

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP

PEDRO ORESTES DE OLIVEIRA MACHADO

Política Criminal no Estado Social e Democrático de Direito

Mestrado em Direito

São Paulo
2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP

PEDRO ORESTES DE OLIVEIRA MACHADO

Política Criminal no Estado Social e Democrático de Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito em Direito Penal, sob orientação do Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte.

São Paulo
2024

PEDRO ORESTES DE OLIVEIRA MACHADO

Política Criminal no Estado Social e Democrático de Direito

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito, com núcleo de pesquisa em Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedico este trabalho ao Brasil, que
nunca percamos a esperança.

AGRADECIMENTOS

A conclusão do mestrado tornou-se fase de transformação e um momento de crescimento imensurável em palavras, sou imensamente grato por todas as experiências adquiridas durante o processo, especialmente por ter sido realizada em instituição do porte da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, exemplo de excelência em conhecimento, em razão disto, realizo os devidos agradecimentos a todas as pessoas essenciais para a conclusão deste trabalho que sinaliza o encerramento deste importante período da minha vida.

Agradeço aos meus pais, o início de tudo, presentes desde os meus primeiros passos, tenho o meu pai, Antonio Alberto Machado dos Santos, exemplo de inteligência e de esforço, combinação que o tornou minha principal referência a ser seguida para alcançar meus objetivos, jamais deixou de buscar conhecimento, a sua curiosidade e perseverança sempre o fez querer mais, seja de conhecimento técnico ou de realização pessoal. Agradeço à minha mãe, Waldemeiry Santos de Oliveira, me mostrou o valor do amor e da empatia, me afastou de caminhos perversos e me ensinou o que é amar incondicionalmente, o valor do perdão e da gentileza, a partir dela afirmo que me tornei pessoa melhor, em diversos momentos em que o mundo se mostrou escuro, ela foi a minha luz.

Agradeço ao meu orientador, Doutor Antonio Carlos da Ponte, exemplo de profissional e de pessoa. Sinto-me honrado e orgulhoso em poder afirmar que fui seu orientando, agradeço pelo conhecimento passado assim como pela especial dedicação fornecida durante esse especial processo passado.

Aos Doutores da Banca Examinadora, agradeço pelos excelentes apontamentos, essenciais para conclusão deste trabalho.

Ao meu colega, Jeferson Santos, exemplo de pessoa, agradeço por me ensinar a prática profissional e por me proporcionar a importante oportunidade de conhecer a realidade fora da teoria, essencial para o entendimento do Direito Penal brasileiro.

Aos meus amigos e familiares que me apoiaram, em especial à Karla Santos de Oliveira e Edilberto Marcelino, por me ajudarem nos momentos difíceis e iniciais rumo ao mestrado, ao meu amigo e professor, Márcio Cesar Fontes Silva, inspiração para escolha do mestrado, assim como amigo que ajudou no processo preparatório, pessoas que não necessitavam, mas que por vontade própria me auxiliaram a chegar no momento em que me encontro.

RESUMO

A pesquisa se propõe a realizar uma análise abrangente sobre o desenvolvimento de uma política criminal eficaz para o Brasil, com base nos princípios de um Estado social e democrático de direito, em razão das altas taxas de criminalidade que assolam o país nas últimas décadas. O crescente medo social diante da violência nas ruas reflete a necessidade premente de se buscar um futuro em que o Brasil seja reconhecido como um local seguro. No entanto, a complexidade do cenário criminal, impulsionada pelas constantes mudanças nas relações sociais decorrentes da globalização, e a ineficácia do sistema penal brasileiro tornam essa visão otimista uma difícil realidade. A pesquisa parte de uma abordagem multidisciplinar, utilizando conceitos da criminologia moderna e da teoria política, para identificar estratégias que vão além das soluções simplistas e rápidas. A análise empírica e teórica proposta visa superar a falta de embasamento científico na formulação da política criminal brasileira, substituindo-a por estratégias fundamentadas em dados concretos e respeito aos princípios constitucionais. O trabalho busca ainda compreender o papel da pena privativa de liberdade e do ambiente carcerário no combate à criminalidade, explorando suas funções dentro de um contexto de eficácia e legitimidade. Por meio de revisão bibliográfica abrangente e análise de dados estatísticos, a pesquisa se propõe a traçar as diretrizes necessárias para o desenvolvimento de uma política criminal mais efetiva no Brasil, alinhada com os princípios penais e garantias constitucionais. Ao unir teoria e prática, este estudo busca contribuir para o avanço do debate acadêmico e para a formulação de políticas públicas mais eficazes no enfrentamento da criminalidade no país.

Palavras-chave: Criminologia; Política criminal; Sistema Penal; Garantias Constitucionais e Segurança Pública.

ABSTRACT

The research aims to conduct a comprehensive analysis on developing an effective criminal policy for Brazil, based on the principles of a social and democratic state under the rule of law, in response to the high crime rates that have plagued the country in recent decades. The growing social fear of violence in the streets reflects the urgent need to seek a future where Brazil is recognized as a safe place. However, the complexity of the criminal landscape, driven by constant changes in social relations due to globalization, and the inefficacy of the Brazilian penal system make this optimistic vision a challenging reality. The research adopts a multidisciplinary approach, using concepts from modern criminology and political theory, to identify strategies that go beyond simplistic and quick solutions. The proposed empirical and theoretical analysis aims to address the lack of scientific grounding in the formulation of Brazilian criminal policy, replacing it with strategies based on concrete data and respect for constitutional principles. The study also seeks to understand the role of imprisonment and the prison environment in combating crime, exploring their functions within a context of effectiveness and legitimacy. Through a comprehensive literature review and statistical data analysis, the research aims to outline the necessary guidelines for developing a more effective criminal policy in Brazil, aligned with penal principles and constitutional guarantees. By integrating theory and practice, this study seeks to contribute to the advancement of academic debate and the formulation of more effective public policies to address crime in the country.

Keywords: Criminology; Criminal Policy; Penal System; Constitutional Guarantees; Public Safety.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Graus de Autonomia Jurídica.....	85
Figura 2 - Casos novos e pendentes criminais no primeiro grau, no segundo grau e nos tribunais superiores, excluídas as execuções penais.....	142
Figura 3 - Histórica das execuções penais.....	143
Figura 4 - Tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, por tribunal.....	144
Figura 5 - Percentual de homicídios esclarecidos pela polícia por região.....	147
Figuras 6 e 7 - Esclarecimento de homicídios segundo Unidade da Federação e ano de ocorrência.....	148
Figura 8 - Percentual de presos provisórios por ano no Brasil.....	154

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número de assassinatos por mês na Inglaterra e Itália em 1869.....	39
Tabela 2 - Efeito médio da eficácia de métodos ressocializadores em três grupos.....	103
Tabela 3 - Comparativo do tempo de pena e dos tempos processuais coletados.....	138
Tabela 4 - Taxa de congestionamento por tipo de processo.....	152

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL	14
1.1 Política	14
1.2 Política criminal, Criminologia e Direito Penal	16
2. SISTEMA PUNITIVO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO	20
2.1 Sistema Punitivo	20
2.2 Estado social e democrático de direito	25
3. EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA	31
3.1 Período humanista – Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria.	32
3.2 Positivismo Criminológico - Lombroso	37
3.3 Neokantismo	41
3.4 Período Eclético	44
3.5 Escola Moderna Alemã	47
3.6 Finalismo	51
3.7 Funcionalismo	53
4. FUNCIONALISMO DE ROXIN E O DIREITO PENAL DO FUTURO	57
4.1 Política Criminal, Funcionalismo e imputação objetiva	63
5. MULTIDISCIPLINARIDADE, INTERDISCIPLINARIDADE E TRANSDISCIPLINARIDADE NA CRIMINOLOGIA	67
5.1 Necessidade multidisciplinar da criminologia	67
5.2 problemáticas da interdisciplinaridade	69
5.3 “Positivismos” e multidisciplinaridade	71
6. AUTOPOIESE E AUTONOMIA DO DIREITO	75
6.1 Indeterminação, Auto Referência e Paradoxo no Direito	75
6.2 Construção da autopoiese	76
6.3 Hiperciclo do direito	79
6.4 As possíveis problemáticas da <i>autopoiesis</i> e do hiperciclo	80
6.5 Autonomia pelo hiperciclo	81
6.6 Filogênese e Ontogenese	83
6.7 Comunicações intersistêmicas	85
7. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	89
8. FUNÇÕES DA PENA	92
8.1 Prevenção especial	92

8.1.1 Ressocialização.....	94
8.1.2. Reformulação da ressocialização, extinção de vinculação punitiva.....	96
8.2 Prevenção Geral Positiva como solução	97
9. PREVENÇÃO ESPECIAL NA PRÁTICA.....	101
10. DIREITO PENAL DO INIMIGO	107
11. PREVENÇÃO GERAL ALÉM DAS NORMAS: ECOLOGIA DO CRIME.....	115
12. JUSTIÇA CONSENSUAL E/OU NEGOCIADA NO ÂMBITO PENAL.....	117
13. TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA - ROXIN	122
13.1 Futuro do Direito Penal	127
14. TEMPO DE PENA E TEMPO PROCESSUAL – PREVENÇÃO GERAL	130
14.1 Islândia	131
14.2 Holanda	132
14.3 Alemanha.....	133
14.4 Argentina.....	134
14.5 Peru	135
14.6 Venezuela.....	136
14.7 Resultados	138
14.8 Comparativo e análise da situação do Brasil, relevância do tempo processual	140
14.8.1 Taxa de esclarecimento	145
15. POLÍTICA CRIMINAL : EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE.....	150
15.1 Tempo de pena e flexibilização de garantias.....	156
CONCLUSÕES.....	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167
LEGISLAÇÃO.....	177
CONSTITUIÇÕES	178

INTRODUÇÃO

O Brasil tem sofrido com altas taxas de criminalidade nas últimas décadas, o constante aumento do medo social diante da violência nas ruas tem incentivado o crescente desejo de que, um dia, o país possa ser considerado um local seguro, contudo, a situação atual dificulta uma visão otimista. A criminalidade se torna cada vez mais complexa pelas constantes inovações das relações sociais decorrentes da globalização, os centros urbanos aglomeram e propiciam espaços para a propagação de delitos, a ineficácia judiciária está palpável para o cidadão brasileiro.

A criminologia moderna tem demonstrado que o crime é fato muito mais complexo do que se imagina no conhecimento popular, tendencioso a soluções simples e rápidas, tentar encontrar a resposta perfeita para o combate ao crime tem sido sonho utópico que freou a eficácia do sistema penal. A política criminal do país é marcada pela falta de análise empírica e teórica para o enfrentamento eficaz da criminalidade, o que promove a desenvoltura de estratégias baseadas no populismo político, resultando em hipertrofia legislativa, ineficácia jurídica e discursos inconstitucionais.

O desenvolvimento de uma política criminal eficaz necessita de estudo transdisciplinar com estratégias que antecedem à ação legislativa ou repressiva, o combate ao crime tem sido estudado desde que o ser humano foi obrigado a conviver em sociedade, a partir do momento que surge o direito de punir nasce a criminologia e, portanto, o conhecimento acerca do delito, a base teórica e os estudos empíricos para o efetivo combate ao crime existem, mas precisam ser implementados na política criminal brasileira para que os defasados conceitos tradicionais sejam modificados.

Posto isto, este trabalho parte do estudo teórico de criminologia e política criminal para, em seguida, aproximar-se da busca pela efetividade prática, com o objetivo de estabelecer estratégias para a política criminal brasileira mais condizente com as necessidades do país.

Inicia-se pela delimitação do conceito de política criminal para então a evolução epistemológica da criminologia, que fundamentará a base teórica, tendo como principal alicerce ao final do exposto, o Funcionalismo de Claus Roxin, segue para o estudo da multidisciplinaridade das ciências criminais e do direito, em razão da necessidade destes nos estudos modernos, analisa a pena privativa de liberdade e o ambiente carcerário no combate à criminalidade, explora as funções das penas dentro de sua eficácia e legitimidade, une a teoria de Roxin para entendimentos teóricos condizentes à realidade brasileira, realiza comparativo analítico de sistemas penais internacionais com o nacional, para então desenvolver medidas de

política criminal, baseadas no respeito às garantias constitucionais e princípios penais, mais efetivas para o Brasil.

O trabalho utiliza a pesquisa teórica pela revisão bibliográfica, a qual, por meio de lógica dedutiva, traça a base para quais as estratégias deverão seguir, assim como pela análise de dados e estatísticas para averiguação da eficácia dos métodos de combate da criminalidade.

1. CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL

1.1 Política

O conceito de política criminal é permeado por múltiplas ciências que se interligam, cada uma com sua devida importância para o produto final, para a construção dessa disciplina, diferentes sistemas se uniram com o objetivo comum de estruturar e consolidar sua formação.

Portanto, de início, para compreender política criminal é necessário o estudo dos dois elementos fundamentais que a constituem, conforme explicado por Zaffaroni (2019, p. 123), “se por política se entende a ciência ou arte de governo, por política criminal pode-se entender a política relativa ao fenômeno criminal”, posto isto, inicia-se este trabalho por meio da conceptualização de política.

O conceito tradicional de política está ligado diretamente à ideia de poder, este, entendido como os meios utilizados para se obter vantagens ou resultados desejados, o poder político pertence à categoria de domínio de um homem sobre outro indivíduo, a qual se expressa de diversas maneiras, como governante e governado ou Estado e cidadão. Nos conceitos atuais, distingue-se o poder em três grandes áreas, o econômico, o ideológico e o político, o primeiro tem relação das posses como forma de induzir as pessoas a ter certa conduta, o uso da abundância de bens para manejar a vontade daqueles que têm necessidade, o segundo tipo tem relação com os indivíduos que possuem autoridade e influência social para difundirem ideias e valores que instruem e direcionam grupos, já o último tipo de poder, o político, é aquele caracterizado pela coação, é a posse dos instrumentos que possibilitam o uso da força física para a conquista dos resultados necessários, sendo esta a forma mais eficaz de manipular comportamentos, uma vez que todos os governados estão subordinados, toda forma de poder leva à desigualdade, seja pela formação de ricos e pobres, fortes e fracos, superiores e inferiores.¹

Política é comumente conceituada como a arte ou ciência de governar, nos dizeres de Norberto Bobbio (2000, p. 159):

Derivado do adjetivo de pólis (politikós), significando tudo aquilo que se refere à cidade, e portanto ao cidadão, civil, público e também sociável e social, o termo “política” foi transmitido por influência da grande obra de Aristóteles, intitulada “Política”, que deve ser considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, as divisões do Estado, e sobre as várias formas de governo, predominantemente no significado de arte ou ciência do governo, isto é, de reflexão, não importa se com

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2000. p. 159-163.

intenções meramente descritivas ou também prescritivas (mas os dois aspectos são de difícil distinção), sobre as coisas da cidade.

Sendo assim, política relaciona-se com a natureza do Estado, suas funções e divisões, estando presente em todos os aspectos da cidade e do cidadão.

O uso da força não é característica exclusiva da política, sendo assim, não é o que determina sua essência, associações de criminosos, por exemplo, podem exercer sua hierarquia através da lei do mais forte, contudo, o diferencial do poder político é que este se expressa de forma monopolizada e legítima em todos os que pertencem à sociedade organizada, este aspecto é a base para a formulação de tipos penais, a criminalização e punição de condutas por meio do Estado, as quais somente serão punidas pelos detentores do monopólio.²

Em razão de sua natureza, é complexa a definição da finalidade da política, já que se trata de forma de poder por meio do qual se exerce domínio nos comportamentos sociais, em teoria, a finalidade dos políticos instituídos do poder são os fins da política do Estado, um país em que a criminalidade está em alta, por exemplo, terá como objetivo intensificar as formas de combate ao crime, mas o que pode ser dito ao certo é que a política não irá possuir finalidade única, acontece que para alcançar seu propósito final, a função política pode divergir em variadas formas, a exemplo da manutenção da ordem interna como condição mínima para funcionamento estatal e o combate à oposição para manutenção do poder.³

Assim, entende Aristóteles que:

Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem. Todas as sociedades, pois, se propõem qualquer lucro – sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política.⁴

Logo, as pessoas se organizam em razão de benefício, as cidades se formam porque os indivíduos que as pertencem acreditam em um bem maior, todas as finalidades individuais, portanto, estão envoltas da principal finalidade que é a manutenção da sociedade política.

A norma jurídica, por advir da manifestação do poder estatal, é criada com fundamento em ideais políticos, as leis são formadas pelas finalidades políticas, o que diferenciam os ideais político-penais e a norma posta são os princípios que regem o direito, que limitam o poder do

² Ibidem, p. 164-166.

³ Ibidem, p. 167-170.

⁴ ARISTÓTELES, 384-322 a.c. **A política**; introdução de Ivan Lins; Tradução de Nestor Silveira Chaves. Edição especial, Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 2017. p. 17.

Estado também com a finalidade de garantia da ordem social.⁵

Compreende-se, então, que as leis são moldadas pela política, as quais os fins se destinam para os valores sociais que os levaram a serem eleitos, para tanto, os detentores de poder utilizam da coerção geral para impor a vontade coletiva, o Direito, por sua vez, tem o dever de limitar esse poder, lembrando para a sociedade as garantias de um Estado Democrático.

1.2 Política criminal, Criminologia e Direito Penal

Percebe-se que Direito e Política estão estritamente ligadas, o que reflete na conexão com a sociedade e seus valores, portanto, as modificações que afetam essas áreas irão diretamente afetar o Direito, a política, e, por consequência, a política criminal.

A modernidade trazida pelas grandes metrópoles surgidas no pós-industrial vieram acrescidas, ainda que de contrassenso, dos primeiros fenômenos globais de subdesenvolvimento, a desigualdade política, social e geográfica tornou-se mais descentralizada, as nações passaram a ter, ao mesmo tempo em seus territórios, polos superdesenvolvidos e subdesenvolvidos, o resultado dessa rápida e desigual difusão de poder não obedece a um planejamento estratégico humano, essa metamorfose urbana demonstra complexidade que exige conhecimento multidisciplinar para o entendimento de suas causas e diferenças locais.⁶

A sociedade contemporânea possui tecnologia suficiente para o domínio do mundo físico, porém, pouco ainda se sabe sobre o controle da natureza humana, essa complexidade dos sentimentos e a forma de como controlam o indivíduo continua um mistério. A fartura das indústrias, o conforto das cidades, não foram o suficiente para evitar o crescimento da criminalidade, pelo contrário, a miséria e a violência aparentam estar aumentando.⁷

Dentro deste quadro o Direito se encontra na difícil posição de alcançar a paz social ao mesmo passo que protege os direitos e garantias fundamentais, a problemática advém da clara disparidade de qualidade de vida entre os mesmos habitantes de uma população, como convencer o miserável de que dentro da lei existe igualdade para todos? É necessária a busca do equilíbrio entre os valores individuais e as necessidades da sociedade.⁸

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil. 2019. p. 124.

⁶ COSTA. Álvaro Mayrink da. **Criminologia**: v. 1/ 3.ed. editora forense: Rio de Janeiro, 1982. Apresentação.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: editora GZ, 2021. Introdução.

⁸ Ibidem, p. 2.

Harmonizar os ideais sociais e individuais, assim como a metodologia a ser utilizada para o seu alcance, é o propósito do direito. Contudo, atualmente ainda não é possível afirmar que existe algum país, ainda que dentre os mais desenvolvidos, que tenha solucionado os problemas pertinentes ao sistema prisional, esse descontentamento constante é o que desmoraliza o sistema de justiça para a população como um todo, assim, devido à repetição no erro, criminalistas buscam constantemente mudanças teóricas para guiar e justificar o Direito Penal, a exemplo de medidas alternativas para a restrição da liberdade, principalmente para os crimes menos danosos, como possibilidade de uma forma mais eficaz de buscar a paz social em tempos modernos.⁹

O início da criminologia é marcado pela tentativa de encontrar traços de personalidade herdados inerentemente entre os infratores, apesar de diversos estudiosos, inclusive boa parcela do senso comum, ter grande interesse em tentar descobrir qual seria, ou se sequer existe, uma fonte ontológica do criminoso, ou seja, o infrator padrão que serviria de base para todos os outros, este conceito é vencido majoritariamente pelo saber que as condutas ilícitas são escolhidas artificialmente por aqueles que detêm o poder de punir, o reforço do conceito do estereótipo de delinquente apenas faz marginalizar ainda mais a parcela vulnerável da população, sendo um discurso de forte apelo popular por ser fácil direcionar o infrator como sendo sempre o outro.¹⁰

O resultado é um constante pensar no outro como criminoso, o desprezo pela alteridade, o reconhecimento das diferenças, o diferente é tratado com punição, característica da moderna sociedade narcisista, esse pensamento pode explicar a situação atual na qual discursos alternativos da pena são postos em escanteio, o conhecimento absolutista torna o discurso fechado, impermeável para novas ideais, a vontade de criminalizar o outro freia o desenvolvimento da criminologia de si, por estes motivos, o aceite da multidisciplinaridade possibilita a busca para clarificar esses questionamentos, o conhecimento do crime em sua complexidade permite conceber o crime como fato social complexo.¹¹

A necessidade de práticas transdisciplinares decorre do fato de que o saber monodisciplinar está atrelado às suas origens semânticas de “(...) norma, punição, de formação intelectual, emocional e física”, no qual o conceito de disciplina traz marcas “ (...) contém a ideia de ou a ação disciplinar, isto é, sujeitar o discípulo (...).¹²

⁹ Ibidem, p. 2-3.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 184.

¹¹ Ibidem, p. 185-186.

¹² Ibidem, p. 186 apud Paviani disciplinaridade..., p. 67.

A visão multidisciplinar sobre o fenômeno do crime possibilita ultrapassar as visões tradicionais ultrapassadas pelos problemas modernos, a falta de alteridade é superada pelo olhar mais humano e eficiente, apesar disso, combater o narcisismo e o clamor do sofrimento alheio do outro será uma das grandes barreiras a ser enfrentada.

Posto isto, para o início da compreensão do crime é fundamental ter por base que este possui diversos fatores e causas, sendo fator tudo aquilo que contribui para o resultado, mas que em si não é a causa para o resultado, a exemplo do automóvel que eleva a taxa criminalidade no trânsito, já as causas são os fenômenos que influenciam diretamente o infrator, podendo estas serem divididas, de forma simplificada, em endógenas, exógenas ou sociológicas.¹³

O estudo da criminologia necessita ser vista em seu todo, porém, também como um caminho que sempre se estenderá. “A criminologia é o caminho dos discursos sobre a questão criminal”¹⁴, de nada adianta mostrar apenas o local em que se está no momento, para compreender de fato a caminhada é preciso saber todo o seu percurso, Eugenio Raúl Zaffaroni assim descreve o caminho da criminologia, em analogia com o conto de Dante em sua obra “A Divina Comédia”, no qual ao se perder em uma selva Virgílio o conduz ao inferno, por sorte encontra o paraíso ao ser guiado por Beatriz, em breve síntese, o doutrinador leciona sobre a prudência daquele que percorre o caminho com cautela e é guiado por aquele que alerta sobre os possíveis riscos, sendo o perigo da criminologia justamente a presença de discursos que mais prejudicam do que ajudam.

Como é pacífico, o Direito Penal e a Criminologia são disciplinas distintas. O Direito Penal é um convênio fixado pelos legisladores para defender a sociedade dos comportamentos típicos e desviantes. A criminologia busca o delito e o Direito Penal, sem dúvida alguma, nada tem a ver com isso. O objeto do Direito Penal é a culpabilidade *lato sensu*. O objeto da Criminologia é o estudo da periculosidade, tendo por meta a pesquisa teórica da etiologia do crime.¹⁵

Assim, a primordial diferença entre as duas disciplinas é que o Direito Penal possui o foco no caráter normativo e o objetivo de alcançar a paz social por meio do controle da população, já a criminologia busca saber as origens do crime como fato social, desvendar a sua complexidade e entender o âmago de suas problemáticas.

Neste cenário que advém a importância do estudo da política criminal, toda norma de repressão da criminalidade é arraigada de suas ideias, ainda que por vezes de forma

¹³ SOARES, Orlando. **Causas da Criminalidade e Fatores Criminógenos**. Rio, 1978. p. 20-27.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro:editora GZ, 2021. p. 243,

¹⁵ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002. p. 30.

inconsciente, todo o sistema penal irá a possuir em sua base.¹⁶

Apesar de serem ciências independentes, política criminal e criminologia são quase que inseparáveis em seus estudos, particularmente pela base estatística e de estudo antropológico, aquele se apropria deste para auxiliar no planejamento de estratégias de repressão e prevenção à criminalidade.¹⁷

A política criminal, sob o ponto de vista prático compreende dois momentos: o primeiro, que é a montagem de estratégias de prevenção à criminalidade e o segundo, quando a prevenção não alcançou os seus objetivos, que é o da repressão racionalmente programada de forma a obter os resultados por ela colimados, quais sejam, através dos métodos aplicados, evitar a reincidência delituosa.¹⁸

Dessa forma, a criminologia possui a base e estudos conceituais para as estratégias governamentais visadas a solucionar a criminalidade, as quais serão o fundamento para a elaboração da política criminal que será efetivada por medidas estatais de prevenção ao crime, podendo tais medidas ter natureza jurídica ou não.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro:editora GZ, 2021. p. 460.

¹⁷ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002. p. 465-466.

¹⁸ Ibidem, p. 463.

2. SISTEMA PUNITIVO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO

2.1 Sistema Punitivo

É através da política criminal que se encontram as medidas para combater o crime, para realizar esse objetivo são necessários meios de coação, o quais se manifestam pelo sistema punitivo do país.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2013, p. 61), citando Hulsman, ilustram a via punitiva ao exemplificar caso de cinco estudantes que moravam juntos, e que em determinado momento um dos indivíduos quebra um televisor:

Cada um dos restantes analisará o acontecimento à sua maneira e adotará uma atitude diferente. Um, furioso, declarará que não quer mais viver com o primeiro; outro reclamará que pague o dano ou compre outro televisor novo; outro afirmará que seguramente não está em seu perfeito juízo; e o último observará que, para que tenha lugar um fato desta natureza, algo deve andar mal na comunidade, o que exige um exame comum de consciência.¹⁹

Esse conto ilustra as variadas formas de lidar com um problema causado por um indivíduo dentro de um contexto social. As reações variam devido aos diferentes entendimentos sobre a causa do ato ou aos diversos fatores que influenciaram a pessoa a cometê-lo, em razão disso, cada integrante buscou um método diferente de resolver a situação.

As diferentes formas de lidar com o litígio demonstram quatro estilos diferentes para solucionar a lide, o meio punitivo, o reparatório, o terapêutico e o conciliatório. A via punitiva, por sua vez, busca solucionar a problemática por meio de duas alternativas: a exclusão do indivíduo (eliminatória), ou a de atingi-lo (retributiva), a problemática advém da inevitável consequência da escolha pela via punitiva, optar pela punição institucionalizada automaticamente excluirá a possibilidade do problema ser solucionado por outra via.²⁰

Outro questionamento advém da escolha de quais condutas serão punidas pelo sistema, é certo que nem todas são solucionadas pela via punitiva, delitos são criados ao mesmo passo que são extintos, em determinado momento histórico o concubinato era considerado crime, porém, nos tempos atuais não é mais cabível a solução penal para estes casos,²¹ ou seja, definir quais condutas serão punidas é ato valorativo passível de modificação pelo tempo.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral. Manual de direito penal brasileiro.** Volume 1, parte geral, 10.ed., ver., atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p. 61.

²⁰ Ibidem, p. 61.

²¹ Ibidem, p. 60-61.

Além das condutas, a escolha sobre quais indivíduos punir também apresenta ponto relevante dentro do sistema punitivo, o ser humano no momento em que se agrupa em sociedades estáveis, ao solucionar os conflitos decorrentes das divergências entre interesses, acaba por moldar estruturas de poder, separando os grupos entre dominantes e dominados, a partir desta divisão passa a ocorrer o controle social das condutas. Este controle se manifesta de diferentes formas, a exemplo dos meios de comunicação social, que induzem padrões de conduta de maneira implícita de modo que a população em geral dificilmente perceberá, toda instituição social possui parcela de controle sobre a sociedade, que se exerce, por exemplo, pela família, educação, medicina, religião, política, etc. Portanto, o controle social pode se dar por vias relativamente “difusas” ou por métodos mais específicos e explícitos, como é o caso do sistema penal.²²

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2013, p. 70), “Chamamos ‘sistema penal’ ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena.”²³

Logo, dentro das formas de controle social, o sistema penal é uma forma institucionalizada da via punitiva, assim, o sistema punitivo demonstra conceito mais amplo, proveniente de diversas áreas e fatores, o sistema penal, por sua vez, caracteriza-se pelas normas, procedimentos e funcionários que a definem.

Dentro do sistema penal, o Direito Penal conceitua-se como “o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.”²⁴ Sua função é proteger os bens jurídicos essenciais ao indivíduo, alcançar a paz pública e tutelar as relações sociais, garantindo a convivência humana através da coação estatal e da inquebrantabilidade da ordem jurídica.²⁵

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.²⁶

²² Ibidem, p. 62-63.

²³ Ibidem, p. 70.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 3.

²⁵ PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de, Carvalho, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 65.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** – 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

A absorção dos conceitos iluministas pelo Direito Penal foi o primeiro passo para a transição de um Estado Absolutista para o democrático. A limitação estatal, por meio do reconhecimento da liberdade e da igualdade de todos os cidadãos, foi essencial para a garantia dos direitos fundamentais.

Comumente na doutrina brasileira é dada à função do Direito Penal a de proteção dos bens jurídicos fundamentais. Contudo, o conceito desses bens não deve permanecer na estrita legalidade, devendo ser resguardado o seu sentido social próprio que justificou a sua valoração, dessa forma, serão considerados aqueles em que a relevância para a sociedade foi suficiente para a proteção pelo Direito, o objetivo, então, é a proteção dos valores fundamentais da vida social, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “O Direito Penal objetiva, assim, assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos e, ao mesmo tempo, o reconhecimento e proteção desses valores, que, em outros termos, caracterizam o conteúdo ético-social positivo das normas jurídico-penais.”²⁷

Esse reconhecimento e proteção dos valores é realizada por meio do compromisso ético entre Estado e indivíduo:

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.²⁸

A missão, portanto, não se concretiza através do medo característico do absolutismo, mas sim pelo respeito às normas e a confiança do judiciário.

Dentro da função ético-social, o Direito Penal também possui o objetivo de proteger os comportamentos que participam na construção positiva da vida em sociedade, uma vez que o somatório dos bens jurídicos constitui a ordem social, assim, as normas penais também representam os limites necessários da liberdade para a vida em sociedade.²⁹

Por isso, afirma-se que o Direito Penal protege valores essenciais para o funcionamento da sociedade, como o respeito à vida e à liberdade. Além disso, tem o dever de garantir que a sociedade cresça de forma positiva, ou seja, com paz e segurança, não se trata apenas de um

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1: parte geral – 14. Ed. Ver., atual. E. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6-8.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral. Ed 13. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1: parte geral – 14. Ed. Ver., atual. E. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

limitador estatal, mas também de um instrumento essencial para efetivar direitos sociais indispensáveis à construção de uma sociedade digna.

Diante disso, o Estado possui o dever de punir a prática criminosa, originando assim a pretensão punitiva, que sujeitará o indivíduo para à pena cabível. A punição advém da necessidade de proteger os bens jurídicos, prevalecendo sobre o direito à liberdade do criminoso. Apenas quando um fato for caracterizado como punível é que o Estado poderá exercer a pretensão punitiva.³⁰

Nas palavras de José Frederico Marques, “Do descumprimento, pelo autor do delito (ou sujeito ativo do crime), da obrigação derivada da norma incriminadora, nasce para o Estado o direito concreto de punir, uma vez que lhe cabe o direito de impor a sanção prevista no preceito secundário da referida norma”.³¹

Em razão da gravidade dos meios utilizados pelo sistema punitivo para a repreensão dos delitos, a intervenção punitiva possui caráter essencial de *ultima ratio*, o qual disciplina que a criminalização de uma conduta apenas será legítima se for meio necessário para proteção de determinado bem jurídico. Esse princípio é essencial para controlar o poder punitivo estatal, a sua aplicação necessita ser de forma que elimine qualquer arbitrariedade e excesso dessa forma de poder, haja vista ser também dever do Direito impor limites ao Estado, caso qualquer outra forma de controle social seja capaz de tutelar o bem jurídico, a via punitiva não deverá ser utilizada.³²

Por essa lógica, para que o poder de punir do Estado seja considerado legítimo, é necessário que o faça através do “processo”. Apesar de o Estado possuir o direito de punir, esse não poderá exercê-lo por via própria, devendo submeter-se ao império da lei, em razão disso, o devido processo legal é indispensável para a legitimação das punições. Portanto, com base na dignidade da pessoa humana e na liberdade individual, o Estado limita seu poder em pressupostos jurídicos-penais materiais e na formalidade prescrita em lei através dos órgãos jurisdicionais, criando as bases da limitação da função punitiva estatal, não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal.³³

O motivo dessas limitações decorre do fato de que o sistema punitivo, como forma de poder, acabou sendo corrompido por ideologias que o utilizavam para fins alheios à sua missão,

³⁰ MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal – volume III: O delincente – a sanção penal – a pretensão punitiva**. Edição Saraiva. São Paulo. 1956. p. 323

³¹ Ibidem, p. 18.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral – 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P.40-43.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**. 35. ed. Ver. atual. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 29-33.

as restrições surgiram como resposta ao constante abuso do poder punitivo, que corrompeu a sua função legítima de proteger a sociedade e garantir justiça.

O poder comumente é instrumentalizado por meio de ideologias, contudo, apenas nas partes que lhe são úteis, o racismo não retirou do evolucionismo as observações prudentes, mas sim o preconceito não sustentado seriamente pelos criadores da vertente, dentro da história da humanidade, em diversos momentos as atrocidades cometidas foram justificadas por meio de ideologias, vários genocídios, por exemplo, foram realizados em razão de uma suposta superioridade do conquistador por razões religiosas, na Segunda Guerra Mundial, o mais cruel e generalizado conflito bélico entre potências mundiais, o discurso do biologismo foi utilizado para justificar o hitlerismo. Em 10 de dezembro de 1948, com o objetivo de alcançar um ideal comum entre todos os povos, a Assembleia das Nações Unidas proclamou a Declaração universal dos Direitos do Homem, a partir de então passou-se a construir alicerces para um sistema internacional de garantias aos Direitos humanos, visando impor limites e consciência jurídica para as ideologias que exercem controle social nos países, este limite ideológico é complementado posteriormente a diversos dispositivos internacionais como: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966, a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados de 12 de dezembro de 1974, a declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, Convenção Americana de Direitos humanos, etc.³⁴

Portanto, o sistema penal necessita estar em constante crítica de sua realização à realidade, assim como em sua capacidade para realizar os Direitos humanos, objetivando diminuir a marginalização de parcela da sociedade e buscar a intervenção mínima e menos violenta.³⁵

Conclui-se que o sistema punitivo se desenvolve como forma de controle social institucionalizada pelo Estado, um poder que necessita de especial controle em decorrência da importância dos bens jurídicos protegidos, além das graves consequências de eliminação e retribuição derivadas da aplicação, para tanto, a humanidade o tem delimitado constantemente no decorrer da história pela conceptualização, definição de funções e restrições na aplicabilidade.

A limitação do sistema punitivo é requisito essencial para alcançar a democracia, um Estado que não assegura a todos os cidadãos a garantia de liberdade e igualdade perante o

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral. Manual de direito penal brasileiro.** Volume 1, parte geral, 10.ed., ver., atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p. 62-69.

³⁵ Ibidem, p. 81-82.

sistema punitivo não pode ser considerado democrático. Além disso, o sistema punitivo também tem a missão de alcançar a segurança e a paz social, devendo, portanto, atuar ativamente para combater aqueles que se apõem à garantia desses direitos.

2.2 Estado social e democrático de direito

O sistema punitivo, como forma de poder, tem sido fonte de desejo e abuso por quem a possuiu, o limite na punição estatal advém de longos períodos tortuosos da sociedade, sendo que a sobriedade e razoabilidade das penas, ao menos em comparação aos tempos antigos, é marca recente na memória da sociedade.

Os ideais democráticos que levaram ao desenvolvimento de um sistema punitivo mais humano demoraram a ser incorporados pelos governos, sendo que ainda enfrentam resistência de considerável parcela das sociedades modernas.

A Constituição brasileira consagra em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. A montagem do conceito de Estado democrático de direito é criada a partir de dois conceitos distintos de origem e conteúdo, o constitucionalismo e a democracia,³⁶ conforme Luís Roberto Barroso:

A ideia de constitucionalismo remonta às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e significa, essencialmente, Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Sua consolidação nos países da Europa e nos Estados Unidos se deu ao longo do século XIX. No Brasil, a constituição de 1824 possuía alguns traços liberais, mas, na sua essência, trazia a marca da origem absolutista imprimida por D. Pedro I, ainda que atenuada, substancialmente, ao longo do segundo reinado.³⁷

O constitucionalismo buscou limitar o poder estatal e garantir os direitos fundamentais, mas desde o seu surgimento houve período gradativo para que fosse plenamente introduzido no governo brasileiro.

O pensamento liberal forçou aos governos absolutistas a adotar uma nova forma de Estado, esse modelo tem como pilares a separação de poderes e o respeito aos direitos individuais. Passa-se a busca da nova classe que chegava ao poder, a proteção dos indivíduos perante o Estado, pleitava-se nesse momento os ideais de liberdade e igualdade almejados do liberalismo, buscou-se acima de tudo, um Estado de Direito, ou seja, um estado de legalidade,

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10 .ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 503.

³⁷ Ibidem, p. 503-504.

no qual todos estão submissos às regras do jogo, sejam eles governantes ou governados, não se admitindo privilégio.³⁸

A compreensão inicial de Estado de Direito surge da luta contra a arbitrariedade Estatal, o Direito possui a função de harmonizar a sociedade organizada, para tanto, se utiliza de instituições, normas e atos, tudo com base em princípios próprios e na Constituição como norma fundamental, a qual regulamenta todo o sistema.³⁹

Para combater o antigo modelo absolutista foram essenciais três ideais de embate: o jusnaturalismo, que limita o estado através de direitos anteriores a própria formação deste; a separação de poderes, descentralizando o poder; e a soberania popular por meio da democracia, que novamente limitará o estado, desta vez pela tomada do poder nas mãos do povo. O jusnaturalismo serviu para consolidar o Estado liberal, a partir dela todas as pessoas, de maneira indiscriminada e sem seletividade, possuem por natureza direitos fundamentais como a vida, liberdade e igualdade.⁴⁰

Ocorreram grandes avanços do momento do Estado Liberal até a consolidação do Estado Democrático. Se conceitua democracia como “forma de governo em que o poder é fundado na participação e no consentimento do povo (Estado democrático) e uma forma de organização social baseada na cooperação de pessoas livres e iguais (sociedade democrática)” (BARROSO, 2022, p. 507). O modelo democrático superou diversas alternativas que atentaram a sua existência, como, por exemplo, do nazismo, fascismo, ditaduras civis e militares, socialismo e comunismo. Ainda nos tempos atuais persistem governos que limitam o caráter democrático, como, por exemplo, a China e a maioria dos países da África, contudo, não se nega o crescimento inevitável da democracia, assim como sua ampla aceitação.⁴¹

Desde sua criação na Grécia antiga, a Democracia é definida como a participação popular no exercício do poder, porém, ela apenas se consolidou através do sufrágio universal no final do século XX, apenas neste momento as restrições ao processo eleitoral, como renda, religião, raça e gênero, foram superadas em boa parte das sociedades, no Brasil, as mulheres conquistaram o direito de votar somente com o Código Eleitoral de 1932.⁴²

Para alcançar o *status* de Estado democrático de direito é necessário “um regime político fundado na soberania popular, com eleições livres e governo da maioria, bem como em poder

³⁸ Ibidem, p.505-506.

³⁹ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 197-200.

⁴⁰ Ibidem, p. 180.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 506-507.

⁴² Ibidem, p.504.

limitado, Estado de direito e respeito aos direitos fundamentais de todos, aí incluído o mínimo existencial”.⁴³

Percebe-se, assim, o quão recente é a limitação do poder estatal e a adoção dos ideais democráticos na história da humanidade, essa demora resultou, no percorrer da história, o progressivo aumento da disparidade entre governantes e governados.

A constante liderança pelos mesmos grupos detentores do poder gerou a marginalização de parcela da população, conseqüentemente, as necessidades dessa parcela não foram prioridades para aqueles que detinham os recursos para solucioná-las, ocorreu a constante degradação dos princípios fundamentais com o constante aumento das desigualdades sociais, as inovações na forma como as sociedades são organizadas são o resultado de múltiplas lutas e conquistas da humanidade, dentre essas está a Democracia, definida por Dalmo de Abreu Dallari (2017) como⁴⁴:

Uma forma de organização e governo em que seja reconhecida a igualdade essencial de todos os seres humanos, em direitos e dignidade, assegurando-se a todos a satisfação de suas necessidades essenciais, bem como a possibilidade de influir na tomada de decisões sobre questões de interesse comum.⁴⁵

A democracia, apesar de sua criação na Grécia antiga, ainda enfrenta alta resistência pelas sociedades modernas, muitas vezes se vendo ameaçada e com risco de retroceder em favor de métodos absolutistas, em grande parte devido à tendência daqueles que governam de negar o reconhecimento dos governados como livres e iguais, isso acaba por dificultar a passagem para a próxima etapa, qual seja a de incluir os conceitos de solidariedade e empatia.

A concepção de um Estado Democrático de Direito é mais profunda do que apenas Estado de Direito, este último configura-se como a igualdade formal entre os indivíduos, o que já seria um avanço em comparação aos governos absolutistas, contudo, não haveria o dever de alcançar a justiça, uma vez que o Estado já teria cumprido o seu dever de garantir as mesmas chances para todos da população, todavia, é certo que normas genéricas e impessoais podem acarretar injustiças, leis iguais para todos não significa automaticamente em justiça social, por isso, para se configurar em Estado Democrático de Direito, é necessária além da igualdade

⁴³ Ibidem, p.505.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. Acesso em: 17 de jul. de 2024.

⁴⁵ Ibidem.

formal, a imposição de metas e deveres para a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária.⁴⁶

O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito possui como base o princípio da dignidade da pessoa humana, normas e entendimentos contrários a esse princípio atentam contra a própria existência do Estado, não se confunde o sistema penal apenas como poder coercitivo estatal, aquele possui função essencial em garantir a ordem social, para manutenção da sociedade estimula as condutas positivas e contém as maléficas, em vista disso, necessita evitar a abstração excessiva e não se sujeitar completamente a apelos momentâneos, mas sim zelar pelo método e pela ciência, assim como pelo justo anseio social.⁴⁷

A luta pelos Direitos Sociais surge em decorrência da maneira como a sociedade moderna se estruturou, as emergentes necessidades de proteção ao trabalho, a necessidade maior de serviços públicos, de segurança e de saúde, trouxe problemáticas que não se resolviam unicamente pelo modelo liberal de Estado. O Estado Social “toma a si a incumbência de atender as pressões sociais, a prestar serviços de toda ordem, a interferir na realidade social e econômica a fim de distribuir ou atingir a justiça social”. Portanto, não se trata apenas de igualdade de direitos, trata-se agora de igualdade de oportunidades, vários países mais desenvolvidos conseguiram alcançar este ponto de implementar políticas sociais efetivas sem o comprometimento da liberdade.⁴⁸

Os Direitos Sociais surgem como forma de solucionar a crise de desigualdade social no período pós-guerra, com base na solidariedade, possuem foco na aplicação de medidas públicas para auxiliar e proteger os menos favorecidos, permitindo que alcancem uma vida digna com saúde, educação, trabalho, assistência social e etc. Portanto, inegável que o princípio da dignidade humana é também a base dos direitos sociais, de certa forma, este período representa um avanço da liberdade abstrata do modelo liberal para uma liberdade material concreta, distinguindo também a postura do Estado, enquanto no liberalismo se almeja a abstenção estatal, para alcançar os direitos sociais é necessária uma postura ativa do Estado.⁴⁹

No Brasil, os direitos sociais foram agraciados a partir da Constituição de 1934:

No Brasil, os direitos sociais despontam com a Constituição de 1934 por obra do constitucionalismo social que se difundiu por todo o mundo a partir da revolucionária constituição mexicana de 1917. Porém, a constituição que mais influenciou a Constituição brasileira de 1934 foi a Constituição alemã de Weimar de 1919. A partir

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Vol 1: parte geral. 13ª edição. São Paulo; Saraiva, 2009. p. 4-6.

⁴⁷ Ibidem, p. 4-7.

⁴⁸ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo. Atlas. 2001. p.78.

⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Ver. Ampl. E atual. Salvador. Juspodium, 2017. p. 661-662.

da Constituição de 1934 todas as que lhe sucederam consagraram direitos sociais.⁵⁰

Esses direitos diferenciam-se pela exigência de proatividade do Estado, com a implementação de medidas que visam garantir que sejam alcançados por toda a população.

A Constituição Federal, a partir do seu artigo 6º, nomeia como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.⁵¹

No contexto do Sistema Penal, os efeitos da sua aplicação sobre aqueles que passam por seus efeitos são notavelmente graves tanto para o psíquico quanto para o social do indivíduo, passar pelo sistema criminal estigmatiza o condenado de maneira a levá-lo à exclusão social, consequência inaceitável em um Estado Social de Direito, que possui como objetivo a redução das discriminações.⁵²

Pelo já exposto, observa-se um avanço gradual no respeito às garantias fundamentais, desde a concepção de um Estado de Direito até a evolução para um Estado Social e Democrático de Direito.

Os avanços começaram com o desenvolvimento dos direitos individuais, o primeiro momento de garantia dos direitos pessoais, como liberdade e propriedade, deu nome ao chamado “Estado Liberal”, contrapondo-se aos Estados aristocráticos e totalitários, os direitos sociais foram gradativamente reconhecidos e implantados em momento posterior, durante o século XIX, os trabalhos da era industrial começaram a reivindicar direitos para as camadas economicamente mais vulneráveis, dando início ao surgimento do conceito de Estado Social de Direito, com noções de justiça e igualdade para efetivação dos direitos fundamentais, conforme Dallari (2017) “Essa concepção – o Estado Social de Direito – é um complemento necessário do Estado Democrático, devendo ser buscada a efetivação do Estado Democrático e Social de Direito”.⁵³

Portanto, para que um sistema punitivo seja compatível com um Estado social e democrático de direito, a construção deve começar a partir dos ideais liberais, que buscam a

⁵⁰ Ibidem, 663.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

⁵² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado democrático e social de direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. Acesso em: 17 de jul. de 2024.

igualdade formal para limitar o poder dos governantes através da submissão de todos às regras do jogo, resultando no Estado de Direito. O aspecto democrático implica no respeito à liberdade e à igualdade de todos perante o sistema, o aumento das liberdades individuais, diminuindo a crueldade intrínseca dos Estados absolutistas, o caráter mais humano devido respeito aos direitos fundamentais de todos traz consigo o Estado democrático de Direito. Por fim, para o alcance do aspecto social, o sistema punitivo deve cumprir sua missão de garantir a construção positiva da vida em sociedade de forma a alcançar a paz pública e a tutela das relações sociais, ao mesmo tempo em que minimiza o aspecto estigmatizador do sistema, para isso, utiliza-se da justa pena e da garantia de punição daqueles que agem contra a ordem social, sendo a paz pública essencial para a vida com dignidade.

Para alcançar o quesito social, o sistema punitivo, além de buscar ativamente a segurança da população, deve também evitar a segregação de parcela da população por meio de políticas criminais estigmatizadoras. Por vezes as ciências criminais cometeram o erro de tentar encontrar o “criminoso nato”, o que acabou por discriminar injustamente diversos grupos. O desprezo pela alteridade por parte daqueles que detêm o poder de punir gerou crises sociais que perduram até os dias atuais, assim, o Direito Penal possui a função de se corrigir constantemente a fim de eliminar qualquer forma de discriminação por fatores biológicos ou sociais.

Por fim, a Política Criminal de um Estado Social e Democrático de Direito se desenvolve como o uso do poder político, aplicado através do sistema punitivo institucionalizado ou por medidas estratégicas de prevenção ao crime, que tratará dos assuntos criminais com base fundamental no princípio da dignidade da pessoa humana, possuirá a liberdade, justiça e igualdade como balizas de desenvolvimento, e buscará proativamente o combate à criminalidade a fim de alcançar a paz e a ordem social, como também estará em constante modificação pelo crescimento de sua própria ciência e nas desenvolturas histórico-sociais do país.

3. EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA

O ponto de partida da criminologia é discutível entre os teóricos, uns acreditam, esses de base mais tradicional, que ela nasceu com os autores do final do século XIX, enquanto outros acreditam que surgiu a partir dos pensadores do iluminismo, contudo, conforme explanado por Zaffaroni (2021. p. 42), a criminologia surgiu com o estudo sobre o criminalizado e o criminalizável, ou seja, nasceu em conjunto com o poder de punir.

A criminologia do século XX majoritariamente tem se inclinado a não aceitar as teorias patológicas da criminalidade, o criminoso nato, aquele em que suas características de berço o levariam a delinquir pelo determinismo que o tira de sua liberdade, esses conceitos tem sido cada vez mais considerados como bárbaros e ultrapassados, porém, é nesta fase histórica que fica claro o surgimento da criminologia como uma nova ciência, o crime, como objeto de estudo, não possui só o interesse do aspecto normativo, com as escolas positivistas surge um novo discurso em querer compreender o homem delinquente, esta vertente buscou identificar o cidadão considerado periculoso do restante da sociedade.⁵⁴

Para melhor compreensão da evolução histórica da criminologia, a escola liberal clássica tecnicamente é referente aos estudos sobre a pena e as normas penais desenvolvidas no século XVIII, a criminologia positivista, por sua vez, é o momento em que disciplina desenvolve mais a sua autonomia, com teorias surgidas no século XIX iniciadas, e conhecidas principalmente, pelo pioneiro Cersare Lombroso.⁵⁵

Especificadamente, o termo criminologia foi criado por Raphael Garofalo:

Garófalo foi o criador do termo *Criminologia*. Imaginou-a e construiu-a com a tríplice preocupação de torná-la uma pesquisa antropológica, sociológica e jurídica. Segundo ele, a criminologia é a Ciência da Criminalidade, do delito e da pena.⁵⁶

De base naturalista e evolucionista, parte do direito natural para o exame do delinquente, no qual o classifica e produz diversas categorias elencadas em sua obra de 1884 intitulada “Criminologia”.⁵⁷

Durante o período renascentista a doutrina optou por dividir as fases da criminologia em escolas que seguem um padrão de ideologias, considerada por muitos como a pioneira, a escola

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 1. reimpressão, março de 2013. 2011. p. 29-30.

⁵⁵ Ibidem, p. 32.

⁵⁶ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002. p. 93.

⁵⁷ Ibidem, p. 93.

clássica possui forte influência pelo movimento iluminista, para esta categoria, o homem possui livre arbítrio pela sua compreensão do mundo, dessa forma, aquele que delinque deve ser punido por ter sido escolha de ir contra a paz social, neste momento inicia-se o estudo pelo caráter preventivo do sistema penal, se antes o pensamento era majoritariamente sobre o quão forte será a repressão, a teoria da escola clássica ensina sobre o bom uso da liberdade individual.⁵⁸

A rigor, a criminologia surge com o poder de punir, portanto, desde que o ser humano se agrupa em sociedade e pune os indivíduos para a manutenção da ordem é possível afirmar a existência primitiva de criminólogos, aquele que analisa o comportamento criminoso e busca respostas sociais para o fenômeno, porém, para fins didáticos, este trabalho parte do período humanista, em que começa com maior profundidade as reflexões acerca do que é o crime.

3.1 Período humanista – Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria.

O período humanista das ciências criminais é conhecido pela reação às formas cruéis e desumanas de aplicação das punições estatais, os ideais de justiça e igualdade deram vida para questionamentos acerca da proporcionalidade das penas da época, não mais se aceitava o poder ilimitado dos monarcas, neste momento a sociedade intensifica a luta por direitos.

A obra “Dos delitos e das penas” é reconhecida como o marco referencial da dogmática criminal dos tempos modernos, nela Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, conseguiu harmonizar a filosofia política do contratualismo com os princípios e garantias humanistas do Direito Penal, seu trabalho combate diretamente os ideais inquisitórios de sua época.⁵⁹

Este período é marcado pela revolta ideológica às punições cruéis e autoritárias da época, como explanado por Oswaldo Henrique Duek Marques:

A reação aos atos de punição cruelíssimos e arbitrários, por meio de suplícios, em nome do absolutismo, surgiu com a própria evolução da humanidade, principalmente com a filosofia do século XVIII. A ilustração desse século influenciou diretamente a Revolução Francesa e, com ela, a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tais princípios, de caráter universal, transformaram-se em dogmas constitucionais de garantias contra o absolutismo e o arbítrio.⁶⁰

Este é o momento histórico em que se estabeleceram as bases dos princípios e garantias

⁵⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. São Paulo: Prima Cursos Preparatória, 2004. p. 25.

⁵⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.

⁶⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 79.

dos principais dispositivos de justiça ao redor do mundo.

A escola clássica de criminologia é de difícil identificação pela falta de homogeneidade de seus autores, a nomenclatura vem, na verdade, pelos positivistas para identificar linhas de pensamentos diferentes da deles, principalmente por uma suposta falta de caráter científico do classicismo, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, surge como uma das maiores bases do classicismo criminológico, em sua obra considera por muitos como sua *magnum opus*, “Dos delitos e das penas”, fundamentada por ideias iluministas, tornou-se símbolo de criminologia humanitária, com o engrandecimento da dignidade da pessoa humana e a crescente crítica da crueldade das legislações penais vigentes.⁶¹

Para o Autor, a lei sábia tem por natureza a justiça igualitária, de forma a descentralizar as forças, apesar disso, as pessoas tendem a escolher o caminho mais cômodo, o que leva a obscurecer as respostas simples, isso permite aos egoístas a manutenção do poder pela oposição ao justo, resultando no constante embate entre oprimido e opressor na sociedade, a consequência disto é a repetição dos erros até que a desordem comece a incomodar àqueles que se opõem ao injusto, apenas no momento em que as forças estejam em seus extremos, a simples resposta se torna palpável.⁶²

Consultemos a história e veremos que as leis, que são ou deveriam ser pactos entre homens livres ,não passam, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram da necessidade fortuita e passageira; jamais foram elas ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a máxima felicidade compartilhada pela maioria.⁶³

Dessa forma, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, compreende a justiça como forma de se alcançar a igualdade, o Direito Penal serve como recurso de controle estatal, o objetivo, a máxima felicidade, é a paz social alcançada pela efetividade do direito, alcançada a partir do momento em que o judiciário deixa de ser instrumento de uma elite egoísta e passa a se tornar instrumento de estudiosos da natureza humana, neutros para as partes, mas parciais para a igualdade.

A fadiga pelo constante estado de guerra foi o motivo pelo qual os primeiros homens se agregaram a fim da proteção, devido à inconstância de sua segurança perante o ambiente, a liberdade do solitário possuía pouca eficácia pela dificuldade de sua manutenção, e das

⁶¹ BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 97-98.

⁶² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa; Revisão de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39.

⁶³ Ibidem, p. 39-40.

primeiras aglomerações os últimos solitários se viram obrigados a viverem em sociedade para se protegerem das primeiras, assim, o ser humano se viu forçado a formar civilizações normatizadas em troca de parcela de sua liberdade, o convívio exigiu regras que limitaram a autonomia do indivíduo, essas frações de livre-arbítrio, somadas entre a população, é o que formou a soberania, sendo o soberano o administrador e protetor, essa é a origem das penas.⁶⁴

Percebe-se então que a coabitação é resultado de necessidade, por isto, qualquer pena que ultrapasse o mínimo para a manutenção da paz será considerada tirânica, dessa forma, o direito de punir, o *jus puniendi*, advém da proteção do depósito comum dos ataques de particulares desejosos de se oporem às sábias leis que pregam pela igualdade, portanto, a liberdade conjuntamente com a igualdade e segurança a serem garantidas são os valores máximos a serem alcançados, essa é a ideologia do bom uso do direito punir.⁶⁵

Esse conceito de parcela de liberdade necessária para convivência recebeu forte influência pelo contratualismo de Locke e Rousseau, assim como demonstrava profundo respeito e admiração pelos ensinamentos iluministas de Montesquieu, a obra do autor é demarcada pelo período vivido, o totalitarismo seguido pelas modificações sociais do iluminismo guiaram o pensamento de liberdade e igualdade. Já em sua época defendia, ainda que de forma não completamente direta, o princípio da legalidade, no qual além de somente o legislador representante do povo ter o poder de elaborar a lei, devem ser elas as mais claras possíveis, esses conceitos são basilares da criminologia moderna, de fato, à frente de seu tempo pela crítica à falta de racionalidade e de humanismo dos códigos penais da época.⁶⁶

Sobre a proporção entre os delitos e as penas, afirma o autor ser do interesse comum a baixa prática de crimes pela população, melhor ainda se os crimes mais graves forem mais raros do que os de menor lesividade, nesse sentido, a pena deverá se demonstrar como um obstáculo maior para os delitos graves, sendo os recursos públicos finitos, impossível é a prevenção de todos os delitos cometidos, assim, a política de um governo não pode buscar a exatidão matemática em seus atos, mas sim a eficiência pela probabilidade, na qual a pena dura desestimulará os delitos graves, ademais, toda ação que não esteja entre o escopo do mais grave dos crimes para o menos não poderá ser considerado crime, da mesma forma não haverá punição.⁶⁷

⁶⁴ Ibidem, p.41-42.

⁶⁵ Ibidem, p.42.

⁶⁶ SILVA, G. Rodrigues da. **RESENHA - Dos delitos e das penas**. Revista do Direito Público, v. 14, n. 3, p. 204-205, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2019v14n3p204>. Acesso em: 10 de jan. de 2024.

⁶⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa; Revisão de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 50-52.

Seguindo a lógica da eficiência, não pode a pena ter como objetivo o tormento do acusado, seja em momento processual ou em fase de execução, da mesma forma é impossível desfazer atos já cometidos, a finalidade deve ser a de evitar ou ao menos desestimular que o réu pratique novos delitos, sendo necessária a aplicação de medidas que afetem de forma duradoura os espíritos dos homens, e não o seu físico.⁶⁸

Já em questão de prevenção do crime, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, explana que é preferencial prevenir a prática do que restar a punição, e para este objetivo é essencial a simplicidade e clareza das leis com a vontade de defesa do governante, as normas devem ser igualitárias, não fazendo distinção entre as classes, o cidadão irá temer as leis, mas também será seu único temor, esse é o judiciário forte e que imporá respeito e medo na sociedade, os conceitos-base da prevenção geral positiva e negativa respectivamente.⁶⁹

A tortura, por sua vez, expõe a mais absurda das crueldades de sistemas penais ultrapassados, o sofrimento antecipado ao julgamento jamais deverá ser admitido no momento em que somente poderá ser considerado culpado aquele que receber sentença condenatória pelo juiz, a retirada de sua segurança antes mesmo da certeza da violação de seu contrato social é a tirania expressa do judiciário perante o acusado na espera da comprovação de sua inocência, da mesma forma, caso futuramente condenado, não irá validar os tormentos passados, pois este deverá sofrer a punição da pena e não dos suplícios, sendo que a pena por lei necessita ser sobre o espírito e não sobre o corpo do acusado, a tortura conseqüentemente sempre estará falha, ou o tormento recairá sobre um culpado que pena diversa terá, ou no pior dos casos sobre um inocente.⁷⁰

Uma estranha consequência que necessariamente decorre do uso da tortura é que o inocente se acha numa posição pior que a do culpado. Com efeito, se ambos são submetidos ao suplício, o primeiro tem tudo contra si, uma vez que ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente, mas sofreu uma pena que não merecia; ao passo que, um caso é favorável ao culpado quando, resistindo à tortura com firmeza, deverá ser absolvido como inocente, trocando uma pena maior por uma pena maior. O inocente, portanto, só tem a perder e o culpado a ganhar.⁷¹

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, ao discorrer sobre a tortura, acaba também por entrar na ideia do *in dubio pro reo*, princípio da presunção de inocência, tópico revolucionário para a sua época e altamente debatido nos tempos modernos justamente por ainda ser um princípio que por diversas vezes é lesado na prática.

⁶⁸ Ibidem, p. 62.

⁶⁹ Ibidem, p. 130-131.

⁷⁰ Ibidem, p. 69-71.

⁷¹ Ibidem, p. 74-74.

A presteza da pena, ou seja, a celeridade do judiciário dentro do processo, terá sua máxima utilidade e justiça quanto mais breve for a sua decisão, a razão deste fato é que, ainda sem a tortura, o próprio andamento processual já configura como uma aflição causada ao acusado, a espera pela condenação prejudica o espírito pela incerteza de sua conservação antes da própria aplicação da sanção, e quanto mais longo for a mora processual, maior a fraqueza do condenado com relação ao processo. Nesse sentido, o cárcere prévio, prisão cautelar como disposta pela doutrina penal brasileira moderna, somente será utilizada para prevenir a fuga ou a ocultação de provas para o devido andamento processual, afinal, cruel é o judiciário desestimulado enquanto sofre o acusado de sua insegurança, da mesma forma, a correlação entre delito e pena é fortalecido por um julgamento célere, em razão de reforçar o nexo de causa e efeito entre este e aquele, exteriorização de eficácia jurídica.⁷²

Sobre os crimes contra a pessoa e os crimes patrimoniais, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, explana que os delitos contra a integridade física devem ser punidos com penas corporais, neste momento deve-se ressaltar que a pena corporal aqui referida é a de privação de liberdade e não a de suplícios, uma vez que isto seria uma contradição com o restante de sua obra, partindo dessa premissa, a razão para esta punição não poder ser passível de penas pecuniárias seria pela ineficácia de punir os ricos, o que causaria um desbalanço entre as classes, coisificando a mais carentes perante a opressão da elite, por este motivo, a sanção deve ter em conta também a análise social em sua aplicação, caso contrário, falsas sensações de liberdades poderão ser facilmente criadas em razão de punições ineficazes.⁷³

A pena deve então ser igualitária para todos os súditos, não deve haver distinção entre o nobre e o plebeu, os privilégios da nobreza não podem ser capazes de garantir uma pena mais branda do que a aplicada aos menos abastados, uma vez que a medida da pena deverá ser pelo seu dano público, e não pela sensibilidade dos julgadores perante o réu, assim, poderá ser ainda considerado mais grave o crime cometido por aquele que possui a vida abastada, por fim, posta a igualdade das penas, a individualização desta se dará para cada caso prático, após a percepção de suas nuances, este método preserva a sensação de julgamentos justos e humanitários para a população.⁷⁴

Com relação à pena de morte, voltando para os primeiros conceitos, se o indivíduo somente quer depositar a sua mínima parcela de liberdade, e qualquer norma que ultrapasse essa linha será considerada tirânica, impossível conceber um ser que por livre vontade concede

⁷² Ibidem, p. 79-80.

⁷³ Ibidem, p. 81-82.

⁷⁴ Ibidem, p. 82-83.

ao soberano a autoridade de lhe tirar a vida, portanto, incompatível um governo democrático em que haja a pena capital, essa sanção tem sido utilizada unicamente por aqueles soberanos que objetivam destruir os seus cidadãos por razões exclusivamente em prol do próprio governante. Independentemente de sua gravidade, a história tem comprovado que as punições não conseguem deter aqueles resolutos na prática delituosa, pois a intensidade da pena não demonstra ser a prática mais eficiente para a dissuasão do criminoso, mas sim a sua duração, visto que o efeito duradouro advém da constância e das sutis sensações de amargor que afligem o sentenciado, a pena dura, mas breve, de pouco efeito tem sobre a alma do indivíduo, o motivo disto é o esquecimento de um espetáculo que traz a sensação mista de compaixão e desprezo.⁷⁵

Digo mais: muitíssimos homens encaram a morte com o semblante firme e tranquilo, alguns por fanatismo, outros por aquela vaidade, que quase sempre acompanha o homem no além-túmulo; outros ainda numa última tentativa desesperada de não viver ou de sair da miséria; mas nem o fanatismo, nem a vaidade subsistem entre cepos e cadeias, sob a vara ou sob o jugo, atrás de grades de ferro, e o desesperado não põe fim aos seus males, mas os começa.⁷⁶

Errôneo, então, imaginar que o tratamento mais humanitário leva para penas mais brandas, o fim dos suplícios não significa a perda do poder do judiciário penal, pelo contrário, a breve pena dura de nada se compara com o sofrimento de uma extensa pena que restringe o tempo e liberdade nunca mais recuperadas.

Os ensinamentos de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, são marcados pela necessidade de buscar a justiça, caso contrário as normas serão abusadas por aqueles de motivos egoísticos, assim, as leis são utilizadas para buscar a igualdade pela restrição dos opressores, a garantia da paz social é o objetivo a ser almejado, ao passo que diversos princípios basilares do Direito Penal moderno deverão ser garantidos, a exemplo do princípio da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade e da celeridade, da mesma forma que a prevenção do crime é mais benéfica do que a sua repressão, sendo necessário o bom uso das normas para evitar a prática de novos delitos.

3.2 Positivismo Criminológico - Lombroso

É certo que os conceitos advindos do período humanista demonstraram alto teor teórico, entretanto, carecem de rigor científico, o que acarreta dificuldade na precisão e na aplicabilidade prática em diversos casos, prejudicando a análise de sua efetividade.

⁷⁵ Ibidem, p. 95-97.

⁷⁶ Ibidem, p. 97.

Contra a “abstratividade” da escola clássica, na qual o delito encontra sua autonomia pela liberdade afirmada do indivíduo, desvinculando-se do contexto ontológico, o naturalismo dos positivistas possui como fundamento o conceito de que o crime está sim vinculado do indivíduo em sua natureza e criação social.⁷⁷

A escola positiva procura entender a infração a teorias passíveis de comprovação científica, investe na biologia e na psicologia para caracterizar o criminoso e identifica-lo do restante, Cesare Lombroso publicou no século XIX a sua obra “*L’uomo delinquente*”, na qual define o crime como um fenômeno natural assim como a morte, o nascimento e a concepção, o qual tem suas causas por fatores biológicos de origens principalmente hereditárias.⁷⁸

Já no final do século XIX, o aumento exponencial da criminalidade faz surgir o estudo criminológico em que o criminoso se torna o foco principal da base de estudos, Lombroso inicia o movimento, o ponto inicial é o conceito do criminoso nato, aquele ser que em seu âmago biopsicológico possui a predisposição natural para delinquir, e que em razão disto, sua ressocialização é quase impossível.⁷⁹

Neste ponto da história os estudos penais rejeitam a abstração característica da Escola Clássica e passa a adotar um estudo em que seja possível verificar concretamente as raízes do crime, Lombroso acreditava que existia uma espécie à parte do *Homo Sapiens*, que possuíam formato de crânio, maxilar, sobrelanceira, etc. diferenciados de cidadãos “normais”, essa parcela diferente apresentaria o comportamento típico do delinquente, como a crueldade e aversão ao trabalho honesto. Apesar de atualmente ser completamente minoritário entre os doutrinadores o aceite de um tipo biológico do criminoso, é certo que serviu de base para impulsionar o estudo científico da criminologia.⁸⁰

As afirmações de Lombroso são criticadas pela abordagem presunçosa que levam à segregação das parcelas mais vulneráveis da sociedade, apesar de apresentar estudo com fôlego, os seus resultados aderem suposições envoltas de preconceito que a criminologia moderna descarta pela comprovada falta de senso lógico.

Em sua obra “*L’uomo delinquente in rapporto all’antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria : (cause e rimedi)*”, o autor associa as altas temperaturas, típicas de países tropicais, ao aumento da criminalidade, afirma também que a história demonstra que nesses

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 1. reimpressão, março de 2013. 2011. p. 38.

⁷⁸ Ibidem, p. 38-39.

⁷⁹ COSTA JR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

⁸⁰ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002. p. 80-89.

locais há a abundância de alimentos, e o efeito disto é a distribuição desigual nos momentos iniciais de riqueza, poder político e social, afirma que os indivíduos destas nações não possuem valor, carecem também de voz para combater os governantes, a nação fica sem controle, alega que todas as revoluções destes países foram originárias do palácio, diz que como a vida nas terras mais quentes é mais branda, já que há menos necessidade de combustível, roupa e alimentos, isso torna o homem mais preguiçoso, passivo, as nações mais frias demonstram resistência maior para se estabelecer uma sociedade, o que diminui a instabilidade e idealidade, as pessoas se tornam menos irritáveis, essa calma advinda do frio é observável nos esquimós e nos soldados expostos a baixíssimas temperaturas.⁸¹

Lombroso, para base de suas afirmações, expõe dados estatísticos para formar a base empírica de seu trabalho, na tabela abaixo utiliza como base de suas presunções o aumento da criminalidade nos meses mais quentes:

Tabela 1 - Número de assassinatos por mês na Inglaterra e Itália em 1869

	In Inghilterra	In Italia i rei contro le persone (1869)
in Luglio	1043	307
» Giugno	1071	301
» Agosto	928	343
» Maggio	842	288
» Febbraio	701	254
» Marzo	681	273
» Dicembre	651	236
» Gennaio	605	237

Fonte:dominiopublico.gov.br

Quanto a raça, o escritor da escola positiva explica que muitos selvagens possuem a moral relativa, enquanto os Yuris da América respeitam a propriedade alheia pela definição de território, os Balanti, localizados em Caramansa na África, sobrevivem por meio da caça e do roubo, os bons ladrões são enaltecidos e remunerados para educar as novas gerações, além de se tornarem os líderes das expedições da tribo, essa divergência entre as primeiras tribos explicam o porquê de, por exemplo, na Alemanha os países com colônias ciganas serem mais propensos a apresentarem maiores índices de roubo realizados pelo sexo feminino e na Itália as colônias albanesas terem maior criminalidade comparado ao resto do país.⁸²

⁸¹ LOMBROSO, Cesare. **L'Uomo Delinquente in Rapporto all'Antropologia, alla Giurisprudenza ed alla Psichiatria (Cause e Rimedi)**. Edizione di soli 100 esemplari. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=43559. Acesso em: 28 de mai. de 2024

⁸² Ibidem, p. 22-24.

Haveria ainda a distinção do tipo do crime a depender da descendência do indivíduo, a tribo ao qual o indivíduo pertence apresentava maior propensão a crime de sangue ou patrimonial em razão da linhagem. Ao estudar a porcentagem de assassinos franceses, insinua por meio da estatística que as pessoas de cabelos loiros eram menos propensas a cometer crimes do que os de cabelos pretos.⁸³

Cita também judeus e ciganos em sua obra, os primeiros demonstram, em diversas regiões, índices de criminalidade inferiores aos seus conterrâneos, a criminalidade, quando presente, eram geralmente de crimes patrimoniais especializados como, por exemplo, o contrabando e a falsificação. O mesmo não podia ser falado do cigano, afirmava o autor que eles são a imagem clássica de uma raça de criminosos levados por suas paixões e vícios, preferem se sujeitar a pobreza do que ao trabalho honesto, possuem a imprudência nata do infrator. “O cigano, seja qual for o estado ou condição em que se encontre, mantém a habitual e constante impassibilidade, sem parecer preocupado com o futuro, vivendo dia após dia numa absoluta imobilidade de pensamento, e abdicando de toda a previsão (tradução nossa).”⁸⁴

No capítulo sobre antropometria, o autor analisa, novamente com base em estatísticas, as medidas e dimensões corporais mais presentes nos infratores, afirma que a deformidade no osso lacrimal é mais presente em criminosos do que em pessoas normais ou loucas, as deformidades nos ossos faciais e nas mandíbulas também eram mais presentes nos criminosos e degenerados.⁸⁵

O professor. C. Winkler(439) de Utrecht, mediu e comparou 50 cabeças de assassinos e 50 de normais (recrutas) e submeteu as medições ao cálculo diferencial, concluiu que os primeiros se distinguem por uma microcefalia frontal claramente visível e um alargamento muito elevado acentuada em todas as medidas faciais, confirmando a lei de Lombroso: que o criminoso é uma variedade humana caracterizada por uma testa pequena e um rosto grande (tradução nossa).⁸⁶

Percebe-se a intenção de distinguir o criminoso como entidade diferente do ser humano comum, discriminando o grupo que apresentasse as características associadas ao estudo.

Cesare Lombroso foi o precursor da escola positivista, seu trabalho parte do conceito de que existe o criminoso nato, contudo, em suas últimas obras, reconhece que o crime possui causas diversas, assim, apesar de ter fracassado ao seu preceito inicial, o estudo possui mérito por fundar a antropologia criminal e por buscar uma explicação causal do comportamento

⁸³ Ibidem, p. 38.

⁸⁴ Ibidem, p. 40-43.

⁸⁵ Ibidem, p. 627-630.

⁸⁶ Ibidem, p. 633.

criminoso.⁸⁷

A principal divergência entre os ensinamentos da Escola Clássica e a Escola Positiva é o método utilizado entre elas, a primeira apresenta a metodologia dedutiva por meio da lógica abstrata, já a segunda demonstra caráter indutivo e observação fática, uma estuda o crime como entidade jurídica e a outra o criminoso e suas características inerentes.⁸⁸

O fracasso da teoria lombrosiana é por querer formar o conceito estereotipado do criminoso, apesar do método pela observação fática, as conclusões retiradas acabavam tendo o teor dedutivo, a problemática advém dos fatores adversos da antropologia que tornavam a base incapaz de determinar outros fatores causais da criminalidade, o foco na descrição do criminoso apenas leva ao preconceito e marginalização de parcela fragilizada da população, o benefício é que no decorrer dos estudos da escola positiva resta a certeza do que na criminologia moderna é consenso, que o crime é fato social complexo de causas diversificadas que necessitam de estudo transdisciplinar para seu entendimento.

3.3 Neokantismo

O positivismo criminológico “Lombrosiano” é fortemente criticado, com razão, pela desumanização do infrator, contudo, obteve êxito em aproximar a criminologia das ciências exatas, porém, jamais poderá deixar de ter como base a dignidade da pessoa humana. Por esses motivos, a criminologia necessitou retornar para o estudo dos valores.

A doutrina jurídico-penal no decorrer de sua história cometeu por diversas vezes o erro de desvincular-se da filosofia e, pior ainda, dos valores axiológicos essenciais na elaboração das normas e da atuação do judiciário, ao seguir essa linha, a visão sobre as causas criminais são simplificadas por respostas pseudocientíficas e a construção teórica falha em responder as problemáticas trazidas do estudo do crime. Foi necessária a volta do Direito Penal aos postulados de Kant, a ruptura anterior tem resultado em uma parcial retração para o entendimento do crime, o Neokantismo apresenta nova fase do entendimento dogmático criminal, a metodologia deixa de ser puramente formalista, voltando as considerações axiológicas típicas das ciências do espírito.⁸⁹

O Neokantismo é notavelmente mais idealista do que o próprio Kant, se este o era, as

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104.

⁸⁸ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime**. 2. ed. Campinas: Bookseller, tradução de Paolo Capitano, 1998. p. 64.

⁸⁹ BALDAN, Édson Luís. **Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger**. UNINOVE, São Paulo, v. 3, 2004. p. 133

diferentes escolas se dividiam com diferentes graus de idealismo, para a “escola de Marburgo” o conhecimento é o que cria o objeto, e as construções terminam em lógica metódica, sendo que a própria metafísica é a lógica metodológica, para a “escola de Baden”, os valores são os que criam e ordenam o conhecimento, a realidade seria apenas um caos que somente seria compreendido por intermédio de valores que criam o objeto, a consequência disto para o Direito Penal é que os valores desta não respeitam a realidade, o saber penal se torna uma “ciência da cultura”, que cria seus próprios conhecimentos, a vertente sul-ocidental do Neokantismo chama-se também de “neoclassicismo penal”, teve como principal nome o criminalista Edmund Mezger.⁹⁰

Edmund Mezger considerava impraticável a demonstração do livre-arbítrio, assim, o juízo de culpabilidade deverá ser realizado pelo comparativo da conduta do infrator com a conduta esperada do cidadão médio, a prática do crime não constituía apenas a momentânea prática da infração, mas sim o resultado de diversas escolhas realizadas pelo indivíduo no decorrer da vida, sendo que estas compõem o caráter do infrator, portanto, a censura da infração não deve recair apenas da análise da conduta momentânea, mas por toda a construção da vida do autor, conforme Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2020) “No Neokantismo a culpabilidade ainda carrega a face psicológica do dolo e da culpa, mas agrega elementos normativos, como a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversas.”⁹¹

Para Mezger, o reconhecimento da ilicitude é requisito obrigatório para a tipicidade, caso não houvesse antijuridicidade na conduta, esta em nada expressaria, assim como não produziria efeitos jurídicos, o antijurídico, surgido como juízo de desvalor da conduta, caso justificado, implicaria na exclusão da tipicidade, o tipo possuía assim duas partes, uma positiva, referente ao elemento que constitui o injusto, e uma negativa, que são as causas justificantes da conduta, em forma de exemplo, um médico ao realizar cirurgia não pode incorrer no crime de lesões corporais, apesar de ser conduta tipificada como lesão à integridade física do paciente, uma vez estar protegido pelo exercício regular de seu direito em exercer sua profissão, portanto, apesar de cometer uma conduta tipificada trata-se de fato atípico.⁹²

Como exposto pelo autor:

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 292-293

⁹¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Culpabilidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade> . Acesso em : 22 de jul. de 2024

⁹² BALDAN, Édson Luís. **Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger**. UNINOVE, São Paulo, v. 3, 2004. p. 136-137

Uma ação só é punível se for antijurídica. A antijuridicidade, ou, como se costuma dizer hoje, o injusto, é o pressuposto essencial de todo fato punível. Antes, o termo mais utilizado era “ilegalidade”, o que significa, simplesmente, que o crime constitui uma violação da lei, ou seja, que contradiz o Direito... Esta antijuridicidade (injusto) significa (§ 16, I, 2; II, 2; e § 31, III deste livro) o juízo impessoal-objetivo sobre a contradição existente entre o fato e a ordem legal, enquanto a culpabilidade destaca a imputação pessoal de um fato ao autor.⁹³ (Tradução do autor)

Assim, o neokantismo de Mezger critica a mera formalização das condutas como crime, é necessária a valorização das condutas pelo direito para maior contexto legal e moral.

Von Liszt demonstrou em seu trabalho a carência dos positivistas, a nova evolução deste período decorre das exigências dos estudos penais que necessitavam mais uma vez do uso de valores e da análise material, o neokantismo trouxe a distinção entre as ciências a partir de seu método, ao mesmo passo que buscou superar o positivismo não negou a este, aproximou-se da escola italiana por defender a separação total entre o conhecimento empírico e o conhecimento puro, essa divisão acabou criando o clássico conceito entre ser (ato de vontade) e dever ser (norma jurídica).⁹⁴

A definição entre ser e dever ser é constantemente trabalhada, e conhecida, por Hans Kelsen em sua obra “Teoria Pura do Direito”, mas apesar de esta dicotomia ser a base de sua doutrina, a concepção no decorrer de seu trabalho pode ser um tanto quanto ambígua, categorizar os dois aspectos carece de definição precisa, talvez proposital, sendo possível a análise em seu caráter ontológico, epistemológico, lógico-semiótico e modal. Para fins deste trabalho, basta o primeiro (ontológico), neste em particular a distinção ocorre em dois planos, o da natureza e a dos valores, assim, o autor diferencia o ato de vontade de sua significação objetiva, neste sentido, a norma jurídica é o dever-ser (como significação do ato) e o ato de vontade é o ser.⁹⁵

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se de conduzir de determinada maneira... importa salientar que a norma, como sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de

⁹³ MEZGER, Edmund. **Derecho penal: libro de estudio, parte general**. Tradução de Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. p.131

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115-116.

⁹⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Ser e Dever Ser na Teoria Kelseniana do Direito**. Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mossoró, v. 1, n. 1, p. 119-130, jul./dez. 2005. p. 123-124.

vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato.⁹⁶

Posto isto, o ato de vontade que constitui a norma tem suas raízes no mundo natural, é o “ser”, derivado do conhecimento empírico, já a norma transcende ao plano material, baseada nos valores hierárquicos do ordenamento jurídico, é o “dever ser”, conhecimento puro, relacionado com os fundamentos do Direito.

Os neokantistas, em oposição aos positivistas que tinham o “ser” como foco, tiveram o “dever-ser” como objeto de maior valor, assim, a criminologia deste período dispõe de conceitos axiológicos que apreciam os fenômenos jurídicos além da definição formal ou causal, substituindo o método indutivo e formalista do positivismo, assim, procura-se reconciliar os ideais da Escola italiana com o direito ideal, a volta da busca por Justiça além da mera eficiência, para essa vertente o direito deverá evoluir guiado pela sua finalidade.⁹⁷

O neokantismo permitiu às ciências criminológicas uma compreensão ligada a fatores históricos, sociais e culturais, que mudaram a maneira de encarar a teoria geral do delito, possibilitou a compreensão valorativa da causalidade, a introdução de elementos subjetivos no tipo, a atribuição de conteúdo material à antijuridicidade e a elaboração da concepção normativa da culpabilidade. Contudo, essa nova corrente doutrinária perpassou o razoável de forma que seu conteúdo se tornou impreciso, o que acabou por gerar insegurança jurídica, o valor deste modelo é pelo retorno das referências valorativas ao Direito Penal, valores estes condicionados de forma subjetiva e cultural, mas que devem sempre estar atrelados na formação da base jurídica.⁹⁸

Este período é marcado pela volta dos valores axiológicos ao estudo da criminologia, ao mesmo tempo em que não se afastou completamente das bases empíricas, como ocorreu no período humanista.

3.4 Período Eclético

A próxima etapa das ciências criminais é marcada pelo ecletismo de ideias, o humanismo e o positivismo, isolados, não conseguiram se solidificar em sistemas completos para compreensão do crime, foi necessária uma visão mais aberta e crítica para o entendimento de sua natureza multifatorial.

⁹⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 5-6.

⁹⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 116-117.

⁹⁸ Ibidem, p. 117-118.

A escola Eclética possui diversas denominações, naturalismo crítico, positivismo crítico, escola crítica, sociológica, *Terza Scuola*, pragmática ou, entre os alemães, de escola de política criminal,⁹⁹ esta vertente surge pelas posições extremadas das duas primeiras divisões, clássica e positiva, a dupla pioneira possuem doutrinas consistentes e base sólida, as posteriores acabaram por possuir certa divergência entre nomenclatura ou se seriam apenas correntes sobre a teoria do crime.¹⁰⁰

A primeira a buscar a conciliação entre os ensinamentos clássicos e positivos, os penalistas dessa era apresentam novos ideais sem se oporem completamente aos conceitos já formulados acerca de criminologia,¹⁰¹ apesar de natureza mais complexa, é possível estabelecer três ensinamentos fundamentais, o primeiro é reconhecer a autonomia entre o Direito Penal e a criminologia, sendo elas ciências independentes entre si, a segunda é o reconhecimento do caráter complexo do crime, sua causalidade multifatorial, para esta escola o crime é fenômeno social e individual, a terceira é a importância da união entre os penalistas e sociólogos para a produção de reformas sociais necessárias, no sentido de alcançar um ambiente capaz de prevenir a criminalidade.¹⁰²

Contudo, distinguir as demais correntes criminológicas é dificultada pela tênue distinção entre as novas escolas, de certa forma todas são “críticas”, o que é possível de firmar como base de compreensão até este momento é que existe a corrente positivista ou “tradicional”, a qual muitos consideram o início da autonomia da criminologia como ciência autônoma, a partir do momento em que o sistema penal não mais é o seu foco, mas sim o criminoso e suas características, os conhecimentos utilizados no sistema penal bem como sua forma de operar explicitam a seletividade de parcela marginalizada da população, o que demonstra o discurso ideológico corrupto dos tradicionais juristas e criminólogos, disto advém o pensamento crítico ao resgatar a busca do sentido ideológico da punição, que deverá sempre estar fundamentada pela filosofia, neste momento a criminologia se aproxima em seu estudo da Política Criminal.¹⁰³

De acordo com o professor Gustavo Junqueira (2004, p. 26) a escola eclética:

Busca combinar conceitos da escola clássica e da escola positiva. Não faz opção entre o livre-arbítrio e o determinismo, partindo da faculdade de determinação normal.

⁹⁹ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002. p. 112.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107.

¹⁰¹ Ibidem, p.107 – 108.

¹⁰² FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002. p. 112.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 147-148.

Busca a ciência penal total, adaptando a linguagem e os dados da criminologia à dogmática jurídico-penal, como leciona Figueiredo Dias. A pena teria função intimidativa e seria aplicada aos imputáveis, e as medidas de segurança aos inimputáveis.

Assim, apesar de ter a distinção mais imprecisa do que as duas primeiras vertentes, o estudo do período da criminologia crítica é essencial para a compreensão das ideologias modernas de nova política criminal.

Vale ressaltar nesta fase da história criminal, apesar de não querer se denominar como “escola” precisamente para não ser apenas mais uma dentre das mais variadas vertentes ecléticas, o nascer em 1889 da União Internacional de Direito Penal, através da iniciativa de Fran Von Liszt, Adolphe Prins e Von Hammel, com o objetivo de realizar uma “síntese harmônica”, agrega em sua estrutura representantes de múltiplas teorias para que soluções sejam encontradas através de debates frutíferos, em 1889 realizou seu primeiro congresso e em 1913 havia subido a contagem para doze, cada um realizado em um país diferente, durante estes eventos sempre houve proveito para a Dogmática, incluindo espaço para ciências afins e auxiliares ao Direito Penal, demonstrando a devida importância para a multidisciplinaridade.¹⁰⁴

Assim, foi através desses Congressos que se elaborou a doutrina dos imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis, com a correspondente doutrina da duplicidade das sanções penais: penas para os imputáveis, medidas de segurança para os inimputáveis, e aplicação cumulativa de pena e medida de segurança para os semi-imputáveis; e daí, o princípio da individualização da pena conforme e adequadamente ao fato delituoso e à personalidade do seu autor.¹⁰⁵

Observa-se, então, um grande avanço para o princípio da individualização da pena, assim como para as garantias individuais no processo penal, em decorrência dos estudos realizados pela União Internacional de Direito Penal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ MIOTTO, Armida Bergamini. **X CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL**. Revista de informação legislativa. Janeiro a março. 1970. Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180544/000344076.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em: 31 de jul. de 2024.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Com o início da Primeira Guerra Mundial em 1914 houve a dissolução da União, apenas em 1924 foi organizada com o mesmo propósito e espírito a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), sediada em Paris, retomando novamente a realização de congressos até a chegada da Segunda Guerra. Desta vez o grupo não se dissolveu, apenas paralisando as atividades e retomando-as após o fim da guerra, neste momento a AIDP cresceu o quadro de integrantes assim como de países membros, tornando possível a formação de grupos nacionais, no Brasil, o jurista Roberto Lyra tornou-se o primeiro presidente (Ibidem). A AIDP é a associação mais antiga de especialistas em Direito Penal do mundo, estando ativa até os dias atuais, adquiriu especial reconhecimento entre demais organizações e cientistas pela atuação sobre Política Criminal, codificação do Direito Penal, Direito penal comparado, Direito penal internacional (com especialização em justiça criminal internacional) e Direitos humanos na administração da justiça criminal (AIDP. **History of the International Association of Penal Law**. Disponível em: <https://www.penal.org/en/node/168> . Acesso em: 31 de jul. de 2024).

Portanto, o movimento eclético naturalmente demonstrou maior longevidade em comparação a teorias “puras”, a dialética entre pensadores faz surgir, até os tempos atuais, avanços significativos para a doutrina criminal.

3.5 Escola Moderna Alemã

A partir do pensamento crítico, a criminologia começa a aprofundar-se na finalidade da sanção, a retribuição passa a ser vista como um método arcaico, a lógica advém do pensamento de que a forma mais efetiva de combate ao crime é evitar que ele sequer ocorra, assim, o caráter preventivo do sistema penal passa a receber maior prioridade.

A vertente da Escola Moderna Alemã, também conhecida como de política criminal ou sociológica alemã, é representada por Franz von Liszt, como dito anteriormente neste trabalho, estes, junto com a contribuição de Adolphe Prins e Von Hammel, fundaram a União Internacional de Direito penal, a qual foi sucedida posteriormente em seus trabalhos pela Associação Internacional de Direito penal, considerada uma das maiores sociedades de estudos penais nos tempos modernos.¹⁰⁷

Durante o período vivido por Liszt, o Direito Penal é marcado pelo rompimento da abstração filosófica com a chegada das ciências naturais dos positivistas italianos, esses utilizaram da crescente popularidade das teorias de Darwin que acabaram por influenciar também as ciências humanas e sociais da época, em seguimento a doutrina criminal recebeu influências de disciplinas como a medicina, antropologia, psiquiatria e, etc. as quais influenciaram diretamente na política criminal desenvolvida nos anos decorrentes. Para os positivistas o conhecimento deveria ser buscado pela experimentação metódica, sendo o mundo composto de um complexo de fatos observáveis, por isto tendem a trilhar pelo método descritivo e nas classificações, os quais também estavam presentes nos trabalhos iniciais de Liszt, como observado no programa de Marburgo. Este período demonstra a fase inicial de Liszt que contradiz com sua imagem posterior de um liberal moderado, defensor das garantias dos delinquentes contra o poder do Estado e crítico da proporcionalidade das penas conforme os ensinamentos de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, este contexto é solidificado ao tardar do Século XX, a redação do programa demonstra o lado positivista do autor, apesar de também já demonstrar neste momento certo ceticismo para a escola italiana, ao caracterizar parte da

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108.

sociedade como delinquentes incorrigíveis e a forma de como deveriam ser neutralizados.¹⁰⁸

A política criminal de Liszt como sintetizada por Frisch, Wolfgang (apud Elbert, 2019, p. 130-131), é descrita como:

A pena deve ser considerada o protótipo da reação de um fato punível, a serviço do combate racional da criminalidade. O combate da criminalidade significa, por sua vez, para Liszt, em primeira linha, a prevenção de que o autor cometa novos delitos. A meta da pena é, em consequência, prevenir novos fatos do autor, segundo suas características e reatividade, seja mediante dissuasão, melhoramento ou neutralização. A persecução de outras metas, como os efeitos gerais da pena, não está totalmente descartada por esse programa racional, mas ficam claramente em um segundo plano.

Percebe-se o foco do autor na busca da prevenção como objetivo, a ideia de abandonar o caráter retributivo da pena, ou ao menos de por-la em segundo plano, tem despertado interesse no Direito Penal e na criminologia por séculos, prevenir o crime se torna propósito final do sistema penal que o tornará mais aceitável para a sociedade imposta, Liszt separa-se dos tradicionais por pensar nos efeitos futuros da sanção, porém, observa-se que o discurso possui também sentido retributivo, mas que deve ser flexibilizado para se adequar à periculosidade de cada infrator. Acaba por sofrer da mesma problemática de Lombroso por fundamentar a periculosidade em suposições de base estatísticas para a determinação do grau de “ressociabilidade” do indivíduo, neste sentido, defende a dureza das penas, criticando os tribunais pela leveza das punições, justificando com base no aumento da criminalidade e na impotência do sistema penal.¹⁰⁹

Liszt não tinha como objetivo melhorar a educação e a forma de como os delinquentes eram tratados especificadamente para a ressocialização, mas sim, através deste processo, tornar o sistema mais eficiente para a diminuição da criminalidade, para aqueles que sentiram este lado mais liberal do autor e ainda assim não voltaram a se adaptar socialmente, as punições seriam mais gravosas, e, para o autor, cabem a estes demonstrarem que se corrigem.¹¹⁰

Posto isto, Liszt foi favorável a alternativas à pena privativa de liberdade, condena as penas curtas em favor de medidas como a multa e a liberdade condicional, sendo o próximo patamar, o das penas duras para a maior parcela das infrações.¹¹¹

A ligação entre política e o sistema penal é exposto em sua obra desde a definição introdutória de sua obra “*Lehrbuch des deutschen straffrechts*”, para o autor: “O Direito Penal

¹⁰⁸ ELBERT, Carlos Alberto. **Franz Von Liszt: Teoria e Prática na Política Criminal (1899-1919)**. Tradução de Ney Fayet Júnior. 1. ed. Porto Alegre: Elgantia Juris, 2019. p. 121-129.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 130-131.

¹¹⁰ Ibidem, p. 130-132.

¹¹¹ Ibidem, p.137.

é o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam o crime como fato à pena como consequência.” (Liszt, 2006. P.1), assim, a sanção é um dos instrumentos que o governo possui para o combate da criminalidade.

Ao discorrer sobre os lineamentos de política criminal (Capítulo II da obra citada no parágrafo anterior), expressa que o fim do direito é proteger interesses da vida humana, sendo esta a sua essência que guiará e dará força a sua ideia finalística. Bem jurídico é todo interesse humano juridicamente protegido, esses surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade, a vontade geral resta acima do desejo individual, assim, o ordenamento jurídico cumpre a missão de distinguir o interesse legítimo do ilegítimo,¹¹² “Mas, o direito não é somente uma ordem de paz, senão também, e segundo a sua mais íntima natureza, uma ordem de combate. Para preencher o seu fim, o direito precisa de força que curve as vontades individuais relutantes.” (Liszt, 2006. p. 97), a sanção carrega os preceitos imperativos que para o bom cidadão expressa de forma mais expressiva o valor que tem a tutela de seus interesses, já para o mal-intencionado, infligirá um mal que servirá como contrapeso para a prevenção de tendências criminosas, contudo, é na fase de execução da pena que se encontra a verdadeira demonstração de vontade da ordem jurídica em relação à coação penal, nesta etapa o poder do Estado combate a criminalidade por intimidar a coletividade (prevenção geral), assim como enaltece o sentimento de confiança no judiciário, também beneficia a vítima por proporcionar-lhe a satisfação de que a injúria cometida não escapou a punição, útil também para o delinquente, o qual a sanção irá se adequar a sua natureza e mal causado, poderá ela converter o infrator em cidadão útil, adaptação artificial realizada pelo enfraquecimento dos maus instintos ou pela modificação do caráter do criminoso.¹¹³

Para Liszt, a política social é a que deverá focar em diminuir ou extinguir com as causas sociais do crime, ou seja, melhorar as condições sociais que instigam o aumento da criminalidade, já a criminal deverá ter como foco o delinquente individualmente, a pena adequada ao seu fim tem como foco evitar o cometimento de novos crimes, o movimento reformista se inicia pela crítica das pequenas penas de prisão predominantes no ordenamento jurídico, estas são inúteis por não conseguirem intimidar o infrator assim como também não alcançarem a ressocialização, ao contrário, por vezes direcionam o criminoso para o retorno à criminalidade, por isto existe a necessidade dos legisladores substituírem a curta pena por

¹¹² LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 11 de jan. de 2024.

¹¹³ Ibidem.

medidas alternativas à prisão, ou que pelo menos, agravem as penas para possuírem a força necessária para o cumprimento de seu fim.¹¹⁴

Liszt possuía interesse no estudo da Política, determinante em sua postura em conceber o direito penal como política criminal, considerado também como pertencente à segunda versão do positivismo jurídico, afasta-se da filosofia, contudo, diverge por incorporar considerações da realidade empírica não jurídica, caracterizando, assim, um positivismo jurídico com matrizes naturalísticas.¹¹⁵

O autor também conferiu ao direito penal um caráter sistematizado, possibilitando estrutura mais completa e complexa, conseqüentemente tornou realizável a junção da disciplina com a criminologia e a política criminal, assim, reforça o conceito antigo de que o direito penal necessita obedecer a um fim, orientado por um objetivo ao qual se destina, não basta ter utilidade pública, é preciso também ser analisado e registrado por meio de estatística, com base nessas ideias o doutrinador buscou a reforma do sistema penal alemão da época.¹¹⁶

Em resumo, as principais características desta escola podem ser divididas em:

- a) adoção do método lógico-abstrato e indutivo experimental – o primeiro para o Direito Penal e o segundo para as demais ciências criminais. Prega a necessidade de distinguir o Direito Penal das demais criminais, tais como Criminologia, Sociologia, Antropologia etc.;
- b) distinção entre imputáveis e inimputáveis – o fundamento dessa distinção, contudo, não é o livre arbítrio, mas a normalidade de determinação do indivíduo. Para um imputável a resposta penal é a pena, e para o perigoso, a medida de segurança, consagrando o chamado duplo-binário;
- c) o crime é concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico – embora considere o crime um fato jurídico, não desconhece que, ao mesmo tempo, é um fenômeno humano e social, constituindo uma realidade fenomênica;
- d) função finalística da pena – a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela pena finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delinquente. Mesmo sem perder o caráter retributivo, prioriza a finalidade preventiva, particularmente a prevenção especial;
- e) eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração – representa o início da busca incessante de alternativas às penas privativas de liberdade de curta duração, começando efetivamente a desenvolver uma verdadeira política criminal liberal.¹¹⁷

Importante o destaque da realidade fenomênica, a concepção do crime além de uma única posição, Liszt compreende a importância social para o conhecimento das causas do delito, afasta-se da escola clássica por abster-se da abstração pura, mas também se distancia dos

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108-109.

