação de liberdade como mecanismo de combate ao crime e de proteção da sociedade”. (CABRAL, Sandro. *Além das grades: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional*. 2006. Tese de doutorado (Escola de Administração) - Universidade Federal da Bahia, [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://www.adm.ufba.br/pt-br/publicacao/alem-grades-analise-comparada-modalidades-gestao-sistema-prisional>>. Acesso em: 04.08.2018, p. 122).

³⁶⁴ TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas penais e da realidade brasileira em execução penal: propostas para melhoria do desempenho de uma vara de execução penal*. 2008. Dissertação de mestrado (Escola de Direito do Rio de Janeiro)- FGV, [S.l.], 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4218/DMPPJ%20-%20SERGIO%20WILLIAM%20TEIXEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 08.05.2018, pp. 101-102.

³⁶⁵ GOVERNO FEDERAL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 01.08.2018, p. 12.

argumentação ora defendida, conforme dados apresentados no Anexo III.

A seletividade do sistema penal brasileiro também constitui embaraço para a sua efetividade, pois demonstra o fracasso do Estado em perseguir e elucidar determinados crimes, ao mesmo tempo em que evidencia uma vontade política e estratégica em encarcerar determinadas categorias sociais³⁶⁶. O perfil da população carcerária evidencia a preferência do poder punitivo sobre determinadas pessoas, muito mais do que a gravidade dos crimes cometidos. Segundo o último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional, em 2016, 55% da população prisional era formada por jovens até 29 anos, 64% era composta de pessoas negras, e 17,75% das pessoas encarceradas chegaram apenas no ensino fundamental³⁶⁷.

Esse cenário esclarece o caráter segregatório e estigmatizador do sistema penal brasileiro e a intervenção punitiva do Estado, portanto, representa a escolha por um perfil quase *lombrosiano* de ‘criminoso’³⁶⁸.

Questiona-se também a validade e efetividade de políticas criminais que se mostram diametralmente opostas aos princípios constitucionalmente reconhecidos. Como visto em capítulo específico, princípios são preceitos fundamentais que servem de baliza normativa, provendo conexão e coerência a todo o ordenamento jurídico, aos quais as demais normas e construções jurídicas devem se submeterem e se subordinar³⁶⁹. Nesse contexto, os princípios reconhecidos e deduzidos diretamente da Constituição Federal guardam primazia sobre aqueles

³⁶⁶ GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017, p. 95 e ss.

³⁶⁷ INFOPEN. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias – Junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 20.09.2019.

³⁶⁸ “(...) o Sistema Penal está vinculado ao racismo desde seu nascedouro (...). A apropriação simbólica peculiar da questão racial pelas elites nacionais, convertendo esse território da barbárie no paraíso terrestre do convívio entre as raças nunca abriu mão do uso ostensivo do sistema penal no controle da população negra. Assim, a relação estabelecida entre racismo e sistema penal no Brasil se dá de uma maneira íntima e enviesada, apesar de todo o esforço em se construir uma imagem em sentido oposto. Passemos então a nos ocupar desse relacionamento tão frutífero quanto incestuoso em que se transformou a convivência entre racismo e sistema penal nessa “amostra terrestre do paraíso” chamada Brasil” (FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. Brasília: Contraponto, 2006, p. 44).

³⁶⁹ ESPÍDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1999, p. 47.

da legislação infraconstitucional, obrigando-se, esta última, a guardar obediência aos limites constitucionais³⁷⁰.

Assim, os princípios constitucionais penais não só possuem papel prioritário na condução do sistema penal pátrio, mas também representam o respeito ao Estado Democrático de Direito, uma vez constituírem garantias definidoras do posicionamento do Direito Penal como instrumento de poder mais violento do Estado, fixando, por essa razão, os limites do poder punitivo³⁷¹, tornando-o legítimo³⁷².

Nessa perspectiva, a aplicação de qualquer norma de caráter penal ou a elaboração de quaisquer políticas públicas que visem o controle do crime, deve ser obrigatoriamente submetida à luz da fundamentação constitucional³⁷³. Logo, não há como conceber como legítima qualquer política criminal que relativize ou mesmo afaste as garantias penais e processuais penais reconhecidas pela Constituição Federal em nome de uma suposta “guerra ao crime”. Fazê-lo seria tal como assumir um Estado de Exceção, o qual cada vez mais se afasta dos objetivos de uma dita Democracia.

A Política Criminal, como visto ao logo do presente trabalho, constitui a conversão dos dados empíricos criminologicamente comprovados, em estratégias para os Poderes Públicos, em todas esferas (Legislativa, Executiva e Judiciária), para o combate e prevenção da criminalidade. Portanto, ela é concebida como sendo o conjunto de planos e ações por meio dos quais o aparato estatal instrumentaliza o controle do crime, respaldada cientificamente³⁷⁴ e, embora seja constituída no entorno do poder punitivo estatal, não está a

³⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 28.

³⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 67.

³⁷² “A ideia de valorização e supremacia dos princípios constitucionais penais e processuais penais deve ser enaltecida e lançada como meta para a composição com as demais normas do sistema. Nesse entrelaçamento, o império a ser construído depende da fiel observância dos comandos mais importantes, encarnados pelos princípios” (NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 29).

³⁷³ “A não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na descriminalização ou não aplicação da norma penal” (CARVALHO, Márcia D. L. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, pp. 23-24)

³⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de, op. cit., pp. 276-277.

ele unicamente vinculada, entendendo-se o delito como fenômeno multifatorial.