¹¹⁶ Ibidem, p. 109.

¹¹⁷ Ibidem, p. 110.

primeiros positivistas por encarar as diversas faces da problemática, por isto tem foco no caráter preventivo da pena, de nada adianta um Direito Penal que não objetive a paz a ser alcançada pela prevenção, da mesma forma, para o autor, sem eficácia a pena de curta duração por não conseguir o caráter preventivo, seja ela positiva ou negativa.

3.6 Finalismo

Com o avanço dos estudos sobre o delito, desenvolveu-se também a estruturação de seus elementos. A teoria finalista, fundamentada no livre-arbítrio e na presença de vontade nas condutas, modifica a compreensão sobre o dolo e culpa na estrutura do crime.

Ao final da construção do delito pelo Neokantismo de Edmund Mezger, a conduta compreendia a vontade exteriorizada que se relacionava com a causalidade, a tipicidade era a proibição da causação do resultado e que também continha elementos subjetivos, a antijuridicidade era a oposição entre a causação do resultado com os valores jurídicos, já a culpabilidade era entendida como a reprovabilidade, contudo, continha também os conceitos de dolo e culpa. No final da década de 1920, parte da doutrina compreendeu que a culpabilidade ser grau de reprovabilidade e conter também o conteúdo de vontade do indivíduo representava uma incoerência na teoria, uma vez ser estranho considerar um ato como contrário ao direito sem a análise do conteúdo da vontade com que o ato se realizou, por isto, Hellmuth Von Weber e Alexander Graf zu Dohna incorporaram ao conceito de tipo os elementos do dolo e da culpa, tornando a culpabilidade em pura reprovabilidade.¹¹⁸

Este novo deslocamento dos elementos subjetivos foi aperfeiçoado por Hans Welzel, conforme o mesmo, a vontade não poderia ser separada de seu conteúdo, ou seja, de sua finalidade, já que toda conduta humana é voluntária, e toda vontade possui um fim, criou-se assim a teoria finalista da ação, que se opôs à antiga estrutura causalista sobre o crime, neste momento a conduta se compreende como uma ação voluntária, a tipicidade se torna uma proibição de conduta na forma dolosa ou culposa, a antijuridicidade é a contradição da conduta proibida com a ordem jurídica e a culpabilidade é apenas conceito de reprovabilidade.¹¹⁹

Conforme exposto por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira:

No finalismo a culpabilidade volta a ter como base o livre-arbítrio, que já não é encarado como um indeterminismo absoluto, mas como liberdade para atuar de acordo com o sentido, resistindo aos impulsos contrários. A culpabilidade seria exatamente a

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 358

¹¹⁹ Ibidem, p. 358-359

falta de autodeterminação conforme ao sentido de um sujeito que era capaz de se libertar dos impulsos.

Welzel admite que a culpabilidade não pode ser demonstrada empiricamente, mas parte da premissa do livre-arbítrio a partir de argumentos antropológicos, caracteriológico e categoriais.

Sob o ponto de vista antropológico, a livre razão seria a compensação necessária, evolutiva, em face da perda dos instintos. Sem a racionalidade a humanidade teria sido extinta.

A face caracteriológica permite ao homem controlar e direcionar seus instintos de acordo com o sentido racional, na direção do socialmente valioso.

Sob o prisma categorial o homem é condenado a ser livre, ou seja, é dotado de uma liberdade existencial que permite sua responsabilização pelos atos praticados.

No finalismo a culpabilidade passa a ser um puro juízo de valor, ou seja, ganha característica puramente normativa, tendo como estruturas a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.¹²⁰

Portanto, o reconhecimento do livre-arbítrio se tornou essencial para o finalismo, o ser humano ao possuir vontade dentro de sua conduta permite que estas sejam responsabilizadas e consequentemente punidas.

O período finalista das ciências criminais afasta-se do positivismo jurídico por rejeitar o estudo do direito positivo como essência da doutrina penal, como também se distancia do Neokantismo por condenar a abstração imprecisa de sua metodologia¹²¹, posto isto, o “método finalista parte da ideia de que o objeto fundamental da dogmática jurídico-penal, sobre o qual se constroem a categorias sistemáticas do delito, são as estruturas lógico-objetivas”(Bitencourt, 2014, p. 118).

As estruturas, por possuírem caráter ontológico, fazem parte da natureza dos objetos, e por isso são imutáveis, tornando-se a base para o Direito e o legislador, essa modificação do subjetivo para o objetivo é a diferença de metodologia que marca a passagem do neokantismo para o finalismo, por isso, ao desenvolver sua teoria finalista, Hans Welzel fundamentou-se na elaboração de conceitos pré-jurídicos materiais existentes anteriormente à avaliação subjetiva humana, a crítica realizada pelo autor é a de que o neokantismo partia do subjetivo, na qual um fato por si só não possui valor, os valores são concebidos pela sociedade, já para Welzel, o significado dos fatos vem antes de sua forma de ser, isso implica que o conhecer da realidade não caracteriza o objeto de conhecimento, mas sim que o objeto de conhecimento é o que determinará o método, uma vez descoberta a sua lógica-objetiva, sendo esta imutável por ser

¹²⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Culpabilidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade> . Acesso em : 22 de jul. de 2024.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

de sua natureza, a produção de conhecimento será por via dedutivo-abstrata.¹²²

O resultado desta nova lógica é no fortalecimento das bases do Direito, a exemplo da vida como bem jurídico indisponível, a faculdade de viver do ser humano é característica lógica-objetiva imutável que deverá ser ponto inicial para qualquer discussão derivada por uma metodologia dedutivo-abstrata da qual emanará outros princípios ou normas.

A próxima época da história das ciências criminais é marcada por aqueles que tentam adequar os conceitos abordados e corrigir os erros passados, por isso os pós-finalistas são caracterizados pelo ecletismo metodológico e pela elaboração de conceitos-base com foco no sistema penal de finalidade para a política criminal, este é o momento em que os estudos penais se prolongam até os dias atuais, sendo as principais referências os funcionalistas Roxin e Jakobs.¹²³

Percebe-se ao longo da história da criminologia a necessidade de resgate às teorias passadas, a negação total de pensamentos anteriores evitava a evolução da ciência, apenas a partir do aceite das demais vertentes, com a análise de cada caso, suas particularidades, juntamente com a devida aplicação da adequada política criminal, foi possível avançar em medidas para diminuir a criminalidade de forma eficaz e humanitária.

3.7 Funcionalismo

O momento funcionalista das ciências criminais demonstra a busca pela efetividade da política criminal, alcançar a paz social tornou-se prioridade do direito penal, que deverá ser objetivo e claro em sua atuação. No entanto, em razão da diferença na radicalização do critério funcional, os meios para alcançar esse fim não foram unânimes entre os representantes dessa escola.

Winfried Hassemer critica o finalismo por ter possivelmente, de forma indireta, influenciado nas políticas criminais hediondas da era nazista, apesar de não ter diretamente contribuído para a mesma, é certo que o modelo de ação e antijuricidade da teoria finalista possam ter sido deturpadas para a sua construção, as bases do finalismo remontam à década de 1930, e o seu ideário possuía muita semelhança ao “Direito Penal da Vontade” desenvolvido pelo Nazismo.¹²⁴

O funcionalismo, conforme lecionado pelo professor Gustavo Junqueira (2004, p. 28),

¹²² Ibidem, p. 118-120.

¹²³ Ibidem, p. 122.

¹²⁴ HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha pós-guerra**. Tradução por Carlos Eduardo Vasconcelos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 30, n. 118, Abr./jun. 1993. p.247

“Mais que uma corrente acerca da teoria do delito, acreditamos que se trata de uma nova escola, pelas peculiares formas de enfrentar as questões sobre a justificativa e possibilidades do direito penal.”¹²⁵

O chamado Funcionalismo Social de Hassamer considerava o direito como uma forma e reflexo de estrutura social, de modo que sua função é intrínseca a sua estrutura, por isto a ciência do Direito deve também ser uma Ciência Social. O direito penal, ao responder perguntas fundamentais como, por exemplo, quais comportamentos merecem ser punidos ou qual a função do sistema criminal, estas deverão ser analisadas sobre campo ao qual o Direito pertence, à sociedade, ou em melhor expressão, aos sistemas sociais. As respostas não serão pelo mundo formal das normas e nem pelos valores culturais e espirituais, como achavam o positivismo e o dogmatismo das ciências do espírito, mas sim em razão do funcionamento dos sistemas sociais, as necessidades concretas e específicas da sociedade que guiarão o Direito Penal, dessa forma, como fenômenos sociais, finalmente crime e pena poderão fazer sentido.¹²⁶

Os fundamentos do chamado “Funcionalismo Teleológico-funcional”, elaborado por Claus Roxin, surgem em 1970 por meio de sua obra “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”, ressalta a necessidade de uma construção sistemática da doutrina penal e conclui por ser essencial o reconhecimento das decisões valorativas político-criminais entrarem na dogmática criminal, de modo que Estado de Direito e Estado Social compõem uma unidade dialética.¹²⁷

A teoria de Roxin poderia ser compreendida como a junção entre o pensamento indutivo, relacionado a valores político-criminais, com o indutivo, a partir da análise concreta composta de grupos de casos, dessa forma, o Direito Penal terá a missão de atuar somente nos casos em que o bem jurídico for violado, sendo defensor de medidas alternativas à sanção penal.¹²⁸

Esta nova abertura da dogmática criminal para considerações valorativas remete novamente a metodologia Neokantista, contudo, neste momento os valores possuem fundamento nos princípios e garantias decorrentes do direito de punir, com finalidade de política criminal, a crítica a este movimento é a de que o Funcionalismo diminuiria o rigor científico do Direito Penal, já que esta busca atender aos valores em constante mudanças às transformações culturais e sociais, o que acaba por distanciar-se de uma suposta neutralidade pelo rigor dogmático mais imutável, este distanciamento se torna mais radicalizado a partir dos

¹²⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. São Paulo: Prima Cursos Preparatória, 2004. p. 28.

¹²⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal I**. Montevideo: B de f, 2ª ed, 2003. p. 272

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122-123

¹²⁸ JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni; LAZARI, Rafael José Nadim de. 379

SISTEMA PENAL FUNCIONALISTA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO. Cadernos do programa de pós-graduação DIREITO /UFRGS. Volume 12. N.1. 2017. p. 386-387

ensinamentos de Gunther Jakobs.¹²⁹

Em 1983 Jakobs demonstra seus conceitos acerca do Direito Penal, a teoria teleológica de Roxin utiliza de lógica acrescida de razão prática, dessa forma a criação de conceitos jurídico-penais está limitado por conteúdo material fático, realidade empírica fora do próprio sistema, já o funcionalismo sistêmico de Jakobs possuía como padrão a radicalização do critério funcional, de modo que os parâmetros da estruturação da sistemática penal está localizada dentro do próprio sistema, não sendo restringida por fatores externos, por isto diz-se que sua teoria é mais radical do que a de Roxin. Jakobs, através dos conceitos trazidos da teoria dos sistemas sociais de Luhmann constrói o direito como um sistema normativo fechado e autopoietico (conceitos trabalhados no capítulo 7 deste trabalho), assim, o Direito Penal limita-se à análise puramente normativa-funcional de um direito positivo, não sendo consideradas as questões empíricas e valores não normativos.¹³⁰

Jakobs preconiza que o Direito Penal deverá ser sistematizado em função de reafirmação da vigência da norma, a sua legitimidade advém da conservação da sociedade e do Estado, a justificativa da pena se manifesta em razão da infração da norma que necessita ser reagida, dito isto, a dogmática criminal possui como bem jurídico a confiança da população de que o Estado irá proteger os valores essenciais para o funcionamento da vida em sociedade.¹³¹

Este Direito Penal mais “simbólico”, como chamado, acaba por simplificar o conteúdo material de bem jurídico, assim como sua capacidade crítica do sistema criminal, nesta linha funcionalista, ao analisar o crime de homicídio, por exemplo, esta conduta irá adquirir sentido para o Direito penal não em razão da lesividade para a vida, mas sim porque a conduta se opõe a norma que compõem o delito de homicídio, ou seja, o indivíduo se torna infrator no momento em que este dá causa a uma conduta dolosa ou culposa que tem como resultado a conduta prescrita, a problemática deste normativismo radical é que para atender aos anseios sociais ele dificulta as tentativas de limitar o poder punitivo estatal, o que entra em conflito direto com as garantias individuais conquistadas ao longo da história criminal, o perigo reside em uma política de fins que justificam os meios, legitimando uma intervenção estatal ilimitada.¹³²

O conceito de pena para Jakobs em relação ao ato ilícito é a de que ambos portam significados em si, a infração é ato de pessoa racional que em desacordo com a norma ataca a sua vigência, já a punição significa que este desacordo do autor é irrelevante, a norma possui

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124

¹³⁰ Ibidem. p. 124-125

¹³¹ Ibidem. p.125

¹³² Ibidem. p.125-126

vigência e deverá ser protegida para a manutenção da sociedade, por isto, tanto o fato quanto a pena são formas de interação simbólica.¹³³

Este Direito Penal “simbólico” desenvolveu-se no chamado Direito Penal do inimigo,¹³⁴ altamente debatido pelos doutrinadores atuais, justamente pelo caráter polêmico da teoria, a análise de seu conceito será abordado no capítulo 12 deste trabalho, haja vista a sua relevância prática para o desenvolvimento de uma política criminal moderna.

Não obstante a relevância dos conceitos acerca do Direito Penal do inimigo, o funcionalismo moderado proposto por Roxin demonstra via mais condizente para servir de alicerce de uma Política Criminal em um Estado Social e Democrático de direito, por isto, os próximos capítulos destinam-se ao seu estudo.

¹³³ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 22

¹³⁴ Ibidem. p. 81

4. FUNCIONALISMO DE ROXIN E O DIREITO PENAL DO FUTURO

Roxin aprofundou os estudos do direito penal com foco na função político-criminal, destacando-se pela harmonização entre a teoria, a prática e as necessidades sociais, a partir dessa perspectiva, buscou um sistema criminal eficaz e justo em uma realidade social de constante mudança.

Para Claus Roxin, a pena se justifica por assegurar a vigência da norma que objetiva consolidar as expectativas sociais, a confiança no sistema jurídico depende da eficácia da aplicação normativa, assim, a sanção deve conter como fim o seu cunho político-criminal, de forma a romper com a barreira entre as duas disciplinas para viabilizar a utilização prática dos conceitos.¹³⁵

O intuito é alcançar um Direito penal com base em estudos dos possíveis efeitos a serem causados na sociedade, ou seja, a dogmática tem que estar alinhada com os fins que o legitimaram, dessa forma, quando os resultados práticos não demonstrarem eficácia, deverão ser corrigidas em concordância com os princípios garantistas e as finalidades político-criminais, por esta razão o funcionalismo de Roxin é conhecido pela sua estrutura teleológica, ou seja, voltada para os seus fins valorativos.¹³⁶

Para Roxin, o direito penal é indispensável por garantir as condições necessárias para a manifestação livre da personalidade individual, sendo um dos requisitos mínimos para uma sociedade de direito, contudo, diferentemente de demais disciplinas naturais e sociais que independem de justificativa para a sua existência, a dogmática penal por vezes tem sua validade questionada, os defensores admitem que é um mal necessário, mas que nem por isso deixa de ser um mal, passar pelo sistema penal como réu é ser excluído socialmente com consequências gravíssimas também para a psique, a barbárie é de um grau que dificulta a própria finalidade do sistema de união e atenuação de discriminações, acaba por aumentar as desigualdades. A busca então deverá ser a diminuição do caráter oneroso do Direito Penal, por certo, talvez fosse possível conceber como um instituto de sociedades menos desenvolvidas, e que no futuro precisará ser superado, esse pensamento leva ao questionamento da possibilidade ou não de preservar o Direito penal, talvez para uma doutrina focada exclusivamente na ressocialização e tutela.¹³⁷

¹³⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. São Paulo: Prima Cursos Preparatória, 2004. p. 28.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 123.

¹³⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-2.

Os abolicionistas alegam que os malefícios superam os benefícios do sistema, focar em combater as causas sociais da criminalidade demonstrará ser muito mais eficaz do que lutar contra a criminalidade, se este cenário fosse realista de fato o futuro do direito penal seria ser abolido, contudo, essa corrente possui ideais incoerentes com a prática, parte da suposição que, através de uma governança perfeita, situação já utópica, surgiria uma sociedade na qual as causas da criminalidade fossem consideravelmente reduzidas.¹³⁸

A problemática deste pensamento resta pelo fato de que a evolução epistemológica demonstra que o crime como fenômeno é fato social complexo, com complexidade em suas causas, tentar abolir o crime por meio de uma vertente, a social, não será suficiente para uma sociedade de paz social.

Roxin expõe o erro deste pensamento por meio de observação prática:

A Alemanha vem gozando, desde a época do pós-guerra (depois de 1950) até a reunificação, de um nível de bem-estar cada vez maior, com uma população sempre decrescente — mas a criminalidade aumentou de modo considerável. Não corresponde, portanto, à experiência que a criminalidade se deixe eliminar através de reformas sociais.¹³⁹

Portanto, mesmo em situações utópicas de sociedades sem problemas sociais, seria possível a verificação da presença da criminalidade, uma vez que o crime é fato social multifatorial.

A realidade corrobora que a criminalidade se encontra dentro do contexto das formas típicas de ação humana, sendo impossível de ser extinta, a redução das causas sociais possuem mais relação com a forma do delito do que com a taxa da criminalidade, uma sociedade com dificuldade econômica e desigual estará inclinada para crimes relacionados com pobreza, contudo, em uma que as situações econômicas são predominantemente boas, esta será propícia para a criminalidade de bem-estar, ligada a constante busca do aumento de posses, obviamente isto não escusa o Estado de buscar melhores condições sociais, mas apenas que talvez não seja a forma mais eficaz para reduzir o crime.¹⁴⁰

O caráter multifatorial do delito faz com que a política criminal necessite do uso de estudos prévios para definir a estratégia mais eficaz e específica para cada sociedade, quanto mais específico e restringido forem as causas do crime em determinado foco, maior será a eficácia em seu combate.

¹³⁸ Ibidem, p. 3-4.

¹³⁹ Ibidem, p. 4.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 4.

Outro caminho, intensificar o controle da criminalidade por meio vigilância estatal, fortalecer a vigília sobre a população,¹⁴¹ encontra possíveis argumentos como, nas palavras de Roxin (2008, p. 5-6):

De fato, pode-se verificar que sociedades liberais e democráticas possuem uma criminalidade maior que ditaduras. Mas também um país livre e em que existe um Estado de Direito, como o Japão, apresenta uma criminalidade sensivelmente menor que a dos Estados industriais do Ocidente. Isto costuma ser explicado com o fato de a estrutura social japonesa ser bem menos individualista que a ocidental. O indivíduo está submetido, portanto, a um controle social (através da família, dos vizinhos e de uma polícia que aparece como assistente) consideravelmente mais intenso, o que lhe dificulta o comportamento desviante. Munique é a cidade grande mais segura da Alemanha, isto é, com a menor criminalidade; e isto decorre do fato de que Munique possui o mais intenso de todos os policiamentos, obtendo através disso maior eficácia preventiva.

Posto isto, o controle, seja ele estatal como nas ditaduras, ou social como no Japão, parecem validar o discurso para intensificar o controle criminal, a alta eficácia preventiva em Munique parece estar diretamente ligada ao seu alto policiamento.

A partir dessa observação, Roxin indaga-se se mediante um controle social impecável, o direito penal poderia ser restringido como último instrumento para lidar com os atos infracionais, o que possibilitaria a amenização das sanções ao ponto de se aproximar de uma teórica abolição do caráter repressivo penal, apesar disso, o totalitarismo não pode ser resposta, uma vez que Estados totalitários tendem a intensificar as punições ao invés de amenizá-las, além de serem contrários às concepções de Estado de Direito. A ideia de prevenção por meio da maior gerência populacional faz juz a algumas considerações, as novas tecnologias, a exemplo das câmeras de vigilâncias e métodos eletrônicos de rastreamento, já são utilizados em diversos países considerados democráticos, e possuem tanto caráter impeditivo quanto intimidativo no indivíduo, mas ainda assim esse modelo menos agressivo do que o totalitarismo clássico é capaz de ser alvo de críticas do ponto de vista das garantias de um Estado de Direito, assim como serão mais limitados do que os métodos totalitaristas, a exemplo dos crimes passionais e que geralmente ocorrem na privacidade das residências, o preço a se pagar por uma vigilância ilimitada seria cara demais para os vários inocentes que terão invadidas a privacidade de seu núcleo de personalidade.¹⁴²

Contudo, como afirma Roxin:

parece-me justificado que uma incessante vigilância através de câmeras ou a presença

¹⁴¹ Ibidem, p. 5.

¹⁴² Ibidem, p. 6-8.

policial controlem instalações públicas, ruas e praças, nas quais se saiba ocorrerem ações criminosas, bem como que rondas policiais protejam moradias privadas do perigo de arrombamento. Os direitos da personalidade não são seriamente restringidos, pois qualquer um que apareça em público se submete à observação por outras pessoas... Minha segunda conclusão intermediária é, portanto, a seguinte: uma vigilância mais intensiva, que leve a criminalidade ao desaparecimento, igualmente não poderá tornar o direito penal supérfluo. Ela, afinal, só é possível em setores restritos, e mesmo no caso de sua possibilidade, apenas parcialmente permitida. Entretanto, nos limites do possível e do permitido, ela é um meio eficiente de combate à criminalidade, que deverá, assim, integrar o direito penal do futuro. (Roxin, 2008 p.8-9)

Repudiar toda forma de vigilância em prol de conceitos liberais é demasiado radical e não condiz com a realidade, a partir do momento em que o indivíduo se encontra em local público, a vigilância estatal deverá ser incentivada, ainda mais nos locais em que se sabe que possui altos índices de criminalidade. O mundo moderno apresenta tal complexidade que força o direito a se tornar igualmente complexo, a integração das novas tecnologias é condição inevitável para a dogmática penal do futuro.

Em relação às medidas de segurança, Roxin compreende que parcela considerável dos condenados possuem perturbações psíquicas ou sociais, o problema é que os métodos terapêuticos necessários para o tratamento destes ainda não estão disponíveis atualmente, mas podem, entretanto, ser desenvolvidos em um futuro próximo, a Alemanha possui resultados promissores na área, o que leva a crer que medidas terapêuticas se tornem cada vez mais comuns nos sistemas penais. Apesar disto, substituir completamente o direito penal por medidas terapêuticas também não aparenta caminho promissor, muitos dos psiquicamente perturbados não serão sensíveis ou apresentarão resistência contra as medidas. Dentro de um nível respeitável de dignidade humana, resta improvável a coação de terapia, mesmo que fosse, não seria a solução total, já que nem todo delinquente é um doente psíquico, cabe ressaltar também que por vezes as medidas de segurança infligem um mal mais severo às garantias do indivíduo do que a prisão, assim, apesar do direito penal do futuro possivelmente ter um aumento de métodos terapêuticos, estes não poderão substituir o direito penal.¹⁴³

Para Roxin, a descriminalização poderá acontecer por meio do abandono de normas penais desnecessárias para a manutenção da paz, condutas relacionadas à moral, religião, política ou que não ultrapassem ao perigo causado a si próprio, não são necessárias de tutela penal, pois fogem da finalidade de garantia da coexistência social, da mesma forma, em razão do princípio da *ultima ratio*, litígios em que o dano não tenha grande relevância, como pequenas infrações de trânsito, barulho ou incômodos sociais leves, deverão ser alvo de processo de

¹⁴³ Ibidem, p. 11.

descriminalização do sistema penal, por esta mesma linha de pensamento, a diversificação da pena para os delitos de baixo dano social é forma mais eficaz e humana do que a submissão à restrição de liberdade, uma vez que já se sabe que para o infrator não habitual de delitos de menor gravidade, passar pelo sistema, ou a aplicação de medidas alternativas, já são eficazes para a prevenção.¹⁴⁴

Apesar de todos os posicionamentos acima, diz Roxin:

Apesar das expostas possibilidades de uma limitada descriminalização, pode-se profetizar, como saldo geral, um aumento dos dispositivos penais. E isto decorre não somente das regras que a União Européia trará consigo, mas principalmente do fato de estarem as estruturas sociais tornando-se cada vez mais complicadas. Sociedades simples podem arranjar-se com os dez mandamentos ou análogas normas básicas. Mas a moderna sociedade de massas só se deixa controlar através de abrangentes regulamentações. Também os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos.¹⁴⁵

Em outras palavras, apesar do estudo criminológico levar a crer que a maior eficácia irá advir de um direito penal minimalista pela *ultima ratio*, assim como gradativamente deveria ir diminuindo o uso da restrição de liberdade como pena, o cenário mais provável é que nas próximas décadas ocorra um processo maior de criminalização de condutas e não o contrário.

Isto não implica, porém, que o direito penal está fracassando mundialmente, mas sim que as mudanças econômicas, tecnológicas e sociais, estão em ritmo demais acelerado, a própria mudança na forma de viver das grandes cidades, que favorecem o anonimato, e os valiosos objetos necessários para a vida moderna diária, são fatores que aumentaram a tentação individual para o furto em comparação com épocas passadas.¹⁴⁶

Mesmo com esse possível futuro mais próximo, Roxin acredita que as penas irão amenizar eventualmente, ainda que nos últimos anos a tendência política criminal tenha sido de maior dureza penal, muito em razão do medo crescente da criminalidade na população que é atizada cada vez mais pela mídia amante de reportagens sobre o crime, que fez o clamor social exigir penas cada vez mais severas, o que acaba tornando-se realidade por ser fonte fácil de votos para políticos. Ainda assim, a suavização está por vir, visto que a pena privativa de liberdade, a mais severa das sanções, tem alcançado seu ápice em ponto já distante no passado, a razão de seu retrocesso ocorrerá em razão do aumento dos dispositivos pela crescente criminalização acabar incapacitando o sistema prisional. As prisões e os finitos recursos Estatais serão, ou já o são, incapazes de suprir a demanda criada pela constante gradação das

¹⁴⁴ Ibidem, p.12-15.

¹⁴⁵ Ibidem, p.15.

¹⁴⁶ Ibidem, p.17.

condutas criminalizadas, além de que, já é certo que a cessação da liberdade como consequência para os delitos de pequeno e médio dano, que são a maioria, é ineficaz para (re-)socializar o indivíduo, pelo contrário, os efeitos de uma condenação tem, na verdade, efeitos “dessocializadores”, dessa forma, a tendência é a substituição da prisão por medidas alternativas¹⁴⁷:

O desenvolvimento político-criminal deve, portanto, afastar-se ainda mais da pena privativa de liberdade. Em seu lugar teremos, em primeiro lugar, a pena de multa, e é especialmente no seu uso que reside a tendência à suavização, de que falei acima. A prática já hoje dominante na Alemanha bem demonstra a quão longe a dispensa de penas privativas de liberdade pode ser levada. No ano de 1882, 76,8 % de todas as condenações tinham por conteúdo uma pena privativa de liberdade, e 22,4% uma multa. Nos últimos dez anos, as penas privativas de liberdade a serem executadas só chegaram, em média, a 6%, isto é, aproximadamente um quinze avós do total de condenações. Ao mesmo tempo, em 80-84% dos casos foi aplicada a pena de multa, a qual, portanto, quase quadruplicou.¹⁴⁸

Conclui-se que a humanização das sanções para crimes mais brandos, por meio da diversificação das penas, é mais eficiente para a prevenção e a ressocialização, o que leva à imprescindível suavização do direito penal.¹⁴⁹

Roxin ressalta a importância da pena de multa, mas admite que esta não é a solução de todos os problemas, esta sanção surte pouco efeito quando a população é pobre ou caso o indivíduo possua proficiência em esconder bens, assim, será necessária a criação de variadas formas de medidas alternativas para poderem alcançar a maior quantidade possível dos casos concretos, a prisão domiciliar, por exemplo, se aliada com as formas modernas de monitoramento, podem apresentar-se como forma mais eficaz e humana de punição para crimes mais leves.¹⁵⁰

Além das medidas alternativas, o autor sugere também a adoção de medidas similares a sanção, mas que dessa diferem por não possuírem o caráter coercitivo da pena. O trabalho de utilidade comum seria a prestação de serviços ao Estado de qualquer tipo, o benefício da adoção deste é no maior engajamento pessoal do indivíduo, mas esse modelo somente pode ser adotado de forma voluntária, uma vez que em um Estado de Direito o trabalho forçado deve ser excluído do direito penal. O outro método proposto é a reparação voluntária pelo infrator, contudo, não poderá ser igual da imposta durante o percurso do processo penal que condenam à indenização, mas sim de um maior benefício para o infrator, que antes de instaurado o processo seja capaz

¹⁴⁷ Ibidem, p. 17-18.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 19.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 19-20.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 20-21.

de reparar o dano sofrido pela vítima de forma favorável, a ideia é incentivar a reparação de forma rápida e sem burocracia, a depender da gravidade da infração, a retribuição poderá ser a diminuição da pena ou até mesmo uma suspensão condicional.¹⁵¹

O aumento das sanções para as pessoas jurídicas também será outra tendência no futuro, apesar de punições para essas entidades já possuírem forma atualmente, não se adaptaram completamente ao Direito Penal, uma vez que foi construído a partir da culpabilidade individual, porém, em razão do grau lesividade, principalmente de crimes econômicos e ambientais, o ampliamiento da punição desses entes irá aumentar. A forma tradicional da dogmática criminal possui dificuldade em responsabilizar com precisão casos que envolvem pessoas jurídicas, assim como não demonstram eficácia na prevenção dos perigos causados, por isso, a punição para a pessoa jurídica necessita de mesma criação de sua natureza, ou seja, de uma construção jurídica.¹⁵²

Roxin acredita na suavização do direito penal no futuro, as mais variadas formas de medidas alternativas, formas de prevenção e sanções não coercitivas, terão eventualmente seu espaço dentro do sistema penal, apesar disso, é necessário ter em mente que nenhum modelo, seja ele abolicionista ou pela pregação de um modelo puramente de medidas de segurança, conseguirão tornar o direito penal supérfluo, a diversificação de abordagens será a forma da garantia da paz e dos direitos dos cidadãos, tornando-se instrumento de direcionamento social.¹⁵³

É notório o aumento da complexidade das vertentes criminológicas ao longo dos anos, a doutrina reconhece o crime como objeto mais complexo do que aparenta ser e adota abordagens ecléticas para possíveis soluções, não sendo realista tratamento único para a problemática.

4.1 Política Criminal, Funcionalismo e imputação objetiva

Dentro do funcionalismo, a teoria do crime ganha nova complexidade pela teoria da imputação objetiva, a forma estruturada pelo finalismo já não era mais capaz de solucionar todas as problemáticas decorrentes dos casos concretos, foi necessário o aumento da complexidade da estrutura do crime para alcançar a justa imputação.

Para Roxin, estruturar o direito penal conforme as perspectivas política criminais de um

¹⁵¹ Ibidem, p. 22-25.

¹⁵² Ibidem, p. 28

¹⁵³ Ibidem, p. 28-30.

Estado é possibilitar a união entre os conhecimentos sociais e políticos com estudos empíricos e criminológicos. Dessa forma, a dogmática criminal poderá deixar de ser unicamente normas amplas despropositadas para poderem objetivar o desenvolvimento social.¹⁵⁴

As teorias dominantes sobre o ilícito durante o século XX, o causalismo e o finalismo, apesar de grande debate sobre suas divergências, principalmente sobre a parte da culpa dentro da estrutura, em muito são mais parecidas do que divergentes entre si, principalmente sobre o aspecto de ambas terem sido criadas e protegidas de possíveis análises político criminais, já que são regradas por meios de princípios que afastam a análise valorativa dos casos.¹⁵⁵

A problemática do causalismo advém da grande extensão de possíveis infratores em decorrência da teoria da equivalência dos antecedentes, visto que todos que contribuíram para o resultado com uma *conditio sine qua non* poderão ser considerados culpados, a consequência deste modelo foi o regresso ao infinito que fornecia ao Estado um excesso de poder pela amplitude de possibilidade de indivíduos puníveis.¹⁵⁶

Já o finalismo, a fim de combater o regresso ao infinito do causalismo, analisa o dolo ao nível do tipo na estrutura do crime, a ideia é que o ser humano é capaz de antever a finalidade de seus atos, sendo assim, dentro da conduta já é possível análise subjetiva do dolo, apesar de evitar consideravelmente a amplitude causalista, o finalismo ainda não foi capaz de conter a extensão causada pela teoria da equivalência.¹⁵⁷

A solução foi a restrição da amplitude da imputação objetiva pela abrangência de seus requisitos. A teoria da imputação objetiva orienta que, para um agente ser imputado nesta esfera deverá o seu comportamento criar um risco não permitido, o risco se realizar dentro do resultado concreto e que este resultado se encontre dentro do alcance do tipo.¹⁵⁸

A escola funcionalista, também conhecida como teológica ou de política criminal, demonstra como a teoria da imputação objetiva cumpre a função de estruturar o direito penal conforme a sua função, a ideia de considerar uma conduta como típica apenas a que proceder com risco não permitido deduz a construção do direito penal ante a proposta de proteger os valores sociais e individuais de perigos sócio-politicamente intoleráveis, assim, excluem-se aquelas que não apresentem relevância jurídico-penal, põe em pauta os problemas fundamentais a serem enfrentados, direciona a dogmática aos questionamentos político criminais e abre o

¹⁵⁴ Ibidem, p.77-78.

¹⁵⁵ Ibidem, p.78-79.

¹⁵⁶ Ibidem, p. P.101.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 102.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 104.

sistema para a realidade.¹⁵⁹

Como exemplificado pelo autor:

O mesmo vale para o conceito de risco permitido: onde ele não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas. Quando se quer saber se contatos sexuais mantidos por uma pessoa infectada pelo HIV com uma pessoa não informada desta infecção, utilizando ou não preservativo, configuram lesões corporais, isto só pode ser decidido através de uma estimativa exata do risco de infecção com ajuda de critérios sócio-politicamente fundados sobre os limites daquilo que é socialmente tolerável. Assim, tanto a política social como alguns dados de realidade introduzem-se, através do princípio sistemático do risco, de modo imediato na interpretação das ações típicas.¹⁶⁰

O conceito de risco dentro do direito penal traz o estudo empírico para a análise das condutas consideradas juridicamente relevantes, possibilita a análise multidisciplinar de averiguação real do eventual perigo da conduta praticada, tudo isso ainda com base dos princípios jurídicos.

A diferença do funcionalismo para o finalismo e causalismo se dá não só por sua ligação com o conhecimento empírico e a adoção do objetivo político crimianal, mas também por reconhecer que o fato típico como produto de valores jurídicos além de seu conceito ontológico.¹⁶¹

Quanto a responsabilidade, Roxin compreende que essa também deve estar em sintonia com a teoria dos fins das penas, aceitar a sanção unicamente como resposta para uma culpabilidade é limitar-se a conceitos “retributivistas” puros, dessa forma, é necessário que haja, também, uma necessidade preventiva da pena¹⁶², como exemplificado pelo autor:

E quando o § 19 do StGB dispõe: "E incapaz de culpabilidade aquele que ainda não tem 14 anos ao cometer o fato", é evidente que isto — tomado literalmente — é correto em muitos, mas jamais em todos os casos. O jovem de 13 anos que quebra as janelas do vizinho, sabe, em regra, que não é permitido agir assim, e pode comportar-se de acordo com esta exigência; a punição paternal não se aplicará sobre uma pessoa sem culpabilidade. Mas se o legislador, aqui, dispensa a pena, isto ocorre principalmente porque a coletividade não considera delitos cometidos por crianças uma especial ameaça, faltando, portanto, uma necessidade preventiva geral de punição; e também porque a tentativa de educar crianças através da pena criminal é contra-indicada do ponto de vista preventivo especial.¹⁶³

Já que a culpabilidade é “o agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas” (Roxin, 2008, p. 87), e o menor de 13 possui capacidade de compreender que

¹⁵⁹ Ibidem, p. 79-81.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 81.

¹⁶¹ Ibidem, p. 82.

¹⁶² Ibidem, p. 85-87.

¹⁶³ Ibidem, p. 90.

determinados atos são ilícitos, é por escolha do legislador a ausência de sua responsabilidade.

Conclui-se, portanto, que é juridicamente possível conceber a ausência de responsabilidade ainda que presente a culpabilidade, desde que não esteja presente a necessidade preventiva no caso concreto.

Os ensinamentos de Roxin levam para um sistema penal baseado na finalidade político-criminal estruturado por meio da eficiência das penas. A maior complexidade na teoria delitiva garante ao direito penal a devida abertura para as decorrentes problemáticas modernas que necessitam constantemente passar pela análise do risco político-social aceitável, assim como a restrição da amplitude da punibilidade protege as garantias individuais dos que enfrentam o sistema.

O método pelo qual Claus Roxin aborda o Direito Penal é especialmente crítico, equilibrado e harmônico com os princípios da dogmática criminal e os objetivos do Estado, em razão disso, e devido à sua importância para o desenvolvimento de boas políticas criminais no futuro, as considerações finais sobre sua vertente serão abordadas no último tópico que antecede a análise comparativa e estatística entre sistemas criminais. Sendo necessário, neste momento, adentrar acerca das consequências do reconhecimento da complexidade do conceito de crime e aprofundar os estudos acerca do sistema punitivo.

5. MULTIDISCIPLINARIDADE, INTERDISCIPLINARIDADE E TRANSDISCIPLINARIDADE NA CRIMINOLOGIA

O caráter multifatorial do crime levou a um constante debate sobre a união entre criminologia com outras disciplinas, no decorrer da história ocorreu o embate entre elas, contudo, a cooperação recíproca tem demonstrado maior efetividade para o alcance dos objetivos pretendidos.

A transdisciplinaridade significa transpor as barreiras entre as disciplinas, o ampliamiento da compreensão da realidade por meio de novo pensamento, a multidisciplinaridade, por sua vez, é a integração de diversas disciplinas no mesmo estudo fenomênico, por outro lado, na interdisciplinaridade existe a troca de métodos e informações que permite maior flexibilização de conhecimentos, esta última pode ser considerado momento de transição para a transdisciplinaridade.¹⁶⁴

Quanto à Transdisciplinaridade, ela é uma pedagogia de educação proposta recentemente, com vinculação à complexidade, ao pensamento complexo e epistêmico... Nesta pedagogia, as relações não iriam apenas de integração das diferentes disciplinas. Esta nova elaboração do Ensino/Aprendizagem vai muito além; para ela não devem existir fronteiras entre áreas do conhecimento e à interação chega a um nível tão elevado que é praticamente impossível distinguir onde começa e onde termina cada disciplina.¹⁶⁵

Os termos são referentes à integração de múltiplas disciplinas para determinado fim, a distinção está no grau de assimilação e complexidade, começando pela simples justaposição da multidisciplinaridade e avançando até a cooperação total da transdisciplinaridade, momento em que todas as fronteiras são superadas.

5.1 Necessidade multidisciplinar da criminologia

A natureza das causas do crime é essencialmente complexa, de início era associada ao “mal” no sentido sobrenatural, a busca por uma compreensão mais racional e científica levou à integração de novas perspectivas, todavia, desde a formação da sociedade há a necessidade de punir a conduta desviante, assim como o interesse no estudo de suas causas.

O saber penal, no que tange ao estudo da conduta delinquente, a forma de controle e o

¹⁶⁴ RODRIGUES, Marie Lúcia. Apud SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 176.

¹⁶⁵ SILVA, Ítalo B. da; TAVARES, O. A. de O. **Uma pedagogia multidisciplinar, interdisciplinar ou transdisciplinar para o ensino/aprendizagem da física**. Holos, v. 1, p. 4-12, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.15628/holos.2005.52>. Acesso em: 15 de jan. de 2024

modo de resposta estatal, de certa forma sempre tem existido na história da humanidade, delimitar o momento de gênese da criminologia é ponto crucial para o início dos estudos, é definir o horizonte de investigação, essencial para a melhor escolha de um possível projeto prático de política criminal.¹⁶⁶

O ponto de partida é comumente atrelado pelos teóricos à doutrina do Século XIX, com o positivismo de Lombroso, ou aos pensadores iluministas do grupo de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, porém, o conhecimento sobre o criminalizado e aquilo que é criminalizável nasce unido ao poder de punir, ou seja, os primeiros criminólogos, na pré-história de sua ciência, eram conhecidos como demonólogos.¹⁶⁷

A demonologia, a análise sistemática de variados demônios, possuía como fim desvendar as causas do mal, assim como sua relação com o diabo. Na Idade Média, a inquisição se utilizava dos conhecimentos nessa área para o fundamento do aparelho repressor, o poder punitivo da época tinha como fundamentos os demonólogos que, com o discurso emergencial, criaram e utilizaram o pânico social como licença para as punições irrestritas de garantias para os condenados.¹⁶⁸

Já na Idade Média foi possível perceber a briga pela hegemonia dos meios punitivos, em 1568, Jean Wier na Basileira, publica um livro no qual sustenta que a punição das bruxas não deveria advir dos inquisidores, mas sim pelos médicos locais, dentro desta disputa também se encontravam os tribunais e os carrascos, todos almejando ser os detentores dos sofrimentos.¹⁶⁹

O pensamento liberal contratualista do século XVIII teve como objetivo a racionalização do poder punitivo, com ideais de penas mais razoáveis e um judiciário e executivo mais controláveis, conseguiu dar aspecto humanista para o pensamento criminológico e gerou rupturas no sistema repressivo, contudo, não obteve resultados satisfatórios para a redução dos delitos, de certa forma, é possível considerar que a produção teórica sobre o crime atingiu seu ponto de saturação no final do século XIX. Em decorrência disto, ocorre o impulso para a racionalidade técnico-científica, a criminologia vira seus holofotes para as ciências naturais, nesta mesma época a industrialização da sociedade torna

¹⁶⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, 6ª edição. 2013. p. 173.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro:editora GZ, 2021. p. 42.

¹⁶⁸ PRADO, Rodrigo Murad do. **Os demonólogos e a Criminologia: o surgimento da Criminologia**. Canal de Ciências Criminais, 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/os-demonologos-e-a-criminologia-o-surgimento-da-criminologia/>. Acesso em: 15 de jan. de 2024

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro:editora GZ, 2021. p. 42-43.

clara a desigualdade gerada pelo capitalismo, a concentração populacional nos centros urbanos, o acúmulo de riqueza de poucos enquanto vários são jogados para a miséria, o gradativo aumento do desemprego, foram condições que inevitavelmente se transformaram em causas para o aumento da criminalidade, assim, os conceitos liberais como forma de controle se tornaram ainda mais obsoletos aos olhos dos governantes, o novo quadro social, com a massificação dos excluídos, trouxe para a disputa do saber criminológico os aspectos psicológicos e biológicos como fenômenos causais do crime, independente das críticas futuras para os ensinamentos desta época, o caminhar do saber penal desde o momento da sua racionalização de contração do poder público, sua frustração por falta êxito, e a busca por novas ciências para maior efetividade, demonstra a necessidade multidisciplinar impulsionado pela necessidade de novas estratégias de contenção da criminalidade.¹⁷⁰

A bem da verdade, o poder de punir atraiu diversas áreas para a busca de sua titularidade, a política, como já vista, se diferencia pelo caráter coercitivo geral na população, o ego entre as disciplinas é o maior obstáculo para a conquista da transdisciplinaridade da criminologia.

5.2 problemáticas da interdisciplinaridade

A criminologia passou por diversos desafios para a integração com outras disciplinas, principalmente em razão da dúvida sobre sua natureza como ciência auxiliar ou independente, assim como pelos questionamentos sobre a essência do direito penal, a título de exemplo, questionava-se se seria possível manter o seu âmago ainda que trabalhasse com outras áreas.

A multidisciplinaridade advinda do perídio criminológico positivista não acabou sendo muito frutífera para a sua manutenção, é paradoxalmente o momento em que a criminologia deveria agregar as demais áreas do conhecimento para a infusão ao mundo jurídico, contudo, teve por fim o efeito oposto, ocorreu a desarmonização entre os doutrinadores, muitos passaram a criticar a ligação do direito penal com outras áreas, neste momento a criminologia passou a ser vista como ciência auxiliar, a crítica advém pela perda da essência do estudo da ciência penal, a formulação de um “direito penal sem direito”(Rocco, El Problema..., p. 06 op cit .178), neste momento a criminologia toma o rumo tecnicista, e o direito penal acaba sendo guiado pela teoria geral do direito, esta visão mudou apenas com o momento da sociologia criminal, a reação social sobre os crimes de colarinho branco fez com que os pensadores indagassem sobre a motivação política do porquê de algumas condutas serem criminalizadas em prioridade de

¹⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, 6ª edição. 2013. p. 174-175.

outras, assim, a ideia da criminologia apenas como auxiliar do direito penal se tornou discurso desqualificado e superado no âmbito acadêmico.¹⁷¹

Apesar de academicamente ter seu discurso superado, a criminologia positivista permaneceu forte dentro dos ideais do senso comum, o caráter repressivo desta escola permitia a potencialização da violência estatal por conseguir satisfazer as ideologias autoritárias insurgentes, visível principalmente na fase de execução da pena, o positivismo criminológico tem sido desde então o modelo adotado pelas agências de segurança pública, o conceito do outro como criminoso perde o objetivo de sua gênese, que fosse de identificar as causas naturais do crime, mas mantêm-se pela funcionalidade da repressão daqueles escolhidos pela opinião pública manipulada através dos meios de comunicação privilegiados.¹⁷²

O resgate da ideia do “homem criminoso” é espelho da negação pela alteridade da sociedade contemporânea, existe atualmente a constante busca pela justificativa da criminalização, a criminologia crítica é abafada pela “fragmentarização” da sociedade, conceber o crime como fato complexo e natural da humanidade é restringido ao ambiente acadêmico, estes fatores levaram ao constante aumento das estruturas normativas incriminadoras.¹⁷³

Em suma, a história da criminologia demonstrou que o desenvolvimento de sua ciência por meio da “monodisciplinariedade” era impraticável, neste momento rompe com as bases tradicionais do direito e abre-se para o estudo multidisciplinar, contudo, a reação deste movimento logo em seguida foi a da marginalização da criminologia como ciência auxiliar, não reconhecendo seu saber como idôneo, além disso, mesmo durante a produção multidisciplinar, a leitura positivista do criminoso nato manchou academicamente este período, desde seu início as ciências criminais tem demonstrado aversão pela alteridade, isto porque para o reconhecimento desta é necessária a noção de que todos os indivíduos de uma sociedade são capazes de incorrer em crime, e a conduta será considerada como delito ou não pela escolha arbitrária do Estado, o narcisismo reforça a manutenção da seletividade pela exclusão do outro, aqueles que detêm o poder são enaltecidos pela marginalização dos excluídos.¹⁷⁴

A reabertura para a transdisciplinaridade pelas ciências criminais deverá ser fundamentada em ideais humanistas e de respeito com a diversidade, a base mais humanitária será essencial para evitar que a criminologia repasse os erros antigos cometidos pelas escolas

¹⁷¹ Ibidem, p. 177-179.

¹⁷² Ibidem, p. 179.

¹⁷³ Ibidem, p. 180.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 182-186.

tradicionais ultrapassadas, a passagem para o modelo multidisciplinar é imprescindível para romper com os conceitos do direito puro e de norma como instrumento de punição, a criminologia permite preencher as lacunas que a dogmática é incapaz de solucionar, compreender que nenhuma ciência é onipotente é o primeiro passo a ser enfrentado.¹⁷⁵

Assim, para que se inicie estudos interdisciplinares é necessário que de início os envolvidos estejam nas mesmas condições de fala, conceber que as diferentes áreas de saber existam em igualdade sem que um esteja a serviço do outro. O conceito ultrapassado de ciências com maior grau de hierarquia foi estimulado pelo antigo método cartesiano do estudo especializado ao seu máximo, é notável no âmbito penal os acadêmicos sujeitarem as disciplinas dos demais ramos, que por vezes possuem o mesmo objeto de estudo, a serem postas somente como assistentes, isto acaba por inviabilizar a interdisciplinaridade por dificultar o diálogo crítico entre as áreas, o que prejudica a autocrítica essencial para o desenvolvimento próprio da criminologia.¹⁷⁶

Portanto, o futuro das ciências criminais, e consequentemente da política criminal do futuro, está na concepção de uma criminologia transdisciplinar, em que o direito penal estará cerceado dos demais conhecimentos de diversas áreas do conhecimento (psicologia, biologia, sociologia e, etc.), mas que mantêm o seu objetivo de garantia das liberdades e buscadora da paz social, contudo, a dificuldade se encontra na manutenção de sua autonomia.