Uma política criminal verdadeiramente completa, deve compreender fatores sociais e econômicos que influenciam na atividade delituosa e, em certas circunstâncias, promovam a redução dos indicadores de delinquência.

Nesse cenário, a Política Criminal deve subordinar-se aos princípios constitucionais penais, às garantias que regem e vinculam-se aos mais sensíveis valores e direitos humanos, jamais estando autorizada a encontrar-se em conflito com eles. Todavia, o Brasil vem seguindo uma tendência global impulsionada pelo Movimento Lei e Ordem de recrudescimento do Direito Penal, o qual faz ressuscitar políticas criminais de “tolerância zero”, embasadas em postulados como o da “teoria das janelas quebradas”, em contrapartida da progressiva redução do Estado Social.

Esse contexto de expansão do sistema punitivo claramente choca-se com os princípios penais de um Estado Democrático de Direito e que são reconhecidos pela Constituição Federal brasileira. Sobretudo a existência de princípios garantistas de ordem penal coloca-se como principal obstáculo à legitimação de políticas punitivistas como instrumento de controle da criminalidade pelo Estado.

Em primeiro lugar, o princípio da legalidade impõe que o poder punitivo estatal seja exercido dentro dos parâmetros previamente estabelecidos em lei, em especial, dentro dos limites da tipicidade, de tal forma exigir a legalidade que o sistema penal opere o seu poder criminalizador sobre todas as condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, estritamente nessas hipóteses e indistintamente a todos os autores³⁷⁵. Não cabendo, por conseguinte, a punição de condutas meramente consideradas desonrosas, na mesma medida que também é inconcebível a seleção de determinadas categorias sociais como alvo do aparelho penal, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade, importante corolário do sistema jurídico

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 21.

pátrio³⁷⁶.

O Movimento Lei e Ordem e os postulados da Teoria das Janelas Quebradas também se mostram em contrariedade com a intervenção mínima do Direito Penal, a qual, em um Estado dito Democrático de Direito, deve se resguardar aos injustos considerados mais graves e à consequente proteção dos bens jurídicos mais sensíveis. Logo, a noção de expansão do discurso-jurídico penal não se coaduna com o princípio constitucionalmente garantido que o prevê como a *ultima ratio* na resolução dos conflitos sociais.

Aliás, confiar a solução dos problemas criminais que sabidamente possui causas intrinsecamente sociais à malha penal no Estado, além de ilegítimo à luz da intervenção mínima, também é ineficaz. Os dados a que se tem acesso não permitem concluir que a política de punição afeta a criminalidade³⁷⁷, ou seja, uma política unicamente de viés penal-punitivista não tem influência significativa e a logo prazo sobre os indicadores de delitos, uma vez que as alterações realizadas exclusivamente nesse âmbito não são capazes de interferir nas causas sociais que corroboram para o fenômeno criminal.

Em consequência, o princípio da proporcionalidade se apresenta igualmente ameaçado nessas circunstâncias, pois o raciocínio de utilizar as sanções penais em condutas de reduzido ou ausente potencial ofensivo com a mesma rigorosidade utilizada nas condutas mais graves com o pensamento que a punição de pequenas desordens evita também as maiores, é, já de primeiro plano e no sentido mais literal, desproporcional.

E nessa lógica, quando o aparato estatal se vale dos mesmos mecanismos de controle da delinquência grave, que fere ou ameaça bens mais caros à vida em sociedade, para

³⁷⁶ “O saber penal só se ocupa da legalidade das matérias que o órgão legislativo quer deixar dentro de seu âmbito e, enfim, de reduzíssima parte da realidade que, por estar dentro do âmbito já delimitado, os órgãos executores decidem submerter-lhe (...). Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou ‘diferentes’) mais incômodos ou significativos” (Ibd., p. 22-24).

³⁷⁷ Dados estatísticos apresentados na obra: RUSHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 271 e ss.

o enfrentamento daquela de menor gravidade, ele não só mostra a incapacidade de gerir uma política criminal que respeite os ditames constitucionais, mas também ao perseguir com intensidade figuras típicas insignificantes ou de pequena lesividade, o sistema penal ficará cheio de autores de pequenos delitos, enquanto os de maior periculosidade se esquivam da sua intervenção, em outras palavras, é possível que as ruas fiquem limpas das pessoas indesejadas e das infrações urbanas, enquanto crimes de natureza mais complexa, como os financeiros e ambientais (os quais residem em áreas nobres da cidade) ganhem em lisura e impunidade³⁷⁸.

Portanto, ignorar a importância dos princípios constitucionais penais na materialização de políticas públicas de segurança e combate à criminalidade com o foco estrito no clamor social e na “opinião publicada” pelos meios de comunicação representa, ao mesmo tempo, o afastamento cada vez mais preocupante dos ditames que regem um Estado Democrático de Direito, tornando-se, dessa forma, inconstitucionais, quanto a representação do fracasso estatal em proteger e garantir aos seus cidadãos os direitos e prerrogativas mais básicos de uma vida em sociedade.

Dessa forma, quando politicamente se opta por atuar não em face das causas do fenômeno criminal, mas sim nas consequências das quais dele resulta, redirecionando todos os esforços à repressão do crime que já ocorreu, essas decisões tenderão a serem sempre momentâneas, débeis e ineficazes³⁷⁹.

³⁷⁸ “Se se utiliza o Direito penal, e todos os meios encarregados de sua aplicação (polícia, juízes), com a mesma intensidade para perseguir tanto os delitos menores quanto os maiores, é muito provável que, ao final, as malhas da rede penal fiquem cheias somente de peixes pequenos, deixando escapar os grandes” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 257).