5.3 “Positivismos” e multidisciplinaridade

Os termos “positivo” e “positivismo” são constantemente reutilizados em diversas áreas, apesar disso, os significados divergem bastante a depender do contexto utilizado, sendo necessária a distinção entre seus diferentes usos.

A filosofia positivista toma força durante o século XIX a partir do pensador europeu Auguste Comte ao publicar a obra “Curso de Filosofia Positiva”, modificou a forma de pensar e fazer ciência, a fim de direcionar a filosofia para uma maior objetividade característica das ciências da natureza, buscou o conhecimento fundado em resultado, evitando noções puramente metafísicas.¹⁷⁷

Este movimento europeu prevaleceu até a Primeira Guerra Mundial e tem seu nome devido ao clima otimista gerado progresso humano da época, opôs-se ao idealismo por destacar

¹⁷⁵ Ibidem, p. 186-187.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 15-16.

¹⁷⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14-15.

a primazia pela ciência, argumentando que somente o conhecimento derivado das ciências naturais são válidos.¹⁷⁸

Contudo, a origem do termo positivo para o mundo jurídico não deriva da mesma origem do campo da filosofia, o primeiro uso da denominação *jus positivum* remonta aos tempos medievais, o direito positivo é caracterizado por ser aquele posto pelos homens, oposto ao direito natural que possui a existência além das normas postas (a exemplo dos direitos decorrentes de conceitos religiosos).¹⁷⁹

Conforme explicado por Norberto Bobbio (1995, p. 15):

A expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.

A escola positiva de criminologia, por sua vez, é a fase científica desta ciência, teve como fim a percepção do delito como patologia para que pudesse ser regularizado e controlado, ou seja, isolar, classificar, identificar, agrupar e curar o delinquente, para tanto, foi necessário transpor os limites normativos do direito pelo contato direito com a antropologia, sociologia, biologia, psiquiatria e psicologia.¹⁸⁰

Este “positivismo” se aproxima mais do uso do termo empregado pelo campo da filosofia de Comte, a primazia do empirismo e aversão à metafísica.

A problemática da aproximação do Direito às demais ciências foi pela disputa da identidade e competência da disciplina, como exposto por Miguel Reale (2002, p. 440):

Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios.

Neste período da história do direito, final do século XIX e início do XX, não só no âmbito criminal, a complexidade tem por consequência a crítica pela desorganização e a

¹⁷⁸ SILVINO, Alexandre Magno Dias. **Epistemologia positivista: qual a sua influência hoje?. Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 27, p. 276-289, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932007000200009>. Acesso em: 2 de fev. de 2024.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico : Lições de filosofia do direito**. São Paulo : ícone, 1995. p. 19.

¹⁸⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, 6ª edição. 2013. p. 175-178.

tentativa da criação teorias “puras”, no chamado positivismo jurídico, aumenta-se o debate sobre o que seria o objeto de estudo do direito e qual o grau de “abertura”.

Kelsen, assim, trabalhou para desenvolver a “purificação do direito”, no sentido de definir uma doutrina jurídica livre de elementos que lhe são estranhos.

Os chamados anti-positivistas comumente associavam o movimento a governos autoritários como o nazismo, como afirmado por Dyzenhaus “o positivismo jurídico de Kelsen, ainda que não tenha exatamente guiado o nazismo até o poder, não ofereceu recursos jurídicos que pudessem ser utilizados para resistir sua tomada pelos nacional-socialistas na Alemanha”,¹⁸¹ nas palavras do mesmo:

O lema do positivismo lei é lei é a ideologia jurídica do autoritarismo; de governos que usam a lei como um instrumento de opressão; de juízes politicamente conservadores que adotam uma abordagem mecânica de interpretação da lei, aplicando-a sem pensar em suas implicações morais; e de cidadãos que concluem sem questionar que, se L é lei, L é digno de respeito.¹⁸²

Este tipo de discurso levou ao embate entre naturalistas e positivistas, em que os primeiros criticaram o segundo em razão da negação aos conceitos axiológicos necessários para um direito humanitário, já que uma vez que a norma é posta ela se torna válida independente do seu conteúdo, mas é necessária a noção de que ao mesmo passo que o direito é criado pelas pessoas ele poderá ser anulado pelos mesmos, assim, diferentemente do que propõe Dyzenhaus, o positivismo é mais democrático do que os opositores costumam argumentar.¹⁸³

A grande crítica da abertura multidisciplinar no direito é o fim de sua autonomia em decorrência de sua interação com as demais disciplinas, interpretada como o embate entre ética e direito, contudo, nas palavras de André Santos Campos:

A atitude de abertura do direito, na perspectiva da endo-reconstrução do direito natural, está tão incorreta para descrever a natureza do direito quanto a sua atitude de rodópio, uma vez que a autonomia do direito se joga não num mundo de interdisciplinaridade, mas é ela própria um mundo de interdisciplinaridade. A atitude do direito neste sentido amplo é, portanto, uma de inclusão: autonomia disciplinar aqui decorre na imanência interdisciplinar do direito – a ontogênese do direito identifica-se com uma ontologia da relação.¹⁸⁴

¹⁸¹ DYZENHAUS, p. 5. Apud VASCONCELLOS, Bruno Motta de. **Fantasmagorias jurídicas: o mito da responsabilidade do positivismo pela queda da República de Weimar e ascensão do III Reich**. Orientador: Adriano Pilatti. 2019. p. 14.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ VASCONCELLOS, Bruno Motta de. **Fantasmagorias jurídicas: o mito da responsabilidade do positivismo pela queda da República de Weimar e ascensão do III Reich**. Orientador: Adriano Pilatti. 2019. p. 19.

¹⁸⁴ CAMPOS, André Santos. **A Autonomia do Direito como Imanência Interdisciplinar: Reflexões a partir da querela entre Gustavo Hugo e Hegel**. *Veritas*. v. 56, n. 3, set./dez. 2011. p. 37.

Este debate necessita de tópico aparte para sua análise, estudo essencial para a compreensão do funcionamento da interdisciplinaridade do direito, o qual será trabalhado pela teoria do hiperciclo do direito de Gunther Teubner. De síntese, a teoria pura do direito proposta por Kelsen tem como principal crítica a estagnação do direito, de fato um sistema completamente fechado excluiria completamente de si qualquer conhecimento alheio que não faça parte de seu corpo, mas o conceito de autopoiese, na qual o sistema que alimenta a si por meio de comunicação “intersistêmicas”, demonstra a forma de como esses sistemas podem se comunicar sem a perda de sua essência, e finalmente o hiperciclo do direito, que solidifica a forma de como a ciência jurídica mantém sua autonomia em si, mas ainda assim, alimentando-se de demais áreas de conhecimento.

6. AUTOPOIESE E AUTONOMIA DO DIREITO

Partindo-se da Teoria Geral lançada por Niklas Luhmann, abordada em seu livro “Sistemas Sociais”, o autor traz o conceito de sistemas autorreferenciais, no qual a sua unidade é correspondida pela sua complexidade, assim, conceitua a ideia de sistemas fechados operativamente, mas que, justamente por essa clausura operacional, são também cognitivamente abertos, definindo sistemas autorreferências como unidades funcionais que constituem os elementos dos quais ele se constitui, reproduzindo-se continuamente a auto constituição, essa abordagem, entretanto, ao ser utilizada no Direito, e estudada cautelosamente por Luhmann em sua obra “O direito da Sociedade”, trouxe diversos questionamentos acerca da obscuridade tratada pela teoria, assim como a forma do Direito de ser manter autônomo perante os demais sistemas sociais os quais compartilha o ambiente.

Neste Sentido, Teubner abrange a teoria de Luhmann ao trazer conceitos mais concretos e sistematizados para continuar o trabalho no “encaixe” do Direito na teoria dos sistemas, assim, em sua obra “O direito como sistema autopoiético”, Teubner conceptualiza a ideia de autopoiese em níveis gradativos, no qual o direito se encontra como sistema de terceiro grau ao possuir sistemas hiper cíclicos dentro de seu próprio hiperciclo, demonstrando a forma como o sistema jurídico produz sua autorreferência nos conceitos de ontogênese e filogênese, assim como a sua “heteroreferência” ao ilustrar as comunicações “intersistêmicas”, suas formas de contato, e como se acoplam.

6.1 Indeterminação, Auto Referência e Paradoxo no Direito

Teubner inicia o livro “O Direito como sistema autopoiético” através de um conto antigo para o início das reflexões sobre a característica da Autorreferência, assim como as suas implicações no Direito:

Durante aceso debate a propósito de um certo problema levantado pela interpretação do talmude e sobre o qual nenhum consenso havia sido conseguido, o rabino Eliezer, cujo pensamento jurídico rigoroso e elegante não era seguido pela maioria dos presentes, afirmou que, se o seu raciocínio fosse correto, um ulmeiro situado fora da sinagoga se deslocaria. Quando a árvore se moveu de facto, os restantes rabinos não pareceram impressionados. Eliezer vaticinou então que, caso estivesse com a razão, o curso de um rio vizinho inverteria a sua direção, o que efetivamente aconteceu; acrescentou ainda que os muros da escola rabínica se desmoronariam, o que de novo sucedeu. Estas maravilhas não convenceram, no entanto, no entanto, os rabinos. Por fim, proclamou solenemente que o próprio Céu faria a prova da sua razão. Foi então que uma voz celeste confirmou a opinião de Eliezer. Todavia, até mesmo desta voz os rabinos discordaram: Não podemos dar atenção à voz divina porque tu mesmo

escreveste na Torah, no Monte Sinai, que nos devemos inclinar perante a opinião da maioria. E Deus riu então, repetindo: Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me (Talmude da Babilónia, Baba Mezia, 59b).¹⁸⁵

A primeira interpretação possível do conto traz a ideia de indeterminação do Direito, mostrando a sua autonomia a controles externos, concluindo que se determina por autorreferência e baseando-se em sua própria positividade, a ordem jurídica tem sua validade não em seu exterior, mas tem sua validação retirada apenas de seu interior.¹⁸⁶

A segunda interpretação destaca a relação entre autorreferencialidade e a sua imprevisibilidade, se mesmo a entidade divina vindo a Eliezer expôs a sua opinião e nem essa tem sido suficiente para ater certeza aos conceitos jurídicos, a própria autorreferencialidade implica na indeterminação de seu sistema.¹⁸⁷

6.2 Construção da autopoiese

Inicialmente, antes de adentrar aos questionamentos deste conto, assim como as desenvolturas da obra de Teubner, é necessário ter em mente os conceitos expostos por Luhmann ao definir sistema, ambiente, autorreferência, “heterorreferência” e assim autopoiese, além do conceito de positividade do direito.

Nesse sentido, Kelsen ao definir o conceito de norma fundamental, afirma que “a norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum.”¹⁸⁸ Traz assim o conceito piramidal que estrutura o sistema jurídico, tendo a norma fundamental como o seu topo que serve de guia e fonte de validade para as demais normas.

A pirâmide de Kelsen mostra o delineamento do sistema jurídico, o seu entorno como conceituado na teoria pura do direito, dessa forma, naturalmente vem a tona a analogia entre a teoria “Kelseniana” com o pensamento autopoietico, sendo a principal diferença em seu desenho teórico, no qual o primeiro delimita o entorno de forma piramidal enquanto que o segundo delimita de forma circular, contudo, na diferença de o fundamento último da racionalidade jurídica kelseniano estar fundamentado numa fictícia *Gundnorm*, já os seguidores da teoria da *autopoiesis* acreditam que a resposta está na circularidade e autorreferência do

¹⁸⁵ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Ed da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1989. p. 1.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 2.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 3.

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 217.

direito.¹⁸⁹

Uma das grandes críticas ao conceito de positividade está contido em seu “decisionismo”, ou seja, na falta de arbitrariedade imposta pelo seu raciocínio, concedendo ao direito positivo o valor de decisão, todavia, como exposto por Luhmann, a falha no pensamento extremo do positivismo está na própria ideia da insuficiência do conceito de positividade.” Se o direito mutável é descrito como “arbitrário”, isso significa tão somente que ele não pode ser deduzido do direito imutável (divino, natural), mas em vez disso, tem de se adaptar a circunstâncias temporais ou situações.”¹⁹⁰

Nessa linha de pensamento, Luhman busca a resposta para a problemática da contextualização da positividade do direito, entendendo que o ponto de partida deve ser na distinção entre sistema e ambiente.¹⁹¹

Afirma o autor que:

Sistemas são orientados pelo seu ambiente não apenas ocasional e adaptativamente, mas também estruturalmente; e, sem ele, não poderiam existir. Eles constituem-se e mantêm-se mediante produção e manutenção de uma diferença em relação ao ambiente e empregam seus limites para a regulação dessa diferença. Sem diferença em relação ao ambiente não existiria nem mesmo autorreferência, pois diferença é premissa funcional de operações autorreferenciais. De modo que a manutenção de limites (*boundary maintenance*) é a manutenção do sistema.¹⁹²

Entre as diferentes espécies de sistemas, o autorreferencial é aquele capaz de produzir relações consigo mesmo e diferencia essas relações com as do ambiente.¹⁹³

Ao analisar a antiga teoria dos sistemas, baseada na lei da entropia, que trazia em seu bojo a concepção de que sistemas apartados de seu ambiente são paulatinamente assimilados por esse mesmo ambiente e, dessa forma, se dissolvem ao perderem energia, conforme o autor: “a morte por exaustão é termodinamicamente irreversível. Para a constituição da complexidade, para a produção e conservação de entropia negativa, faz-se necessário, por essa razão, um intercâmbio contínuo com o ambiente, seja de energia, seja de informação”.¹⁹⁴

Esta teoria antiga traz o conceito de sistema aberto no qual implica que o seu fechamento implica irreversivelmente em sua morte.

¹⁸⁹ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Ed da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1989. Prefácio. XXIII.

¹⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo : Editora Martins Fontes. 2016. p. 52.

¹⁹¹ Ibidem, p. 55.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais esboço de uma teoria geral**, Editora Vozes. São Paulo, 1984. p. 33

¹⁹³ Ibidem, p. 30.

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo : Editora Martins Fontes. 2016. p. 56-57.

Para luhmann, esta tese não é totalmente rejeitada pela *autopoiesis*, sistema fechado, para o autor é justamente no fechamento que será possível a construção da complexidade própria.¹⁹⁵

É possível afirmar que o sistema tem de presumir sua própria existência para poder exercer sua reprodução por meio de outras operações no curso do tempo, consequentemente, o sistema produz suas operações ao remontar suas outras operações e recorrer a elas, e somente assim pode determinar, e assim distinguir, o que pertence ao sistema e o que pertence ao ambiente.¹⁹⁶

Nesse mesmo sentido, a ideia de observação e autorreferência são necessárias para a existência mútua entre elas. Se “por um lado, um observador só pode observar se for capaz de diferenciar a si próprio de seus instrumentos de observação, de suas diferenciações e designações, e, portanto, não se confundir duradouramente com seu objeto”.¹⁹⁷

O sistema jurídico está atrelado a operações como auto-observação, sendo que a diferença entre sistema e ambiente é reintroduzida no sistema e observada com o auxílio da diferenciação entre sistema (autorreferência) e ambiente (heterorreferência), contudo, está linha teórica leva críticos a indagarem questionamentos sobre a autonomia e os paradoxos criados pela mesma. Nessa linha de pensamento esta distinção leva ao conceito do esquematismo binário lógico de legal e ilegal, e que fundamenta a identificabilidade do sistema jurídico.¹⁹⁸

Assim, Luhman para desvendar os paradoxos do direito se utiliza de uma via lógica baseada em tautologia:

O que sempre foi constituído como direito no mundo, designado como tal e assim diferenciado de outras coisas(1) faz-se duplicado, desse modo reafirmado tanto mais enfaticamente e, assim, convertido na tautologia “legal é legal”. (2) Mediante a introdução de uma negação, a tautologia é convertida em um paradoxo; legal é ilegal. (3) No sistema social, isso significa que ambos aparecem em correlação inevitável: o direito de um é o não direito do outro, porém ambos são membros da comunidade social. Mediante outra negação essa forma conduz a um antagonismo: o legal não é ilegal (4) e assim aqueles que estão em situação legal ou ilegal podem e devem cotar com esse estatuto mesmo em uma perspectiva temporal e social. A afirmação de que alguém que se encontra na legalidade está na ilegalidade seria uma impeditiva contradição lógica. Essa contradição, por fim, (5) faz-se excluída mediante condicionalizações, e só assim a tautologia se desdobra, isto é, o paradoxo é resolvido, legal é legal, ou seja, legal não é ilegal, se as condições dadas nos prgrams do sistema do direito forem satisfeitas. Nesse plano de programação (autoestruturação), o sistema pode se expor a variações temporais e, assim, fazer-se independente da causalidade da ocorrência de conflitos, determiando como sendo o mesmo o que pode ser tratado como conflito sujeito a decisões. Desse modo, o próprio sistema funciona como

¹⁹⁵ Ibidem, p. 56-57.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 59-60.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 221.

“atrator” evolutivo de casos jurídicos.¹⁹⁹

Desta forma, Luhman conceitua o sistema autopoietico como:

Pode-se designar um sistema como autorreferencial, quando ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos dos quais ele se constitui e faz percorrer em todas as relações entre esses elementos uma referência a essa autoconstituição, desse modo, portanto, a reproduzir continuamente a autoconstituição, Nesse Sentido, sistemas auto referenciais operam, necessariamente, por autocontato, e eles não têm outra forma para contato com o ambiente a não ser o autocontato.²⁰⁰

Com estes conceitos em mente é possível afirmar que apenas a partir da determinação, “simplificação”, dos elementos do sistema, alcançar a sua complexidade se torna exequível, somente com o fechamento atinge-se a abertura, e essa abertura é causada justamente por conflitos internos e externos que atacam o sistema em seus pontos imperfeitos.

Se o direito fosse perfeito ele seria fechado também cognitivamente, por que no que é perfeito não existe dúvida, não existe conflito, apenas por sermos imperfeitos que devemos nos abrir cognitivamente para o exterior a fim de podermos estar sempre críticos a nossas imperfeições, gerando assim o ciclo da *autopoiesis*.

6.3 Hiperciclo do direito

Para iniciar o conceito do hiperciclo primeiro é necessário ter por base os fundamentos da teoria como exposto por Maturana, o qual afirma:

Maturana distingue entre três instâncias de *autopoiesis*: 1) a mera articulação de sistemas autopoieticos, através da qual os sistemas não perdem a respectiva identidade nem se fundem numa nova unidade; 2) a criação de uma nova unidade autopoietica, na qual os subsistemas perdem a sua identidade; e 3) um sistema autopoietico de último grau, cuja organização autopoietica condiciona necessariamente a das próprias unidades autopoieticas articuladas que o constituem.²⁰¹

Teubner, por sua vez, em síntese, conceitua a *autopoiesis* em três principais aspectos: “1) autoprodução de todos os componentes do sistema 2) Automanutenção dos ciclos de autoprodução através de uma articulação hiper cíclica, e 3) Autodescrição como regulação da autorreprodução.”²⁰²

¹⁹⁹ Ibidem, p. 223-224.

²⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais esboço de uma teoria geral**, Editora Vozes. São Paulo, 1984. p. 53.

²⁰¹ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Ed da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1989. p. 61.

²⁰² Ibidem, p. 52.

6.4 As possíveis problemáticas da *autopoiesis* e do hiperciclo

De primeiro contato com a base do conceito de hiperciclo, assim como o da *autopoiesis*, diversas críticas foram direcionadas para as teorias, indagações como, por exemplo, de qual forma o Direito se adaptaria a estas ideias ou como poderia o direito manter a sua autonomia mediante toda a influência externa que os demais sistemas impõe sobre ele, ou mesmo se o Direito poderia ser ao menos considerado como um sistema “autopoieticamente” organizado, todos esses questionamentos foram abordados por Teubner, que constrói em sua teoria as bases e fundamentos de como o Direito se organiza e adquire de forma gradativa a sua autonomia, respondendo assim à última “Que elementos do sistema jurídico - juristas, organizações jurídicas, normas jurídicas. Argumentação jurídica - se poderão considerar como ‘produzindo-se’ reciprocamente entre si, no sentido estrito do termo?”.²⁰³

O axioma autopoietico da “clausura sistêmica” traz ainda à liça um outro problema fundamental da pós-modernidade: o da autonomia do sistema jurídico. Aqui reside porventura a prova de fogo decisiva de uma teoria que vê no Direito um sistema autopoietico que coexiste num sistema autopoietico: com efeito, se o Direito é um sistema auto-referencial que vive ele próprio paredes-meias com um conjunto de subsistemas autopoietico que se comportam de forma semelhante, como pode então ele aspirar a exercer qualquer influência junto das diferentes áreas sociais objeto de sua regulação, e, inversamente, como pode ele negar a influência que sobre ele é exercida pelo respectivo envolvimento? Será que como Luhmann sustenta, o sistema jurídico “não pode importar normas jurídicas do seu meio ambiente”, bem assim como, inversamente, “as normas jurídicas não podem ser válidas como direito fora do direito?”²⁰⁴

Dessa forma, é necessário analisar se o Direito produz os seus próprios elementos a partir de outros elementos dentre de si mesmo, sendo somente a partir deste momento ser possível considera-lo como um sistema autopoietico de grau superior.²⁰⁵

Transposto para o caso do direito, isto significa que a clausura autopoietica apenas poderá ocorrer quando um sistema jurídico constituir os seus próprios elementos – actos jurídicos -, os quais operam como agentes de mudança, colocando em movimento o ciclo autopoietico “acto jurídico – mudança jurídica – acto jurídico”, forçando um pouco a nota, diríamos que apenas com a “invenção” do acto jurídico ganha o sistema jurídico sua autonomia.²⁰⁶

Contudo, isto não é suficiente para obter a plena compreensão da natureza autorreprodutiva do sistema jurídico. De fato, não apenas os atos jurídicos, mas

²⁰³ Ibidem, p. 55.

²⁰⁴ Ibidem, Prefácio. XXIII.

²⁰⁵ Ibidem, p. 65.

²⁰⁶ Ibidem, p. 66.

verdadeiramente todos os componentes do sistema jurídico – estruturas, processos, limites, meio envolvente – devem simultaneamente ser autoconstitutivos e articular-se entre si de forma autorreprodutiva (hiperciclo).²⁰⁷

6.5 Autonomia pelo hiperciclo

Em busca de evitar a rigidez radicalizada na teoria, Teubner separa o aspecto de autorreferência em diferentes graus de autonomia.

Luhmman focou o conceito de *autopoiesis* no âmbito da sociologia, Teubner aprofundou mais, ou talvez até se pode dizer que ampliou, o conceito de Direito na *autopoiesis*, nesse sentido diferencia-se de Luhmann por não considerar o sistema da autorreferência como um conceito rígido e inflexível, como atrás já acentuado. Porém, ainda assim Teubner não nega o fato que ou um sistema se reproduz a si mesmo na *autopoiesis* ou não o faz, mas também entende que: “a autonomia constitui uma realidade gradativa, sendo útil para os nossos propósitos conceber a autonomia como emergência cumulativa de relações autorreferenciais que, sob certas condições, possibilita ao sistema como um todo a sua própria autorreprodução”.²⁰⁸

Dessa maneira, o sistema jurídico adquiriu sua autonomia, assim como a mantém, de forma gradativa a partir de um sistema crescentemente autorreferencial, mais especificadamente a partir do momento em que seus componentes sofrem as seguintes modificações: “1) maior *feedback* entre os seus componentes; 2) variabilidade da intensidade da articulação entre os componentes (plasticidade funcional) ou cristalização das articulações (plasticidade estrutural); 3) Constituição de novos componentes dentro da rede dos componentes (autodiferenciação)”.²⁰⁹

O sentido deste conceito de sistemas dentro do sistema convém na ideia da sistematização interna para selecionar as variações derivadas do ambiente, assim como das diferenças criadas dentro do próprio sistema.

Seleção dessas variações depende, por sua vez, das suas vantagens evolutivas, ou seja, se é vantajoso para a evolução do sistema social envolver-se com tais tipos de auto-descrição – vantagens essas que não residem no facto de o sistema se adaptar melhor ao seu meio ambiente, mas justamente ao contrário, de o sistema se libertar e se autonomizar do seu meio envolvente. Em última análise, é o hiperciclo que garante a estabilidade no sistema, tornando a produção dos seus componentes mais

²⁰⁷ Ibidem, p. 66.

²⁰⁸ Ibidem, p. 66-67.

²⁰⁹ Ibidem, p. 67.

independente em face do meio envolvente, de modo a assegurar as condições de circularidade recíproca da sua produção.²¹⁰

Posto isto, “ao passo que a autorreferência assume a função de autoprodução dos componentes sistémicos, a automanutenção constitui a principal função da articulação hiper cíclica..”²¹¹

A partir dessa conceituação mais geral de que o Direito se autorregula, criando sua própria organização e regras e até mesmo altera as suas estruturas, passa-se para a concepção do direito capaz de gerar suas próprias operações originárias e para produzir a sua própria identidade, “autonomia jurídica abrange, assim, não apenas a capacidade do direito para criar os seus próprios princípios, mas também a sua capacidade de autoconstituição de ações jurídicas, a ‘juridificação’ dos processos e a invenção de institutos jurídicos-doutrinais.”²¹²

Por fim, para a construção do conceito do hiperciclo, teubner define passo a passo dos graus de autonomia do direito a partir da crítica aos defensores da *autopoiesis* de ser uma linguagem metafórica e obscura, principalmente com o foco de responder aos questionamentos sobre o porquê da *autopoiesis* ser utilizada para descrever o direito, assim como em que momento o sistema jurídico adquire a sua clausura autopoietica.²¹³

Nesse último questionamento, é possível voltar para a dúvida fundamental da *autopoiesis* no direito e reformulá-la para em que momento o direito atinge a sua autonomia?

Deste modo, como exposto por Teubner:

Se aplicarmos tentativamente a ideia de hiperciclo ao direito, vemos que a autonomia jurídica se desenvolve em três fases. Numa fase inicial – dita de “direito socialmente difuso”- elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação social geral ou, pelo menos, determinados heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um “direito parcialmente autônomo” tem lugar quando o discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito apenas entra numa terceira e última fase tornando-se autopoietico, quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo.²¹⁴

Destarte, o direito se torna autopoietico, ou seja, em sua terceira fase, no momento em que suas autodescrições possibilitam a criação e a aplicação de uma teoria de fontes jurídicas no âmbito de seu próprio sistema, de forma que as normas possam ser criadas ou modificadas por precedentes jurisprudenciais ou qualquer outra forma de criação endógena, dessa forma,

²¹⁰ Ibidem, p. 69.

²¹¹ Ibidem, p. 70.

²¹² Ibidem, p. 71-72.

²¹³ Ibidem, p. 76.

²¹⁴ Ibidem, p. 77.

sistema dentro do próprio sistema, ciclos dentro do próprio ciclo, e assim, componentes sistêmicos produzindo componentes sistêmicos,²¹⁵ sendo que “As normas jurídicas por sua vez podem apenas ser produzidas através de atos jurídicos especificamente definidos, consistam estes em lei, em decisões judiciais, ou estatutos organizacionais ou associativos.”²¹⁶

Em seu desenho de como seria o hiperciclo, Teubner não coloca a doutrina e o processo como diretamente ligados à parte positiva do direito, esta constituída pela norma e ato jurídico, uma vez que são articulações próprias:

Doutrina e processos devem ser constituídos de modo a referir-se simultaneamente a atos jurídicos, por um lado, e a normas jurídicas, por outro. Se se olhar mais de perto, nem doutrina nem processo estão diretamente articulados com outros componentes do sistema, mas apenas articulados com as relações existentes entre estes. Doutrina e processo constituem assim articulações hipercíclicas da própria articulação entre norma e decisão, controlando deste modo a auto-reprodução do direito. Apenas quando o sistema haja criado as necessárias pré-condições para a articulação hipercíclica, descrevendo e produzindo os seus próprios componentes, poderá começar a efetiva produção de comunicação jurídica, gerada a partir de si mesma através da rede de expectativas jurídicas e controlada pela doutrina e processo jurídico.²¹⁷

Em síntese, Teubner assim constitui uma breve estruturação do hiperciclo do direito, no qual alcança o seu terceiro estágio pelo ciclo entre os ciclos de processo jurídico, ato jurídico, norma jurídica e doutrina jurídica.

6.6 Filogênese e Ontogênese

Para melhor entender a parte da autorreferência do direito, isto é, da forma como o direito por si mesmo constitui sua própria energia endógena para o seu sistema, Teubner traz o conceito de episódio jurídico criado pela interação entre filogênese e ontogênese no sistema jurídico.

A ideia da interrelação entre filogênese e ontogênese é assim aplicada aqui, não a relação entre indivíduo e sociedade, mas à relação entre interações específicas e o sistema social como um todo: mas concretamente, no nosso caso, à relação entre um processo jurídico concreto e o sistema jurídico in todo. A aprendizagem ontogenética reside e tem lugar no contexto da interação do próprio processo jurídico: existem aí mecanismos(jurídico-doutrinários) efetivos e suficientes de variação e seleção: já a retenção, todavia, aparece confinada à “memorização” da própria interação processual (à simples história do processo). Pelo contrário, o desenvolvimento filogenético – e consequentemente, a evolução – apenas surge com a intervenção dos mecanismos de retenção ao nível da sociedade como um todo ou ao nível dos subsistemas funcionais,

²¹⁵ Ibidem, p. 85.

²¹⁶ Ibidem, p. 85.

²¹⁷ Ibidem, p. 88.

“legando” e perpetuando o capital de aprendizagem obtido no decurso das experimentações realizadas no “laboratório” da interação jurídico-processual concreta. Mostra-se assim necessária a existência de um complexo mecanismo de transição que permita a transposição de perspectivas jurídico- dogmáticas conquistadas num processo jurídico concreto para a doutrina jurídica, tornando-se então parte da “memória do direito.

Assim, a parte ontogênica são os mecanismos utilizados para variação e seleção, já o desenvolvimento filogenético são os mecanismos que retém os resultados dessas variações a um nível sociedade ou ao nível dos subsistemas funcionais, formando assim aprendizado por esses episódios e criando assim um legado a ser formado.

O mecanismo aqui em causa pode ser descrito como o de conexão episódica. Cada “episódio jurídico” individual representa, em si mesmo, um sistema diferenciado. O processo jurídico individual, composto de interações e outras comunicações (processos escritos), utiliza um código de normas, possui uma história processual e desenvolve as suas próprias estruturas. No entanto, é algo transitório como um princípio e um fim.²¹⁸

Isto significa que “o processo jurídico constitui, por assim dizer, o laboratório de experimentação do direito onde interagem expectativas normativas como mecanismos de variação, e decisões jurídicas como mecanismos de seleção.”²¹⁹

A partir da figura a seguir é possível observar a evolução gradativa dos elementos que formam o hiperciclo do Direito:

²¹⁸ Ibidem, p. 121-122.

²¹⁹ Ibidem, p. 122.

Figura 1 – Graus de Autonomia Jurídica

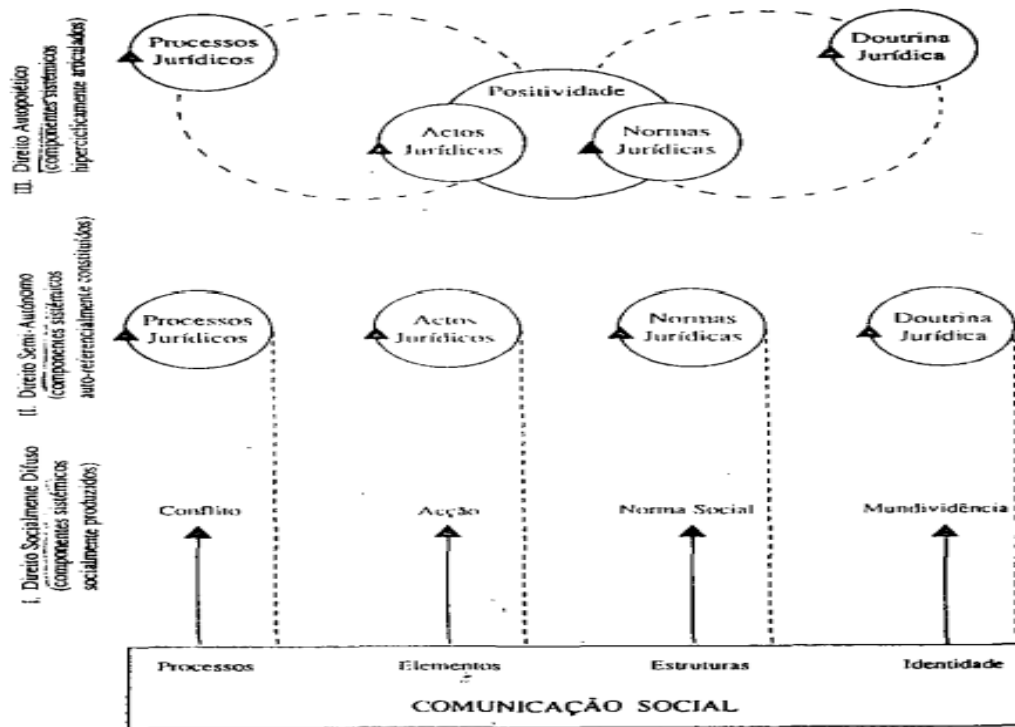


Fig. 1 — Graus da Autonomia Jurídica.

Fonte : TEUBNER, 1989, p. 78

Portanto, o Direito aprende através de mecanismos jurídico-doutrinários, no qual ocorre a variação e seleção do material analisado, e utilizando-se de base normativa desenvolve as suas próprias estruturas, memorizando o aprendizado através da história dos embates jurídicos.

6.7 Comunicações intersistêmicas

Compreendendo então a autorreferência do direito, passa-se para a forma da “heterorreferência” do direito no conceito hiper cíclico, para tanto, necessário entender a diferença entre os demais sistemas sociais diferentes do direito, as suas linguagens, assim como a forma de interação com o sistema jurídico.

A economia, por exemplo, reconstrói a “sociedade” através da linguagem dos preços,

ela interpreta o “direito”, não em termos de código de orientação imperativa das condutas, mas sim integrando-o nos seus cálculos como mais um fator de custo (montante e probabilidade das sanções). A política reconstrói o seu “público” através da linguagem do poder. O direito reconstrói a sua “realidade jurídica” através da distinção binária legal/ilegal. E assim por diante.²²⁰

Assim, a depender do sistema a sua própria linguagem mudará, mudando assim também seus objetivos e dispositivos, dessa forma, os “pontos de contatos” entre os sistemas demandam conhecimento entre diversas áreas “intersistêmicas”, em outras palavras, conhecimento interdisciplinar.

“Mesmo do ponto de vista da teoria autopoietica, não é fácil identificar as unidades conflitantes cuja colisão deve ser regulada, sugerimos a diferenciação entre as seguintes áreas de conflito: 1) conflitos entre subsistemas sociais; 2) conflitos entre o direito estadual e os quase-direitos dos vários campos sociais semi-autônomos; 3) os conflitos entre as várias subordens no interior do próprio direito estadual.”²²¹

Teubner utiliza bastante em suas obras o conceito de contrato e de empresa, mecanismos estes presentes tanto no sistema do direito quanto no sistema da economia, apresentando assim mecanismos compartilhados nos quais o ponto de contato é aparente.

O próprio conceito das cláusulas gerais do direito privado, como o da boa-fé, demonstra a abertura deste dispositivo, trazendo indeterminação característico dos mecanismos que compartilham conflitos entre sistemas sociais autônomos, .²²²

Esta flexibilidade é utilizada para amenizar as disputas, na tentativa de harmonizar as contradições sistêmicas:

Estas ideias, que chamam a atenção para a “flexibilidade particular da relação jurídico- O debate em curso sobre as cláusulas gerais “materializadas” centra-se precisamente sobre esta questão da harmonização de exigências sociais contraditórias no seio da relação contratual concreta, podendo, neste sentido, falar-se de uma “socialização” do direito pelas cláusulas gerais e numa intrusão da “fatualidade social” no direito dos contratos. A atual função “concretizadora” das cláusulas gerais consiste em reduzir o caráter indefinido dessa socialização, transformando a sua natureza casuística em algo de mais sistemático.”²²³

Teubner vai mais além ao considerar uma situação em que a maioria dos críticos da teoria considerariam como fator para demonstrar o risco que a autonomia desses sistemas sofre por outros sistemas, contudo, justamente para abordar a ideia da auto-observação sistêmica

²²⁰ Ibidem, p. 207.

²²¹ Ibidem, p. 219.

²²² Ibidem, p. 230.

²²³ Ibidem, p. 237.

explana que:

Imaginando o cenário em que o legislador impõe um congelamento dos preços na economia. Trata-se de uma situação normalmente perspectivada como constituindo um caso evidente de intervenção jurídica direta no sistema económico. Todavia, da perspectiva autopoietica, não apresenta senão um ato de observação, em que o direito observa a economia através de um comando jurídico em matéria de controle de preços. Vistas as coisas deste ângulo, então aquilo que constituía um ambicioso empreendimento de regulação externa transmuta-se em simples auto-observação, pela qual o direito, através do mecanismo normativo do controle de preços, se limita meramente a observar as suas próprias operações e a imaginar o funcionamento do sistema económico deste ou daquele modo.²²⁴

De fato, do ponto de vista de um único sistema, é difícil conceber como o próprio sistema ou outros demais não interfeririam uns nos outros, todavia, é necessário ter em mente os diferentes objetivos que os sistemas possuem:

Os administradores das empresas não têm qualquer dever ético de obedecer às leis de regulação económica apenas porque tais leis existem. Eles são obrigados a determinar a importância dessas leis. As sanções estabelecidas pelo Estado para o caso da sua violação dão a medida do sacrifício imposto às empresas pelo mesmo Estado com vista à sua observância: a ideia de “optimal sanction” está baseada no pressuposto de que esses administradores, não apenas podem, como também devem, violar tais normas sempre que tal seja economicamente proveitoso.²²⁵

A partir dessa noção de que economistas seguem sua própria linguagem, tendo por objetivo o lucro, a influência que o direito tem com a sua codificação binária torna-se automaticamente menos influente, passando-se a ser meras observações, da mesma forma como o político, na linguagem do poder, apenas observará o direito como ambiente no qual tirará o maior proveito para alcançar seus objetivos, “quer dizer: de um ponto de vista construtivista. As intervenções do direito na economia devem ser entendidas como observações recíprocas entre dois sistemas de comunicação hermeticamente fechados e autônomos” (Teubner, 1989, p.160.).²²⁶

A conclusão posta é que o Direito é estruturalmente fechado pela manutenção de sua base lógica, com fundamentos próprios e garantidores de sua autonomia, mas que se comunica por meio de seus subsistemas que absorvem demais conceitos de diferentes áreas para a sua evolução e autocrítica, ou seja, cognitivamente aberto, a simplificação, paradoxalmente, possibilita torna-la mais complexa.

A compreensão deste tema é essencial para prevenir a crítica de que a

²²⁴ Ibidem, p. 156.

²²⁵ Ibidem, p. 160.

²²⁶ Ibidem, p. 160.

multidisciplinaridade transformaria o direito em uma ciência que ela não o é, entender o funcionamento sistêmico é compreender como o mundo jurídico mantém sua autonomia ainda que gradativamente absorva conceitos das diversas áreas do conhecimento.

O direito penal não perderá sua essência pela abertura à multidisciplinaridade, a autonomia é garantida pelo ciclo sistêmico, e a criminologia é um dos pontos em que o direito penal se comunica intersistemicamente com as demais disciplinas.

7. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O estudo da pena possui a difícil tarefa de encontrar a justificativa para a sua aplicação, dado que o sistema punitivo possui natureza essencialmente agressiva, no entanto, quando necessária, é fundamental compreender qual a função que levará à sua aplicação.

Antes da privação da liberdade a forma de controle social pela punição se dava através da pena capital, esta, além do sentido “retributivista”, visava o infringir o medo psicológico aos que cometeram e aos potenciais criminosos. O direito penal antecede ao pensamento liberal, a dogmática aplicada pré século XVIII caracteriza-se pelo seu rigor, arbitrariedade e desigualdade, neste período, o fundamento oficial da pena destoava imensamente do real objetivo da sanção ao ser aplicada, o terror era a principal forma de prevenir a criminalidade, somente com o aumento crescente da população, e consequentemente da criminalidade, que foram criadas as casas de correção, local em que parcela da população excluída era recolhida por serem numerosos demais para todos passarem pela pena capital.²²⁷

A transição do feudalismo para o capitalismo foi processo que levou séculos para a completude, o desdobramento do cárcere dentro do período capitalista demonstra, assim, dinâmica pelas diferentes fases percorridas até os dias atuais. O que se observa, contudo, são as funções ocultas sempre presentes no infligir da pena, que varia conforme os interesses da classe dominante da época, entre o século XV e o XVI, as punições eram utilizadas como forma de diminuir o crescimento populacional, após a quebra do sistema feudal ocorre a migração em massa de indivíduos carentes que apresentavam perigo para a classe burguesa, sem a capacidade lícita de se sustentarem acabavam aderindo à prática de crimes para a subsistência, de modo consequente, as leis se tornaram duras e a pena de morte era predominante para os excluídos. O cenário mudou com o desenvolver do capitalismo, após a expansão da indústria manufatureira, a mão-de-obra se tornou escassa, assim, os burgueses necessitaram direcionar a gestão social para a nova funcionalidade, desta vez, para obrigar a população de massas para trabalhar, surgem as casas de correção, que tinham como objetivo o trabalho forçado para os ociosos e vagabundos, esse modelo ia de acordo com o objetivo estatal da época, a escassez continuou entre o século XVI e XVII, a prisão incentivava o trabalhador livre a aceitar as absurdas condições de trabalho, já que se não as aceitassem trabalharia preso e sem sustento. O cárcere moderno é remanescente das mudanças iluministas sobre estas instituições acima citadas, após o século XVII a população descontente com os abusos das penas acabava por gerar

²²⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 97-101.

crises políticas que ameaçavam os detentores do poder, da mesma forma, a doutrina penal tomava novos rumos pelo pensamento reformista, neste momento o problema de mão-de-obra em grande parte já havia sido resolvido, e as punições já lograram êxito em estabelecer o regime capitalista, assim como em transformar o camponês em classe trabalhadora.²²⁸

A partir do século XIX a punição física pelos sistemas criminais passa a se extinguir, entra no momento de sobriedade punitiva, contudo, errôneo os que consideram que essa mudança implica diretamente em período humanitário do cárcere, ainda que tenha havido mudança de intensidade, é certo que os governantes voltaram-se para outro objetivo, nos dizeres de Michel Foucault²²⁹ (2014, p. 21):

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos- daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.

Segundo Foucault, governar significa fazer com que o Estado se torne sólido e permanente, a busca do meios necessários para combater tudo que pode comprometer o governo,²³⁰ a grande transformação do século XIX são as modificações na forma de poder do soberano, antes ele possuía o poder de fazer morrer ou de deixar viver, está era forma máxima de controle sobre a população, a obediência ou a morte²³¹, porém, após as mudanças advindas do movimento capitalista liberal surge nova arte de governar baseada nos limites do Estado e no homem econômico,²³² esta nova forma era intitulada pelo autor como “biopolítica”:

Eu entendia por isso a maneira como se procurou, desde o século XVIII, racionalizar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças... Sabe-se o lugar crescente que esses problemas ocuparam desde o século XIX e que desafios políticos e econômicos eles vêm constituindo até hoje. (Foucault, 2008. P.430)

Em suma, após as transformações dos suplícios pós-capitalista, os governantes

²²⁸ Ibidem, p. 115-132.

²²⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 19-21.

²³⁰ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Edição estabelecida por Michel Senellart. Tradução de Eduardo Brandão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 6.

²³¹ FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 287.

²³² FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Edição estabelecida por Michel Senellart. Tradução de Eduardo Brandão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 28.

alcançaram alternativas de controle da vida de seus súditos por meio de outras formas de punições consideradas aceitáveis pelas mudanças de valores sociais.

No início do século XIX, com o advento da nova era industrial, o direito penal focou seus esforços para a proteção da propriedade privada conquistada pelos lucros burgueses, surgiu assim o incentivo para a prevenção especial negativa, a neutralização daquelas que ameaçavam as bases capitalistas, nasceram os grandes depósitos humanos característicos dos sistemas prisionais modernos, a mudança se dava pela ineficácia do terror generalizado como forma de controle populacional, as bases iluministas impediam que o medo fosse a base do sistema sem a criação de instabilidade política, dessa forma, com a justificativa pela eficácia, a neutralização individual se tornou a forma preponderante de punição, reforçada pelos pensamentos da escola positivistas de criminologia em proteger a sociedade do criminoso nato, o discurso científico é utilizado para legitimar a regeneração moral ou a exclusão social dos condenados²³³.

A opressão contínua produziu disparidades sociais que levaram à fase moderna do direito penal, após o século XIX ocorreu a crescente disputa entre os interesses dos proprietários dos meios de produção contra os do proletariado, a neutralização constante do operário os forçou a se organizarem contra a detentores do poder, a busca pela igualdade se tornou novo marco do nascimento de diversas garantias fundamentais hoje consagradas, o até então polo passivo do sistema criminal passou a ter influência sobre os seus princípios, a ideologia de ter uma classe como inferior não conseguiu mais subsistir em governos democráticos, dessa forma, o Estado passou a se tornar intervencionista, caracterizado pela missão de abrandar as disparidades sociais, ideia do delinquente nato perdeu força e o ideal ressocializador atingiu o auge de sua influência pelo apoio ao discurso mais humanitário, ainda que esta seja fortemente criticada pelo confronto à autonomia da vontade individual e pela dificuldade econômica para efetividade, as funções “retributivistas”, intimidatórias e neutralizadoras se tornaram ultrapassadas no debate criminal. A problemática final é que a prevenção especial positiva, por diversos fatores, não apresenta suporte teórico ou prático para a justificativa como finalidade de pena.²³⁴

A dificuldade de legitimar a pena de prisão reside no fato de que, independentemente de seus ideais, ela nunca deixará de ser um mal necessário ao combate de outra mazela, mesmo objetivos nobres, como o da ressocialização, encontram dificuldades em sua aplicação devido ao antagonismo do ambiente penitenciário.

²³³ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 146-153.

²³⁴ Ibidem, p. 188-231.

8. FUNÇÕES DA PENA

Percebe-se que o início das penas é marcado por especial rigorismo, no qual o sentido retributivo, aplicado ao infligir neutralização e medo através da pena capital, foi a principal justificativa nos primórdios do sistema punitivo.

A função preventiva da pena é discutida entre diversos teóricos, como forma de contextualização, via de regra, é separada em quatro categorias, a prevenção geral refere-se ao impacto da sanção sobre a sociedade como um todo, esta é dividida em duas categorias, a positiva e negativa, a primeira tem relação com a confiança social com o sistema criminal, ainda que a punição seja aplicada apenas à parcela infratora, a sua vigência afeta a todos os cidadãos, assim, eventuais vítimas são reconfortadas em saber que terão seus direitos protegidos de eventuais danos, assim, age como um instrumento de orientação social, da mesma forma, essa certeza de punição também intimidará potenciais autores de delitos, conseqüentemente, surge a segunda forma, o medo da possível punição é a versão negativa da prevenção geral.²³⁵

A outra forma justificativa de prevenção da pena é a modalidade especial, esta, diferentemente da geral, direciona os efeitos para o indivíduo criminalizado, em sua forma positiva, tem como missão a reabilitação do criminoso, de maneira a prevenir possíveis delitos futuros. Já a forma negativa da prevenção especial é de maior influência na política criminal brasileira atual, caracteriza-se pela neutralização do indivíduo, a incapacitação individual por meio da condenação.²³⁶

As funções da pena são amplamente percorridas entre doutrinadores modernos de criminologia, haja vista serem uma das pontes da aplicação de ciência criminal para a prática da política criminal.

8.1 Prevenção especial

Esta abordagem foca nos impactos sobre o indivíduo condenado, a vertente positiva tem sido considerada, por parte da doutrina, como o objetivo mais digno a ser alcançado entre as funções da pena, apesar disso, a prática demonstra a dificuldade de aplicação, principalmente devido à seletividade resultante do foco no indivíduo.

As primeiras justificativas para aplicações de sanções foram as de base retribucionista, é o castigo imposto ao outro após o mal causado, juridicamente falando, a retribuição define-se

²³⁵ CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 13-88.