³⁷⁹ “A política criminal que observamos na atualidade nacional furta-se do modelo garantista, eis que procura dar guarida a anseios imediatistas, oferecendo respostas e atuando em conformidade com as pressões sociais sem nem mesmo se ater a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito” (FERRAJOLI, Luigi, op. cit, p. 97)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os debates acerca da criminalidade e o seu consequente controle pelas autoridades públicas competentes tem sido o pivô de calorosas discussões políticas no Brasil, em especial nas últimas três décadas, tornando-se, por isso motivo, instrumento de manipulação social midiática e de bandeira política.

O sentimento de insegurança gerado em torno do trato sensacionalista dado aos indicadores de violência e delito fez crescer na população brasileira um verdadeiro consenso em favor da extrema necessidade do recrudescimento de todo o sistema de justiça criminal. Assim, propostas de caráter meramente demagógicas e essencialmente punitivistas ganham sonoro apoio social.

Nesse cenário de medo e alarmismo qualquer tentativa de estabelecimento da “ordem” é preferível, ainda que essa suposta tentativa de instituí-la e mantê-la seja carente de qualquer embasamento empírico-científico capaz de promover a longo prazo projetos realmente efetivos ao enfrentamento do crime, de modo contrário, o que se tem visto são inúmeras fracassadas investidas, sedimentando ainda mais os embaraços do sistema penal do país.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, esses esforços ao mesmo tempo que se revelam infrutíferos, também implicam em necessária relativização e, até mesmo, distanciamento, dos princípios constitucionalmente garantidos que norteiam – ou deveriam nortear – a elaboração e aplicação da matéria criminal no Brasil.

Logo, são os princípios constitucionais penais e processuais penais que, como normas regentes do ordenamento jurídico, fornecem legitimidade para as decisões no que concerne o âmbito de justiça criminal brasileiro, isso porque, como normas de hierarquia reconhecidamente superior, devem as demais guardar com aquelas obediência e harmonia.

Em matéria penal, esses princípios guardam especial importância pois estabelecem os limites dentre os quais o poder punitivo estatal dever ser exercido. Uma vez excedida essas balizas, ainda que em nome de um pretenso combate à criminalidade, todo ato consequente deve ser considerado constitucionalmente ilegítimo.

A Política Criminal, por sua vez, constitui outro importante elemento das ciências criminais, sem a qual torna-se impossível qualquer tentativa de enfrentamento ao crime. Sendo a disciplina responsável pela elaboração das estratégias de controle social, oferece aos poderes públicos técnicas e instrumentos mais efetivos de contenção da violência e dos indicadores de criminalidade. A Política Criminal representa, portanto, o momento no qual as autoridades estatais indicam as diretrizes de como o aparato punitivo irá ser direcionado, ela transforma o saber criminológico empiricamente construído em programas práticos de repressão e prevenção à criminalidade.

A partir dela, o Direito Penal é capaz, como ciência normativa, de converter as alternativas e estratégias no âmbito político em proposições jurídicas, revestindo-lhes de caráter normativo, geral e obrigatório.

Assim, faz parte de um sistema de justiça criminal sólido e coerente depende necessariamente da construção e definição de uma Política Criminal que seja apta a perseguir as finalidades as quais se propõe, ou seja, mais importante do que uma simples decisão político-legislativa por determinada direção no tratamento do fenômeno criminal, é necessário um sistema, e nele se inclui obrigatoriamente as três esferas de governo, capaz de compreender a realidade social a qual pretende mudar e não tornar-se alheio a ela.

A Criminologia se perfaz, assim, como outro pilar das Ciências Criminais, sem o qual deixa o sistema escasso e comprometido. Ao longo dos séculos, os questionamentos acerca da compreensão do fenômeno criminal e das suas possíveis formas de enfrentamento fizeram emergir diferentes correntes de pensamento que tentaram e tentam explicá-lo sobre diferentes

vertentes. Nesse diapasão, a Criminologia nasce justamente como a ciência que reúne, com caráter interdisciplinar, os esforços em compreender a conduta criminosa e os seus mais diferentes efeitos; para isso, no decorrer de sua própria evolução diversos foram os métodos empregados e as teorias que se dedicaram a desvendar suas causas e, por conseguinte, a tecer políticas empiricamente comprováveis de controle social.

Não por outro motivo que a ciência criminológica assumiu relevante papel nas discussões político criminais, uma vez que a elaboração de leis penais e de estratégias de prevenção e repressão do crime verdadeiramente efetivas, necessariamente prescindem de postulados teórico-científicos que corroborem e fundamente determinado viés de atuação da malha criminal, punitiva ou não, do Estado. É também na escolha dessa orientação das formas de reação ao crime que se vislumbra uma diretriz de ordem mais próxima de Estados totalitários ou daqueles ditos garantistas e Democráticos de Direito.

É nessa esteira que repousa a importância do estudo de matriz criminológica em qualquer discurso que traz à tona as formas de prevenção e combate ao crime, afinal, não há como conter um problema se se desconhece os fatores que culminam para a sua ocorrência, seria o mesmo de tentar tratar uma doença sem estudar o que lhe dá causa, logo, fazê-lo em matéria de efetividade de justiça e política criminal representa, além de um retrocesso científico, a certeza do fracasso em qualquer tentativa a longo prazo de controle da criminalidade.

Desde o aparecimento da ciência criminológica, portanto, muitas foram as correntes que surgiram – e ainda surgem – com a finalidade de compreender o fenômeno criminal e as suas mais diferentes facetas. Até mesmo antes de receber o *status* de ciência, já se havia esforços para definir e explicar o crime, ainda que com conceitos e concepções muito genéricos e imbuídos de especulação e crença popular (Escola Clássica).

Ao longo da sua evolução histórica, a Criminologia passou por diversos movimentos de pensamento divididos nesse trabalho de forma didática em fases, dentre elas

destaca-se as escolas sociológicas do crime que, fruto do desenvolvimento da Sociologia no século XIX que, por sua vez, oferece novos métodos de investigação os quais ampliam o espectro de estudo da criminalidade, analisando-a de forma mais ampla e considerando o crime como um fenômeno multifatorial.

É nesse cenário de decadência das teses de matriz biológicas que as teorias macrossociológicas ganham espaço, onde o crime é estudado à luz dos mais diversos elementos macrossociais, tornando-se fatores que influenciam não só no cometimento de fatos delituosos, mas também no próprio conceito de crime, em outras palavras, o crime é fenômeno social, tendo a sua definição e enquadramento mutável em diferentes sociedade e até mesmo se aplicando de forma diversa em categorias sociais distintas.

Porém, nas últimas décadas o movimento criminológico que tem se tornando um grande fluxo de influência na América Latina, mas de berço essencialmente estadunidense, é o da Lei e Ordem, que por essas razões recebe destaque de análise nesse trabalho. Como visto, esse movimento proclama o endurecimento e a vertiginosa expansão do aparato punitivo estatal, assim, se o Estado pretende efetivamente combater a criminalidade é necessário suficientemente repressivo.

Na popularização desse pensamento é inegável o papel desempenhado pela mídia, a transmissão de programas policiais sensacionalistas cada vez mais frequente nas programações da rede televisiva alimentava a sensação de medo e insegurança, muitas vezes não verossímeis, fomentando o apoio social à medidas penais mais duras para a manutenção da ordem. Não atoa que a espetacularização do crime virou bandeira política.

Entre as correntes de pensamento desse movimento, destaca-se a Teoria das Janelas Quebradas representa grande marco na perspectiva expansionista. Em síntese, essa teoria, encabeçada por James Wilson e George Kelling, defende a relação de custo-benefício do crime, assim, os autores entendem que os possíveis infratores são razoavelmente racionais,

respondendo, dessa forma, uma percepção e sopesamento de custos e benefícios. Logo, seguindo essa lógica, a melhor medida de prevenção ao crime é tornar a suas consequências mais caras (como o endurecimento da legislação e das respectivas penas).

Além disso, a *Broken Windows Theory*, como ficou conhecida, também tenta demonstrar a existência de uma umbilical relação entre a desordem e a criminalidade. Nesse diapasão, o fenômeno criminal não tem única e exclusiva relação com a condição social ou racial dos possíveis delinquentes, mas sim, e muito mais imbilicalmente, com a sensação de abandono e percepção de desordem. Dessa forma, para essa teoria, basta que as barreiras vigilância e proteção da propriedade privada sejam reduzidas para a conduta criminoso ocorra. Nesse liame, a Teoria das Janelas Quebradas reclama a maior intervenção do poder punitivo estatal inclusive em atos de aparente mínima ofensividade.

São nesses postulados que a política criminal de Tolerância Zero se inspira. Oriunda do Movimento Lei e Ordem, e, utilizando esse discurso como bandeira partidária, é que Rudolph Giuliani chega ao poder como prefeito da cidade de Nova York (1992), começando por implementar inúmeras medidas de malha penal do Estado, que ganhava grande apoio popular; uma dessas medidas foi a nomeação de William Bratton para comissário de polícia da cidade.

Bratton, por sua vez, conhecedor e imbuído pelos postulados da Teoria das Janelas Quebradas, coloca em prática um novo método de policiamento que tinha como principal característica o combate ostensivo e agressivo das pequenas infrações, bem como a execução de leis que puniam pequenas incivilidade – no seu entendimento – as responsáveis pela desordem.

O resultado não poderia ser outro senão o superencarceramento, período no qual os Estados Unidos alcançaram a maior taxa de aprisionamento mundial, sendo a maioria negros e presos por delitos de menor gravidade. Também é atribuído a essa política a visível redução da

criminalidade no solo norte-americano, depositando esse mérito no papel impositivo e violento assumido pela polícia.

O Brasil, seguindo a linha de diversos outros países da América Latina, foi influenciado pelas medidas de Tolerância Zero e pelo populismo penal, as consequências são nefastas. Sob o pretexto da insegurança e medo, a expansão do Direito Penal encontra solo fértil; em nome de uma pretensa “guerra ao crime”, direitos e garantias fundamentais são relativizados, enquanto que apenas determinadas categorias sociais são sempre os selecionados a sentir o peso e o estigma da repressão estatal.

A política de encarceramento em massa das categorias mais baixas da população continua a ser alimentada pelo aparato estatal por ser uma via mais cômoda e até econômica de mostrar uma aparente preocupação do Estado com a criminalidade, uma vez que combater as reais causas da sua permanência, como a fraca educação pública e os índices de desenvolvimento social do país, é uma tarefa muito mais árdua e de longo prazo, de tal forma que não gera votos para um curto período eletivo.