²³⁶ Ibidem, p. 32-33.

como a desaprovação pública por meio da execução da pena, a problemática advém que esta corrente sempre se fundamenta por uma suposta concretização de justiça, contudo, esta sem qualquer fim utilitário.²³⁷

Prevenir traz o oposto das bases “retributivistas”, se a retribuição se preocupa com os fatos criminosos passados, a prevenção nega o aspecto vingativo da pena e busca uma perspectiva utilitarista com o fim de impedir e diminuir a criminalidade futura.²³⁸

Conforme Liszt (1998, p. 59-63 apud Anjos, 2018, p. 26) existem três formas em que a prevenção especial atua, a primeira por meio do encarceramento, ou seja, a segregação do criminoso da sociedade, a segunda pela intimidação do infrator para a prática de novos delitos, e a terceira pela correção do indivíduo por meio da ressocialização.

Claus Roxin de forma bastante didática, assim resume a atuação da prevenção especial desenvolvida por Liszt, que objetiva: corrigir o corrigível (ressocialização), intimidar o intimidável (intimidação dos que não necessitam de correção) e tornar inofensivo, mediante a privação de liberdade, os que não são nem corrigíveis e nem intimidáveis (inocuidade).²³⁹

Em suma, a forma prévia de prevenção especial do indivíduo antes de seu ingresso no cárcere se dá por meio da intimidação, após condenação serão utilizadas a ressocialização ou a inocuidade.

O mérito da prevenção especial se dá por racionalizar o direito penal, utilizar-se de métodos sem se basear em considerações metafísicas, convém reconhecer a objetividade em procurar evitar a reincidência. É evidente a marca que este método teve dentro da ciência penal, quase que de forma unânime os autores modernos discutem e consideram a sua relevância, no Brasil, teve sua influência no estudo da ressocialização, as quais foram fundamentais na busca de um sistema criminal mais humano.²⁴⁰

O propósito de ressocializar somente tem desenvoltura após a firmação da pena privativa de liberdade pelo Estado moderno, a qual era utilizada exclusivamente como meio para conter fisicamente o condenado para sua futura pena corporal, apenas após a indagação sobre o que fazer com o tempo do apenado é que se busca uma utilidade para seu uso, assim, se no fim da pena o infrator irá retornar para a sociedade, que seja ao menos este reeducado para a reinserção social.²⁴¹

²³⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 102-104.

²³⁸ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução penal e ressocialização**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 17.

²³⁹ Ibidem, p. 26.

²⁴⁰ Ibidem, p. 27-28.

²⁴¹ Ibidem, p. 31.

As palavras “reeducação”, “ressocialização”, entre outros termos utilizados para significar a prevenção especial, por vezes contêm conotação negativa que macula o intento do método, o procedimento de reinserção do condenado não pode ter início na visão do indivíduo como um ser desprovido de moral ou de psique, o olhar presunçoso prejudica o processo de igualdade e o respeito com a dignidade humana, partir dessa premissa é estar fadado à má gerência da prevenção especial.²⁴²

As bases iniciais do conceito de ressocialização têm raízes na seletividade penal dos marginalizados, refletindo conceitos ultrapassados de que existem classes inferiores necessitadas de capacidades sociais.

8.1.1 Ressocialização

O próprio termo “ressocializar” carrega em sua essência a ideia de exclusão, a necessidade de forçar o indivíduo que não se encontra nos padrões, somente podendo retornar caso se torne um igual entre os demais.

Ainda que não esteja mais no auge da primazia, marcada pelo período da escola positivista de criminologia italiana, a função ressocializadora ainda possui influência dentro do direito penal, principalmente no que diz respeito à execução penal. No Brasil a ressocialização é introduzida pelo código penal de 1940, influenciada pela escola positivista, trazia o conceito de periculosidade do imputável condenado, esta era a probabilidade do delinquente cometer novos crimes, assim, a prevenção especial tinha a função de determinar a medida de segurança cabível para conter a periculosidade, o infrator era forçado aos padrões da sociedade sem o mínimo de garantias de liberdade individual, enquanto o condenado não se adaptasse às metas ressocializadoras, continuaria em cárcere. Este modelo somente mudou com a lei de execução penal ainda vigente, que deu maior uniformidade para a prevenção especial no país, com a reforma de 1984, a medida de segurança é destinada ao inimputável ou ao semi-imputável, mas não mais era aplicada em conjunto com a pena de prisão, destarte, a ressocialização dos imputáveis ficou de encargo para a fase de execução penal²⁴³, como disposto no artigo 1º da Lei 7.210 de 1984, “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.²⁴⁴

²⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 102-103.

²⁴³ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução penal e ressocialização**. Curitiba: Jarua, 2018. p. 53-57.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

Apesar do termo “ressocializar” possuir entendimento ambíguo, é possível conceber ao menos que tem por base a melhora social do condenado, a legitimidade para o alcance deste objetivo é, no entanto, alvo de diversas críticas. Quanto à sua constitucionalidade, a prevenção especial possui rejeição ao princípio da igualdade e o do pluralismo ideológico, a ideia de reintegrar o indivíduo aos padrões sociais inevitavelmente expõe parcela da população a ser titularizada como “diferentes” ou “inferiores”, por essa mesma linha de pensamento, outro problema criado é a geração de privilégios para a parcela da sociedade considerada não periculosa, a que será maximizada já que aquele que estabelecer as regras terá a premissa de pertencer à parcela de maior hierarquia social, o que restará evidente pela condutas escolhidas como criminalizadas pelo interesse político do Estado, o ápice deste pensamento foi o regime nazista, o qual se utilizou do pretexto da raça superior para justificar o extermínio de milhões para a criação de uma sociedade “pura”. Dessa forma, um estado democrático de direito não pode considerar o condenado criminalmente como carecedor de ressocialização, o qual tem o dever de se reeducar, o julgamento se limita apenas a especificar uma verdade jurídica. Da mesma maneira, conceber que o Estado possui capacidade de delimitar qual a personalidade desejável socialmente é ir de encontro com o pluralismo ideológico.²⁴⁵

Como exposto por Miguel Reale Júnior (2004, p.11 apud Anjos. 2018. P.67), em um Estado Democrático de Direito Brasileiro é necessário:

Abandonar a ideia-mito da ressocialização, como se o único responsável pelo delito fosse o condenado, considerado um dissidente em uma sociedade perfeita e harmônica, quando o delito é obra de um conjunto de circunstâncias. De uma sociedade de competição-hostilidade e de fruição com caráter crimínogeno, criadora de desejos artificiais e de baixa solidariedade, na qual o que mais importa é o sucesso e a fama, alcançáveis com a riqueza e não com virtudes de cunho moral.

Outra problemática da ressocialização está na preponderância de sua aplicação para os criminosos corriqueiros, ou seja, advindos de baixa classe social e praticantes de crimes patrimoniais, ainda que já seja consenso que não é apenas a parcela carente da população que pratica crimes, e que justamente são os mais abastados e de boa formação que praticam os crimes mais graves contra o patrimônio e bens difusos, paradoxalmente esses não necessitariam de “ressocialização” ou de “reeducação”, uma vez que já estão inseridos socialmente e possuem oportunidades excelentes de vida. Este entendimento pode ser contra-argumentado pelo entendimento que a pessoa bem abastada que pratica crimes de colarinho-branco demonstra o seu defeito social por meio da prática da infração, dessa forma, necessitaria voltar

²⁴⁵ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução penal e ressocialização**. Curitiba: Jarua, 2018. p. 59-65.

aos padrões de socialização para agirem de acordo com os interesses da sociedade como um todo, contudo, ao seguir por essa linha ainda não se encontra consenso de como seria essa ressocialização de colarinho branco na prática, assim, a grande dificuldade da prevenção especial como aplicada pela lei de execuções penais é a da grande diferença de tratamento entre a parcela mais abastada para a mais carente, aquela tendo punição branda demais e esta demasiadamente onerosa, o que acaba por inviabilizar o sistema pela lógica política criminal que busca a erradicação da miséria e a busca pela igualdade.²⁴⁶

A ressocialização, apesar de geralmente associada a discursos humanistas, na prática, encontra dificuldades pelo embate ao princípio da igualdade e o do pluralismo ideológico, a imposição ideológica dentro do indivíduo aproxima novamente a pena do “seletivismo” da escola positivista.

8.1.2. Reformulação da ressocialização, extinção de vinculação punitiva

Nota-se que a problemática em ressocializar advém de sua imposição, por isso, é necessário torná-la mais genuína, haja vista a ressocialização ser função da execução penal e o índice de reincidência ser um dos indicadores da ineficácia do sistema prisional, como explanado por Newton Fernandes e Valter Fernandes:

A condição técnico-jurídica para que um criminoso seja considerado reincidente é a existência de uma condenação prévia (ou várias) pela prática do delito contemplado na lei penal. Destarte, os reincidentes em geral podem representar, a grosso modo, indicadores da ineficácia dos mecanismos de controle social, em especial das unidades prisionais. É reflexo, também, da reincidência, a insuficiência das medidas preventivas e repressivas utilizadas pelo Estado para combater a delinquência.²⁴⁷

A reincidência constante de determinados indivíduos também demonstra uma maior periculosidade, pois aqueles que, sem constrangimento, voltam a delinquir, independentemente de futuras condenações, representam um desafio a ser superado. Um dos motivos para a dificuldade do sistema prisional na ressocialização é a falta de penas personalizadas para cada indivíduo. O ambiente das penitenciárias em si é inóspito para medidas ressocializadoras, no momento em que o condenado é preso, vê-se obrigado a lutar pela própria sobrevivência, clima hostil favorece ao pensamento antissocial, com o passar do tempo os contatos sociais passados fora do cárcere tendem a se afastar, os agentes prisionais são apáticos, a solidão se torna diária,

²⁴⁶ Ibidem, p. 67-70.

²⁴⁷ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002. p. 345.

por isto, é imprescindível a difícil tarefa de viabilizar a reintegração do apenado, para que este não seja visto, e nem se transforme, em monstro incurável.²⁴⁸

Ainda que a função ressocializadora não seja eficaz como finalidade da pena, o Estado permanece no dever de fornecer meios para que os condenados possam conviver de forma mínima, o que se deve buscar é a ressocialização por meios de outras esferas do poder estatal. Medidas assistências fundadas na educação, psicologia e assistência social, quando afastadas do direito penal e fundadas em preceitos humanistas, necessitam ser incentivadas para a redução da vulnerabilidade dos condenados pelo sistema punitivo, a problemática ocorre quando a reintegração é ligada à concessão de benefícios na execução, como, por exemplo, a progressão de regime e o livramento condicional, a adoção da busca pela reintegração deverá ser de forma voluntária, assim como deverá estar sempre disponível para os executados.²⁴⁹

Portanto, a adoção ou não de medidas ressocializadoras independe de sua eficiência, se trata de dever do Estado oportunizar o condenado para a redenção social, contudo, essa oferta não poderá ser coercitiva, uma vez que retira dos ideais ressocializadores toda sua base teórica para aplicação.

8.2 Prevenção Geral Positiva como solução

Todas as funções da pena apresentadas são passíveis de críticas quanto à sua legitimação, a prevenção geral positiva não é exceção, e embora seja alvo de críticas devido à sua abstração, demonstra maior compatibilidade com os princípios do direito.

A prevenção geral positiva se sobressai como forma de sustentar a justificativa da pena, objetivar o reforço na confiança e firmeza do sistema de execução possivelmente se apresenta como método mais eficaz do que a prevenção especial. Para o funcionalismo, essa vertente visa a garantia das normas e sua influência como controle social, assim, as penas são estruturadas como pressupostos de reprimenda estatal designados para os seus fins e consequências, dessa forma, no momento em que a reprovação social é reafirmada pela sanção, esta cumpre a sua função de garantia dos valores vigentes.²⁵⁰

Dessa forma, diferencia-se do caráter vingativo das teorias “retributivistas”, já que o objetivo não é o mal infligido ao apenado, mas sim a reafirmação dos valores protegidos socialmente, assim como distingue-se da neutralização individual, uma vez que não intenta

²⁴⁸ Ibidem, p. 345-350.

²⁴⁹ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução penal e ressocialização**. Curitiba: Juruá, 2018. p.159-163.

²⁵⁰ Ibidem, p. 84-87.

neutralizar o indivíduo pela pena, mas sim a aplicação justa da sanção em acordo com o grau de culpabilidade, mas acima de tudo, a prevenção geral pode, e deve, estar em consonância com o princípio da proporcionalidade.

A aplicação harmônica das penas, em respeito aos princípios constitucionais e às normas infraconstitucionais, junto com a sanção adequada para delitos de menor importância, assim como punições condizentes para crimes graves, são as bases do princípio da proporcionalidade,²⁵¹ logo, a pena justa é consequência do respeito aos princípios penais, e esta é requisito para boa implementação da prevenção geral pela busca da confiança social no judiciário.

Sob a ótica de uma linha limitadora de intervenção Estatal, a prevenção geral positiva se torna mais propícia para a aplicação dentro de um Estado Democrático de Direito, enquanto as outras teorias preventivas tendem a ampliar o poder estatal, a prevenção geral positiva, guiada pelo limite da culpabilidade e pelas garantias penais, torna a pena mais justa, o que consequentemente levará ao maior efeito preventivo pela reafirmação dos valores sociais escolhidos para serem protegidos juridicamente, o direito penal retorna ao seu caráter subsidiário para assegurar o funcionamento razoável da sociedade, assim, busca a maior liberdade conjuntamente a menor violência possível, evitando que o sistema trilhe linhas mais autoritárias de controle.²⁵²

Não se confunde com a prevenção geral negativa em virtude de:

A prevenção geral positiva, além de mais justa, é também mais efetiva do que a negativa. Isso porque a motivação baseada pela reafirmação dos valores da sociedade abalados por fatos especialmente graves é duradora, enquanto a intimidação tende a ser momentânea e fugaz. Com a prevenção geral positiva há a legitimação comunicativa do ordenamento, revalidando os valores sociais, e não a mera ameaça imposta pela força e desprovida de sentido crítico e construtivo.²⁵³

A influência da prevenção geral positiva aumenta durante a crise dos ideais ressocializadores nas ciências criminais, a ressocialização encontrou especial dificuldade prática pela escassez de recursos para uma busca eficaz de seus objetivos, além disso, as tentativas de reintegração social, ao serem aplicadas, não conseguiram retirar os condenados da precariedade, o resultado foi o descrédito contínuo do conceito da penitenciária-educativa, todavia, esse momento da criminologia obteve o importante papel na superação da doutrina do

²⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2.ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

²⁵² ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução penal e ressocialização**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 89-91.

²⁵³ Ibidem, p. 91.

ideal “retributivista”, sendo consenso a impossibilidade de seu retorno.²⁵⁴

Neste momento o direito penal encontra-se em momento de superação das teorias dos fins da pena até então demonstrados, retribuição, intimidação, neutralização e ressocialização, todas estas, por diferentes motivos, não tiveram resultados frutíferos para servirem de base para a legitimação do poder punitivo do Estado. A prevenção geral positiva, por sua vez, parte do fundamento da universalidade da sanção, a igualdade dos seus efeitos sobre a sociedade, através do valor simbólico a pena reforça a confiança dos não criminalizados com o sistema penal, a consequência é a fidelidade para com a lei, a linha mais radical desta teoria é a conhecida como fundamentadora, defendida principalmente por Gunter Jakobs, para este, a infração é especialmente prejudicial para a paz da social, não por causa do dano provocado, mas sim pela oposição direta à norma posta defendida judicialmente, a punição é necessária para que a instituição não quebre desmoralizada, assim, a pena tem como objetivo a comunicação com a sociedade de que a quebra das normas não será admitida, assim como o indivíduo não obterá nenhum benefício pela infração. Contudo, conforme a vertente de Claus Roxin (1997, apud anjos 2018, p. 253-254), a posição limitadora da prevenção geral, esta deverá ser alcançada respeitando proporcionalmente a culpa dos indivíduos com relação à conduta praticada, de nada adianta buscar atender aos clamores sociais se as garantias individuais não são respeitadas, o descontrole do poder punitivo, mesmo em nome do interesse coletivo, ao longo do tempo perde a confiança da população. Este pensamento, no entanto, apesar da válida preocupação do abuso de gestão, não muda o conceito base da prevenção geral positiva de direcionar seus esforços para o aumento da confiança e a recomposição dos valores infringidos pela conduta delituosa, no fim, ainda é prioritário a manutenção do poder e dos valores consagrados pela sociedade.²⁵⁵

A problemática da prevenção geral positiva é que, por essência, é estruturado em conceitos abstratos, a eficiência do valor simbólico da pena como afirmação de valores é difícil de ser comprovada empiricamente, além disso, a confiança no sistema jurídico está longe de ser tarefa a ser alcançada unicamente pelo sistema penal, este somente será atingido pelo esforço conjunto do judiciário como um todo. Outra forte crítica contra a teoria, é que o direito penal perderia a essência de ter sua função voltada para a população para novamente ser instrumento de controle do Estado, comprometendo as conquistas sobre o que é justo e proporcional na doutrina, visto que a prioridade será a estabilidade do sistema, o indivíduo é posto de lado em benefício daqueles que mantêm o poder, o ser se torna meio para a obtenção dos fins.

²⁵⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 244-246.

²⁵⁵ Ibidem, p. 244-255.

Resumidamente, a prevenção geral positiva pode levar a discursos autoritários e discriminatórios, defendidos pela necessidade do objetivo funcional de controle social pela manutenção do poder.²⁵⁶

A prevenção geral positiva busca o reforço na confiança e firmeza do sistema punitivo, a garantia da justa reprimenda estatal toma especial finalidade com a reafirmação dos valores vigentes, alcançada pela harmonização entre a proporcionalidade da pena e as garantias individuais, terá como consequência a diminuição da criminalidade, contudo deverá ser constantemente analisada e criticada para que não se torne autoritária, assim como para averiguação de seus resultados empíricos.

²⁵⁶ Ibidem, p. 304-313.

9. PREVENÇÃO ESPECIAL NA PRÁTICA

A prevenção especial positiva, o ideal ressocializador, tem sido aclamada por parte da doutrina como o principal objetivo a ser alcançado pelo sistema penal, contudo, essa vertente não está isenta de questionamentos quanto à validade teórica de sua aplicação, sendo possível que entre em conflito com o princípio igualdade e o pluralismo ideológico, mas não se nega que se trata de função a ser alcançada pela execução da pena, sendo necessário, portanto, ser analisada sua efetividade prática.

Robert Martinson, em 1974 publicou sua obra intitulada “*What works? questions and answers about prison reform*”, em resposta ao clamor popular da época por uma reforma prisional, neste mesmo período o público tem se familiarizado com os discursos de criminoso reabilitado, assim, em decorrência da falta de estudos empíricos na época acerca da eficiência dos métodos ressocializadores, o autor dedicou o trabalho para responder à pergunta sobre o que realmente funciona para reabilitar.²⁵⁷

Contratado em 1966 pelo governo de Nova Iorque, Martinson e seu grupo foram selecionados para descobrir a eficácia de medidas de reintegração, sobre a premissa de que esta tarefa era possível, para tanto, foram analisados 231 artigos sobre o tema, com o objetivo de compará-los e chegar a conclusões independentes. O primeiro tópico é sobre medidas educacionais por meio do preparo do detento através da educação e treinamento vocacional, contudo, a eficácia não foi comprovada empiricamente, os resultados demonstraram pouco efeito nas taxas de reincidência, quanto a tratamento psicoterapêutico individual, alguns indicaram indiferença quanto à reincidência, porém, um estudo indicou que os pacientes que receberam alta tenderam a ter sucesso após o cárcere, o aconselhamento em grupo, assim como a psicoterapia grupal, ambos obtiveram resultados conflitantes e a grande quantidade de variáveis tornou incerto indicar a eficácia. O tratamento médico dos detentos, seja por cirurgias ou por medicamentos, obtiveram resultados indiferentes quanto à reincidência, apenas um surtiu efeito positivo para a prevenção de novos crimes, a castração o mostrou-se eficaz para a contenção de condenados por delitos sexuais, o próprio autor demonstrou o receio das aplicações políticas deste resultado, haja vista ser claramente contra os direitos humanos e garantias individuais de um Estado democrático, em relação à duração da pena, também não é possível definir a eficácia de punições longas ou curtas, mas se é possível reduzir a sentença,

²⁵⁷ MARTINSON, Robert. **What works? questions and answers about prison reform**. Disponível em: https://www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/what-works-questions-and-answers-about-prison-reform p. 22-23. Acesso em: 5 de mar. de 2024

mesmo que esta não modifique a taxa de reincidência, ao menos diminuiria os custos públicos, a problemática é a possibilidade do aumento da criminalidade pelo acréscimo de possíveis infratores na sociedade.²⁵⁸

A pesquisa é marcada pela frustração originada pelo excesso de trabalhos que demonstraram resultados ineficazes e poucos positivos, alguns que até aumentaram a reincidência, porém, descontentamento também em razão da dificuldade de posicionamento pela abundância de variáveis que impossibilitavam posicionamento seguro acerca do tema, em consequência, Martinson termina o artigo com o título “*Does nothing works?*”, ou seja, será que nada funciona?, certo de que ao longo dos 200 estudos o resultado era o melhor possível com o disponível no momento, e que não é possível afirmar o que é eficaz ou não para reduzir a reincidência, ainda que tenha sido encontrado sucesso em algumas medidas, os fatores foram isolados, não sendo possível garantir a eficácia de qualquer método ou tratamento, assim, Martinson mostrou-se pessimista ao fim da pesquisa, desistindo da ideia de cura para delinquentes, sendo mais eficaz, a detenção ao invés da salvação.²⁵⁹

Em nova pesquisa publicada por Martinson em 1979, intitulada “*New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform*”, alertando os reformadores criminalistas para terem cautela em razão da grande disparidade nas punições de criminosos da mesma classe, afirmando que contrariamente ao que era consenso, a taxa de reincidência não é alta nos Estados Unidos, assim como diferentemente de posição anterior, alguns tratamentos e programas tem eficácia benéfica sobre a reincidência, de fato, alguns são benéficos, iguais ou de maior relevância, e outros se mostraram maléficos.²⁶⁰

Conforme explicado pelo autor:

Mas, apesar de tudo isso, a conclusão não está correta. Mais precisamente, os tratamentos foram considerados "impotentes" em certas condições, benéficos em outras e prejudiciais em outras ainda. O estudo atual, ao nos permitir descobrir uma grande categoria de tratamentos prejudiciais, é um avanço em relação à ECT. Ele nos permite indicar, pelo menos aproximadamente, as condições sob as quais um programa de tratamento se enquadrará em uma das três categorias: (1) benéfico (o programa reduz as taxas de reprocessamento); (2) neutro (nenhum impacto, positivo ou negativo, pode ser determinado); e (3) prejudicial (o programa aumenta as taxas de reprocessamento).²⁶¹(tradução nossa).

ECT vem de *Effectiveness of Correctional Treatment*, ou seja, eficácia dos tratamentos

²⁵⁸ Ibidem, p. 24-38.

²⁵⁹ Ibidem, p. 48-50.

²⁶⁰ MARTINSON, Robert. **New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform**, *Hofstra Law Review*: Vol. 7: Iss. 2, Article 1. 1979. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol7/iss2/1>. Acesso em: 5 de mar. de 2024

²⁶¹ Ibidem.

de correção, que foi um estudo resumindo os efeitos dos tratamentos ressocializadores, a partir deste trabalho Martinson foi capaz de reavaliar seu posicionamento anterior de que nada funcionava, assim, como demonstrado na tabela abaixo:

Tabela 2 - Efeito médio da eficácia de métodos ressocializadores em três grupos

TABLE III
MEAN EFFECT SIZES FOR THREE LOCATIONS
(JUVENILE SENTENCED OFFENDERS)

<i>Treatment</i>	<i>Group Home</i>	<i>Prison</i>	<i>Shock Probation</i>
Job placement	+1.46	+ .07	
Benign custody	+ .12	+ .01	— .96
Reduced supervision		— .12	
Increased custody	+ .62	— .13	
Job training	— .32	— .25	
Volunteer/help		— .36	—1.49
Group counseling		— .43	
Psychotherapy	+2.09	— .45	—1.73
Milieu therapy		— .51	
Group therapy	+ .51	— .66	
Behavior modification	+ .09	— .88	
Intensive supervision		—1.00	—1.42
Education	+ .46	—1.37	
Individual/help	+1.62	—1.79	

- Notes: 1. A positive (+) mean effect size indicates a treatment mean higher than the standard processing mean.
2. A negative (—) mean effect size indicates a treatment mean lower than the standard processing mean.
3. Mean effect sizes for the group home are computed using standard probation as a comparison group.
4. Mean effect sizes for prison and shock probation are computed using standard juvenile prison as a comparison group.

Fonte: Martinson, Robert (1979)

A tabela diz respeito acerca da efetividade das medidas para a reincidência de delinquentes juvenis, o símbolo negativo indica que o tratamento está abaixo da média na taxa de reincidência, ou seja, tem efeito benéfico, já o positivo indica que a reincidência aumentou, demonstrando efeito prejudicial, está dividido em 3 grupos de estudo, *group home*, residência comunitária para tratamento antes da prisão, *prison*, o cárcere comum, e *shock probation*, breve período de encarceramento seguido de liberdade condicional. Os valores da tabela não demonstraram indicativos quantitativos, foram usados apenas para a verificação de padrões, o grupo que se mostrou com maior eficácia é o denominado *individual/help* quando aplicado no

grupo de prisão, chamado pelo estudo como métodos de auxílio, orientação e aconselhamento individual, este demonstrou valor de -1,79, ou seja, diminuiu significativamente a reincidência, estranhamente este método tem efeito maléfico ao ser aplicado ao grupo de residência comunitária, outro ponto relevante é que todo método utilizado no grupo que recebeu liberdade condicional após prisão curta se mostraram eficientes, a supervisão intensiva e educação demonstram boa eficácia no grupo de prisão, já a psicoterapia demonstrou melhores resultados para o grupo de curta restrição de liberdade seguida de liberdade condicional.²⁶²

Em pesquisa realizada pela *Revue Suisse de Criminologie (RSC) de Criminologie*, foram analisados 6.000 mil indivíduos ao longo de duas décadas, 1999 até 2019, que passaram por programas de aprendizagem baseados em princípios cognitivos-comportamentais, o objetivo foi orientar o infrator para que este, em particular, mude a forma de pensar e se comportar, com o objetivo de reduzir os riscos de reincidência, realizadas em sessões de grupos de seis a dez participantes, ou em ambiente individual com maior foco nas necessidades particulares de cada um, os programas foram realizados em escritório correcional de Cantão de Zurique. Parte específica deste estudo sobre infrações rodoviárias, foi observado que após período de observação de quatro anos, a taxa de reincidência foi de 18%, já para os que abandonaram o programa, a taxa foi de 32%, e os que se demonstraram altamente motivados com o programa a taxa foi de apenas 6%, em estudo realizado entre 1994 e 1995 pela *US-ameri-kanische Federal Bureau of Prisons*, de volta ao grupo de Zurique, grupo de detentos que receberam educação básica obtiveram taxa de reincidência de 39%, em contrapartida, aos 46% do grupo de controle, contudo, vários grupos demonstraram taxas de até 20%, a utilização de formação profissional também tem demonstrado boa eficácia, com vários grupos apresentando diminuição de 20% de reincidência, em resumo, os detentos do sistema criminal de Zurique apresentaram comparativamente baixas taxas de reincidência em decorrência das medidas eficientes ressocializadoras, todavia, mesmo para este longo estudo com milhares de detentos, ainda não é possível dizer com certeza, com base nos estudos existentes, quais fatores em específico influenciam na reincidência, sendo necessárias mais investigações sobre o tema.²⁶³

Conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional, após 5 anos a taxa de

²⁶² Ibidem.

²⁶³ REVUE Suisse de Criminologie (RSC) de Criminologie (RSC). **Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK)**. 2019. Disponível em: https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/organisation/direktion-der-justiz-und-des-innern/juwe/schwerpunkt-u-haft/Amt%20f%C3%BCr%20Justizvollzug_2019_20_Jahre_Amt_f%C3%BCr_Justizvollzug_eine_Festschrift.pdf. Acesso em: 2 de abr. De 2024.

reincidência no Brasil é de 38,9%²⁶⁴, se desse total, fosse possível aplicar métodos ressocializadores que reduzissem cerca de 15% dessa taxa, o benefício seria enorme para o sistema criminal e a redução da criminalidade, contudo, em pesquisa de campo realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em opinião de agente penitenciário sobre a dependência da vontade ou oportunidade para a ressocialização, o mesmo afirma que “a maioria não quer nada, acredito que só uns 15% a 20% querem mudar e tirar o tempo de cadeia delas sem problemas, já boa parte quer se envolver mesmo, quer usar droga, se articular para quando sair ganhar dinheiro fácil,”²⁶⁵ essa necessidade de aceitação interna do apenado representa a principal dificuldade prática da ressocialização:

Na verdade, a reprovação é o único caminho pelo qual se chega à ressocialização. Não há outro. E isso é muito fácil de demonstrar e entender. Ressocializar (reintegrar, reinserir na comunidade ordeira) pressupõe: a) que a sociedade seja depositária de altíssimos valores éticos; e b) que o prisioneiro ardentemente os queira redescobrir e reabsorver. Se ela os não tiver, ele não terá razão para desejar sair. Se ele os não quiser, ela terá toda razão para o deixar ficar onde está.²⁶⁶

Portanto, ressocializar sem que o condenado deseje a volta a sociedade é certeza de ineficácia.

No entanto, é certo que o Brasil ainda possui diversos pontos a serem melhorados a fim de uma política de reintegração desejável, como a dificuldade de assegurar os direitos do detento, a falta de igualdade de tratamento, falta de interesse operados de execução na ressocialização e o distanciamento entre o condenado e sociedade.²⁶⁷

A ineficácia do sistema prisional com a ressocialização é tamanha que incentiva as penas longas, a situação insatisfatória carcerária faz a reintegração impossível, e por isto se torna irresponsável a soltura daquele que não está preparado para a vida em sociedade, logo a restrição duradoura é tida como resposta.²⁶⁸

A bem da verdade, o sistema criminal dificilmente apresentará espaço acolhedor o suficiente para favorecer a reintegração, o que se deve fazer, dentro do possível, é desvincular o caráter penal do processo ressocializar. Por isto, conforme ensinamentos de Alvino Augusto

²⁶⁴ BRASIL. **Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil**. Gov.br. 17 de nov. de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em: 2 de abr. De 2024.

²⁶⁵ ANDRADE, Carla Coelho de et al. **O desafio da reintegração social do preso: uma esquisa em estabelecimentos prisionais**. IPEA- Brasília. Rio de Janeiro. 2015. p. 32.

²⁶⁶ DIP, Ricardo. JR; Volney Corrêa Leite de Moraes. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2002. p. 101

²⁶⁷ ANDRADE, Carla Coelho de et al. **O desafio da reintegração social do preso: uma esquisa em estabelecimentos prisionais**. IPEA- Brasília. Rio de Janeiro. 2015. p. 42-43.

²⁶⁸ DIP, Ricardo. JR; Volney Corrêa Leite de Moraes. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2002. p. 98-100.

de Sá (2010), no momento do exame criminológico para obtenção de benefícios penais, a Comissão Técnica de Classificação (CTC), órgão responsável pela orientação da individualização da execução penal, deverá ter natureza eminentemente dinâmica, cada preso necessita ser avaliado criminologicamente em sua individualidade, a análise deve enxergar o condenado enquanto pessoa com características, aspirações, aptidões, desejos e interesses que está em processo de preparo para a reintegração social, o conceito de sujeito somente como criminoso é abandonado para permitir enxergar as possibilidades de recuperação, para tanto, ao invés da ruptura de coerência entre técnico e encarcerado, pela brusca mudança de postura no momento do exame e do interesse se voltar unicamente ao passado criminoso, o CTC realiza uma “Avaliação Técnica Interdisciplinar Carcerária”, focado no desenvolvimento pessoal e nos valores obtidos no decorrer da execução penal, transmitida de forma transparente ao condenado, e em continuidade com os programas e atividades reintegradores.²⁶⁹

A interdisciplinaridade aumenta a eficácia da ressocialização por evitar, ou diminuir, o contato entre punição e o processo reintegrador, o direito penal nunca deixará de ser um mal necessário, e por isto, quanto menos melhor, tudo que não for absolutamente necessário deverá ser substituído por outras doutrinas. Apesar das dificuldades do ideal ressocializador, a punição sem a oportunidade de segunda chance torna a mesma sentença intensamente mais severa, por questões humanas a ressocialização necessita ser ofertada pelo Estado, sendo assim, objetivo essencial para que o Direito cumpra a sua missão de garantia de paz social e dos valores de um Estado democrático, novamente ressaltando que a problemática principal não é a oferta, mas sim as condições desumanas causadas pelo ambiente prisional, intensificadas pelo congestionamento carcerário, este, causado principalmente pela lentidão do judiciário.

²⁶⁹ RODRIGUES, Marie Lúcia. Apud SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.. p. 207-217.

10. DIREITO PENAL DO INIMIGO

O aumento da criminalidade, causada pela crise do sistema tradicional de direito penal, levou à busca por medidas mais efetivas de enfrentamento ao crime, as primeiras tentativas foram através de métodos para trazer celeridade processual, mas o constante aumento da violência trouxe a inevitável necessidade de maior rigor penal, pensamento este correlacionado com o chamado Direito Penal do Inimigo.

A tarefa de conceituar o Direito Penal do Inimigo se torna bastante teórica ao analisar a sua essência, conforme Manuel Cancio Meliá (2009. p. 89) “Direito Penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal”, ou seja, o Direito Penal do inimigo surge em razão das consequências geradas pelo Direito Penal posto, e por isso, difere daquele.²⁷⁰

Dito isto, a definição como proposta por Jakobs, caracteriza-se por três elementos:

O Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como de habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.²⁷¹

Portanto, as características principais do direito penal do inimigo proposto por Jakobs são a alta punibilidade e a desproporcionalidade da pena em conjunto com a relativização ou supressão de garantias.

Em decorrência dos desenvolvimentos político-criminais ao redor do mundo, estes começaram a ter as características correlacionadas a “velocidades”, que indicam o momento em que se encontra a política criminal local, a primeira velocidade é o momento em que a pena privativa de liberdade se mantêm aos princípios processuais clássicos, a segunda caracteriza-se pelos meios alternativos à prisão, assim como pela flexibilização de princípios político-criminais clássicos para estes casos, já na terceira velocidade, atrelada ao Direito Penal do inimigo, a pena restritiva de liberdade coexiste com as flexibilizações dos princípios clássicos.²⁷²

²⁷⁰ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 89

²⁷¹ Ibidem, p. 90

²⁷² Ibidem, p. 92

Jakobs reconhece que o direito penal do inimigo pode ser levado a viés mais extremos, e, portanto, deve ser limitado ao necessário,²⁷³ contudo, demonstra o seu caráter radical ao flertar com a eficiência da função da pena como forma de neutralização do indivíduo:

Entretanto, a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade. É possível pensar que é improvável que a pena privativa de liberdade se converta na reação habitual frente a fatos de certa gravidade se ela não contivesse este efeito de segurança. Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso. Isto talvez se perceba, com especial clareza, quando se passa do efeito de segurança da pena privativa de liberdade à custódia de segurança, enquanto medida de segurança ... nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo- para frente, ao futuro, no qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade ...Portanto, no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito Penal do inimigo... em vez do Direito Penal do cidadão.²⁷⁴

Ou seja, no momento em que se considera o indivíduo como inimigo, não se trata mais de um cidadão em contradição com a norma, mas sim de uma luta com um perigo, até o próprio simbolismo que deu margem para a teoria se perde neste pensamento mais radicalizado, claramente pelo que já foi exposto, a ideia de neutralização do indivíduo sem nenhum outro fim não pode ser objeto de estudo de uma Política Criminal de um Estado Democrático de Direito.

As ideias embrionárias do direito penal do inimigo podem ser traçadas até os ensinamentos de Platão, que desenvolve pela primeira vez o conceito do infrator como ser inferior por incapacidade de adentrar no mundo das ideias puras, e caso fosse irreversível esta condição, o indivíduo deveria ser eliminado, este conceito foi reiterado em diversos momentos na história, Lombroso, defensor da ideia de criminoso nato, comumente associava culturas estrangeiras como biologicamente inferiores, para este autor, os inimigos seriam selvagens que por acidente biológico são incapazes de conviver em sociedades civilizadas.²⁷⁵

A diferença com os conceitos de Jakobs é a de que este não considera o inimigo como uma classe de seres inferiores biologicamente, mas sim por pessoas que permanecem em constante estado de ameaça para a ordem social, Lombroso, como já exposto neste trabalho, considerava populações inteiras de determinadas culturas como seres inferiores, incapazes de

²⁷³ Ibidem, p. 64

²⁷⁴ Ibidem, p. 22-23

²⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro:editora GZ, 2021. p. 11-126

participar de uma sociedade, o perigo advinha do nascer da pessoa, a teoria de Jakobs se aproxima mais da ideia de indivíduos que por diferentes fatores, não relacionados com a descendência, estão em total descompasso com o mínimo de padrão social para não apresentarem perigo ao Estado, um dos exemplos mais comuns dentro da teoria é a figura do terrorista, o perigo causado pelas condutas deste indivíduo necessita de especial tratamento para sua contenção, por isto as garantias devem ser flexibilizadas²⁷⁶, portanto, o inimigo de Jakobs poderia vir a ser qualquer pessoa que venha a se comportar de tal forma, se o cidadão é aquele que em exceção contradiz a norma posta, o inimigo será aquele que não fará disto uma exceção, isto fica claro ao analisar os campos em que o direito penal do inimigo se demonstra mais relevante, quais sejam o combate dos cartéis de drogas, organizações criminosas e terroristas.²⁷⁷

Jakobs constitui a distinção dentre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo por meio de estudos filosóficos, parte do conceito clássico de contratualismo, o qual se observa a posição mais extremada de Rosseau e Fichte em razão de considerarem todo infrator como inimigo, por isto, a posição de Hobbes em distinguir o cidadão ordinário do inimigo foi considerada como mais prudente, para este, apenas o indivíduo que permanece fora do contrato, ou seja, em estado de natureza, configura-se em perigo para a sociedade. Na prática, a distinção entre esses dois polos de direito penal não é tão clara, ao analisar as leis postas em diferentes países, é possível considerar algumas normas como análogas ao que se considera direito penal do inimigo, a proposta é assumir e separar estes instrumentos da dogmática criminal tradicional, contudo, a separação entre as duas vertentes, cidadão e inimigo, é impraticável, uma vez que o próprio Jakobs admite a possibilidade do último adentrar no direito penal comum, a separação somente seria possível nas manifestadamente declaradas como tal. Outro questionamento acerca da necessidade da construção de um direito penal de inimigo é que os Estados de Direito já reconhecem a possibilidade de eventualmente ser necessário o uso do poder coercitivo para fins de contenção, mas estes são limitados constitucionalmente por meio do estado de sítio, de assédio ou exceção.²⁷⁸

Porém, como colocado por Zaffaroni e Oliveira (2021, p. 116) “Se não compreendemos mal o que nos propõe Jakobs, cremos que apresenta a possibilidade de um direito penal do inimigo não autoritário. Se bem é certo que todos os direitos penais autoritários são também

²⁷⁶ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 64-65

²⁷⁷ Ibidem. p. 96

²⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro:editora GZ, 2021. p. 116-132

‘do inimigo’, o inverso poderia não ser exato”.²⁷⁹

Para esta teoria, inimigo é o termo utilizado para aquele indivíduo que rejeitou se sujeitar as regras mínimas de convívio social, para Jakobs, neste caso o Estado necessita tratá-lo com um direito penal excepcional, com garantias flexibilizadas, haja vista este ser se comportar como um inimigo da sociedade, assim, estaria sujeito a um tratamento penal que se distancia dos conceitos clássicos da dogmática.

A globalização, juntamente com o crescente aumento da complexidade das relações sociais, fez surgir de forma exponencial novas demandas para o direito penal, e com isto o aumento de sua crise, a teoria do direito penal do inimigo iniciou com o conceito de direito penal de terceira velocidade, a doutrina criminal vem procurando soluções para o aumento das exigências sociais, inicialmente surgiu o direito de segunda velocidade, demarcado pelo abrandamento da pena restritiva de liberdade e busca de medidas alternativas ao cárcere, posteriormente surgiu a terceira velocidade, ligada ao Direito Penal do Inimigo, que teoriza acerca da flexibilização de garantias penais e processuais em conjunto com a pena restritiva de liberdade, essa vertente é criticada severamente pela possibilidade de abertura para eventuais abusos de poder estatal, assim como para regimes autoritários, contudo, conforme explanado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2008, p. 30-33):

Isto tudo traz à tona a dificuldade de se discutir a legitimidade de um direito penal do inimigo alheio ao princípio da Proporcionalidade. Atacado por aqueles que sonham com uma realidade inexistente e pregam um direito inapto para manter uma convivência social mínima e endossado por outros de forma automática e sistemática, contaminando, já há algum tempo, a legislação com modelo de tutelas díspares e incongruentes.

Dessa forma, como toda teoria, necessita ser lapidada e debatida acerca da legitimação e eficácia, posições extremadas, seja pela negação ou aceitação sem cautela, acabam por inabilitarem discussões frutíferas para a temática.

O recente aumento da complexidade social não só gera novas demandas, como também desestabiliza o judiciário, o que acarreta a criação de leis excêntricas e decisões judiciais que extrapolam os limites do direito, a hipertrofia legislativa é reflexo do medo, entre as causas para o aumento da criminalidade destaca-se a alta impunidade somada à política criminal irracional do país, enquanto outras nações respondem à crescente onda criminal da atualidade com modelos mais duros, o Brasil continua resistente a esta vertente.²⁸⁰

²⁷⁹ Ibidem. p. 116

²⁸⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 70-77.

Para Jakobs a prevenção geral se demonstra efetiva quando utilizada em sua modalidade positiva, desta forma, evita-se que o efeito da pena seja o medo, a paz social se torna o objetivo da norma vigente, que necessita ser reafirmada pela dano causado pela infração, a sociedade se organiza de forma a criar expectativas normativas para a garantia do convívio, porém, no momento em que o indivíduo se mostra manifestamente indisposto a respeitar estas normas, o direito penal do cidadão dará lugar para o direito penal do inimigo.²⁸¹ O debate quanto a teoria é seguida da eterna dialética entre o laxismo e o rigorismo penal, a história da criminologia é marcada pela constante transformação da dogmática, o constante ciclo de discursos de repressão e garantia, de finalidades e de escolas, a paradoxal disputa entre o direito da liberdade e a da vida. A problemática, todavia, está na dificuldade de parcela da doutrina em compreender que o direito penal do inimigo já existe e que está presente nos sistemas penais de todo o globo, a crítica sem discussão evita debate que favorece à falta de limites e autoritarismo desta vertente que neste momento afeta ao legislativo e ao sistema criminal, como explanado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes ²⁸²(2008, p. 295):

No entanto, a busca do equilíbrio – de uma política criminal *pro societate*, moldada pelo bom senso e racionalmente apta a analisar a legitimidade de um Direito Penal do Inimigo – somente se inicia com o conhecimento desse contexto contemporâneo: o do mundo pós-moderno, pós-industrial e (pseudo) globalizado. Fugir ao debate ou procurar deslegitimar a concepção de Jakobs com simples menção de princípios e interesses tutelados pela Constituição aparenta ser, como se verá, inócuo.

Assim como no funcionalismo de Roxin, o ideal para a doutrina é o uso, limitado e selecionado, de diversas teorias sobre a finalidade da pena, mesmo a “retributivista”, considerada por muitos como superada doutrinariamente, encontra função dentro da fase de imposição da sentença, estar aberto cognitivamente para debates faz parte da construção de uma dogmática democrática, efetiva e humanista.

Notoriamente a teoria tem sido fortemente criticada por diversos doutrinadores, possivelmente os mais conhecidos argumentos foram os deduzidos por Zaffaroni durante conferência realizada em São Paulo no dia 14.08.2004, dentro os quais vale ressaltar a tendência de poder sem limites transformar-se em poder de polícia, por motivos religiosos vários foram considerados inimigos, o período “Lombrosiano” demonstra a possibilidade seletiva que o Estado possui em estigmatizar parcelas excluídas, o constante enquadramento do criminoso como ser inferior, em vista disso o inimigo se torna o marginalizado, a possibilidade de aquele que difundir o terror determinar quem será considerado como inimigo. Em suma, as críticas

²⁸¹ Ibidem, p. 173-174.

²⁸² Ibidem, p. 288-295.

para a teoria direcionam-se para o simbolismo excessivo e a flexibilização de garantias, incentivadoras de uma política criminal baseada exclusivamente na eficiência.²⁸³

Para fins de política criminal, toda proposta política apenas tomará corpo se legitimado democraticamente pelas convicções gerais, na mesma linha, o surgimento do direito penal do inimigo como instrumento de política criminal no Brasil indica a insatisfação da população com a crise do judiciário em seu tratamento com a criminalidade, assim, pela inevitabilidade da situação, assim como pela complexidade da problemática, é essencial a delimitação de regras para esta nova vertente, a fim de que este não contamine todo o sistema.²⁸⁴ Posto isto, Alexandre Rocha de Almeida de Moraes realizou propostas para uma política criminal racional à modernidade:

a) definição dos limites operativos do direito penal, para que se evidenciem as omissões das outras esferas de controle social, máxime a falta de políticas públicas estatais; b) codificação da legislação e periodicidade dos códigos, com estratégia, bom senso e racionalismo; c) abordagem multidisciplinar da política criminal com base na realidade brasileira; d) delimitação clara dos diferentes modelos de política criminal, especificando os tratamentos para as diversas velocidades do direito penal.²⁸⁵

Válido ressaltar a importância da análise da realidade brasileira, o legislativo nacional possui o mau hábito de importar medidas internacionais sem a devida análise de como será na prática em território prático, a multidisciplinaridade em conjunto a estudos empíricos são essenciais para o estudo prévio de possíveis impactos de novas normas.

A análise das novas formas de delitos do período moderno evidenciam a necessidade de tratamento diferenciado para diferentes tipos de crime, em especial, o combate à criminalidade organizada sem a flexibilização de alguns direitos ou garantias individuais, como, por exemplo, a interceptação telefônica e a quebra de sigilo fiscal, se torna impossível. É certo que a política de segurança pública inexistente sem estar em concordância com os direitos humanos, e a política social demonstra ser a melhor forma de política criminal, ter esses princípios em mente evitam o endurecimento sem fundamento, assim como a hipertrofia legislativa criada a partir da manipulação do medo coletivo, contudo, a realidade brasileira justifica, ocasionalmente, a flexibilização das garantias individuais, mas que claramente impõe para a doutrina o questionamento dos limites éticos em um Estado Democrático de Direito, posto isto, Antonio Carlos da Ponte leciona: ²⁸⁶

²⁸³ Ibidem, p. 247-252.

²⁸⁴ Ibidem, p. 316-319.

²⁸⁵ Ibidem, p. 319-320.

²⁸⁶ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171-176.

O chamado Direito Penal do Inimigo não responde satisfatoriamente a essas questões. Porém, não pode simplesmente ser taxado de totalitário, posto que se dirige, basicamente, a uma dada forma de criminalidade. O balizamento condizente e razoável do problema é tarefa que deverá ser abraçada e cumprida pelo direito penal nas próximas décadas.²⁸⁷

Como toda teoria, o Direito Penal do Inimigo não está imune às críticas, mas a crise da criminalidade no Brasil evidencia uma necessidade que carece de respostas pela dogmática tradicional, ainda assim, toda ideologia necessita de limitação para legitimação e efetividade.

Em suma, o direito penal necessita para a sua compreensão o estudo das características da sociedade moderna, esta é marcada pela sensação de insegurança que incentiva à política para a irracionalidade legislativa, os ideais clássicos e iluministas não se mostram mais como suficientes para lidarem com as novas problemáticas decorrentes do período pós-moderno, inevitavelmente a política criminal dos últimos anos vem sendo encaminhada para a flexibilização das garantias individuais. A prevenção geral tem sido buscada como forma de alcançar a eficiência e eficácia almejadas, esta próxima etapa da doutrina criminal é resultado da crise social da modernidade,²⁸⁸ contudo, negá-la não resolverá os problemas que tenta solucionar, deverá ser, portanto, cautelosamente tratada, conforme explicado por Alexandre Rocha de Almeida de Moraes:

A discussão acerca da legitimidade de um Direito Penal do Inimigo é mais uma decisão política do que jurídica. É possível justificá-lo juridicamente, em casos concretos e extremos, até mesmo com o balanceamento de interesses constitucionais ou aplicação do Princípio da Proporcionalidade. É imperioso, pois, definir claramente quem deve ser tratado como inimigo e em que circunstâncias uma política criminal dessa natureza possa se justificar, sob pena de as bandeiras que simplesmente propugnam por sua inconstitucionalidade revelarem-se inócuas frente à sistemática incorporação ao ordenamento e à contaminação de toda a dogmática penal.²⁸⁹

Assim, como demonstrado neste trabalho pela teoria unificadora de Roxin, o Direito possui o constante trabalho de equilibrar a dialética entre os direitos do indivíduo e o da sociedade, o direito penal do inimigo surge como resposta para a crise da crescente criminalidade no mundo moderno, e por isso possui postura evidentemente dura quanto à realidade, é certo que a causa de sua existência não se resolverá pela sua negação, mas ao mesmo tempo, não é possível a sua livre aplicação, a legitimação é possibilitada pela delimitação de seu poder através do princípio da proporcionalidade e equilíbrio com a

²⁸⁷ Ibidem, p. 176.