O Brasil também enfrenta outro grande obstáculo à efetividade do seu sistema criminal – o qual consiste como cerne da conclusão desse trabalho – a total carência de uma Política Criminal cientificamente fundamentada e, por consequência, verdadeiramente adequada à realidade social do contexto a qual pertença. No seu lugar, em verdade, enxerga-se um Direito Penal de emergência, apto a apenas saciar momentaneamente o ávido apelo social movido por uma indústria midiática sedenta pelo *ibop* que a espetacularização do crime proporciona.

Portanto, a única adoção de política criminal brasileira vem sendo, há décadas, a de “tapar buracos” emergenciais e com atecnicismos gritantes, o que explica a pouca efetividade de suas leis que, ao invés de passarem por uma rigorosa avaliação de necessidade e adequação constitucional e social, dirigem-se a situações e notícias pontuais, muitas vezes após a

popularização de casos particulares que pela gravidade ou pelo já deficitário sistema, ganham visibilidade e apoio a alterações legislativas de cunho populistas e meramente políticas, onde o Direito Penal presta-se tão somente em seu caráter simbólico.

Entende-se, assim, que políticas expansionistas, além de representar profundos óbices dentro do próprio ordenamento jurídico, uma vez que não é possível conceber a existência harmônica de medidas nas quais garantias são brutalmente relativizadas em nome do “combate a criminalidade” em um sistema que constitucionalmente prescreve o respeito a princípios que asseguram direitos e liberdades individuais; também refletem um total abismo empírico-científico capaz de legitimar a visível seletividade criminal que miseravelmente promovem.

O cenário que o Brasil alimenta possui raiz de uma cultura política voltada ao autoritarismo e ao encarceramento das classes já marginalizadas, as quais se adicional o estigma do crime, a utilização do sistema de repressão penal, como instrumento político, camuflar a incapacidade estatal de garantir a todos, de forma igual e equânime, as prerrogativas impostas por lei e, sobretudo, mascara a sua incompetência em exterminar as reais razões que tornam o país de muitas leis, entretanto, de pouca efetividade penal.

Portanto, conclui-se que um sistema de justiça criminal efetivo está umbilicalmente condicionado à elaboração de uma política criminal que vise o respeito e a devida obediência aos ditames e princípios penais garantidos na Constituição Federal da República, adequando-se dessa forma, ao almejado Estado Democrático de Direito. Assim, a escolha das diretrizes e estratégias de enfrentamento da criminalidade antes de serem deliberações meramente políticas e populistas, devem, em verdade, se pautar

Não se considera, pois, constitucional qualquer política que relativize que possua como tendência a relativização ou a exclusão, ainda que circunstancial, dos direitos e garantias fundamentais, bem como das prerrogativas constitucionais penais e processuais penais em

nome de uma “guerra ao crime”, demonstrando, além de uma crise de segurança pública, uma verdadeira incompetência estrutural do Estado em definir e colocar em prática uma política criminal não subordinada a uma pressão midiática apartada de qualquer dado verossímil, encabeçada por um clamor social leigo e que, apesar da razão que possa assistir à sua revolta à criminalidade, não se justifica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBECHT, Peter Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ALVES, Jamil Chaim. *O princípio da intervenção mínima como vetor para a descriminalização do Direito Penal Brasileiro*. 2014. 359f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

ALVES, Ygor. *Jamais fomos zumbis: contexto social e craqueiros na cidade de São Paulo*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Antropologia. Universidade Federal da Bahia, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além de (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Ultima Ratio, ano 1, n. 1., 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2ª ed., trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders*. 1ª ed., Rio de Janeiro, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e Direito*. Trad. João Freitas Martins Junior. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BEZERRA, Jorge Luiz. *Meio ambiente, política criminal e criminologia: reflexões sobre a qualidade de vida e a violência nas metrópoles*. São Paulo: Ícone, 2010.

_____. *Segurança pública: uma perspectiva político criminal à luz da teoria das janelas quebrada*. São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelso Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Curso de direito constitucional*. 11ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). *Diretriz Nacional de Polícia Comunitária*. – Âmbito nacional. Coordenado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). Brasília, 2019.

BRATTON, William. *Broken Windows and quality-of-life policing in New York City*. The New York Police Department, 2015.

_____. *Zero tolerance: policing a free society*. 2º ed. London: Tje IEA Health and Welfare Unit, 1998.

BURGESS, Ernest W. *The growth of the city*, em: PARK, Robert E.; BURGESS, Ernest W.; Mckenzie Roderick D. *The City*. Chicago: The University of Chicago, 1928.

CABRAL, Sandro. *Além das grades: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional*. 2006. Tese de doutorado (Escola de Administração)- Universidade Federal da Bahia, [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://www.adm.ufba.br/pt-br/publicacao/alem-grades-analise-comparada-modalidades-gestao-sistema-prisional>>.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPOS, Andreino. *Do quilombo à favela: a produção do “espaço criminalizado” no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CARVALHO, Hilário Veiga de. *Compêndio de Criminologia*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

CARVALHO, Márcia D. L. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CEDEC. *Mapa de Risco da Violência da Cidade de São Paulo*. São Paulo, 1996.

COHEN, Albert K. *Delinquent boys: the culture of the gang*. New York; London: The Free Press: Collier Macmillan Publishers, 1955.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília/DF. 2014. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?*. Boletim IBCCRIM, v.I.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Giuffrè, 1952.

DARHENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

FENECH, Georges. *Tolerância Zero: acabar com a criminalidade e violência urbana*. Trad. Joana Patrícia Rosa; Mário Matos e Lemos. Mem Martins: Editorial Inquérito, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed., São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002

FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Tomo I, trad. Antonio Soto y Hernández. Madid: Centro Editorial de Góngora, 1908.

_____. *Los nuevos horizontes del Derecho y Procedimiento Penal*. 2ª ed., Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1887.

FILHO, Luís Francisco Carvalho. *Impunidade no Brasil: Colônia e Império*. Estudos Avançados. Vol. 18, nº 51. São Paulo Mai/Ago, 2004.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. *Manual Esquemático de Criminologia*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. Brasília: Contraponto, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2000.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, [S.l.], 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4218/DMPPJ%20-%20SERGIO%20WILLIAM%20TEIXEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

FUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. 14ª ed., Buenos Aires: Hamurabi S.R.L., 1989.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Trad. Julio de Mattos, 4ª ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1893.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*. 2ª ed., Rio de Janeiro. 1978.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos*

meios de comunicação. Rio de Janeiro. Revan. 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/estado-de-sp-reduz-homicidios-latrocinios-e-roubos-e-furtos-de-veiculos-em-agosto/>

GOVERNO FEDERAL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *A necessidade de um fim preponderante para a pena no Direito brasileiro*. 2002. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

_____. *Liberdade, culpabilidade e individualização da pena*. 2009. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

_____. *Prevención general y aplicación de la pena*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006. (Maestros del derecho penal, 14).

HEGEL, Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. O. Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Human Rights Watch. *Punishment and prejudice: racial disparities in the war on drugs*. HRW Reports, v. 12, n. 2, 2000.

ILANUDI. *A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, julho/2005.

INFOPEN. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias – Junho de 2016*. Brasília:

JAKOBS, Günther. Fundamentos do direito penal. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

JEAN, Peter K. B. ST. *Pockets of crime: broken Windows, collective efficacy, and the criminal point of view*. Chicago: University of Chicago Press. 2007

KAISER, Günther., *Introducción a la Criminología*. 7º ed. Trad. José Arturo Rodriguez Núñez. Madrid: Dykirum, 1988.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade. Rio de Janeiro. ano 19. n. 408-417-22.

KELLING, George L.; COLES, Catherine M. *Fixing broken Windows: restoring order and reducing crime in our communities*. New York: Simon and Schuster, 1997.

_____; WILSON, Q James. *Broken Windows: the police and neiborghood safety*. The Atlantic Monthly, v. 263, n.2, 1982.

KOWARICK, Lúcio; Frúgoli, Heitor. *Pluralidade urbana em São Paulo: vulnerabilidade, marginalidade, ativismos*. São Paulo: Editora 34, 2016

LAFER, Celso. *A reconsideração dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEA, John & YOUNG, Jock. *What is to be done about Law and Order*. Londres: Pluto Press, 1984.

LEVITT, Steven D. *Understanding why crime fell in the 1990s: four factors that explain the decline and six that do not*. Journal of Economic Perspectives, Vol. 18, n. 1, 2004

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Maria Cartola Carvalho Gomes. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983

MANZANERA, Luis Rodríguez. *Criminología*. 2ª ed., Editorial Porrúa: México, 1981

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016

MARTINEZ, José Antônio Alonso. *Dicionário de latim jurídico e frases latinas*. Vitória: UFES, 1998.

MERTON, Robert K. *Social Teoria y estructura sociales*; trad. Florentino M. Torner. México: Fondo de Cultura, 1964

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias InfoPen-junho de 2014*. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>.

MOLINA, Antonio García-Pablos. *Tratado de criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

NETO, Paulo de Mesquita. *Policiamento comunitário e prevenção do crime: a visão dos coronéis da Polícia Militar*. São Paulo Perspec. vol.18 n.1 São Paulo Jan./Mar, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 13ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Organização Criminosa*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 4ª ed., Atlas, 2017.

PARK, Robert Ezra. *A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano. O fenômeno humano*. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

Pfeiffer, Christian. A demonização do mal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil , v. 13, n.52 , p. 277-285, jan.-fev. 2005.

PITCH, Tamar. *La teoría de la desviación social*. México: Nueva Imagen, 1980.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Projeto nova luz: São Paulo, Brasil*. Projeto Urbanístico Específico. Julho de 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

JÚNIOR, Miguel Reale. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni; LOPES, Andressa Batista. *Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade legislativa penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 147. Ano 26. p. 273- 310. São Paulo: ed. RT. Setembro 2018.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica, Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

ROXIN, Claus; Arzt, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas Quebradas, Tolerância Zero e Criminalidade*. (Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>>).

RUI. Taniele; FIORE, Maurício; TÓFOLI, Luís Fernando. *Pesquisa preliminar de avaliação do Programa 'De Braços Abertos'*. São Paulo: Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD); Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2016.

RUSHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC Editora/Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2º ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SEELIG, Ernest. *Manual de criminologia vol I*. Trad. Guilherme de Oliveira. Coimbra: Arménio Amado, 1957.

SHAW, Clifford R. *The natural history of a delinquent career*. Chicago: University of Chicago Press, 1938.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. Trad. Asdrúbal M. Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

SUZUKI, Claudio Mikio. *Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo: juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno aos justiceiros*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Tackling Crime, Disorder and Fear: A New Policing Model. (Disponível em: <<http://www.nyc.gov/html/nypd/html/home/home.shtml>>)

TARDE, Gabriel. *The laws of imitation*. New York: Henry Holt and Company, 1903

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas penais e da realidade brasileira em execução penal: propostas para melhoria do desempenho de uma vara de execução penal*. 2008. Dissertação de mestrado (Escola de Direito do Rio de Janeiro)-

VENDAMINI, Janio. *Segurança pública nas grandes cidades brasileiras*. São Paulo: Navegar Editora, 2010.