²⁸⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 331-334.

²⁸⁹ Ibidem, p. 333.

Constituição. A partir do momento em que o indivíduo convive em sociedade, este cede parcela de sua liberdade, esta parcela é, contudo, a parte mínima necessária para o convívio social em paz, acontece que a sociedade está em constante mudança, e com isto o tamanho da parcela necessária.

É certo que o Direito Penal do inimigo como teorizado por Jakobs demonstra-se demasiadamente punitivista, da forma como fora estipulada possui graves problemas para a aplicação em um Estado Democrático, como, por exemplo, a incompatibilidade com a teoria da prevenção geral positiva (defendida neste trabalho), justamente em razão da perda do simbolismo que precedeu seus conceitos, o Direito Penal do inimigo em sua forma crua acaba por preconizar a neutralização de indivíduos (prevenção especial negativa), a função da pena não se dá pela contradição da norma, mas sim em razão da periculosidade do agente, outra problemática advém da incoerência entre a separação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo, caso haja a necessidade de medidas mais rigorosas e excepcionais para punir indivíduos, não há motivos para que estas medidas sejam alheias ao próprio ordenamento criminal posto, o que acaba por ser um problema legislativo além de estritamente jurídico, as medidas de exceções, caso venham a existir, deverão ser formalmente identificadas e implementadas ao âmbito do Direito ao qual pertencem, e que neste caso já existe.²⁹⁰

Posto isto, legítimo as motivações que fizeram nascer o direito penal do inimigo, qual seja, a ineficácia da dogmática penal tradicional, sendo necessária a análise acerca da viabilidade, de forma moderada, de alguns ensinamentos desta teoria, sendo realidade já presente no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁹⁰ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 98-117

11. PREVENÇÃO GERAL ALÉM DAS NORMAS: ECOLOGIA DO CRIME

Ao analisar as funções da pena, percebe-se a dificuldade do direito penal em justificar-se através de punição, no entanto, a criminologia e a política criminal vão além das penas, a sanção, em razão de suas fortes consequências, deverá ser evitada ao máximo, por isso, a forma menos danosa de combate ao crime é evitar sua ocorrência, para tanto, é necessário estudar como o crime desenvolve na sociedade moderna.

No passado, o crime predominantemente consistia em conduta mais individualizada, com causas dentro da natureza humana, após o crescimento dos grandes centros urbanos, a criminalidade ocasionada pelas desigualdades das grandes metrópoles mostra-se claramente mais intensificada em relação às zonas rurais, em que o valores comunitários e maior controle social contribuem para menores taxas de criminalidade, o aumento delitivo dos centros urbanos são efeitos das dinâmicas sociais, demográficas e espaciais do processo de ocupação moderno.²⁹¹

O estudo ecológico do crime permite identificar os locais propícios à aglomeração de criminosos, a exemplo das zonas mais abastadas economicamente serem alvo de crimes contra a propriedade em razão da certeza de compensação, as regiões aglomeradas, característico das regiões centrais, favorecem aos crimes de roubo, visto que facilitam tanto a apreensão do bem quanto a fuga do infrator. Os locais de pouco controle social propiciam atos de vandalismo, em razão dos bens ficarem constantemente sem vigilância, dessa forma, como esperado, estudos apontam para maior grau de violência para regiões deterioradas de condições básicas de vida, a urbanização gera a falta de controle social, o que acaba por sucumbir cidadãos para a ilegalidade. A consequência destes fatores gerou a formação de bairros altamente fortificados, a indústria da segurança e o marketing imobiliário tem se beneficiado pela sensação de insegurança, ao mesmo tempo, a criminalidade se tornou cada vez mais complexa e planejada para contornar esses obstáculos, a exemplo dos sequestros que tornaram-se mais violentos em decorrência da dificuldade de acesso à vítima, a nova dinâmica do crime deixa clara a necessidade de estudos interdisciplinares na base do planejamento criminal do país.²⁹²

A necessidade de entender a dinâmica espaço-criminal não se trata apenas de identificar locais de maior criminalidade para a tomada de medidas repressivas, mas sim, de compreender o modo de operar do crime para a tomada de ações preventivas, a antecipação de sua ocorrência

²⁹¹ FELIX, Sueli Andruccioli. **Geografia do Crime: Interdisciplinaridade e Relevâncias**. Marília: Marília-Unesp-Publicações, 2002. p. 3-6.

²⁹² Ibidem, p. 52-63.

para evitar a criação do dano, em um Estado democrático, a prevenção necessita ser multiforme a fim de compatibilizar com a nova complexidade criminal da atualidade, as políticas intervencionistas precisam ter efeito positivo nos principais fatores gerados de delitos, que são a deterioração dos laços sociais, falta de necessidades básicas e carência de cidadania.²⁹³

O estudo da dinâmica do crime para a tomada de ações preventivas, quando bem executado, tem demonstrado excelentes índices de redução da criminalidade, pesquisa publicada no *Journal of Quantitative Criminology* (2022), percebeu diminuição de 35% de crimes noturnos em comunidades mais iluminadas,²⁹⁴ a lei municipal 2.107 de 13 de março de 2002, também conhecida como lei de fechamento de bares, implementada após a constatação da grande quantidade de homicídios relacionados com os estabelecimentos apontados entre os períodos das 23 às 4 horas da manhã, do ano de sua publicação até 2012 houve redução de 90,74% da taxa de homicídio.²⁹⁵

Assim, medidas estatais não jurídicas de prevenção ao crime, além de serem menos danosas tanto para o Estado quanto para o indivíduo, apresentam alta efetividade quando aplicadas concomitantemente a estudos detalhados sobre a dinâmica criminal. Essa eficácia demonstra os motivos pelos quais a vigilância sobre o crime tende a aumentar.

²⁹³ Ibidem, p. 137-139.

²⁹⁴ CHALFIN, Aaron. et al. **Reducing Crime Through Environmental Design: Evidence from a Randomized Experiment of Street Lighting in New York City.** *Journal of Quantitative Criminology* (2022). 11 de jan. de 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10940-020-09490-6>. Acesso em 12 de ago. de 2024.

²⁹⁵ Albuquerque, Flávia; Bocchini, Bruno. **Dez anos depois de implementar lei de fechamento de bares, Diadema reduz homicídios em 90%.** Agência Brasil, 15 de jun. de 2012. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-06-15/dez-anos-depois-de-implementar-lei-de-fechamento-de-bares-diadema-reduz-homicidios-em-90>. Acesso em 12 de ago. de 2024.

12. JUSTIÇA CONSENSUAL E/OU NEGOCIADA NO ÂMBITO PENAL

A crise no sistema penal tradicional tem sobrecarregado o judiciário das sociedades modernas, em resposta a essa problemática, a justiça consensual foi criada para trazer celeridade processual, contudo, a aplicação dentro das bases penais enfrenta desafios significativos.

Em primeiro momento, a justiça consensual aparenta ser pouco compatível com a base da justiça criminal, a natureza entre acusador e acusado possui essência antagônica, o Estado, por sua vez, é movido pelo dever de punir aqueles que infringem as normas penais, sendo a punição de interesse público, a justiça penal de um Estado democrático tem o poder punitivo legitimado pelo justo processo, pelo respeito às garantias e pela produção de provas, esses atributos dificultam a compatibilidade da maior autonomia entre as partes no desfecho do processo. O termo “consenso” é mais facilmente desenvolvido dentro do direito civil e comercial, conceituando-se como o ponto em comum no qual as partes divergentes concordam, elemento base na formulação de contratos.²⁹⁶

O uso do acordo e consenso dentro do direito processual penal tomou conhecimento pela doutrina como “direito consensual penal” ou “justiça negociada”, que por vezes são utilizadas como sinônimo, porém, é possível a distinção pelo grau de autonomia entre os modelos, na justiça consensual o consentimento entre os interessados tem caráter mais coadjuvante, e se expressa pelo aceite ou recusa dos termos apresentados, como no caso do aceite ou não do acusado dos termos de um *sursis*, a justiça negociada se diferencia pela capacidade do acusado de discutir os termos da proposta, sendo capaz de alterar os termos discutidos na proposta final, consequentemente, demonstra autonomia além do aceite e da recusa.²⁹⁷

Com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público deixa de ser essencialmente órgão acusador para se tornar defensor dos interesses da sociedade, este novo perfil foi desenhado pelos ideais da nova Constituição, demarcada pela construção de um Estado Democrático de Direito, esta maior autonomia, conjuntamente ao início da formação de um novo sistema de justiça criminal, deu início ao direito consensual penal no Brasil, iniciada com a Lei 9.099/95, que trouxe os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, avançando até os tempos atuais com o Acordo de não persecução penal.²⁹⁸

²⁹⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-17112011-110813. Acesso em: 17 de jul. de 2024, p. 30-31.

²⁹⁷ Ibidem, p. 31

²⁹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de et al. **Direito penal contemporâneo: temáticas em homenagem**

A justiça negociada foi criada para ser alternativa mais célere e eficiente do que o tradicional trâmite processual lento e demasiadamente complexo, milhões de novos casos criminais ingressam no sistema anualmente, como exposto por Mario Sarrubo et al. (2022, p. 71) “No Brasil, há muito tempo procuramos soluções para o nosso sistema de justiça, considerado lento e, portanto, ineficaz. Justiça lenta é, por óbvio, sinônimo de injustiça”, esta ineficácia jurídica resta evidente pelo conhecimento popular, causando insatisfação social que clama por um sistema criminal mais célere, dessa forma, a justiça consensual passa a ser uma necessidade para casos de média ou baixa gravidade.²⁹⁹

Apesar disso, o aceite dos métodos consensuais no âmbito criminal não é unânime na doutrina, a primeira crítica a ser notada é pela perda de algumas garantias do acusado, que ao abrir mão do processo penal renuncia a garantias como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição. Outro tópico discutido é acerca da pressão psicológica sobre o réu, aqueles que possuem medo de enfrentar o sistema criminal, assim como os menos favorecidos economicamente, serão mais tendenciosos a aceitarem o acordo por motivos não intencionados pela política criminal objetivada, portanto, a aplicação deverá ser guiada pela análise individual das negociações, buscando o respeito as garantias individuais essenciais para um bom julgamento.³⁰⁰

A Lei 9.099/95 evidencia a proposta consensual em seu artigo 2º, o qual enfatiza a necessidade de buscar, dentro das infrações de pequeno ou médio potencial ofensivo, um processo orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além de buscar, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Este modelo consensual é guiado por três princípios, pelo princípio da oportunidade regrada, pela autonomia da vontade do imputado e pela desnecessidade da pena de prisão.³⁰¹

A transação penal está disposta no artigo 76 da Lei 9.099/95, a qual dispõe que: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”³⁰²

Já a suspensão condicional do processo está regulada pelo artigo 89 da mesma lei:

ao Professor Damásio de Jesus. Coord. André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 68

²⁹⁹ Ibidem, p. 71

³⁰⁰ Ibidem, p. 72

³⁰¹ GOMES, Luiz Flávio et al. **CRIMINOLOGIA**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 487-489.

³⁰² BRASIL. **lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.³⁰³

Ambos os dispositivos possuem a necessidade do aceite da proposta pela parte ré e de seu defensor, a transação penal pelo parágrafo terceiro de seu artigo, e a suspensão condicional do processo em seu parágrafo primeiro.

O Acordo de não persecução penal, por sua vez, “Trata-se de instrumento jurídico de caráter pré-processual, que permite o acordo entre o Ministério Público e o autor da infração penal, deixando o *Parquet* de oferecer a denúncia concordando o autor do fato com o cumprimento de determinadas medidas”.³⁰⁴

Disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, para a aplicação possui requisitos a serem aplicados cumulativa e alternativamente:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.³⁰⁵

Assim, é possível depreender que para a aplicação do Acordo de não persecução penal diversos requisitos necessitam ser alcançadas da análise da conduta do infrator, o que acaba por restringir a aplicabilidade prática.

Um dos requisitos foi especialmente debatido pela doutrina, a confissão gerou dúvidas quanto a sua compatibilidade com o princípio da presunção da inocência, contudo, antes de

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de et al. **Direito penal contemporâneo: temáticas em homenagem ao Professor Damásio de Jesus**. Coord. André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 74

³⁰⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**. de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

qualquer contemplação do ANPP em processo, é requisito observar se não cabe arquivamento, ou seja, inicialmente verificam-se os elementos suficientes para o oferecimento da denúncia antes da tratativa do acordo, caso existam, as negociações podem ser iniciadas. Na prática, o investigado estará acompanhado de defensor, o qual analisará o processo e realizará a ponderação acerca do ANPP para que, caso aceite os termos do Ministério Público, venha a confissão do acusado.³⁰⁶

Não obstante, o acordo não é celebrado sem que esteja guiado pela mais absoluta voluntariedade por parte do interessado. A ele cabe, a qualquer tempo, negar sua efetivação, não confessar, se lhe parecer interessante, e optar, sendo o caso, por experimentar o processo e as suas possibilidades. Entretanto, não tem sentido garantir ao interessado o direito de não ser processado sem lhe impor ônus de qualquer natureza. A confissão circunstanciada ao membro do Ministério Público só pode ser vista sob esse aspecto e, não, por qualquer outro. Ela vale, precisa ser prestigiada, estudada e compreendida, considerando o momento de transição pelo qual passa o processo penal brasileiro.³⁰⁷

Portanto, ainda que contenha várias restrições, tem sido trabalhoso alcançar a unanimidade do aceite da justiça negocial no Brasil, o que dificulta o avanço para um sistema criminal mais eficiente e célere.

Os Estados Unidos é particularmente conhecido pelo seu sistema de justiça negocial criminal, contudo, diferentemente do Acordo de não persecução penal, que possui diversos empecilhos para aplicação, o *Plea Bargain* se tornou a principal forma de solução dos casos penais dos Estados Unidos, chegando a ser responsável por 98% dos fins processuais criminais,³⁰⁸ esta alta taxa fez surgir o questionamento acerca do quão justo foram as decisões desses acordos, possivelmente diversos dos que foram ofertados foram aceitos pelo medo do enfrentamento do sistema penal do país, a forma mais livre de justiça negociada dos Estados Unidos permite que ela seja usada de forma mais extensiva, apesar disso, em razão do exposto, há a preocupação acerca da possibilidade de coexistir com a correta proteção das garantias individuais envolvidas.

³⁰⁶ ARRUDA, Eloisa de Sousa; DEMERCIAN, Pedro Henrique; PEREIRA, Camila Bonafini. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A CONFISSÃO COMO MEIO DE PROVA NA AVENÇA RESCINDIDA POR DESCUMPRIMENTO DO INVESTIGADO**. 03 de abril de 2024. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 23 (2023). Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/552. Acesso em: 31/07/2024. Acesso em: 31 de jul. de 2024.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ AMERICAN BAR ASSOCIATION. **2023 Plea Bargain Task Force Report urges fairer, more transparent justice system**. 22 de fev. de 2023. Disponível em: <https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2023/02/plea-bargain-task-force/>. Acesso em: 15 de jul. de 2024.

Assim, a justiça consensual no âmbito criminal é tema amplamente abordado pelos discursos criminais, é certo que o sistema necessita de maior celeridade para desafogar o congestionamento processual, apesar disso, conforme exposto por Mario Sarrubo et al.(2022, p. 71):

O grande dilema num sistema de justiça penal de um Estado Democrático de Direito regido pelo princípio da dignidade humana é a busca do necessário equilíbrio entre um modelo preventivo e repressivo eficiente e, ao mesmo tempo, garantidor dos direitos fundamentais e da dignidade do indivíduo.³⁰⁹

Portanto, é necessária a ponderação dos benefícios da eficiência alcançada pela justiça consensual com as garantias essenciais para um processo penal justo, apesar da polêmica levantada pela doutrina brasileira sobre a justiça consensual penal, esta ainda se apresenta de forma tímida se comparado a outros países, os benefícios advindos dessa nova, e inevitável, forma de justiça penal deverá ser aprofundada pelas normas brasileiras para maiores avanços de aplicabilidade no país, uma vez que a justiça processual do Brasil, como será demonstrado neste trabalho, necessita urgentemente de maior celeridade.

³⁰⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de et al. **Direito penal contemporâneo: temáticas em homenagem ao Professor Damásio de Jesus**. Coord. André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 75

13. TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA - ROXIN

Cada função da pena demonstrou motivos para sua justificação, assim como críticas à sua aplicação, a dialética entre as vertentes tem demonstrado maior coerência prática, sendo que cada função apresenta diferente relevância nas fases da pena: criação, aplicação e execução.

Descobrir o sentido da pena é desmistificar quais os pressupostos que justificam determinado grupo de pessoas associadas ao Estado possuir o poder de punir aqueles que infringem as normas postas. A primeira justificativa se dá pela teoria “retributivista”, aplicar um mal para compensar a culpabilidade do autor, a punição, dessa forma, não possui um fim em si a não ser da justiça aos olhos de quem aplica, contudo, esta fundamentação resta superada pela obscuridade dos pressupostos, e pela ligação às crenças morais e religiosas sem bases empíricas, e em razão disto torna-se seletiva. A segunda justificativa é a da prevenção especial, a qual foca em prevenir a prática de novos delitos pelo autor, seja pela ressocialização, intimidação ou pela neutralização, no entanto, falha quanto à delimitação do poder punitivo estatal, permitir que o Estado imponha reabilitação para aqueles que não se adaptaram à sociedade é ferramenta perfeita para processo seletivo de punição para indesejáveis, seja de antissociais tradicionais como mendigos, vagabundos e, etc. ou, até mesmo de inimigos políticos, da mesma forma, essa vertente também falha em delinear o tempo das medidas a serem impostas, visto que, para alcançar a efetividade seria necessário a intervenção do indivíduo até a sua correção. A terceira justificativa tradicional dentro da doutrina é a da prevenção geral, a busca da intimidação na sociedade em sua totalidade, todavia, esta também falha em restringir o poder estatal, tende a pender para o lado do terror Estatal, já que aquele que pretende utilizar a pena para intimidar visará reforçar este efeito pelo endurecimento do castigo, além disso, esta teoria sofre por não ser possível a medição de seus efeitos empiricamente, ademais, esse viés vai de encontro com as garantias individuais e os direitos humanos, dado que a punição será para satisfazer os desejos sociais, e não na medida da culpabilidade do infrator.³¹⁰

Roxin, em vista do quadro desanimador das teorias da justificativa da pena, vez que nenhuma delas é imune às críticas relevantes, reconhece as fraquezas das vertentes, mas que estas não podem ser superadas totalmente, devendo-se buscar o caminho eclético da união de três versões, assim, desenvolve-se a chamada teoria unificadora, como demonstrado no projeto do código penal alemão de 1962:³¹¹

³¹⁰ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Vega: Lisboa, 2004. p. 15-24.

³¹¹ Ibidem, p. 25.

O Projecto não vê o sentido da pena apenas na compensação da culpa do delinquente. Simultaneamente, possui o sentido geral de fazer prevalecer a ordem jurídica.. Serve também determinados fins politico-criminais e, em primeira linha, o fim de prevenir futuros crimes. Tal pode ocorrer intimidando o delinquente e os demais para que não cometam tais factos. E pode conseguir-se de modo mais duradouro actuando sobre o delinquente para voltar a ganhá-lo para a comunidade. Todos estes fins se conseguem em parte por si mesmos mediante a pena. Mas, no caso concreto, pode-se igualmente procurar de modo especial consegui-los através do tipo e medida da pena.(Roxin . 2004. P.25)

A teoria unificadora, porém, difere do projeto por não defender a acumulação de possibilidades de atuação, apesar de partir do pressuposto de que todas as concepções possuem valores a serem aproveitados, mas a simples mistura de todos os conceitos é fadada ao fracasso, o ponto de partida da vertente de Roxin é que o direito penal combate o infrator de três formas, ameaçando, impondo e executando sanções, e essas diferentes maneiras de atividade estatal necessitam de justificativas diferentes para cada uma, da mesma maneira, as diferentes teorias possuem focos diferentes para cada momento do sistema criminal, a prevenção geral é mais relevante para a justificativa dos fins das normas penais, a retribuição para a imposição da sentença e a especial para a finalidade da execução.³¹²

A primeira análise a ser feita é examinar quais as condutas legítimas a serem penalizadas pelos legisladores de um estado democrático em que o poder emana do povo, a justificativa da punição não pode ser pautada por motivações metafísicas, a legitimação para criação de normas nada mais é do que a necessidade de garantir as condições necessárias para o convívio em sociedade, qual seja, a garantia da segurança dos seus membros, desta realidade advém duas consequências, a que o direito penal tem natureza subsidiária, somente se punem as condutas juridicamente relevantes para o mínimo de paz social, e, não pode o legislador punir condutas não lesivas a bens jurídicos com base em preceitos abstratos pessoais, assim, o momento de cominação de normas deverá ter por finalidade a prevenção geral, uma vez que tem a natureza anterior ao da prática delituosa, o que impede de forma efetiva a aplicação da teoria “retributivista” ou especial. As críticas para com a prevenção geral, como as penas excessivamente graves e a manutenção hierárquica de poder, são restringidas pelo princípio da subsidiariedade e da necessidade de relevância jurídica para a cominação da pena, quanto a sua eficácia, quando em conjunto com as próximas etapas da eficácia do sistema criminal, estas esgotam a missão e o sentido do direito penal.³¹³

A segunda análise recai sobre a aplicação e proporcionalidade da pena, novamente será

³¹² Ibidem, p. 25-26.

³¹³ Ibidem, p. 27-32.

necessário o uso da prevenção geral, vez que de nada adianta a sua força ante a produção das normas quando a sua aplicação, na prática, não condiz com o que está formalizado. A teoria “retributivista” neste momento, apesar de recusada pela doutrina, é certo que retém certo mérito como fins de sanção, especialmente em exemplos em que há a necessidade de aplicação de punição ainda que não exista qualquer função de prevenção especial, como, por exemplo, no julgamento dos oficiais nazistas pelas atrocidades, a punição destes deverá ser realizada ainda que não apresentem periculosidade para a sociedade a que pertencem, o perdão para estes implicaria no desprezo da garantia da vida pelo Estado, além dos motivos de intimidação, há a necessidade de garantir a ordem jurídica na consciência dos cidadãos. Contudo, é certo que dentro dos fins de aplicação da pena a prevenção especial também está por vezes incluída, a intimidação individual do delinquente à prática de novos delitos, assim como a neutralização deste durante o cumprimento da punição, são fatores relevantes na manutenção da paz social, mas é certo que dentro de todos os fins que recaem neste momento do sistema criminal, a prevenção geral está presente em todas as fases, já que o objetivo de ordem social perpassa por todo o caminho, o ponto importante é ressaltar que isto não é motivo, sobre nenhum pretexto possível, que o judiciário seja contrário à dignidade humana na aplicação da lei, em decorrência da evolução histórica do direito, é impensável o particular ser utilizado como forma de intimidação de controle social, em vista disso, a imposição do castigo somente se justificará se for harmonizado as necessidades da população como um todo junto com as garantias individuais e a autonomia do infrator, já que um não exclui o outro, sendo possível a convivência dialética entre as duas dimensões. Consequentemente, a aplicação da pena deve ter por fim tanto a proteção preventiva geral quanto a especial, por meio de processo que garanta os direitos do indivíduo, assim como a limitação da pena na medida da culpa, evitando, dessa forma, eventuais abusos de poder.³¹⁴

Por fim, o terceiro e último estágio do sistema penal, a execução necessita ter em seus ideais o objetivo de reintegração do infrator, posto isto, precisa providenciar ambiente necessário para a vida humana sem perigos e ter finalidade racional, este é o momento dentro do processo em que o ideal ressocializador demonstra maior efetividade por coincidir com os direitos e deveres da sociedade e do indivíduo, todavia, é certo que este fim apenas possui legitimidade e eficácia se seguido dentro dos limites cuidadosamente traçados. Assim, a reintegração apenas será lícita se recair sobre as condutas altamente prejudiciais para os bens jurídicos, ainda que o agressor demonstre inaptidão social, caso contrário haverá a constante

³¹⁴ Ibidem, p. 32-40.

perseguição contra o livre desenvolvimento da personalidade, pelo mesmo motivo são inaceitáveis medidas que modificam a estrutura da individualidade do ser, como a castração para agressores sexuais ou operações cerebrais nos violentos. É certo que a prevenção geral também está presente na fase de execução, já que as medidas trazem coerção especial que aumentam a severidade da punição, contudo, cabalmente os fins da fase executória devem ser os ressocializadores, uma vez que infligir um mal ao particular meramente por função “retributivistas” não é admissível. A ressocialização tem de possuir, nesta fase do processo, conceito em sentido amplo, assim, ainda que para crimes mais graves, é frutífero dar a oportunidade para o delinquente utilizar seus esforços para uma vida produtiva, de maneira que o resultado de seu esforço chegue a vítima, seus herdeiros ou para pessoas necessitadas, esse cenário demonstrará maior eficácia do que relinquir o condenado a uma existência no cárcere, por esta mesma linha, a ideia de reparação de danos deverá ser reforçada para as penas curtas. Reintegrar não significa, então, coagir o indivíduo para os padrões, mas sim direcioná-lo ao caminho correto, devendo ser evitado a imposição de uma moral de tonalidade elitizada, mas sim despertar a consciência e as capacidades sociais do condenado, ou seja, é imprescindível o respeito com a autonomia de vontade do criminoso, não se trata de um ser cuja vontade deve ser quebrada, mas de um humano com certa inaptidão para o convívio social que tenta compensar essa deficiência por meio da criminalidade, posto isto, o direito necessita da cooperação entre os juristas, médicos, psicólogos e pedagogos. Entretanto, é notório que o discurso ressocializador pode facilmente levar a cenários utópicos, portanto, deve-se reconhecer que este apenas apresenta-se como oportunidade para o delinquente, a partir do momento em que infrator não aceita a oportunidade as chances de reintegração fracassam, mas isto não implica que o Estado possui o dever de tentar as formas de convívio entre todos os cidadãos, apenas quando os esforços forem concluídos é possível falar no esgotamento da missão do direito penal.³¹⁵

Posto todos esses entendimentos, Roxin termina de conceituar a teoria pela seguinte conclusão:

Com isto, chegámos ao fim. Se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual. Trata-se, se me é permitido dar um nome a esta concepção, de uma teoria unificadora dialéctica...³¹⁶

³¹⁵ Ibidem, p. 40-43.

³¹⁶ Ibidem, p. 43.

Em resumo, a teoria unificadora dialética conserva diversos conceitos das demais teorias criminológicas, com base no caráter subsidiário de proteção de bens e serviços juridicamente relevantes, utiliza-se tanto da prevenção geral quanto da especial, ao mesmo tempo que preserva as garantias individuais com a pena limitada na medida da culpa, todos esses fatores em constante dialética discursiva pela busca da harmonização de direitos e deveres entre a sociedade e o indivíduo, um debate que perdurará enquanto continuarem as mudanças históricas e sociais.

13.1 Futuro do Direito Penal

Claus Roxin inicia sua obra “Estudos de Direito Penal” a partir do questionamento acerca do futuro do Direito Penal, suas conclusões visam prever as tendências que ocorrerão na dogmática criminal, elaborando também os possíveis direcionamentos pelas quais os Governos buscarão para enfrentar o aumento da criminalidade.

A primeira conclusão do autor é que, em razão da função do Direito Penal de assegurar a paz infra-estatal e garantir mínimo necessário para uma justa distribuição de bens, o que possibilita ao cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade, sua abolição não é viável, apesar de o Direito Penal ser considerado um “mal necessário”, sua existência é essencial, especialmente por seu papel de manutenção da paz social.³¹⁷

Acontece que, apesar do direito penal garantir a segurança social, como forma de poder, ela pode levar à discriminação de determinados grupos da sociedade, resultando em práticas autoritárias, em razão disso, deverá ser limitada, para que os benefícios sobrepujam os prejuízos ou, idealmente, que sequer haja prejuízo.

De forma sucinta sobre a temática (mais trabalhada no capítulo 5 deste trabalho), Roxin acredita que haverá a intensificação da vigilância pública, desde que limitada nos princípios legais; a ampliação do campo das medidas de segurança, ainda que estas não sejam a solução final para solucionar a criminalidade; e a descriminalização de condutas desnecessárias para o objetivo do direito penal em conjunto com a diversificação das formas de punição, essas para a garantia do princípio da *ultima ratio*, o aumento da diversificação das penas também será em razão de serem meios mais humanos, baratos e propícios à ressocialização do que a privação de liberdade. Em razão dessas mudanças, Roxin acredita pela suavização do Direito Penal no futuro, acredita também na integração sanções orientadas pela voluntariedade de reparação ao dano ou por trabalho de utilidade comum, em vista de seus efeitos socialmente construtivos, por fim, acredita no aumento das sanções para pessoas jurídicas, em vista do potencial lesivo das grandes empresas do mundo moderno.³¹⁸

Aliado a esses fatores, a tendência do Direito Penal também será pela diversificação e união entre teorias, afastando-se dos discursos que levam para o extremismo de vertentes, o estudo completo entre todas as escolas criminais é necessário, assim como a análise e junção das teorias de justificativa da pena, seja pela retribuição, prevenção especial ou prevenção geral,

³¹⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-5.

³¹⁸ Ibidem, p. 1-28.

independentemente do método utilizado, críticas válidas serão realizadas em razão da inexistência de teoria imunes a erros, portanto, a integração de diferentes pensamentos, por meio de uma abordagem eclética, é o meio mais eficiente para fundamentar o Direito Penal. A prevenção geral, por sua vez, aparenta estar mais alinhada com os princípios-base do Direito, uma vez que busca prevenir o crime com base na pena justa e na garantia da proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes.

O aumento da complexidade no tratamento do crime e o fortalecimento do respeito ao princípio da *ultima ratio* também levarão o estudo do crime para uma abordagem mais multidisciplinar, o que acarretará na crescente necessidade de auxílio de outras disciplinas para o combate ao crime, o Direito, dessa forma, trabalhará e absorverá constantemente de outras ciências para alcançar os seus objetivos.

Todas essas modificações serão, provavelmente, implementadas no Brasil, a busca da celeridade já se apresenta pelo aumento da justiça consensual, a diversificação das punições por alternativas à restrição de liberdade também demonstra direcionamento a ser seguido.

Roxin acredita na tendência de suavização do direito penal devido à natureza cíclica do tratamento da criminalidade, movimento natural dado que a pena privativa de liberdade já teve o ápice alcançado, a tendência é que o Direito Penal suavize globalmente.³¹⁹ Contudo, o autor também preconiza a harmonização entre a teoria, a prática e as necessidades sociais, sendo necessário que a política criminal do país esteja em concordância com o necessário para a manutenção da paz social, essa função, entretanto, não é ilimitada, sendo restringida pelos princípios basilares da dogmática criminal, conforme Claus Roxin:

A teoria dos fins da pena por mim defendida, só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena. Para a medição da pena isto significa, por um lado, que toda pena pressupõe culpabilidade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida.³²⁰

A proporcionalidade é, portanto, essencial para a justa aplicação da pena, não podendo a função preventiva ultrapassar os princípios da culpabilidade.

Apesar da suavização do Direito Penal ser a tendência predominante no mundo, não será, e nem deverá, ser tomada como o único viés para solucionar todos os problemas resultantes da problemática criminal. Cada país terá sua própria doutrina penal e política criminal específicas para seu povo, e, portanto, o balanceamento das mudanças mais eficientes podem

³¹⁹ Ibidem, p. 18

³²⁰ Ibidem, p. 155

variar.

O Brasil, em específico, é conhecido por seus altos índices de criminalidade, mas é necessário analisar as causas para que não sejam retiradas conclusões sem embasamento, podendo ser em razão de judiciário moroso, falta de medidas estatais de prevenção ao crime, ineficiência da dogmática tradicional, etc.

Sendo necessário, para tanto, estudos que identifiquem linha de raciocínio capaz de guiar uma política criminal eficiente, sem que sejam esquecidos a proporcionalidade das garantias individuais.

A descriminalização, isto é, o descarte de normas penais desnecessárias para a manutenção da ordem, deve ser tendência no Brasil, haja vista 77% dos tipos penais mais recorrentes serem referentes a apenas 5 tipos penais,³²¹ sendo que o Brasil ainda cria anualmente dezenas de novos tipos penais, movimento causado principalmente por motivos políticos.

Descriminalizar condutas, mais do que um processo de suavização, trata-se de método para maior eficiência em razão da hiperinflação de condutas criminalizadas. Esse processo, que por vezes demonstrou-se desnecessário, retira o foco do Legislativo em cumprir medidas eficientes para o combate ao crime, tratando-se de remédio meramente ilusório o aumento de condutas a punir.

A suavização das penas no Brasil deve ser abordada com especial cuidado devido à alta criminalidade e ao problemático sistema punitivo, este sistema, que além de se mostrar ineficiente, frequentemente é tomado como excessivamente brando com relação nas punições aos criminosos, não sendo incomum o descontentamento social. Diante disso, é necessário analisar os tipos penais do Brasil para verificar se, de fato, são excessivamente rigorosos ou amenos.

Sendo indispensável, portanto, analisar a situação do Brasil para que ao adequar-se às tendências do Direito Penal do Futuro previstas por Roxin, que visam tornar o Direito mais eficiente e humano, também sejam considerados suas peculiaridades. É necessário harmonizar teoria, prática e as necessidades sociais para garantir que os objetivos de um Estado social e democrático de Direito sejam respeitados.

³²¹ BRASIL. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018

14. TEMPO DE PENA E TEMPO PROCESSUAL – PREVENÇÃO GERAL

O objetivo final deste trabalho é desenvolver a política criminal mais condizente para o combate da criminalidade brasileira, a prevenção geral será a primeira etapa a ser analisada por ter, como exposto por Roxin, influência presente em todas as fases do sistema criminal, a análise da prevenção especial será realizada posteriormente, em suas diferentes formas, pela própria instituição prisional, por medidas alternativas à pena e por medidas ofertadas voluntariamente em concomitância com a condenação, e por fim, serão traçados possíveis caminhos futuros para a política criminal brasileira com o objetivo de alcançar a maior efetividade no combate a criminalidade, tendo por base o princípio da proporcionalidade e o respeito com os direitos humanos.

Desta forma, será realizado a análise da eficácia da prevenção geral no Brasil em comparativo com outros países, para tanto, examina-se a proporcionalidade da pena em quatro tipos penais brasileiros em comparação os de nações estrangeiras, assim como o estudo do tempo processual necessário para o fim do processo, com o objetivo de alcançar uma breve visão geral sobre a eficácia da prevenção geral no Brasil

Os países estrangeiros escolhidos foram a Islândia, Alemanha e Holanda, estes por demonstrarem baixíssimos índices de criminalidade, assim como a Venezuela, Peru e Argentina, estes por apresentarem altas taxas de criminalidade.³²²

A Islândia e a Venezuela foram escolhidos por demonstrarem valores extremos em seus respectivos grupos, já a Alemanha e Holanda, além de boas posições na classificação, também apresentam altas taxas populacionais em relação aos outros países com baixas taxas de criminalidade,³²³ haja vista o Brasil ser país extremamente populoso, importante diminuir as possíveis variáveis dentro da comparação. O Peru e a Argentina, além de relativamente populosos e com elevados índices de criminalidade, possuem a similaridade de pertencerem à América do Sul.³²⁴

Posto isto, segue a análise quanto aos crimes mais comuns no Brasil, sendo eles respectivamente os de roubo, tráfico de drogas, homicídio e furto.³²⁵

³²² WORLD POPULATION REVIEW. **Crime Rate by country 2024**. disponível em:

<https://worldpopulationreview.com/country-rankings/crime-rate-by-country>. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

³²³ WORLDOMETER. **European Countries by population**. Disponível em:

<https://www.worldometers.info/population/countries-in-europe-by-population/>. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ BRASIL. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018

O parâmetro utilizado para avaliar o grau de criminalidade dos países foi o *Crime index* da Numbeo, o qual leva em consideração a percepção geral dos níveis de criminalidade, segurança percebida, preocupações sobre crimes específicos, avaliações sobre crimes contra a propriedade e crimes violentos,³²⁶ quanto maior o número, maior o índice de criminalidade da nação, a Venezuela possui 81.1, Peru 67.7, Argentina 64, Islândia 25.5, Holanda 26.2 e Alemanha 38.9, o Brasil possui índice de 65.7.³²⁷

14.1 Islândia

A Islândia apresenta o menor índice de criminalidade entre os países mencionados, no entanto, a baixa população pode estar diretamente ligadas a este resultado.

O país nórdico pune o crime de furto pelo artigo 244 de seu código penal, a pena neste caso chegará até 6 anos de prisão, se a infração for considerada grave a punição não será inferior à 3 anos, o crime de roubo está descrito no 252, aquele que usa de violência ou ameaça para que outro lhe entregue dinheiro ou bens, ou qualquer ato que resulte em perda financeira, terá pena de no mínimo 6 meses e a máxima de 10 anos de prisão, caso o roubo coloque a vítima em grande risco o limite chegará à 16 anos de cárcere, já o crime de homicídio é descrito pelo artigo 211 do mesmo código, a qual dispõe que qualquer pessoa que tirar a vida de outra pessoa será presa por pelo menos 5 anos ou pelo resto da vida, a forma culposa é regrada pelo 215, este estabelece multa ou prisão até 6 anos, o tráfico de drogas é punido pelo 173 alínea “a”, a qual dispõe a que a punição poderá chegar até a 12 anos de prisão.³²⁸

A Islândia é a amostra extrema em baixa criminalidade, liderando a classificação, contudo, acaba por dificultar a análise comparativa em razão de suas características, em 2021 a população carcerária era de 142 indivíduos, cerca de 3 homicídios, 3.762 roubos e um total de 5,874 mil suspeitos criminais, tudo no mesmo ano,³²⁹ as análises estatísticas quanto ao tempo médio dos processos criminais são limitadas, mas em entrevista realizada pelo jornal *Green Bag* em 2004, o qual entrevistou o juiz Sigurður Tómas Magnússon em Reykjavík, afirmou que nas cortes distritais a duração média de um processo criminal é de 1 a 3 meses, já nos casos da

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ NUMBEO. **About Crime Indices At This Website**. Disponível em: https://www.numbeo.com/crime/indices_explained.jsp. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

³²⁷ NUMBEO. **Crime index by Country 2024**. Disponível em: https://www.numbeo.com/crime/rankings_by_country.jsp. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

³²⁸ ISLÂNDIA. **Almenn hegningarlög**. Alþingi. Código Penal.

³²⁹

STATISTA. **Number of people in prison in Iceland from 2010 to 2021**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1269089/number-prisoners-iceland/>. Acesso em: 11 de mar. de 2024.

suprema corte também leva em torno menos de 3 meses, em muitos casos o processo acaba em menos de um ano.³³⁰

Portanto, é um país extremamente célere e com baixa criminalidade, evidenciado pela reduzida população carcerária.

14.2 Holanda

A Holanda, por sua vez, possui população e área mais consideráveis, com conceitos penais peculiares e elaborada lei contra drogas.

O artigo 311 do código penal holandês dispõe sobre que “aquele que subtrair bem alheio será punido com pena de multa de quarta categoria ou prisão não superior a 4 anos”, esta é a punição para o crime de furto, já o roubo, que neste caso é o furto acompanhado de violência ou ameaça com o intento de apropriar-se de bem alheio, possui a pena de multa de quinta categoria ou prisão não superior a 9 anos, em sua forma agravada terá máxima de 12 anos, e com resultado morte a mínima de multa de quinta categoria ou cárcere não superior a 15 anos. O crime de homicídio no código penal holandês possui certas divergências em relação à legislação brasileira, a Holanda trata sobre crimes contra a vida no título XIX de seu código, o artigo 287 diz “Quem tirar deliberadamente a vida a outrem será, se for culpado de homicídio culposo, punido com pena de prisão não superior a vinte e cinco anos ou com pena de multa de quinta categoria” (tradução nossa), contudo, diverge do conceito brasileiro sobre crime culposo, neste caso se considera dentro da modalidade aquele que não premeditou o homicídio, ou seja, se o autor não teve a possibilidade de pensar por determinado tempo antes da infração, a modalidade culposa como conhecida no Brasil se aproxima ao do artigo 307 do código holandês, neste caso, o infrator é punido com pena de multa ou prisão não superior a 2 anos, no caso de imprudência será de 4 anos, já o homicídio doloso está retratado no artigo 289, o qual dispõe que ³³¹“Quem, deliberadamente e com premeditação, tirar a vida a outrem será, se for culpado de homicídio, punido com prisão perpétua ou pena de prisão determinada não superior a trinta anos ou multa de quinta categoria”. ³³²

Com relação ao crime de Tráfico de drogas, este é tratado pela *Opiumwet* (Lei do

³³⁰ JUSTICE in Iceland: Judge Tómas Magnússon. **GREEN BAG**. Disponível em:

http://www.greenbag.org/v8n4/v8n4_dialogue_currell_and_magnusson.pdf. Acesso em: 11 de mar. de 2024.

³³¹ VAN Breukelen Advocatuur. **Moord, doodslag & dood door schuld: een eenvoudige uitleg**. Disponível em: <https://www.kantoorvanbreukelen.nl/nieuws/moord-doodslag-dood-door-schuld-een-eenvoudige-uitleg/>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.

³³² HOLANDA. **Wetboek van Strafrecht**. Overheid.nl. Código Penal Holandês.

Ópio), a qual dispõe de duas listas referentes às substâncias consideradas ilegais, a primeira é tratada no artigo 2º e a segunda no artigo 3º da lei, as punições diversificam bastante a depender da droga envolvida no crime, em resumo, a pena mínima será multa e a máxima 12 anos.³³³

Em pesquisa realizada pelo *Wetenschappelijk Onderzoek-en Datacentrum* (WODC), os processos criminais resolvidos pelo Ministério Público em 2005 e 2008 duraram, em média, pouco mais de oito meses, desde o momento do primeiro interrogatório policial até a conclusão do caso, pelo mesmo estudo verificou-se que o período médio necessário para o processamento de casos criminais, quando as condições padrão são atendidas, foi de 38 semanas para adultos e 25 semanas para jovens em 2008. Já nos casos mais complexos, o tempo de tramitação foi de 69 semanas para adultos e 52 semanas para jovens no mesmo ano de referência.³³⁴

Portanto, apresenta judiciário menos célere do que o Islandês, mas que ainda tende a concluir os processos em menos de um ano.

14.3 Alemanha

A Alemanha apresenta índice de criminalidade consideravelmente maior do que o da Islândia e da Holanda, mas também possui uma maior área territorial e uma maior quantidade populacional.

Neste país, as infrações são separadas entre crimes e contravenções, os primeiros são puníveis com pena mínima igual ou superior a um ano, já as contravenções tem pena mínima inferior a um ano ou multa.³³⁵

Assim sendo, o crime de furto simples, artigo 242 do código penal alemão, possui pena não maior que 5 anos, roubo simples tem mínima 6 meses e máxima de 5 anos, em sua forma agravada vai de 1 até 10 anos de restrição de liberdade, aqui vale a ressalva ao roubo seguido de morte, artigo 251, neste caso a mínima será de 10 anos e máxima é prisão perpétua. No caso de homicídio doloso, o artigo 211 determina que “*Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft*”, o assassino será punido com prisão perpétua, já o homicídio culposo será punido com multa ou máxima de 5 anos de reclusão,³³⁶ por fim, o crime de tráfico simples, neste caso referente à pequena comercialização de drogas, artigo 29 da lei de entorpecentes da

³³³ HOLANDA. **Opiumwet**. Overheid.nl. Dispõe sobre o consumo e tráfico de entorpecentes.

³³⁴ A.M.G. Zuiderwijk et al. **Doorlooptijden in de strafrechtsketen: Ketenlange doorlooptijden en doorlooptijden per ketenpartner voor verschillende typen zaken**. Cahier 2012-1. Disponível em: <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/110>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.

³³⁵ KANZLEI&TZ. **Verbrechen und Vergehen**. Disponível em: <https://www.strafrechtsiegen.de/verbrechen-vergehen/>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.

³³⁶ ALEMANHA. **Strafgesetzbuch**. Na versão do edital de 13 de novembro de 1998. Código Penal.

Alemanha, tem punição de multa ou até 5 anos de reclusão, já os casos em que grande quantidade foi comercializada, a pena será no mínimo 5 anos e máxima de 15.³³⁷

Quanto ao tempo médio dos processos penais na Alemanha, desde o ano de 2021 o país tem sofrido pela sobrecarga do judiciário, a duração dos processos penais de primeira instância atingiu o prazo recorde de 8,1 meses, 1,8 meses a mais do que em 2010, nos tribunais distritais, em que são julgados crimes menos graves, o período processual tem aumentado de 3,8 para 4,6 meses, em decorrência disto o número de processos concluídos tem diminuído.³³⁸

Apesar de maior criminalidade, seu judiciário não é menos célere do que o dos países apresentados anteriormente.

14.4 Argentina

A Argentina é o primeiro país com alta taxa de criminalidade a ser analisado, com *crime index* de 64, possui área e população que mais se assemelham às do Brasil.

Na Argentina, o crime de furto está disciplinado no artigo 162 de seu código penal, a pena é de prisão de um mês a 2 anos, chegando de 1 até 6 anos em sua forma qualificada, o delito de roubo é descrito pelo 164, com pena de um mês a 6 anos de prisão, 5 a 15 anos em sua forma qualificada, caso o roubo tenha resultado morte a punição será de 10 a 25 anos, o artigo 79 disciplina acerca de homicídio, a pena para este crime é de oito a 25 anos de reclusão ou prisão, sendo possível a prisão perpétua em caso das qualificadoras descritas no artigo 80 do mesmo código,³³⁹ já o crime de tráfico de drogas regula-se pela Lei nº 23.737, o qual tipifica a conduta com punição de 4 a 15 anos de prisão concomitantemente a multa.³⁴⁰

Em reportagem realizada em 2014 pela *Chequeado*, afirma que os últimos dados acerca da duração completa dos processos nos tribunais criminais de Buenos Aires provêm de uma investigação publicada em 2004, no qual a duração média do processo penal foi cerca de 41 meses, quase três anos e meio, o período mais comum, foi de 33 meses, ou seja, dois anos e sete meses, contudo, a duração máxima no estudo é de quase 15 anos. Conforme a notícia, não há registros oficiais ou privados disponíveis sobre a duração completa dos processos penais

³³⁷ ALEMANHA. **Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)§ 29 Straftaten**. Bundesministerium der Justiz. Lei sobre o Tráfico de Substâncias Entorpecentes seção 29 - Ofensas Penais.

³³⁸ VERFAHREN vor Strafgerichten dauern so lange wie nie. **Zeit online**. 5 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2021-09/gericht-prozess-verfahren-immer-laenger>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.

³³⁹ ARGENTINA. **Ley nº 11.179**. de 29 de outubro de 1921. Código Penal.

³⁴⁰ ARGENTINA. **Ley Nº 23.737**. de 21 de setembro de 1989. Código Penal. Dispõe sobre o consumo e o tráfico de drogas.

na Argentina, já que os dados existentes não consideram o tempo necessário para as decisões do Supremo Tribunal e englobam todas as formas de resolução dos casos. No entanto, especialistas tem consenso de que os julgamentos levam tempo excessivo e a média pode chegar a cerca de 4 anos, embora esse período varie de acordo com diversos fatores, como a complexidade do crime sob investigação, em anúncio de 2014, realizado pela presidente da época Cristina Fernández de Kirchner, afirma que o sistema criminal leva em média nada menos que 4 anos de processo.³⁴¹

Apesar das penas não destoarem muito em comparação com os países de baixa criminalidade, percebe-se a grande divergência quanto ao tempo processual, o judiciário na Argentina demonstra uma morosidade bastante elevada quando comparado às nações anteriores.