VERAS, Ryanna Pala. *Política Criminal e Criminologia Humanista*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Trad. Andre Telles. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Trad. Sérgio Lamarão, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa das mortes por violência*. Estud. av., São Paulo, v. 21, n. 61, p. 119-138. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300009&lng=en&nrm=iso>.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1999.

WILSON, James Q. *Crime and public policy*. California: ICS Press, 1983.

_____. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 2013.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl Zaffaroni. *Criminología: aproximación desde um margen*. Vol I. Bogotá: Editorial, 1988

_____; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ. 2010.

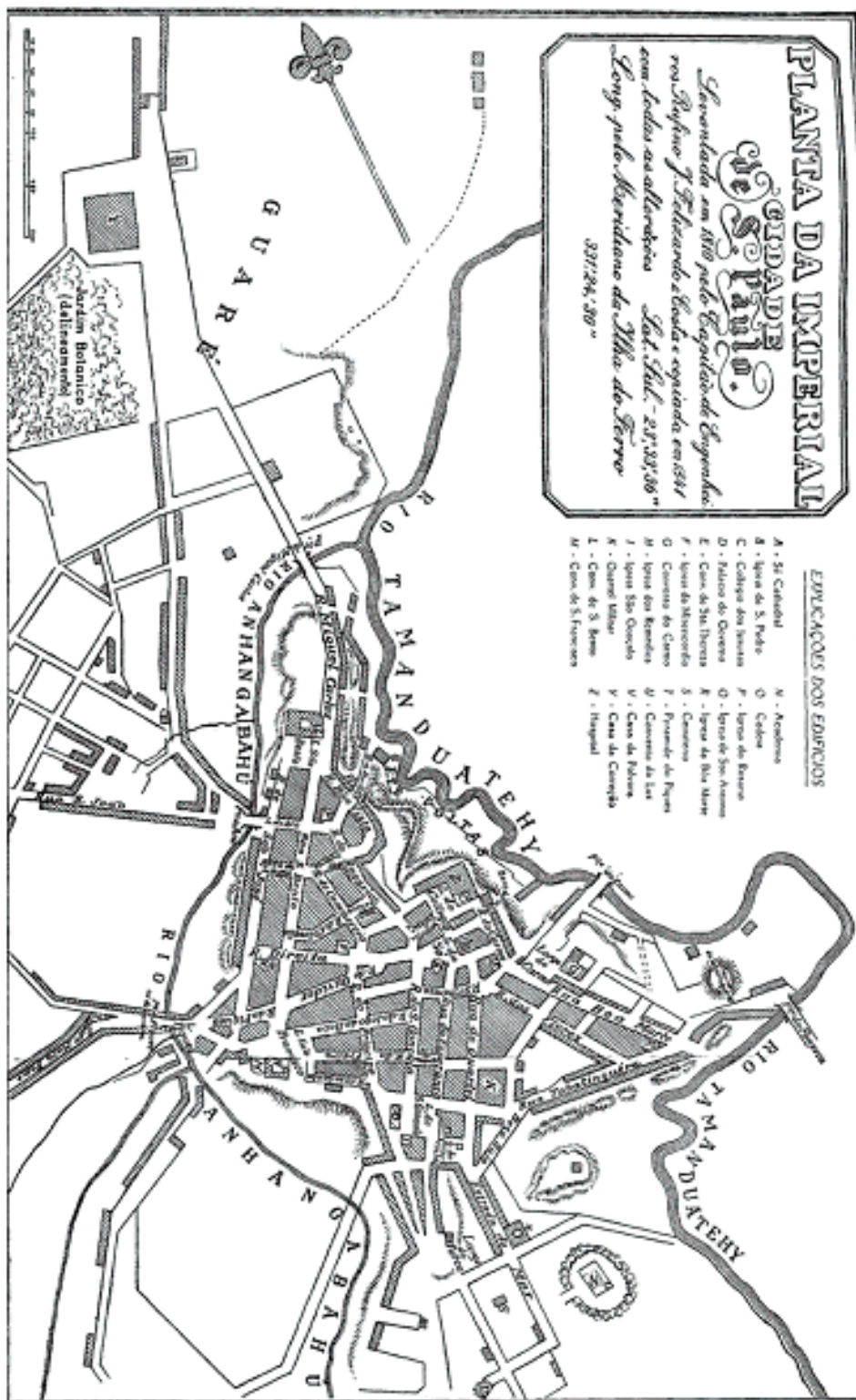
_____. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991

_____. *La palabra de los muertos: conferencias de criminologia cautelar*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.

ZIMBARDO, Philip G. *The human choice: individuation, reason and order Versus deindividuation, impulse, and chaos*. Lincon, Nebraska: University of Nebraska Press.

ANEXO I

Planta original da cidade de São Paulo



Fonte: Secretaria do Estado de Economia e Planejamento, Instituto Geográfico e Cartográfico – IGC.
 Acervo – Tombo: 1585.

ANEXO II

Risco distrital por homicídio relacionado às notas socioeconômicas no município de São Paulo, 1995

<i>Distritos</i>	<i>População Estimada</i>	<i>Nota Socio-econômica</i>	<i>Óbitos por Homicídio</i>	<i>Taxas por Homicídio/ 100.000 hab.</i>	<i>Distritos</i>	<i>População Estimada</i>	<i>Nota Socio-econômica</i>	<i>Óbitos por Homicídio</i>	<i>Taxas por Homicídio/ 0.000 hab.</i>
Município de São Paulo	10.037.820		4.275	42,59	Campo Grande	85.383	4,79	28	32,79
Jardim Ângela	186.616	2,02	207	111,52	Cangaíba	119.742	3,74	39	32,57
Grajaú	201.620	2,35	205	101,06	Cursino	114.919	4,90	39	31,33
Parelheiros	57.851	1,97	50	96,80	Freguesia do Ó	158.870	3,78	49	30,84
Cidade Tiradentes	100.190	2,85	89	88,83	Campo Belo	81.117	6,29	25	30,82
Capão Redondo	201.353	2,24	168	83,44	Vila Medeiros	162.479	3,54	50	30,77
Lajeado	117.387	2,72	95	80,93	Jaraguá	96.960	3,09	29	29,91
Jardim São Luiz	212.578	2,85	168	79,03	Perus	48.181	2,52	14	29,06
Sé	28.290	4,60	22	77,77	Casa Verde	100.310	4,53	29	28,91
Guaianases	84.677	3,26	62	73,22	Tremembé	130.153	3,45	37	28,43
Brás	34.898	4,51	25	71,64	Artur Alvim	123.343	3,90	35	28,36
Vila Curuçá	129.347	3,30	90	69,58	São Domingos	73.244	4,11	20	27,31
Cachoeirinha	130.962	3,30	88	67,20	Água Rasa	98.960	4,35	27	27,29
Itaim Paulista	169.898	2,57	112	65,92	Vila Matilde	113.449	4,31	30	26,44
Iguatemi	62.249	1,57	41	65,80	Pirituba	158.489	3,61	41	25,87
Jd. Helena	123.187	2,04	81	65,75	Raposo Tavares	96.256	3,30	22	25,51
Cidade Dutra	175.675	3,05	113	64,32	Itaim Bibi	111.861	6,05	28	25,03
Campo Limpo	165.9946	3,02	105	63,27	Ipiranga	105.655	4,97	25	24,61
Brasilândia	209.776	2,49	131	62,45	Vila Prudente	118.937	4,06	28	23,51
Cidade Ademar	240.164	3,18	143	59,54	Anhangüera	12.912	1,61	3	23,23
Vila Jacui	105.346	3,04	61	57,90	Belém	51.715	4,93	12	29,29
São Mateus	156.885	2,86	88	58,09	Vila Sônia	86.376	4,63	20	23,15
Sapopemba	268.076	2,44	146	54,46	Jaguara	31.008	4,27	7	28,07
Ermelino Matarazzo	99.491	3,05	54	54,28	Consolação	69.294	6,63	15	21,65
Pedreira	89.493	2,48	48	53,64	Saúde	131.736	5,73	27	20,59
São Miguel	107.144	3,27	55	51,33	Santa Cecília	89.314	5,60	18	20,15
Vila Leopoldina	27.916	5,03	14	50,15	Butantã	60.375	5,37	12	19,96
Aricanduva	100.430	3,37	48	47,79	Tucuruvi	116.426	4,61	23	19,75
Vila Andrade	44.305	3,93	21	47,40	São Lucas	156.209	3,76	30	18,96
Socorro	44.948	4,78	21	46,72	Ponte Rasa	106.872	3,72	20	18,71
Sacomã	219.775	4,19	102	48,41	Vila Guilherme	64.127	4,49	12	18,71
Morumbi	41.656	5,22	19	45,61	Carrão	90.882	4,27	17	18,71
Cidade Líder	101.323	3,51	46	45,40	Bom Retiro	37.603	4,62	7	18,62
São Rafael	93.510	2,30	42	44,91	Mandaqui	108.245	4,56	20	18,45
Jabaquara	223.053	4,14	99	44,38	Lapa	73.174	5,90	13	17,77
Parque do Carmo	56.966	2,86	25	43,89	Liberdade	79.341	5,42	14	17,85
José Bonifácio	107.923	3,84	47	43,55	Penha	138.406	4,22	24	17,34
Jaguare	46.162	4,13	19	41,16	Alto de Pinheiros	52.395	7,20	9	17,18
Vila Maria	127.642	3,60	51	39,96	Marsilac	6.235	0,87	1	16,04
Santo Amaro	78.624	6,66	29	36,88	Mooca	74.922	5,51	12	16,02
Jaçanã	90.355	3,63	33	38,52	Pari	22.164	4,85	3	13,54
Limão	94.093	4,33	34	36,13	Santana	143.269	5,96	19	13,26
Barra Funda	16.626	5,76	6	36,09	Jardim Paulista	107.325	8,44	14	13,04
Rio Pequeno	106.904	3,87	38	35,53	Cambuci	58.574	5,04	5	12,96
Vila Formosa	101.916	3,91	36	35,32	Tatuapé	65.163	5,33	11	12,92
Itaquera	182.486	3,53	63	34,52	Moema	80.480	7,92	10	12,43
República	60.144	6,99	20	33,25	Pinheiros	81.837	7,10	10	12,22
					Bela Vista	74.741	6,19	9	12,04
					Vila Mariana	138.215	6,26	18	11,58
					Perdizes	119.290	7,0	3	2,65

ANEXO III

Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Elia Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas</i> : itinerário de uma pesquisa.	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Elia Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985)</i> .	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro</i> .	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades</i> : radiografia e alternativas ao sistema prisional.	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013