14.5 Peru

O Peru também apresenta área e população consideráveis, embora menos similares com às do Brasil, além disso, apresenta tratamento especial quanto ao crime de roubo em decorrência de uma epidemia deste crime no país.

No Peru, a pena para o crime de furto é disposto pelo artigo 185 de seu código penal, a pena é de privação de liberdade de um a 3 anos, roubo está no 188, com punição de privativa de liberdade de 3 a 8 anos, a forma qualificada, disposta no 189, tem sofrido diversas modificações nos últimos anos, cada vez mais agravando a pena, ficando com a pena base de 12 anos e a máxima de 20, contudo, quatro incisos sobem a mínima e a máxima para 20 e 30 respectivamente, caso o agente esteja na qualidade de membro de organização criminosa e a consequência do ato cause a morte, graves lesões físicas ou mentais para a vítima, a pena estipulada é de prisão perpétua, antes de 1994 os limites para esta modalidade eram iguais ao do roubo simples atualmente, o delito de homicídio está presente no artigo 106 com pena mínima de 6 anos e máxima de 20, em sua forma qualificada a pena não será inferior a 15 anos, já o artigo 296, dispõe sobre o tráfico de drogas, o qual em sua forma simples possui mínima de 8 anos e máxima de 15 anos de privativa de liberdade.³⁴²

As mudanças drásticas no agravamento de penas do roubo qualificado são reflexos da epidemia de furtos de celulares no Peru, cerca de quatro mil aparelhos foram roubados todos os

³⁴¹ RIERA, Ariel. CFK: “Com o sistema atual, os processos duram em média nada menos que 4 anos”. Disponível em: <https://chequeado.com/ultimas-noticias/cfk-con-el-sistema-actual-los-procesos-duran-un-promedio-no-menor-a-los-4-anos/>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

³⁴² PERU. **Código Penal**. Sistema Peruano de Información Jurídica. Código Penal do Peru.

dias em 2023,³⁴³ contudo, a criminalidade no Peru durante os períodos de 2010 e 2020 teve tendência decrescente.³⁴⁴

Conforme relatório realizado pelo *Gaceta Juridica*, intitulado *La Justicia en el Perú*, documento preliminar de 2014-2015, o crime de corrupção, pelo processo ordinário do código de processo penal, deveria durar 10 meses, mas pela amostragem levam em média 4 anos e 6 meses, o crime de roubo qualificado, por sua vez, leva 4 anos e 2 meses, processos de estupro tem média de 4 anos e 1 mês, entretanto, a tramitação de processos de crimes comuns tendem a não ultrapassar 7 meses.³⁴⁵ Em reportagem realizada em 2017 pelo *Justicia tv*, o presidente do judiciário Duberlí Rodríguez Tineo, afirma que após a implementação do novo código de processo penal, passaram a durar em média 13 meses, contrastando com os quatro anos do antigo código.³⁴⁶

Assim, o Peru demonstra um rigor especial nas penas para o crime de roubo, quanto à celeridade, esta aparenta variar bastante a depender da complexidade do delito, porém, em média, demonstra durar cerca de 4 anos para menos, com uma melhoria recente na celeridade.

14.6 Venezuela

Assim como a Islândia, a Venezuela também apresenta empecilhos para a análise comparativa estatística, mas não em razão da baixa quantidade populacional.

Com *crime index* de 82.10, é considerado o país com maior índice de criminalidade pela *World population review*, possuindo fama internacional de ter alta periculosidade para ser visitado, entre as razões para alta criminalidade estão a corrupção governamental, um sistema judiciário falho e o colapso do Estado de Direito,³⁴⁷ além destes fatores, o autoritarismo tem crescido como política de governo desde a tentativa de golpe a Hugo Chávez em 2002, em 2009 o mesmo realizou emenda na Constituição para possibilitar as reeleições ilimitadas, ao mesmo tempo, perseguia opositores e censurava a imprensa para se manter no poder, desde então a

³⁴³ Arquivo Oculto. **Peru: Ladrões de celulares encaram penas mais severas**. Disponível em: <https://arquivooculto.com/penas-mais-severas-roubos-celulares-peru/>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

³⁴⁴ CANDIDATOS presidenciales dieron datos falsos sobre la pandemia y otros temas políticos en tercer debate del JNE. **Ojo Público**. 1 de abr. de 2021 Disponível em: <https://ojo-publico.com/ojobionico/candidatos-presidenciales-dieron-datos-falsos-tercer-debate-del-jne>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

³⁴⁵ GUTIÉRREZ C, Walter. **La Justicia en el Perú: cinco grandes problemas**. *Gaceta Juridica*. Disponível em: https://www.gacetajuridica.com.pe/landing/juridica/descarga/INFORME_LEGISLATIVO_2015.pdf. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

³⁴⁶ JUICIOS duran solo 13 meses con nuevo código procesal penal. **Justicia tv**. Disponível em: <https://justiciatv.pj.gob.pe/juicios-duran-solo-13-meses-con-nuevo-codigo-procesal-penal/>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

³⁴⁷ WORLD POPULATION REVIEW. **Crime rate by country 2024**. Disponível em: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/crime-rate-by-country>. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

nação tem sido considerada majoritariamente como autoritária,³⁴⁸ em vistas destes fatores, possivelmente não existem pesquisas nas últimas décadas sobre a eficiência do sistema criminal no país, e, se existir, o conteúdo é passível de questionamentos.

Todavia, a *Organization of American states*, disponibiliza versão datada de 20 de outubro de 2020 do Código Penal da Venezuela, no qual o artigo 453 trata sobre o crime de furto, este será punido com pena de prisão de seis meses a 3 anos, o crime de roubo está disciplinado pelo artigo 457, no qual a pena de prisão é de quatro a oito anos, o delito de homicídio é tratado pelo artigo 407, com pena mínima de 12 anos e máxima de 18 anos, chegando a 25 anos em sua forma qualificada, o tráfico de drogas é disciplinado pelo artigo 367, incisos I e II do mesmo código, a pena neste caso será de 4 a 8 anos, caso coloque em risco a vida da pessoa a pena poderá ser dobrada, ou seja, um máximo de 16 anos.³⁴⁹

Apesar das dificuldades na análise estatística da Venezuela, causadas pela escassez e credibilidade de suas fontes, foi possível analisar o tempo de pena de seus crimes, sendo notável especial laxismo para o crime de homicídio em comparação com os países de baixa criminalidade.

³⁴⁸ BARBON, Júlia. **Entenda por que Venezuela se transformou em ditadura sob Maduro**. Folha de São Paulo. 30 de mai. de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/05/entenda-a-crise-e-a-situacao-politica-da-venezuela-hoje.shtml>. Acesso em: 14 de mar. de 2024.

³⁴⁹ VENEZUELA. **Código Penal da Venezuela**. 20 de out. de 2000. Organization of American States. Código Penal da Venezuela.

14.7 Resultados

Tabela 3 - Comparativo do tempo de pena e dos tempos processuais coletados

Crime index	Islândia 25.5	Holanda 26.2	Alemanha 38.9	Argentina 64	Peru 67.7	Venezuela 81.1
Furto (Tempo de pena)	Até 6 anos de prisão	Multa ou prisão até 4 anos	Até 5 anos de prisão	Um mês até 2 anos de prisão	Um até 3 anos de prisão	6 meses até 3 anos de prisão
Roubo (Tempo de pena)	Mínimo de 6 meses e máxima de 10 anos de prisão	Multa ou prisão até 5 anos	6 meses até 5 anos de prisão	Um mês até 6 anos de prisão	De 3 até 8 anos de prisão (forma qualificada permite prisão perpétua)	De 4 até 8 anos de prisão
Homicídio (Tempo de pena)	Mínimo de 5 anos até prisão perpétua	Multa ou prisão até 30 anos ou prisão perpétua	Prisão perpétua	De 8 até 25 anos de prisão (possível prisão perpétua na forma qualificada)	De 6 até 20 anos de prisão	De 12 até 18 (máxima de 25 em sua forma qualificada)
Tráfico (Tempo de pena)	Até 12 anos de prisão	Multa ou prisão até 12 anos	Multa ou pena de prisão até 15 anos	De 4 até 15 anos de prisão mais multa	De 8 até 15 anos de prisão	De 4 até 8 anos (máxima de 16 na forma qualificada)
Tempo processual aproximado	Menos de 12 meses	Menos de 12 meses	8,1 meses	4 anos	4 anos (pouco mais de um ano após novo CPP)	Sem dados

Fonte: Elaborado pelo autor (2023).

Esta análise trata-se de breve estudo a fim de visualizar o contexto geral de como os delitos são tratados pelos sistemas criminais internacionais, para tanto, é propositalmente simplificada, não sendo analisado fatores como modelo de sistema prisional, metodologia da restritiva de liberdade do país e comparativo geral de qualificadoras, agravantes e atenuantes.

O máximo de pena de furto demonstrou ser maior em todas as amostras de baixa criminalidade, já o crime de roubo possui punição mais grave nos de alta criminalidade com exceção da Islândia, homicídio, por sua vez, poderá ser punido com prisão perpétua em todos os países de baixos índices, somente tendo a mesma pena na Argentina em caso de qualificadora, o crime de tráfico de drogas apresentou resultados similares, sendo a punição talvez um pouco mais branda nos de baixa criminalidade.

No geral, as divergências não são grandes o suficiente para evidenciar de forma clara um padrão, porém quanto ao crime de homicídio resta claro que os países de baixa criminalidade punem severamente este delito.

Importante ressaltar o caso do Peru, que tem adotado por mais de décadas o endurecimento das penas, principalmente quanto ao delito de roubo, o que aparentemente ajudou a diminuir a criminalidade, entretanto, além de não ter sido grande o decréscimo, é certo, como já exposto neste trabalho, que diversos fatores influenciam na taxa de criminalidade, sendo necessária a visão geral do quadro analisado.

Contudo, a grande divergência existe quanto ao tempo processual dos delitos, ainda que sem dados acerca da Venezuela, os tempos processuais da Argentina e do Peru eram de em média 4 anos de duração, todos os países de baixa criminalidade demonstraram sistemas criminais que solucionavam a lide em aproximadamente 1 ano, ou seja, quatro vezes menor que o outro lado da amostra.

O fator tempo processual aparenta estar presente na maioria dos países que apresentam baixos *crime index*, a Inglaterra que possui índice de 47.45, entre a acusação e a conclusão dura cerca de 6 meses e meio,³⁵⁰ Portugal com índice de 31.22, leva em média 7 meses para findar processos na justiça penal.³⁵¹

Esta eficiência de tempo pode estar relacionada com a confiança da população em seu

³⁵⁰ MILLER, Stuart. **HOW LONG AFTER BEING CHARGED DOES IT TAKE TO GO TO COURT?**

Disponível em: <https://www.stuartmillersolicitors.co.uk/how-long-after-being-charged-take-court/#:~:text=Time%20between%20being%20charged%20and,of%20the%20trial%3A%2050%20days>. Acesso em: 15 de mar. de 2024.

³⁵¹ PORTUGAL. **Diminuição do tempo de duração média dos processos findos**. República Portuguesa. 31 de out. de 2019. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/comunicado?i=diminuicao-do-tempo-de-duracao-media-dos-processos-findos#:~:text=Na%20Justi%C3%A7a%20C%C3%ADvel%20um%20processo,demora%20em%20m%C3%A9dia%207%20meses>. Acesso em 15 de mar. de 2024.

judiciário, assim, a celeridade processual, por estar ligada às nações de baixa criminalidade, aparenta ser fator de alta relevância para a prevenção geral.

14.8 Comparativo e análise da situação do Brasil, relevância do tempo processual

Para fins deste trabalho, dá-se destaque especial para a análise do Brasil, válido ressaltar que o país apresenta área territorial e tamanho populacional consideravelmente superiores aos dos países anteriormente estudados.

No código penal brasileiro, o crime de furto está disposto no artigo 155, a pena é de reclusão de 1 a 4 anos e multa, aumentada de um terço se praticado durante o repouso noturno, se o réu não for reincidente e o bem furtado for de pouco valor o magistrado terá a prerrogativa de trocar a punição de encarceramento por outra de menor gravidade, reduzindo-a em um a dois terços, ou optar apenas pela imposição de multa, o artigo 157 trata sobre o delito de roubo, a punição é de 4 a 10 anos e multa, podendo ser aumentada de um a dois terços pelos parágrafos e incisos que o seguem, homicídio está no artigo 121, com pena de reclusão de 6 a 20 anos, podendo ser diminuído de um sexto a um terço pelo caso de diminuição de seu parágrafo primeiro, em sua forma qualificada a pena será de reclusão de 12 a 30 anos,³⁵² já a infração por tráfico de drogas é regrada pela Lei número 11.343 de 23 de agosto de 2006, no qual o artigo 33 dispõe a punição de 5 a 15 de reclusão anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa, o porte para consumo é considerada conduta ilícita pelo artigo 28, porém, classificada como infração de menor gravidade, sem imposição de detenção ou reclusão.³⁵³

Dessa forma, possível concluir que as punições do Brasil, em comparação com os países deste estudo, apresentam penas um pouco mais duras do que a média, com exceção ao do homicídio, o qual os países de baixa criminalidade punem severamente com a prisão perpétua.

Possivelmente, o homicídio ao ser punido de forma severa dê força para a efetividade da prevenção geral, uma vez que o maior bem a ser protegido pelo Estado é a vida, o impacto social de um assassinato comove fortemente a comunidade, ao tornar a maior agressão contra esse direito intolerável, o respeito em relação ao governo e aos valores sociais aumenta, o que, com base na teoria da prevenção geral, diminuirá a criminalidade.

É notório que os casos criminais de maior impacto midiático são aqueles que

³⁵² BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

³⁵³ BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

demonstram maior violência, casos de homicídio e latrocínio são os que recebem foco pelos noticiários e pela atenção dos telespectadores, posto isto, casos famosos como o do goleiro Bruno Fernandes, condenado a mais de 20 anos pela morte de Eliza Samudio, considerado culpado de homicídio, ocultação de cadáver, sequestro e cárcere privado em março de 2013, ter conseguido liberdade condicional em janeiro de 2023,³⁵⁴ casos como este geram o descrédito da população com o sistema criminal, a sensação de impunidade dá segurança para os que intencionam a prática de delitos.

Contudo, é certo que a pena dura não pode ser aplicada em confronto aos princípios e garantias já estabelecidos pelo judiciário brasileiro, como explana Antonio Carlos da Ponte:

Atenta contra o princípio da humanidade toda sanção penal que se afigure brutal em suas consequências, como as que criam impedimento ou comprometimento que recaia sobre a vida do sentenciado ou paciente, como a morte, amputação, marcação cutânea, esterilização, castração etc. Nenhuma consequência decorrente do cumprimento da sanção penal pode apresentar-se como perpétua, posto que em algum momento deverá haver cessação dos seus efeitos e marcas.³⁵⁵

Portanto, em vista ao princípio da humanidade, a pena desproporcional para fins de prevenção geral não poderá ser aceita, todavia, é notório que o Brasil tem sido complacente com determinados delitos que necessitam de punições mais severas, não por mera retribuição, mas sim, por respeito aos valores defendidos pela Constituição, principalmente ao maior deles, a vida.

Como explanado por Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Jr:

O Direito de punir tem um halo de transcendência, porque sua concretização traduz a reafirmação dos valores fundamentais em torno dos quais se organiza a convivência social...Não punir, quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: sensação de que a Justiça, existente embora, não foi realizada no caso específico. Mas punir timidamente, quando era o caso de estabelecer uma justa proporção entre crime e pena, é caso de escândalo, indignação e anátema: sensação de que a justiça existe apenas como farsa.³⁵⁶

A punição justa difere da vingança, esta é desproporcional, justiça é reafirmar os valores fundamentais essenciais para a paz social, não punir o culpado é claramente falha do sistema prisional, porém, a pena branda desproporcional ao delito grave, também é motivo de escândalo

³⁵⁴ POSSATO, Viviane; PENNA, Fernanda; BOTTREL, Fred. **Condenação do goleiro Bruno completa 10 anos; relembre o Caso Eliza em 15 vídeos**. G1 Globo. 10 de mar. de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/03/10/condenacao-do-goleiro-bruno-completa-10-anos-relembre-o-caso-eliza.ghtml>. Acesso em 21 de mar. de 2024.

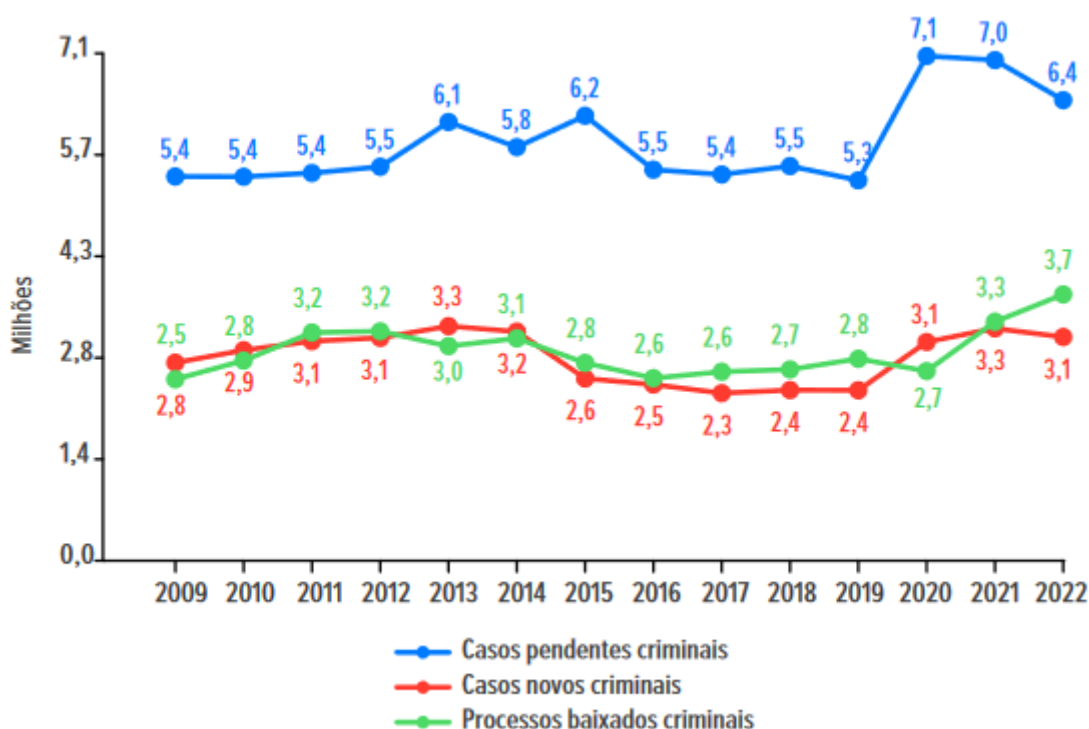
³⁵⁵ PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82-83.

³⁵⁶ DIP, Ricardo. JR; Volney Corrêa Leite de Moraes. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2002. p. 19.

e indignação social, que leva ao descrédito do judiciário como um todo.

O sistema criminal do Brasil teve 3,1 milhões de novos casos em 2022, entre 2009 e 2019 a quantidade de casos pendentes, novos casos criminais e processos baixados, tem sido relativamente estáveis, em 2020 houve salto para 7,1 milhões de pendências, mas obteve estabilidade nos anos subsequentes, contudo, ocorre a crescente gradativa das execuções penais pendentes de pena privativa de liberdade, ao mesmo passo em que a quantidade desta modalidade de pena a serem iniciadas tem decaído, as pendências para execuções de medida não restritivas de liberdade, por sua vez, acompanharam o crescente aumento das respectivas pendências, como demonstrado pelos gráficos abaixo:³⁵⁷

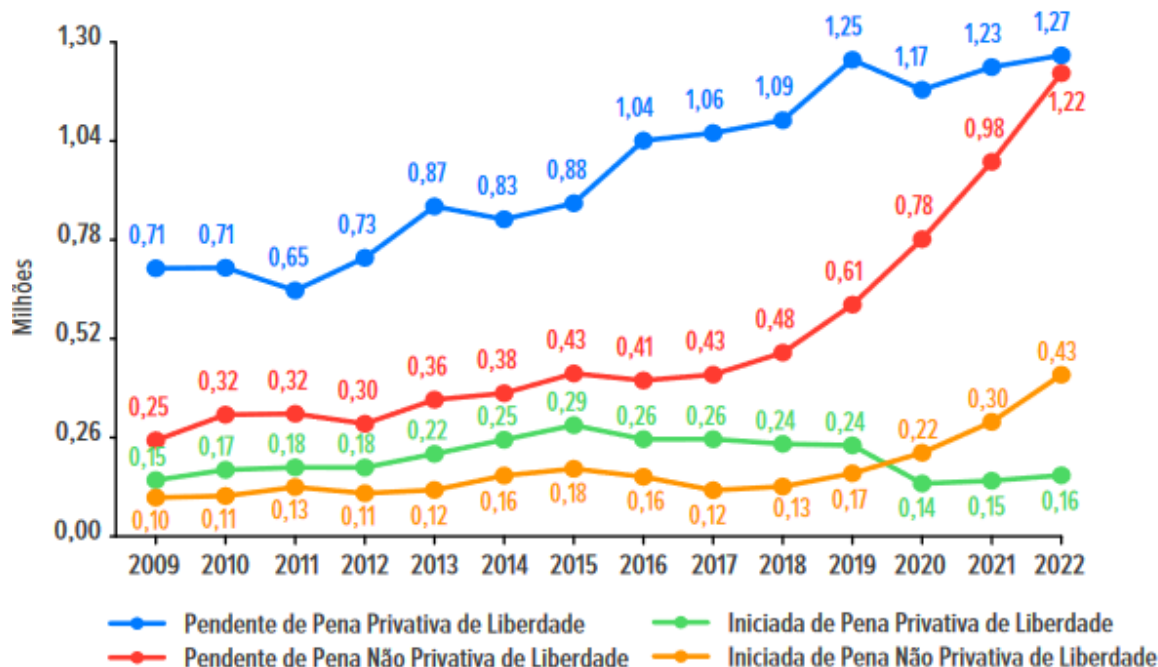
Figura 2 - Casos novos e pendentes criminais no primeiro grau, no segundo grau e nos tribunais superiores, excluídas as execuções penais



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2023 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023. P.225

³⁵⁷ BRASIL. **Justiça em Números 2023**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília: CNJ, 2023. p. 224.

Figura 3 - Histórica das execuções penais

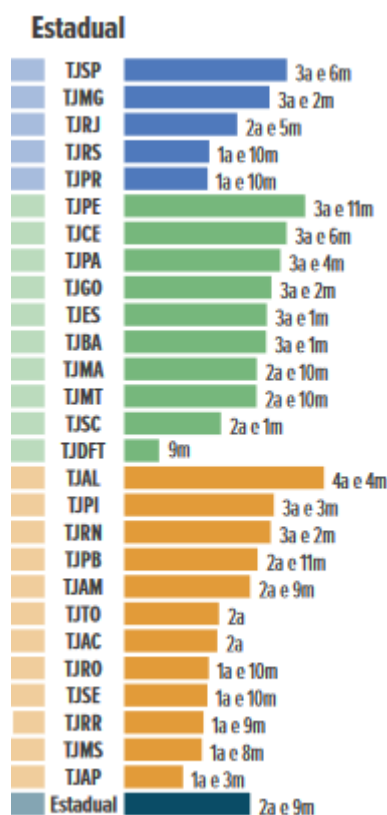


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2023 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023. P.227

O aumento nas execuções de penas privativas de liberdade que continuam pendentes ao mesmo tempo que quantidade de novas penas desse tipo diminui pode ter diversos fatores, porém, esta situação sugere que o sistema de justiça criminal torna-se cada vez mais sobrecarregado, o que dificulta na execução das penas no mesmo ritmo em que novas condenações são determinadas.

Ao analisar o tempo processual médio dos processos penais, em 2022, o tempo médio de tramitação dos processos criminais e não criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau na justiça estadual, esta representa 94,2% dos litígios, foi de 2 anos e 9 meses, como verificado pelo gráfico abaixo:

Figura 4 - Tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, por tribunal.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2023 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023. p.229

Ou seja, um processo criminal no Brasil levará em média, um mínimo de 2 anos e 9 meses, haja visto a possibilidade da fase recursal, portanto, apesar de mais célere do que o comparativo neste estudo dos sistemas do Peru e da Argentina, estes tinham duração de 4 anos, o Brasil não se aproxima da média de 12 meses das nações de baixa criminalidade, isto pode ser a causa para a taxa de congestionamento processual de 66,8%, indicador de quantos casos ainda estão pendentes de resolução até o final do período analisado.³⁵⁸

Portanto, a busca pela eficiência do tempo no sistema criminal no Brasil necessita de especial relevância para a melhoria da taxa de criminalidade, já que é o indicador mais destoante dos países de baixa criminalidade.

³⁵⁸ BRASIL. **Justiça em Números 2023**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília: CNJ, 2023. p. 149.

14.8.1 Taxa de esclarecimento

Apesar da relevância do tempo de pena e tempo processual para a análise da eficiência do judiciário de cada país, frisa-se a importância de demais indicadores que, em conjunto, auxiliam na composição do quadro geral.

Outro indicador relevante para a análise da eficiência do sistema punitivo é a taxa de esclarecimento dos crimes, apesar da definição não ser unânime em razão das diferentes formas que cada país realiza as investigações, assim como pelas peculiaridades inerentes de cada sistema, é possível definir que um crime é esclarecido quando da investigação resulta uma denúncia para o Ministério Público.³⁵⁹

Para fins deste trabalho, serão analisadas as taxas de esclarecimento do crime de homicídio, haja vista ter demonstrado diferencial significativo na quantidade de pena entre os países de baixa e alta criminalidade, assim como por apresentar maior acervo de pesquisa disponível para análise.

Para tanto, a melhor definição de taxa de esclarecimento para este tipo de crime é a relação entre o número de casos denunciados pelo Ministério Público e o total de homicídios registrados pela polícia, este critério é também utilizado pela justiça dos Estados Unidos, Alemanha, Japão, Inglaterra e Canadá.³⁶⁰

No Brasil não é possível ter certeza quanto aos dados fornecidos em vista de não possuir sistema integrado que forneça indicadores para medir com segurança o desempenho das investigações criminais, possivelmente causando a grande variação estatística entre as pesquisas, a depender do estado brasileiro a taxa pode ser inferior a 15% e em outros superar a de 50%, contudo, conforme diferentes pesquisas realizadas em 2002, mesmo considerando a maior taxa obtida, não se aproxima das altas taxa de esclarecimento de países como Alemanha (96%), Japão (95%), e Inglaterra (81%), Canadá (80%) e EUA (64%).³⁶¹

Conforme o departamento federal de polícia criminal da Alemanha (*Bundeskriminalamt*), a taxa de esclarecimento (*clearance rate*) é definido como a relação percentual entre os casos resolvidos e os casos que chegaram ao conhecimento da polícia durante o período em análise,³⁶² em 2023 a taxa total foi de 58,4%, porém, para o crime de

³⁵⁹ MARANHÃO COSTA, Arthur Trindade. **Criação da base de indicadores de investigação de homicídios no Brasil**. Revista Brasileira de Segurança Pública, vol. 8, núm. 2, septiembre, 2014, pp. 164-172 Fórum Brasileiro de Segurança Pública São Paulo, Brasil. p. 165

³⁶⁰ Ibidem. p. 166

³⁶¹ Ibidem. p. 165

³⁶² BUNDESKRIMINALAMT. **Police Crime Statistics: Guideline for Maintaining the Police Crime Statistics**. Version of 01/01/2023. Disponível em: https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/Statistics/PoliceCrimeStatistics/2023/pcs2023_node.html. Acesso

homicídio a porcentagem era particularmente alta, chegando a 93,9%, já o furto possuía a baixa taxa de 31,8%.³⁶³

Na Holanda, entre 2017 e 2019 foram registrados 361 homicídios, destes, a taxa de esclarecimento foi de 83,1%, considerada uma taxa alta se comparada aos Estados Unidos, porém baixa em relação aos países do oeste europeu, ponto de interesse nestes dados foi a diferença significativa dos resultados pela variação de categoria da vítima, características como gênero e idade possuíram efeito tanto na taxa de esclarecimento quanto no tempo necessário para que fosse esclarecido. Ao serem analisados, todos os homicídios em que a vítima era criança foram esclarecidos, na mesma linha, quando a ofendida era mulher a taxa de esclarecimento chega a 93%, a masculina era de 79%.³⁶⁴

Em pesquisa realizado em 2019 pela ONU, foi elaborada análise global sobre a taxa de esclarecimento de homicídios em diversos países, sendo possível um panorama de diferentes sistemas.³⁶⁵

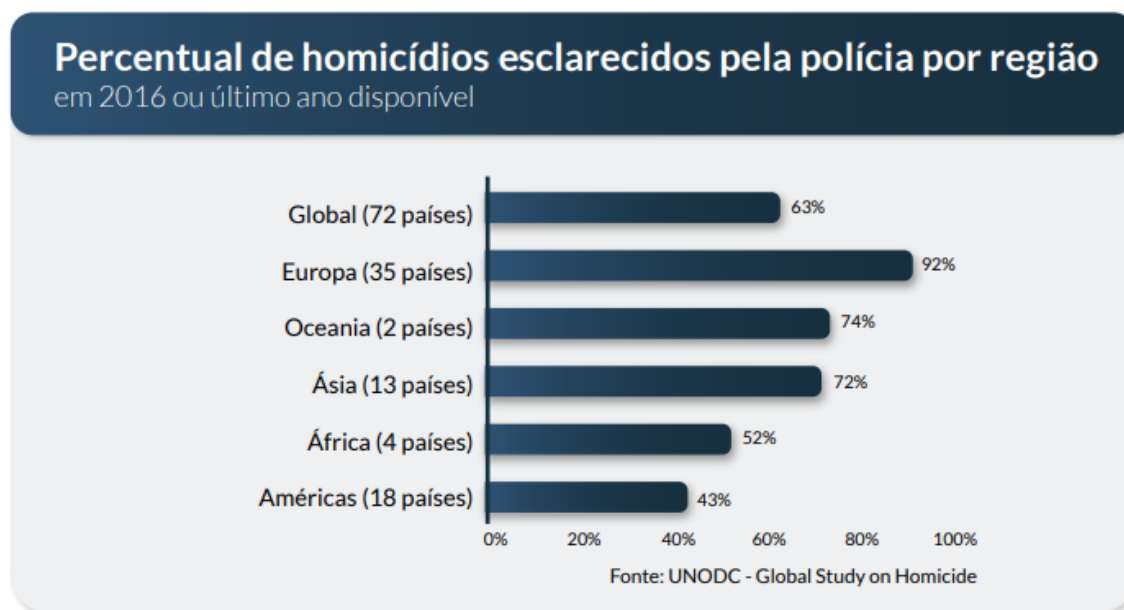
em: 02 de ago. de 2024.

³⁶³ BUNDESKRIMINALAMT. **Police Crime Statistics 2023**. Disponível em: https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/Statistics/PoliceCrimeStatistics/2023/pcs2023_node.html. Acesso em: 02 de ago. de 2024.

³⁶⁴ VERSTAPPEN, Pieter. **Homicide Clearance rate and Clearance time in the Netherlands An analysis of factors affecting the clearance rate and clearance time**. University Leiden. Disponível em : <https://studenttheses.universiteitleiden.nl/access/item%3A3191059/view>. Acesso em: 02 de ago. de 2024. . p.22

³⁶⁵ INSTITUTO SOU DA PAZ. **ONDE mora a impunidade? porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios**. Edição 2021. Disponível em: https://soudapaz.org/wp-content/uploads/2021/10/Onde-Mora-a-Impunidade-_edicao2021.pdf. Acesso em: 09 de ago. de 2024.

Figura 5 – Percentual de homicídios esclarecidos pela polícia por região.



Fonte: INSTITUTO SOU DA PAZ. **ONDE MORA A IMPUNIDADE? Porque o Brasil precisa de um Indicador Nacional de Esclarecimento de Homicídios.** Edição 2021

O que se observou neste estudo foi a prevalência de baixa taxa de esclarecimento nos países das Américas, uma possível causa seria a abundância de homicídios ligados ao crime organizado e decorrentes de arma de fogo nos países deste continente, o que dificulta a elucidação dos crimes, em contrapartida, na Europa a maioria dos homicídios são por familiares ou pessoas íntimas à vítima, o que facilita a investigação.³⁶⁶

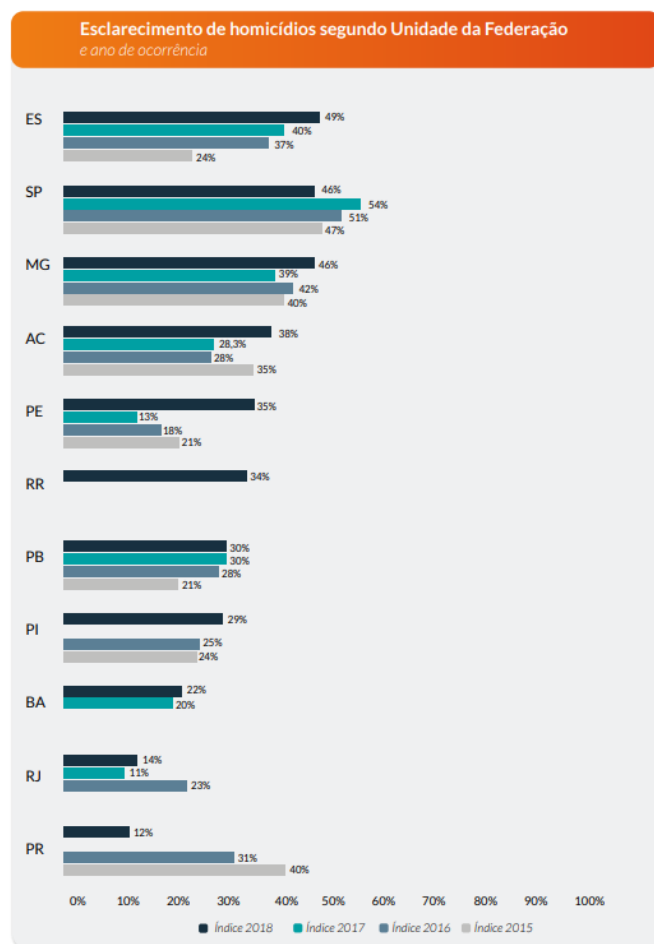
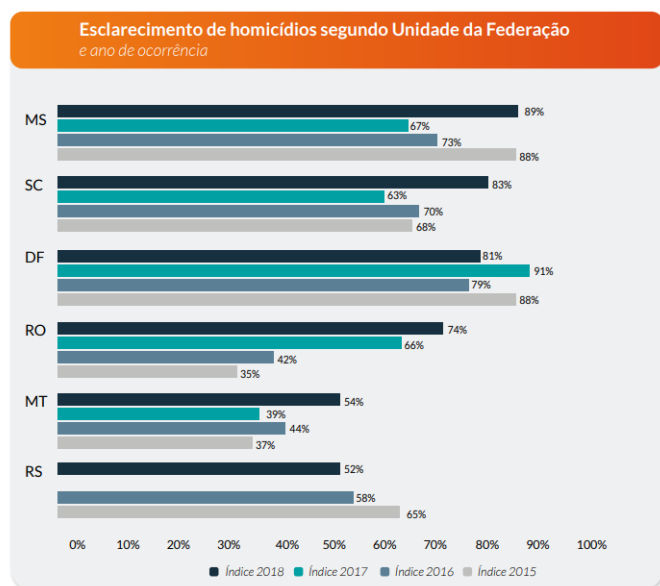
Conforme a UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), o acúmulo de trabalho nas investigações criminais aparentam estar ligadas diretamente à baixa taxa de esclarecimento, o que consequentemente também aumenta a quantidade de casos de homicídio.³⁶⁷

Outro fator necessário ao analisar a situação do Brasil é o tamanho de sua área geográfica, sendo um país de dimensões continentais, a realidade varia bastante entre os estados, posto isto, cada um possui índices destoantes entre si quanto à taxa de esclarecimento, como demonstrado nas duas figuras abaixo:

³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ UNODC. **GLOBAL STUDY ON HOMICIDE: HOMICIDE TRENDS, PATTERNS AND CRIMINAL JUSTICE RESPONSE.** 2019. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/site-search.html?q=argentina+clearance+rate> . acesso em: 02 de ago. de 2024, p.67-68.

Figuras 6 e 7 – Esclarecimento de homicídios segundo Unidade da Federação e ano de ocorrência.



Fonte: INSTITUTO SOU DA PAZ. **ONDE MORA A IMPUNIDADE? Porque o Brasil precisa de um Indicador Nacional de Esclarecimento de Homicídios.** Edição 2021

Portanto, afirmar que a taxa de esclarecimento do crime de homicídio é problemática

em todo o Brasil não é correto, o Mato Grosso do Sul, por exemplo, possui índice de países de baixa criminalidade, enquanto o Rio de Janeiro e a Bahia apresentam taxas muito abaixo do aceitável.

Também não são diretamente proporcionais ou ligadas as estatísticas entre si, o Paraná, apesar de ter baixa taxa de esclarecimento possui uma justiça relativamente célere (1 ano e 10 meses na fase de conhecimento) se comparada com os demais estados, contudo, Bahia, Piauí, Paraíba e Pernambuco, estes apresentam baixa taxa de esclarecimento de homicídio, assim como um sistema moroso, sendo que estados como Alagoas e Rio Grande do Norte, ambos com judiciários lentos, sequer apresentaram dados completos para a base de dados da taxa de esclarecimento.

A baixa taxa de esclarecimento de homicídio pode ter inúmeras causas além da ineficiência interna da justiça local, a exemplo da maior concentração de crime organizado que dificulta a investigação criminal, ou até por fatores subjetivos como a falta de interesse em específico por este tipo de crime pelo judiciário em análise.

O que se depreende destes dados é a ratificação da teoria exposta na prática, o crime em sua essência é multifatorial, para saber a origem e a causa da criminalidade é necessário estudo abrangente para que seja aplicada medida eficaz em sua solução, porém, é possível identificar soluções que auxiliarão a Política Criminal brasileira na totalidade em questão de eficiência e eficácia, as quais serão analisadas no próximo capítulo deste trabalho.

15. POLÍTICA CRIMINAL : EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Um sistema criminal eficiente é indicativo de uma boa política criminal, esse conceito, contudo, não se resume à mera economia de gastos e à maior celeridade, para que o judiciário seja considerado eficaz, é fundamental saber inicialmente qual o objetivo que se pretende alcançar.

Ao se falar sobre eficiência no sistema criminal, a natureza do debate leva a entendimentos errôneos quanto ao tema, alguns defendem a pura busca da maior eficácia e economia processual, o que acarreta a oposição composta pelos defensores das garantias individuais, que inevitavelmente seriam flexibilizadas para aumento da celeridade, porém, o conceito de eficiência, eficácia e efetividade no direito difere daquele em outras disciplinas. Para a administração a eficiência traz a ideia do manejo de recursos para alcançar o resultado, efetividade relaciona-se com o atingir do objetivo pretendido, o direito, por sua vez, possui conceptualização mais abstrata e complexa, a eficiência e eficácia relacionam-se com o objetivo processual pretendido, já a efetividade está ligada ao resultado verdadeiro, para o direito penal em específico, o sentido se torna amplo, paz social, vigência do estado de direito ou segurança pública e preservação da dignidade humana.³⁶⁸

É certo que tratar de eficiência do sistema criminal, não se trata apenas da economia dos recursos públicos e o fim do processo o mais rápido quanto possível, é necessário a observação dos princípios constitucionais e penais, das garantias individuais e da dignidade da pessoa humana, instrumentalizar o direito penal como ferramenta alheia de valores é contrário ao seu objetivo de garantia da paz social, porém, como demonstrado neste trabalho, a morosidade do judiciário contribui não só para a criminalidade, mas também para a falta de confiança na população com a justiça, posto isto, conforme lecionado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Pedro Henrique Demercian (2017, p.19):

Sob a ótica meramente funcionalista, é inegável a influência do binômio tempo e eficiência, isto é, a investigação e o processo devem terminar no menor tempo possível e com a máxima eficiência. Essa questão, ou seja, a rápida solução para controvérsias, de maneira mais eficiente, avulta na sociedade contemporânea, especialmente nas duas últimas décadas, que são marcadas pelo extraordinário desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação, notadamente aqueles ligados à tecnologia da informação.³⁶⁹

³⁶⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de ; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Um Novo Modelo de Atuação Criminal para o Ministério Público Brasileiro: Agências e Laboratório de Jurimetria**. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 11, 2017, p. 24-25.

³⁶⁹ Ibidem, p. 19.

A criminalidade tem aumentado em quantidade e complexidade no período pós-moderno, existe assim a necessidade do direito obter eficiência, ou seja, atingir o objetivo processual pretendido, ao mesmo tempo em que o alcança no menor tempo possível, de outra forma é inevitável o congestionamento jurídico.

O fato é que o processo penal necessita ser agilizado, não só em decorrência da crise judiciária, como também sobre a perspectiva daqueles que o sofrem, a demora judiciária implica diretamente em pena ilegal ao réu, já que o próprio processo em si já constitui forma de punição, o caráter punitivo está no período de submissão e constrangimento em que o indivíduo está submetido ao estado.³⁷⁰

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, já no século XVII, debatia acerca da utilidade da celeridade do processo penal como medida humanitária:

Quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será. Digo mais justa, porque poupará ao réu os inúteis e cruéis tormentos da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sofrimento da própria fraqueza; mais justa porque sendo a privação de liberdade uma pena, ela não pode preceder a sentença senão quando a necessidade o exige.³⁷¹

Como exposto neste trabalho, o processo de conhecimento no Brasil dura cerca de 2 anos e 9 meses, o que em relação aos países de baixa criminalidade é considerado alto, este fator pode estar diretamente relacionado com a alta taxa de congestionamento processual na área criminal, ou seja, a quantidade casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base em relação aos que tramitaram, como visualizado na tabela abaixo:

³⁷⁰ LOPES JR, Aury. **A (de)mora jurisdicional no processo penal: o direito a um processo sem dilações indevidas**. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3403627/mod_resource/content/1/Aury%20Lopes%20Jr.%20-%20A%20demora%20jurisdicional%20no%20processo%20penal%20-%20Rev%20Estudos%20Criminais.pdf. Acesso em: 20 de fev. de 2024.

³⁷¹ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José de Faria da Costa. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 102-103.

Tabela 4 - Taxa de congestionamento por tipo de processo

Tabela 4: Taxa de congestionamento por tipo de processo, ano 2022

Classificação	Taxa de Congestionamento
Conhecimento Criminal	66,8%
Conhecimento Não Criminal	66,5%
Total Conhecimento	66,5%
Execução Fiscal	88,4%
Execução Extrajudicial não fiscal	87,7%
Execução Judicial Não Criminal	71,1%
Execução Penal Não-Privativa de Liberdade	77,1%
Execução Penal Privativa de Liberdade	90,6%
Total Execução	83,5%
Total Geral	72,9%

Fonte: CNJ, Justiça em números 2023.

Posto isto, é evidente a necessidade de alcançar a maior eficiência no sistema criminal, não meramente por motivos econômicos, mas sim por ser o passo mais importante, no momento atual do Brasil, para alcançar a efetividade do direito penal, ou seja, a paz social, como exposto por Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Pedro Henrique Demercian (2017, p.27):

Um processo penal eficiente e eficaz é aquele que permita, no menor tempo possível, dentro do critério da razoabilidade, dentro da estrita legalidade e observância aos direitos e garantias individuais ligados ao devido processo legal, o atingimento de um resultado que seja justo e se aproxime do fim colimado, qual seja, a segurança pública e a paz social, mas não à custa de subtrair do indivíduo – da forma que melhor lhe convier – todos os instrumentos de defesa contra o eventual abuso do poder punitivo Estatal.³⁷²

A constante dialética entre direitos individuais e coletivos percorre todo o Direito, o tempo processual penal não é diferente, a morosidade penal é prejudicial não só para o sistema processual em si, mas também pela alta taxa de congestionamento e descrédito da população, como também para o réu que espera o julgamento indefinido na espera do julgamento, o que não pode ocorrer é a solução da problemática por intermédio do fim das garantias individuais.

Uma política criminal será considerada efetiva se garantir a segurança pública, de forma a alcançar a paz social, utilizando-se do mínimo de recursos públicos possíveis, mas para que a efetividade seja válida necessita estar em acordo com as garantias constitucionais e com a dignidade da pessoa humana, portanto, medir a efetividade torna-se tarefa complexa, a

³⁷² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de ; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Um Novo Modelo de Atuação Criminal para o Ministério Público Brasileiro: Agências e Laboratório de Jurimetria**. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 11, 2017, p. 19-37.

diminuição da criminalidade poderá ser o norte, mas diversos fatores necessitam estar aliados em conjunto.³⁷³

O tempo é um dos fundamentos da pena, através dela o indivíduo é punido pelo tempo do castigo, assim como também funda a sua extinção pela prescrição, por isto, gravíssimo os casos em que o valor temporal esteja indefinido, para o direito o tempo necessita ser juridicamente objetivado e definitivo, sendo possível a sua modificação apenas através de instrumentos como a tutela antecipada. A mora processual fora do razoável prejudica também os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, uma vez que o prolongamento aumenta gradativamente a estigmatização do réu ao mesmo passo em que tira sua credibilidade.³⁷⁴

Diversas alternativas podem ser tomadas para tentar solucionar a crise da eficiência criminal, dentre elas vale destacar a desburocratização judiciária para solução mais célere, não só pela superação de vícios antigos que desaceleram o sistema, como também pela adoção de medidas modernas como, por exemplo, a justiça consensual, conforme estudado neste trabalho, mudança inevitável do sistema criminal moderno, vem se tornando cada vez mais uma realidade no Brasil, com início na Lei 9.099 de 1995 desenvolveu-se até o recente acordo de não persecução penal, possui ainda tímida demonstração no país, contudo, com coerência já que necessita ser adaptada para as peculiaridades do Brasil, não sendo plausível, por exemplo, ser aplicada como no modelo dos Estados Unidos, mas que pode e deve ser utilizada. Outro método a ser mencionado é o uso jurimetria, ou seja, abordagem estatística para a investigação dos efeitos das normas penais, o que poderá auxiliar as investigações criminais, aumentando a sua eficiência, além de ajudar a diminuir a sub notificação de crimes.³⁷⁵ Possível também, a punição administrativa do servidor responsável pela indevida dilação processual, sendo que a responsabilidade estatal independerá de necessidade de dano, uma vez que o atraso por si só já é justificativa para a reparação, porém, haverá resistência para esta alternativa em razão da dificuldade do judiciário de reconhecer a própria ineficiência, assim como pela timidez de punições condizentes com a infração causada.³⁷⁶

³⁷³ PONTE, Antonio Carlos da ; MACHADO, Pedro Orestes de. **POLÍTICA CRIMINAL SOB A ÓTICA DA BREVIDADE E EFICIÊNCIA**. Criminologias e política criminal. XXX Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI. Fortaleza-CE. p. 171

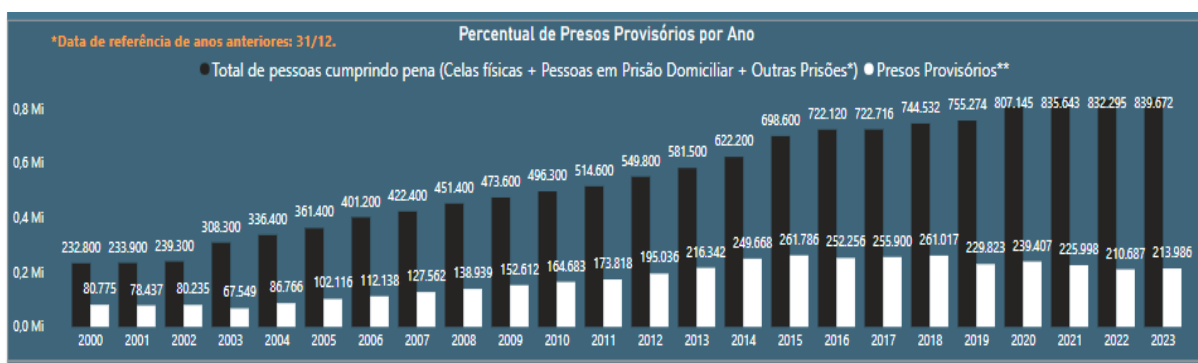
³⁷⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 77-80.

³⁷⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de ; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Um Novo Modelo de Atuação Criminal para o Ministério Público Brasileiro: Agências e Laboratório de Jurimetria**. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 11, 2017, p. 19-37.

³⁷⁶ LOPES JR, Aury. **A (de)mora jurisdicional no processo penal: o direito a um processo sem dilações indevidas**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3403627/mod_resource/content/1/Aury%20Lopes%20Jr.%20-%20A%20demora%20jurisdicional%20no%20processo%20penal%20-%20Rev%20Estudos%20Criminais.pdf.

A problemática advém do fato de que nem a Constituição e nem a Convenção Americana de Direitos Humanos terem fixado prazo máximo para duração de processos, o que facilitou para que o Brasil adotasse a ausência de prazos como doutrina, ainda que o processo penal disponha de vários limites para duração de atos, estes são ineficazes por serem carentes de sanções.³⁷⁷ As prisões cautelares no Brasil, em diversos, casos ultrapassam a duração razoável do processo, a possibilidade da manutenção do cárcere a cada 90 dias desde que fundamentada a necessidade, que em teoria deveria ser excepcionalidade, tornou-se prática corriqueira, sendo comum a reclusão de preventiva durar anos até o julgamento,³⁷⁸ essa brecha no sistema torna-se mais relevante ao levar em conta que mais de 25% dos custodiados no Brasil são presos provisórios, em 2023 do total de 839.672 mil detentos, 213.986 são de provisória.

Figura 8 - Percentual de presos provisórios por ano no Brasil.



Fonte: Secretaria Nacional de Políticas Penais, Dados e Estatísticas do Sistema Penitenciário 2023.

Aliado a isto, o processo penal possui diversas lacunas que favorecem a morosidade processual, ainda que o rito ordinário estabeleça prazo máximo de 60 dias para audiência de instrução e julgamento, 30 dias no caso de rito sumário, 90 dias para encerrar a primeira fase do procedimento do júri, não existe prazo para duração máxima do processo, assim como inexistem sanções processuais em caso de violações. Posto isto, o correto seria se o direito penal Brasileiro fixasse durações máximas para o processo e para as prisões provisórias, de modo que, em caso de descumprimento, houvesse a extinção processual ou liberdade automática do acusado, um exemplo de modelo é o disposto no código de processo penal do Paraguai, que em seu artigo 136 dispõe prazo máximo de duração de 4 anos para findar o processo, e a quebra desta norma implica em extinção processual.³⁷⁹

Acesso em: 20 de fev. de 2024.

³⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 81-82.

³⁷⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**. de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

³⁷⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 83-87

Essas alternativas visam especificadamente modificações administrativas e processuais para a redução da morosidade processual, é certo que a contratação em massa de funcionários públicos para os órgãos do judiciário trariam maior celeridade, contudo, essas discussões são evitadas neste trabalho justamente pela noção da finitude dos recursos públicos, porém, como a economia de recursos pode ser utilizada para a melhoria da eficácia dos órgãos, medidas que ajudem financeiramente o judiciário ao mesmo passo que respeitem as garantias e direitos individuais são aceitas desde que visadas para a efetividade do direito penal.

Sobre esse ponto de vista, uma alternativa é intensificar o uso do monitoramento eletrônico, prevista na Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, em seu artigo 146-B define que o juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando autorizar a saída temporária no regime semiaberto ou determinar a prisão domiciliar,³⁸⁰ as limitações legais são razoáveis haja vista não ser condizente permitir a liberdade através da tornozeleira para os condenados em regime fechado, uma vez que ou a pena é superior a 8 anos ou o condenado é reincidente,³⁸¹ contudo, para os casos de presos preventivos em que seja constatado o mínimo de *fumus boni juris* para a inocência, é razoável a espera do julgamento em liberdade sobre a condição de monitoramento eletrônico, de qualquer modo, a ampliação do uso desta tecnologia é bem-vinda em vista da diferença de custos de manutenção de presidiário, que custa cerca de R\$ 1,8 mil mensais aos cofres brasileiros,³⁸² em relação ao custo de utilização da tornozeleira, que gira em torno de R\$ 210.³⁸³

Essas medidas não só aumentam a oportunidade de liberdade para os processados penalmente, como também ajudam na economia dos cofres públicos, podendo ser reutilizados para o aumento da eficiência dos órgãos jurisdicionais.

Outro viés que segue a mesma linha são as formas já trabalhadas neste estudo de prevenção por meio da análise ecológica da criminalidade, como pelo exemplo citado da redução drástica da criminalidade noturna por meio da iluminação pública.

³⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 12.258**, de 15 de julho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

³⁸¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

³⁸² BOTELHO, Vinicius; MACIEL, Ana Júlia. **Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica**. Jornal da Usp. 19 de mai. de 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>. Acesso em: 15 de mar. de 2024.

³⁸³ PROJETO transfere custo de tornozeleira eletrônica a presos. **Senado Notícias**. 08 de fev. de 2024. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/08/projeto-transfere-custo-de-tornozeleira-eletronica-a-presos#:~:text=%E2%80%99COs%20custos%20pela%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do,%24%20255%2C003%20\(...\)](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/08/projeto-transfere-custo-de-tornozeleira-eletronica-a-presos#:~:text=%E2%80%99COs%20custos%20pela%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do,%24%20255%2C003%20(...)). Acesso em: 15 de mar. de 2024.

15.1 Tempo de pena e flexibilização de garantias

Quanto ao tempo de pena, como analisado pelo comparativo realizado entre o Brasil e os demais países com baixa ou alta criminalidade, os crimes demonstram proporcionalidade parecida em relação à maioria dos delitos, mas percebe-se uma prevalência da possibilidade da multa como medida alternativa para os países de baixa criminalidade, especialmente para delitos menos graves. Todavia, percebe-se especial “leveza” no tratamento do crime de homicídio em países de alta criminalidade, todas as nações analisadas que possuíam baixa criminalidade, com exceção da Argentina, que apresentou o menor índice de criminalidade entre os categorizados com altas taxas, a qual permite a aplicação da prisão perpétua.

Não se defende aqui a possibilidade da prisão perpétua no Brasil, haja vista a discussão não ser possibilitada por vedação constitucional disposta pelo artigo 5º inciso XLVII, listada em conjunto com a pena de morte, de trabalho forçado, banimento e cruéis, restando evidente a posição do Brasil em considerar a pena perpétua como desumana.³⁸⁴

Contudo, é notório o maior valor agraciado ao bem da vida nos países que duramente punem o homicídio, a lógica advém em garantir que o bem jurídico de maior relevância para viver em sociedade seja proporcionalmente protegida pelo sistema punitivo, portanto, as duras penas para o homicídio decorrem do valor concedido a vida nestas nações.

A vedação da prisão perpétua pela doutrina parte do princípio de que esta excluiria a possibilidade de ressocialização do indivíduo, compara-se inclusive o tempo máximo de pena privativo de liberdade no Brasil, ampliado para 40 anos pela Lei 13.964 de 2019, com a prisão perpétua, segundo o argumento de que o condenado, ao passar integralmente este tempo em regime fechado, sofreria danos irreversíveis a sua integridade física e moral, portanto, a pena perde o caráter ressocializador e passa ter cunho meramente neutralizador.³⁸⁵

Entretanto, como já observado neste trabalho, a função ressocializadora possui eficácia extremamente limitada na prática, ainda mais impraticável para os delitos mais graves, mas que indubitavelmente deverá ser ofertada pelo Estado, uma vez ser parte da missão do direito penal, e, portanto, um país democrático e de direito deverá a todo momento ofertar esta possibilidade, não deverá ser prioridade, mas também não poderá ser descartada em favor da neutralização.

³⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Legislativo no 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

³⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 705-706

Porém, o judiciário criminal brasileiro acaba por abrandar as penas por meio de instrumentos como o da progressão de regime e do livramento condicional, também baseados no propósito ressocializador, o primeiro está disposto no artigo 112 da Lei de execução penal, o qual prevê forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso quando o detento tiver cumprido parte do tempo da pena³⁸⁶, o livramento condicional, disposto no artigo 83 do Código penal, dispõe o benefício aos condenados a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 anos, desde que cumpram com os requisitos legais.³⁸⁷

Estes dispositivos acabam por livrar diversos casos gravíssimos de condenações longas em regime fechado. A exemplo do caso Eliza Samudio, no qual o goleiro Bruno Fernandes foi condenado a prisão a 22 anos e 3 meses por homicídio triplamente qualificado, ocultação de cadáver e sequestro³⁸⁸, além de o tamanho da pena obtida já causar estranheza, em 2019 obteve progressão de regime para o semiaberto apenas 6 anos após a condenação em 2013³⁸⁹, em 2023, 10 anos após a condenação, obteve a liberdade condicional pela vara de execuções do Rio de Janeiro.³⁹⁰ Outro caso a ser citado foram os assassinatos cometidos por Suzane von Richthofen, condenada a 39 anos e 6 meses de prisão em 2002 por matar os pais, foi concedida progressão ao regime semiaberto em 2015, 13 anos após condenação, posteriormente progrediu ao regime aberto em 2023.³⁹¹

Apesar da nobre intenção ressocializadora presente nos dispositivos, percebe-se o descontentamento social na repercussão dos casos, sendo estes instrumentos especialmente mais generosos no Brasil, não possuindo tamanha abrangência em países como Alemanha,

³⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

³⁸⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

³⁸⁸ RELEMBRE o caso do goleiro Bruno e o assassinato de Eliza Samudio. **O Antagonista**. Disponível em: <https://oantagonista.com.br/esportes/relembre-o-caso-do-goleiro-bruno-e-o-assassinato-de-eliza-samudio/#:~:text=Em%202013%2C%20Bruno%20foi%20condenado,oculta%C3%A7%C3%A3o%20de%20cad%C3%A1ver%20e%20sequestro>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

³⁸⁹ RONAN, Gabriel. **Justiça concede progressão de pena e goleiro Bruno vai para o regime semiaberto**. Estado de Minas. 18 de jul. de 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/caso-bruno/2019/07/18/internas_caso_bruno,1070755/justica-progressao-pena-goleiro-bruno-regime-semiaberto.shtml#:~:text=SAIBA%20MAIS&text=Po%C3%A7os%20de%20Caldas-,O%20goleiro%20Bruno%20Fernandes%2C%20condenado%20pelo%20assassinato%20da%20modelo%20Eliza,o%20ex%20atleta%20cumpr%20pena. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

³⁹⁰ JUSTIÇA do Rio de Janeiro coloca goleiro Bruno em liberdade condicional. **Consultor Jurídico**. 14 de jan. de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-14/justica-rio-coloca-goleiro-bruno-liberdade-condicional/#:~:text=A%20ju%C3%ADza%20Ana%20Paula%20Abreu,%2C%20ex%20jogador%20do%20Flamengo>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

³⁹¹ BARBOSA, Giovanna Zanata; CALBUCCI, Rodrigo. **Concessão de progressão de regime penal para Suzane von Richthofen**. 14 de fev. de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-14/barbosae-calbucci-concessao-progressao-regime-suzane-von-richthofen/#:~:text=Somente%20em%202015%2C%2013%20anos,in%C3%ADcio%20do%20ano%20de%202023>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

Finlândia e Inglaterra,³⁹² por isto, não surpreende a sensação de impunidade no Brasil, haja vista os condenados por homicídio qualificado, considerado crime hediondo, retornarem às ruas após cumprirem menos da metade da pena em regime fechado.

O que se retira destes apontamentos é que apesar das penas brasileiras aparentarem ser rigorosas quanto ao tempo de pena, dispositivos como os expostos acima acabam por retirar esse rigorismo, restando uma falsa sensação de proporcionalidade ao ler as penas em abstrato dos crimes no código penal brasileiro.

Como exposto pelas estatísticas expostas neste trabalho, a ineficácia do judiciário em punir os crimes, seja pelo congestionamento jurídico, morosidade nos julgamentos ou baixas taxas de esclarecimento, todos estão ligados ao aumento dos índices de criminalidade, a sensação de impunidade liga-se diretamente à crescente nos crimes.

Isto é precisamente o que fora preconizado pelos teóricos da prevenção geral, a perda do “símbolo” da pena como garantia de segurança aos bens jurídicos implica no desrespeito desta pela população, é necessário que seja efetivamente reafirmada para que os valores sociais sejam protegidos, contudo, como preconizado por Roxin, a prevenção geral necessita ser limitada, sendo necessário a proporcionalidade nas sanções aplicadas, haja vista um judiciário com punitivismo descontrolado também não ser digno de respeito em um Estado Democrático.

Contudo, para alcançar o maior rigorismo necessário para a proteção destes bens será necessário a relativização ou até a extinção de garantias para maior efetividade do direito penal, ou seja, temática rejeitada fortemente por parte da doutrina, sendo referenciado por diversas vezes, de forma pejorativa, como medidas de direito penal do inimigo.

Ressalta-se, novamente, o alto teor teórico que percorre os fundamentos ligados ao direito penal do inimigo, assim como a definição deste “inimigo”, no Brasil parte da doutrina afirmará que a lei de crimes hediondos constitui-se como o direito penal do inimigo aplicado no país³⁹³, contudo, não é possível afirmar que este dispositivo se enquadra no “não direito penal” como caracterizado por Jakobs, haja vista ser considerado constitucional assim como regrado pelos princípios da dogmática criminal tradicional, a proximidade com o direito penal do inimigo seria, no máximo, em razão de algumas garantias flexibilizadas, como a vedação da fiança, graça ou anistia como disposto no inciso XLIII, artigo 5º da Constituição, da mesma

³⁹² COSTA, José Luís et al. **Como funciona o semiaberto em outros países**. GZH. 26 de jul. de 2026. Disponível em : <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/07/como-funciona-o-semiaberto-em-outros-paises-6880187.html>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

³⁹³ NASCIMENTO, Guilherme Rodrigues de Matos do. **Direito Penal do Inimigo**. Migalhas. 22 de fev. de 2021. Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/depeso/340670/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

forma não ser possível enquadrar automaticamente os condenados por este dispositivo como parcela previamente selecionada para maior punição pelo Estado, uma vez que todo cidadão poderá ser réu de processo por crime hediondo.

Quanto à lei das organizações criminosas e a lei de drogas, ambas dispõem de condutas classificadas como crimes permanentes, ou seja, que se prolongam no tempo³⁹⁴, e demonstram direitos e garantias relativizadas ou excluídas, nesta linha, de fato, ao menos em teoria, possível enquadrar indivíduos como sujeitos em que a prática do crime não é exceção, mas sim parte do corriqueiro na vida destes, como preconizado por Jakobs “se o cidadão é aquele que em exceção contradiz a norma posta, o inimigo será aquele que não fará disto uma exceção”,³⁹⁵ apesar de não ser definido desta forma nestes dispositivos, a exemplo da lei de drogas em que o traficante não será aquele que traficou por determinado tempo, configurando sua não-eventualidade da conduta, mas sim como “aquele que vendeu droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.³⁹⁶ Contudo, novamente difícil enquadrar como direito penal do inimigo de Jakobs, o “não direito penal”, haja vista o crime de organização criminosa ser apurado mediante o código de processo penal, como exposto pelo artigo 22 da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, ou seja, tem por base o julgamento conforme direito penal tradicional,³⁹⁷ já a lei de drogas possui rito processual próprio, ainda assim, forçoso afirmar que se configura no direito penal do inimigo preconizado por Jakobs, haja vista ter sido reconhecida a proporcionalidade, ter base constitucional e prezar pela manutenção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Outro dispositivo a ser analisado, o regime disciplinar diferenciado, disposto no artigo 53 da Lei de Execução Penal, se aproxima do direito penal do inimigo, principalmente pela disposição do inciso I, parágrafo primeiro, artigo 52 da mesma lei, a qual confere a possibilidade de aplicar o RDD para os indivíduos categorizados como “alto risco”, este instrumento foi criado devido aos indivíduos ligados à alta criminalidade conseguirem comandar facções ainda

³⁹⁴ TJDF. **Crime continuado**. 14 de fev. de 2020. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/concurso-de-crimes/crime-continuado>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

³⁹⁵ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 96

³⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

³⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

que dentro dos perímetros penitenciários, pondo em risco a segurança dentro e fora da prisão caso a permanência em regime comum, porém o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, sendo reconhecida a devida proporcionalidade do dispositivo com a prática.³⁹⁸

Conclui-se que o Brasil não possui de fato o direito penal do inimigo como preconizado por Jakobs, mas apenas dispositivos que relativizam em parte algumas garantias individuais em razão de maior efetividade do judiciário, possuindo semelhanças com os princípios do direito penal do inimigo, entretanto, estes são recepcionados constitucionalmente assim como possuem base na proporcionalidade.

Dessa forma, são válidas as considerações acerca da flexibilização dos instrumentos de progressão de regime e liberdade condicional para o crime de homicídio no direito penal brasileiro a fim de que seja alcançada a proporcionalidade almejada aos bens jurídicos pelo injusto sofrido, contudo, é certo que estas seriam modificações em razão de maior funcionalismo penal fundamentadas, em parte, por anseios sociais, o que as aproximará dos princípios do direito penal do inimigo.

Mas, como já exposto, demonizar a teoria do direito penal do inimigo, como preceitos a serem evitados a qualquer custo, tornando tabu a consideração de suas ideias, como geralmente é feito com as tentativas de maior rigorismo na doutrina criminal brasileira, evita o reconhecimento de possíveis benefícios para a prevenção de crimes decorrentes de sua aplicação, medidas de rigorismo recepcionados constitucionalmente e aplicados a todos os cidadãos por meio de modificação legislativa estão presentes no direito brasileiro assim como nos demais regimentos internacionais, inclusive em países de baixa criminalidade e considerados como exemplos de democracia, sendo assim, excessivo enquadrar estas medidas como derivadas de países autoritários e antidemocráticos.

Conclui-se, então, ser medida válida para diminuir a alta criminalidade no Brasil, a relativização dos institutos da progressão de regime e da liberdade condicional para o crime de homicídio, tendo por base os efeitos da prevenção geral positiva, sendo necessário a reafirmação do valor da vida pelo judiciário brasileiro, a necessidade advém da sensação de impunidade causada por punições demasiadamente brandas para o delito que se propõe a proteger o bem jurídico mais importante ao ser humano, em razão disto necessita de maior rigorismo quanto às

³⁹⁸ CASTRO, Karina Corrêa. **Constitucionalidade e eficácia do Regime Disciplinar Diferenciado aplicado aos presos envolvidos em ações de organizações criminosas(1)**. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35186/Constitucionalidade_efic%C3%A1cia_regime_castro.pdf. Acesso em: 09 de ago. de 2024.

concessões de benefícios para o abrandamento de suas penas.

CONCLUSÕES

1. O estudo de política criminal é essencial para o desenvolvimento de um sistema criminal eficiente, a base teórica da criminologia como fundamento da política criminal do país, o estudo empírico para a adequação aos casos concretos, os quais serão efetivadas pelas normas postas e estratégias preventivas de criminalidade, são de igual importância para a efetividade, a ausência destas disciplinas na desenvoltura penal do país é solo fértil para um sistema penal gerido sem efetividade e garantias individuais.

2. A história das ciências criminais é demarcada pelo constante embate entre escolas de embasamento abstrato e empírico, assim como a defesa das garantias e a busca pela efetividade, após os movimentos iniciais, a doutrina se tornou mais eclética, demonstrando crescente aumento na complexidade do crime como fenômeno, o que fomentou a multidisciplinaridade na criminologia a fim de compreender as causas da criminalidade e as possíveis formas de contenção.

3. Atualmente é inconcebível a separação da pena de sua função político-criminal, a sanção deve servir para o cumprimento de seu objetivo, sendo este a garantia da paz social. Uma vez que a punição é requisito para a manutenção do Estado, é utópico a sua extinção, ainda mais em razão da impossibilidade da extinção total da criminalidade, destarte, o direito penal é um mal necessário, e por isto essencial o respeito ao caráter subsidiário da disciplina.

4. A tendência política criminal do futuro é pela diversificação das penas, a pena de prisão é utilizada majoritariamente como o modelo padrão de punição para os delitos, contudo, as novas formas de vigilância e monitoramento disponibilizados pela tecnologia moderna possibilitam a substituição da prisão para crimes leves, as quais encontram fundamento teórico, por evitarem a restrição da liberdade do indivíduo, e prático para a aplicação em razão da maior celeridade processual e redução de custos públicos, entretanto, é essencial o foco de que essas medidas sejam somente para crimes leves, uma vez que os casos de graves danos a bens penalmente protegidos necessitam de punições proporcionais, já que o abrandamento do sistema penal apenas diminuirá a eficácia da prevenção geral positiva pelo aumento da sensação de impunidade.

5. Essa tendência de suavização também será presente no Brasil, porém, em razão do dever do Direito Penal de harmonizar teoria, prática e as necessidades sociais, haverá também um maior rigor em relação a crimes que exigem uma proteção mais intensa de bens jurídicos.

6. A justiça consensual, apesar de inicialmente não demonstrar muita compatibilidade com os princípios penais, já se tornou realidade inevitável nos sistemas punitivos modernos,

principalmente em países com alta criminalidade como o Brasil. A necessidade de maior celeridade processual tem sido objetivo a ser almejado em razão do efeito em cadeia derivado do judiciário moroso: congestionamento processual, tempo processual fora da razoabilidade, maior sensação de impunidade, perda da confiança no judiciário, e consequentemente, aumento da criminalidade. Portanto, a justiça consensual, desde que observada as garantias essenciais para um processo penal justo, necessita ser ampliada no Brasil, já que a forma como disposta atualmente demonstra-se ser ainda de forma tímida.

7. A ineficiência do judiciário demonstra ter natureza multifatorial, assim como o crime, diversos fatores contribuem para a sua existência, podendo estar interligados ou não, a exemplos dos evidenciados neste trabalho como: congestionamento jurídico, morosidade processual, baixas taxas de esclarecimento e burocratização jurídica.

8. Para a devida compreensão, e a correta tomada de medidas para o combate à criminalidade, a multidisciplinaridade, de preferência tornada em transdisciplinaridade, é essencial devido ao caráter multifatorial do crime, o direito necessita caminhar ao lado de diversas disciplinas do conhecimento a fim de ser eficaz na redução de crimes, contudo, o direito possui o dever essencial de limitação dos poderes estatais e protetor das garantias fundamentais, e por isto, requer a manutenção de sua autonomia diante das demais áreas do saber, a qual será mantida pela manutenção de seu “hiperciclo autopoietico”, que permitirá a absorção de conhecimentos alheios por meio das comunicações inter sistêmicas.

9. O sistema carcerário tem sido a principal forma de controle social dos governantes nos últimos séculos, muda de intensidade no decorrer de seu desenvolvimento, mas manteve o monopólio pelos detentores do poder, além disto, a essência de mal necessário deste sistema dificulta o desenvolvimento de ideais saudáveis dentro do ambiente prisional e por isto, dentro das funções da pena, a prevenção especial positiva (ressocialização), apesar de amplamente defendida por doutrinadores modernos, não apresenta base teórica suficiente para ser a função principal da pena, como também não demonstra efetividade prática para ser foco do combate à criminalidade. Apesar disso, necessita ser ofertada pelo Estado devido ao dever deste de oportunizar aos condenados a chance de redenção, apenas neste momento o Direito cumprirá com seu dever na totalidade, entretanto, para ser efetivada a ressocialização, esta deverá se afastar o máximo possível do ambiente criminal.

10. A interdisciplinaridade, ao aumentar a eficácia da ressocialização, promoverá o aumento de medidas ressocializadoras, contudo, essas medidas devem, além de evitar ao máximo a natureza penal, ser implementadas através da busca de forma voluntária, já que a concessão de benefício, assim como a imposição da reeducação, retira o propósito reintegrador.

11. Dentre as funções da pena, a prevenção geral positiva se sobressai como modalidade de justificativa, a busca da melhoria do judiciário a fim de obter a confiança da sociedade e assim alcançar o controle social aparenta ser o caminho mais equilibrado para guiar as punições, possui fundamento teórico por ter como base a harmonização com os direitos constitucionais para a pena justa, diferentemente das demais funções, é a que mais se aproxima do princípio da igualdade por agir diante de todos os cidadãos a que recaem as normas, contudo, apresenta dificuldade de verificação da eficácia em razão de ser essencialmente estruturado em conceitos abstratos.

12. A teoria unificadora de Roxin acerca das funções da pena é a forma mais condizente para se ter por base para elaboração de uma política criminal democrática, a conservação dos diversos conceitos criminológicos pela constante dialética entre direitos e deveres é a forma mais equilibrada de gerência do sistema, portanto, a prevenção geral presente em todas as fases da pena (formulação, imposição e execução), assim como o respeito ao princípio da proporcionalidade, aliada a busca de medidas alternativas e eficiência jurídica, serão as bases de uma boa política criminal.

13. As novas demandas do direito penal moderno, em especial ocasionadas pela criminalidade organizada, intensificaram a crise do sistema criminal dos últimos anos, o direito penal do inimigo tem surgido como força inevitável decorrente do medo social gerado pela crescente sensação de insegurança, sendo a política criminal reflexo dos ideais políticos emanados pela sociedade, natural a vontade por medidas mais severas para à ameaça a garantia da ordem, o que não se deve se realizar é a ignorância diante dos apelos de socorro da população, a perda da humanidade não pode ser alcançada pelo direito penal, contudo, a flexibilização de princípios diante do constante fracasso das bases tradicionais para contenção da insegurança pública necessita de ponderação, no momento em que a convivência social não atinge o mínimo, o direito não serve mais o seu propósito, portanto, o Brasil, diante da constante convivência com a violência, precisa conceber a possibilidade de ceder algumas garantias para enfrentar a problemática da criminalidade desenfreada, desde que as medidas estejam alinhadas ao princípio da proporcionalidade e em equilíbrio com a Constituição.

14. A partir da análise do tempo de pena dentre os países com alta e baixa criminalidade é possível verificar que para crimes leves a diferença de severidade não demonstra ser significativa, contudo, em relação ao crime de homicídio, as nações de baixa criminalidade punem mais severamente o delito, o que leva a maior efetividade da prevenção geral em vista da garantia de proteção do valor da vida para garantia da ordem pública, assim como o aumento da confiança jurídica pela população.

15. Portanto, em específico para o crime de homicídio, principalmente em suas modalidades mais gravosas, as garantias deverão ser flexibilizadas, com foco nos instrumentos de progressão de regime e de liberdade condicional, que, como demonstrado neste trabalho, permitiram a existência de penas desproporcionalmente brandas para casos gravíssimos. O homicídio é tratado em específico devido a maior análise realizada neste trabalho, contudo, esta readequação de garantias poderá ser feita nos demais crimes mais gravosos no Brasil, desde que realizados os devidos estudos e ponderações.

16. Entretanto, o indício mais destoante dentre os países de baixa criminalidade é a celeridade do judiciário criminal, Islândia, Holanda, Alemanha, Inglaterra e Portugal, nações com poucos crimes, todos lavam menos de um ano para completar o processo penal, já no Brasil, apenas o processo de conhecimento leva cerca de dois anos e nove meses, o que se relaciona aos países de alta criminalidade que também possuem um judiciário moroso, esta ineficácia de tempo reflete nas altas taxas de congestionamento dos processos criminais, o que acarreta grande número de casos não resolvidos e não processados, resultando também no aumento da impunidade e do descrédito jurídico.

17. Ponto essencial a ser modificado é instituir limite de prazo para a duração do processo no Brasil. Atualmente, diversas lacunas jurídicas favorecem a morosidade, é necessário que o direito penal brasileiro estabeleça durações máximas para o processo e para as prisões provisórias, com consequente nulidade do processo ou ilegalidade da prisão em caso de descumprimento.

18. Importante ressaltar a capacidade da política criminal em atuar sem punições, de forma preventiva, por meio de estudos acerca da ecologia do crime, o que permite o desenvolvimento de políticas públicas que visam combater o crime sem a necessidade da criação de novos tipos penais ou de repressão punitiva. Esta tendência é resultado do pouco controle social característicos das sociedades modernas, sendo necessária maior vigilância nesses contextos.

19. Necessita em conjunto destas medidas, de métodos para aumentar a celeridade e eficiência do judiciário criminal, como a “jurimetria”, para servir de fonte estatística jurídica, incentivar (ou forçar) o setor administrativo para agilização do andamento do processo, mudança legislativa para evitar a dilação desarrazoada do tempo processual ou a utilização de métodos alternativos à pena para evitar o processo e desafogar o sistema.

20. A implementação destas mudanças deverá ser acompanhada dos fundamentos das escolas de criminologia assim como dos princípios e garantias defendidos pelo direito brasileiro, a busca pela política criminal advém da harmonização dos direitos individuais e

coletivos, da constante dialética entre direitos e deveres, possuindo por base, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

21. Assim, a política criminal do Brasil deve ter o princípio da dignidade humana como base fundamental, o seu sistema punitivo precisa proativo na proteção da paz social bem como na promoção da liberdade, justiça e igualdade. Apenas através da justa pena e da garantia de proteção aos bens jurídicos é que será possível a construção positiva da vida em sociedade. Para que política criminal do país esteja conforme os princípios de um Estado social e democrático de Direito, é necessária a evolução constante e, portanto, será sempre um processo de aprendizado contínuo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albuquerque, Flávia; Bocchini, Bruno. **Dez anos depois de implementar lei de fechamento de bares, Diadema reduz homicídios em 90%**. Agência Brasil, 15 de jun. de 2012. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-06-15/dez-anos-depois-de-implementar-lei-de-fechamento-de-bares-diadema-reduz-homicidios-em-90>. Acesso em 12 de ago. de 2024.
- AIDP. **History of the International Association of Penal Law**. Disponível em: <https://www.penal.org/en/node/168> . Acesso em: 31 de jul. de 2024.
- A.M.G. Zuiderwijk et al. **Doorlooptijden in de strafrechtsketen: Ketenlange doorlooptijden en doorlooptijden per ketenpartner voor verschillende typen zaken**. Cahier 2012-1. Disponível em: <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/110>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. **2023 Plea Bargain Task Force Report urges fairer, more transparent justice system**. 22 de fev. de 2023. Disponível em: <https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2023/02/plea-bargain-task-force/>. Acesso em: 15 de jul. de 2024.
- ANDRADE, Carla Coelho de et al. **O desafio da reintegração social do preso: uma esquisa em estabelecimentos prisionais**. IPEA- Brasília. Rio de Janeiro. 2015.
- ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução penal e ressocialização**. Curitiba: Jarua, 2018.
- ARISTÓTELES, 384-322 a.c. **A política**; introdução de Ivan Lins; Tradução de Nestor Silveira Chaves. Edição especial, Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 2017.
- ARRUDA, Eloisa de Sousa; DEMERCIAN, Pedro Henrique; PEREIRA, Camila Bonafini. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A CONFISSÃO COMO MEIO DE PROVA NA AVENÇA RESCINDIDA POR DESCUMPRIMENTO DO INVESTIGADO**. 03 de abri. de 2024. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 23 (2023). Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/552. Acesso em: 31/07/202. Acesso em: 31 de jul. de 2024.
- BALDAN, Édson Luís. **Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger**. UNINOVE, São Paulo, v. 3, 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 1. reimpressão, março de 2013. 2011.
- BARBON, Júlia. **Entenda por que Venezuela se transformou em ditadura sob Maduro**. Folha de São Paulo. 30 de mai. de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/05/entenda-a-crise-e-a-situacao-politica-da-venezuela-hoje.shtml>. Acesso em: 14 de mar. de 2024.

BARBOSA, Giovanna Zanata; CALBUCCI, Rodrigo. **Concessão de progressão de regime penal para Suzane von Richthofen**. 14 de fev. de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-14/barbosae-calbucci-concessao-progressao-regime-suzane-von-richthofen/#:~:text=Somente%20em%202015%2C%2013%20anos,in%C3%ADcio%20do%20ano%20de%202023>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10 .ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa; Revisão de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1: parte geral – 14. Ed. Ver., atual. E. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral – 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico : Lições de filosofia do direito**. São Paulo : ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2000.

BOTELHO, Vinicius; MACIEL, Ana Júlia. **Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica**. Jornal da Usp. 19 de mei. de 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>. Acesso em: 15 de mar. de 2024.

BRASIL. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018

BRASIL. **Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil**. Gov.br. 17 de nov. de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em: 2 de abr. De 2024.

BRASIL. **Justiça em Números 2023**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília: CNJ, 2023.

BUNDESKRIMINALAMT. **Police Crime Statistics: Guideline for Maintaining the Police Crime Statistics**. Version of 01/01/2023. Disponível em: https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/Statistics/PoliceCrimeStatistics/2023/pcs2023_no.de.html. Acesso em: 02 de ago. de 2024.

BUNDESKRIMINALAMT. **Police Crime Statistics 2023**. Disponível em: https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/Statistics/PoliceCrimeStatistics/2023/pcs2023_no de.html. Acesso em: 02 de ago. de 2024.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CAMPOS, André Santos. **A Autonomia do Direito como Imanência Interdisciplinar: Reflexões a partir da querela entre Gustavo Hugo e Hegel**. *Veritas*. v. 56, n. 3, set./dez. 2011.

CANDIDATOS presidenciales dieron datos falsos sobre la pandemia y otros temas políticos en tercer debate del JNE. **Ojo Público**. 1 de abr. de 2021 Disponível em: <https://ojo-publico.com/ojobionico/candidatos-presidenciales-dieron-datos-falsos-tercer-debate-del-jne>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Vol 1: parte geral. 13ª edição. São Paulo; Saraiva, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, 6ª edição. 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: lumen juris, 2011.

CASTRO, Karina Corrêa. **Constitucionalidade e eficácia do Regime Disciplinar Diferenciado aplicado aos presos envolvidos em ações de organizações criminosas(1)**. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35186/Constitucionalidade_efic%C3%A1cia_regime_castro.pdf. Acesso em: 09 de ago. de 2024.

CHALFIN, Aaron. et al. **Reducing Crime Through Environmental Design: Evidence from a Randomized Experiment of Street Lighting in New York City**. *Journal of Quantitative Criminology* (2022). 11 de jan. de 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10940-020-09490-6>. Acesso em 12 de ago. de 2024.

COSTA. Álvaro Mayrink da. **Criminologia**: v. 1/ 3.ed. editora forense: Rio de Janeiro, 1982.

COSTA JR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José Luís et al. **Como funciona o semiaberto em outros países**. GZH. 26 de jul. de 2026. Disponível em : <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/07/como-funciona-o-semiaberto-em-outros-paises-6880187.html>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Ver. Ampl. E atual. Salvador. Juspodium, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano

Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. Acesso em: 17 de jul. de 2024

DIP, Ricardo. JR; Volney Corrêa Leite de Moraes. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2002.

DYZENHAUS, p. 5. Apud VASCONCELLOS, Bruno Motta de. **Fantasmagorias jurídicas: o mito da responsabilidade do positivismo pela queda da República de Weimar e ascensão do III Reich**. Orientador: Adriano Pilatti. 2019.

ELBERT, Carlos Alberto. **Franz Von Liszt: Teoria e Prática na Política Criminal (1899-1919)**. Tradução de Ney Fayet Júnior. 1. ed. Porto Alegre: Elgantia Juris, 2019.

FELIX, Sueli Andruccioli. **Geografia do Crime: Interdisciplinaridade e Relevâncias**. Marília: Marília-Unesp-Publicações, 2002.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime**. 2. ed. Campinas: Bookseller, tradução de Paolo Capitanio, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Edição estabelecida por Michel Senellart. Tradução de Eduardo Brandão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOMES, Luiz Flávio et al. **CRIMINOLOGIA**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GUTIÉRREZ C, Walter. **La Justicia em el Peru: cinco grandes problemas**. Gaceta Jurídica. Disponível em: https://www.gacetajuridica.com.pe/landing/juridica/descarga/INFORME_LEGISLATIVO_2015.pdf. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha pós-guerra**. Tradução por Carlos Eduardo Vasconcelos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 30, n. 118, Abr./jun. 1993.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **ONDE mora a impunidade? porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios**. Edição 2021. Disponível em:

https://soudapaz.org/wp-content/uploads/2021/10/Onde-Mora-a-Impunidade-_edicao2021.pdf. Acesso em: 09 de ago. de 2024.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2009.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

JUICIOS duran solo 13 meses con nuevo código procesal penal. **Justicia tv**. Disponível em: <https://justiciatv.pj.gob.pe/juicios-duran-solo-13-meses-con-nuevo-codigo-procesal-penal/>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni; LAZARI, Rafael José Nadim de. 379 **SISTEMA PENAL FUNCIONALISTA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**. Cadernos do programa de pós-graduação DIREITO /UFRGS. Volume 12. N.1. 2017

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Culpabilidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade> . Acesso em : 22 de jul. de 2024.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. São Paulo: Prima Cursos Preparatória, 2004.

JUSTICE in Iceland: Judge Tómas Magnússon. **GREEN BAG**. Disponível em: http://www.greenbag.org/v8n4/v8n4_dialogue_currell_and_magnusson.pdf. Acesso em: 11 de mar. de 2024.

JUSTIÇA do Rio de Janeiro coloca goleiro Bruno em liberdade condicional. **Consultor Jurídico**. 14 de jan. de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-14/justica-rio-coloca-goleiro-bruno-liberdade-condicional/#:~:text=A%20ju%C3%ADza%20Ana%20Paula%20Abreu,%2C%20ex%2Djogador%20do%20Flamengo>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

KANZLEI&TZ. **Verbrechen und Vergehen**. Disponível em: <https://www.strafrechtsiegen.de/verbrechen-vergehen/>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-17112011-110813. Acesso em: 17 de jul. de 2024

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal.

Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 11 de jan. de 2024.

LOMBROSO, Cesare. **L'Uomo Delinquente in Rapporto all'Antropologia, alla Giurisprudenza ed alla Psichiatria (Cause e Rimedi)**. Edizione di soli 100 esemplari. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=43559. Acesso em: 28 de mai. de 2024

LOPES JR, Aury. **A (de)mora jurisdicional no processo penal: o direito a um processo sem dilações indevidas**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3403627/mod_resource/content/1/Aury%20Lopes%20Jr.%20-%20A%20demora%20jurisdicional%20no%20processo%20penal%20-%20Rev%20Estudos%20Criminais.pdf. Acesso em: 20 de fev. de 2024

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo : Editora Martins Fontes. 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais esboço de uma teoria geral**, Editora Vozes. São Paulo, 1984.

MARANHÃO COSTA, Arthur Trindade. **Criação da base de indicadores de investigação de homicídios no Brasil**. Revista Brasileira de Segurança Pública, vol. 8, núm. 2, septiembre, 2014, pp. 164-172 Fórum Brasileiro de Segurança Pública São Paulo, Brasil

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal – volume III: O delinquente – a sanção penal – a pretensão punitiva**. Edição Saraiva. São Paulo. 1956.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008

MARTINSON, Robert. **New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform**, " *Hofstra Law Review*: Vol. 7: Iss. 2, Article 1. 1979. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol7/iss2/1>. Acesso em: 5 de mar. de 2024

MARTINSON, Robert. **What works? questions and answers about prison reform**. Disponível em: https://www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/what-works-questions-and-answers-about-prison-reform p. 22-23. Acesso em: 5 de mar. de 2024.

MASCARENHOS, Daniela. **Peru: Ladrões de celulares encaram penas mais severas**. 23 de out. de 2023. Arquivo Oculto. Disponível em: <https://arquivooculto.com/penas-mais-severas-roubos-celulares-peru/>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: libro de estudio, parte general**. Tradução de Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MILLER, Stuart. **HOW LONG AFTER BEING CHARGED DOES IT TAKE TO GO**

TO COURT? Disponível em: <https://www.stuartmillersolicitors.co.uk/how-long-after-being-charged-take-court/#:~:text=Time%20between%20being%20charged%20and,of%20the%20trial%3A%2050%20days>. Acesso em: 15 de mar. de 2024.

MIOTTO, Armida Bergamini. **X CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL**. Revista de informação legislativa. Janeiro a março. 1970. Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180544/000344076.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em: 31 de jul. de 2024.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: B de f, 2ª ed., 2003

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de et al. **Direito penal contemporâneo: temáticas em homenagem ao Professor Damásio de Jesus**. Coord. André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de ; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Um Novo Modelo de Atuação Criminal para o Ministério Público Brasileiro: Agências e Laboratório de Jurimetria**. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 11, 2017, p. 19-37

NASCIMENTO, Guilherme Rodrigues de Matos do. **Direito Penal do Inimigo**. 22 de fev. de 2021. Migalhas. Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/depeso/340670/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2.ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

NUMBEO. **About Crime Indices At This Website**. Disponível em: https://www.numbeo.com/crime/indices_explained.jsp. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

NUMBEO. **Crime index by Country 2024**. Disponível em: https://www.numbeo.com/crime/rankings_by_country.jsp. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

PORTUGAL. **Diminuição do tempo de duração média dos processos findos**. República Portuguesa. 31 de out. de 2019. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/comunicado?i=diminuicao-do-tempo-de-duracao-media-dos-processos-findos#:~:text=Na%20Justi%C3%A7a%20C%C3%ADvel%20um%20processo,demora%20e%20m%C3%A9dia%207%20meses>. Acesso em 15 de mar. de 2024.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva,

2012.

PONTE, Antonio Carlos da; MACHADO, Pedro Orestes de. **POLÍTICA CRIMINAL SOB A ÓTICA DA BREVIDADE E EFICIÊNCIA**. Criminologias e política criminal. XXX Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI. Fortaleza-CE. 2023.

POSSATO, Viviane; PENNA, Fernanda; BOTTREL, Fred. **Condenação do goleiro Bruno completa 10 anos; relembre o Caso Eliza em 15 vídeos**. G1 Globo. 10 de mar. de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/03/10/condenacao-do-goleiro-bruno-completa-10-anos-relembre-o-caso-eliza.ghtml>. Acesso em 21 de mar. de 2024.

PRADO, Rodrigo Murad do. **Os demonólogos e a Criminologia: o surgimento da Criminologia**. Canal de Ciências Criminais, 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/os-demonologos-e-a-criminologia-o-surgimento-da-criminologia/>. Acesso em: 15 de jan. de 2024.

PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de, Carvalho, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PROJETO transfere custo de tornozeleira eletrônica a presos. **Senado Notícias**. 08 de fev. de 2024. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/08/projeto-transfere-custo-de-tornozeleira-eletronica-a-presos#:~:text=%E2%80%99Custos%20pela%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do,%24%20255%2C003%20\(...\)](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/08/projeto-transfere-custo-de-tornozeleira-eletronica-a-presos#:~:text=%E2%80%99Custos%20pela%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do,%24%20255%2C003%20(...)) Acesso em: 15 de mar. de 2024.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Ser e Dever Ser na Teoria Kelseniana do Direito**. Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mossoró, v. 1, n. 1, p. 119-130, jul./dez. 2005. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiv, 2002.

RELEMBRE o caso do goleiro Bruno e o assassinato de Eliza Samudio. **O Antagonista**. Disponível em: <https://oantagonista.com.br/esportes/relembre-o-caso-do-goleiro-bruno-e-o-assassinato-de-eliza-samudio/#:~:text=Em%202013%2C%20Bruno%20foi%20condenado,oculta%C3%A7%C3%A3o%20de%20cad%C3%A1ver%20e%20sequestro>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

REVUE Suisse de Criminologie (RSC)de Criminologie (RSC). **Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK)**. 2019. Disponível em: https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/organisation/direktion-der-justiz-und-des-innern/juwe/schwerpunkt-u-haft/Amt%20f%C3%BCr%20Justizvollzug_2019_20_Jahre_Amt_f%C3%BCr_Justizvollzug_eine_Festschrift.pdf. Acesso em: 2 de abr. De 2024.

RIERA, Ariel. **CFK: “Com o sistema atual, os processos duram em média nada menos que 4 anos”**. Disponível em: <https://chequeado.com/ultimas-noticias/cfk-con-el-sistema-actual-los-procesos-duran-un-promedio-no-menor-a-los-4-anos/>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

RODRIGUES, Marie Lúcia. Apud SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

2010.

RONAN, Gabriel. **Justiça concede progressão de pena e goleiro Bruno vai para o regime semiaberto**. Estado de Minas. 18 de jul. de 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/caso-bruno/2019/07/18/internas_caso_bruno,1070755/justica-progressao-pena-goleiro-bruno-regime-semiaberto.shtml#:~:text=SAIBA%20MAIS&text=Po%C3%A7os%20de%20Caldas,O%20goleiro%20Bruno%20Fernandes%2C%20condenado%20pelo%20assassinato%20da%20modelo%20Eliza,o%20ex%2Datleta%20cumpre%20pena. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Vega: Lisboa, 2004.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo. Atlas. 2001

SILVA, G. Rodrigues da. **RESENHA - Dos delitos e das penas**. Revista do Direito Público, v. 14, n. 3, p. 204–205, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2019v14n3p204>. Acesso em: 10 de jan. de 2024.

SILVA, Ítalo B. da; TAVARES, O. A. de O. **Uma pedagogia multidisciplinar, interdisciplinar ou transdisciplinar para o ensino/aprendizagem da física**. Holos, v. 1, p. 4-12, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.15628/holos.2005.52>. Acesso em: 15 de jan. de 2024

SILVINO, Alexandre Magno Dias. **Epistemologia positivista: qual a sua influência hoje?. Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 27, p. 276-289, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932007000200009>. Acesso em: 2 de fev. de 2024.

SOARES, Orlando. **Causas da Criminalidade e Fatores Criminógenos**. Rio, 1978

STATISTA. **Number of people in prison in Iceland from 2010 to 2021**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1269089/number-prisoners-iceland/>. Acesso em: 11 de mar. de 2024.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Ed da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1989.

TJDFT. **Crime continuado**. 14 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/concurso-de-crimes/crime-continuado>. Acesso em: 08 de ago. de 2024.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**. 35. ed. Ver. atual. São Paulo: Saraiva. 2013.

UNODC. **GLOBAL STUDY ON HOMICIDE: HOMICIDE TRENDS, PATTERNS AND CRIMINAL JUSTICE RESPONSE**. 2019. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/site-search.html?q=argentina+clearance+rate> . Acesso em: 02 de ago. de 2024, p.67-68

VAN Breukelen Advocatuur. **Moord, doodslag & dood door schuld: een eenvoudige uitleg**. Disponível em: <https://www.kantoorvanbreukelen.nl/nieuws/moord-doodslag-dood-door-schuld-een-eenvoudige-uitleg/>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.

VASCONCELLOS, Bruno Motta de. **Fantasmagorias jurídicas: o mito da responsabilidade do positivismo pela queda da República de Weimar e ascensão do III Reich**. Orientador: Adriano Pilatti. 2019.

VERFAHREN vor Strafgerichten dauern so lange wie nie. **Zeit online**. 5 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2021-09/gericht-prozess-verfahren-immer-laenger>. Acesso em: 12 de mar. de 2024.

VERSTAPPEN, Pieter. **Homicide Clearance rate and Clearance time in the Netherlands An analysis of factors affecting the clearance rate and clearance time**. University Leiden. Disponível em : <https://studenttheses.universiteitleiden.nl/access/item%3A3191059/view>. Acesso em: 02 de ago. de 2024

WORLD POPULATION REVIEW. **Crime Rate by country 2024**. disponível em: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/crime-rate-by-country>. Acesso em: 10 de mar. de 2024. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

WORLDMETER. **European Countries by population**. Disponível em: <https://www.worldometers.info/population/countries-in-europe-by-population/>. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral. Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1, parte geral, 10.ed., ver., atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. são Paulo: thomson Reuters Brasil. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e movimentos de política criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro:editora GZ, 2021.

LEGISLAÇÃO

ALEMANHA. **Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)§ 29 Straftaten.** Bundesministerium der Justiz. Lei sobre o Tráfico de Substâncias Entorpecentes seção 29 - Ofensas Penais.

ALEMANHA. **Strafgesetzbuch.** Na versão do edital de 13 de novembro de 1998. Código Penal.

ARGENTINA. **Ley nº 11.179.** de 29 de outubro de 1921.Código Penal.

ARGENTINA. **Ley Nº 23.737.** de 21 de setembro de 1989. Código Penal. Dispõe sobre o consumo e o tráfico de drogas.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848.** de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689.** de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. **Lei nº 7.210,** de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. **lei nº 9.099,** de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 11.343,** de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 12.258,** de 15 de julho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

BRASIL. **Lei nº 12.850,** de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

HOLANDA. **Opiumwet.** Overheid.nl. Dispõe sobre o consumo e tráfico de entorpecentes.

HOLANDA. **Wetboek van Strafrecht.** Overheid.nl. Código Penal Holandês.

ISLÂNDIA. **Almenn hegningarlög.** Alpingi. Código Penal.

PERU. **Código Penal.** Sistema Peruano de Información Jurídica. Código Penal do Peru.

VENEZUELA. **Código Penal da Venezuela.** 20 de out. de 2000. Organization of American States. Código Penal da Venezuela.

CONSTITUIÇÕES

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.