

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS  
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS  
CURSO DE DIREITO**

**ANELISE BOURSCHEIDT DE ANDRADE**

**A EVOLUÇÃO DA MENTE CRIMINOSA NO CONTEXTO HISTÓRICO DA  
SOCIEDADE BRASILEIRA  
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa  
2019

**ANELISE BOURSCHEIDT DE ANDRADE**

**A EVOLUÇÃO DA MENTE CRIMINOSA NO CONTEXTO HISTÓRICO DA  
SOCIEDADE BRASILEIRA  
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira

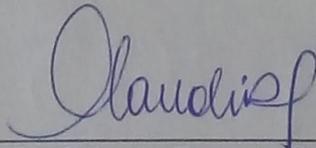
Santa Rosa  
2019

**ANELISE BOURSCHEIDT DE ANDRADE**

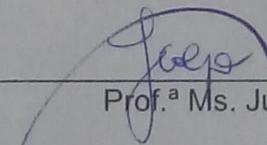
**A EVOLUÇÃO DA MENTE CRIMINOSA NO CONTEXTO HISTÓRICO DA  
SOCIEDADE BRASILEIRA  
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

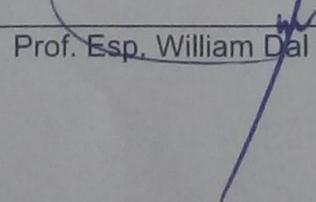
Banca Examinadora



Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Prof.ª Ms. Juliane Colpo



Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves

Santa Rosa, 10 de dezembro de 2019.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho monográfico ao meu pai, Nelson de Andrade, que, apesar de ter partido, me deixou o exemplo do grande homem que fostes em vida e me ensinou os valores mais preciosos e essenciais que constituem o caráter humano. Também, dedico esta pesquisa a todos àqueles que são as maiores vítimas do Estado e da sociedade, que são os configurados como “criminosos”.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à Deus, por todas as graças, bençãos e proteção que rega sobre a minha vida e de minha família, és o propulsor da vida.

Agradeço à minha mãe, Marli Helena Bourscheidt, minha rainha, mulher guerreira que sempre esteve ao meu lado, me apoiando, incentivando, consolando, protegendo, amando em todos os momentos de minha vida, tudo que sou devo a ti e ao meu pai.

Agradeço ao meu companheiro de vida, Maurício de Lima, por sempre estar

ao meu lado prestando apoio, incentivo, auxílio, compreensão, paciência, consolo, proteção, carinho e amor.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira, por todos os conhecimentos prestados, assim como pela atenção, auxílio, paciência e incentivo que despojou ao longo desta orientação.

Por fim, agradeço a todos àqueles que de uma ou outra forma contribuíram para a realização deste trabalho.

Saiba, porém, que nos últimos dias haverá momentos difíceis. Os homens serão egoístas, gananciosos, soberbos, blasfemos, rebeldes com os pais, ingratos, iníquos, sem afeto, implacáveis, mentirosos, incontinentes, cruéis, inimigos do bem, traidores, atrevidos, enfatuados, mais amigos dos prazeres do que de Deus; manterão aparências de piedade, mas negarão a sua força interior. Evite essas pessoas!

2 Timóteo 3:1-5

## RESUMO

O tema do presente trabalho trata acerca dos fatores sociais como formas contribuintes para a criminalidade no Brasil, isto é, o estudo do delinquente no âmbito social da contemporaneidade, como reflexo da evolução histórica da sociedade brasileira a partir da institucionalização do Direito Penal no Brasil. Busca-se analisar, através do problema, em que medida há a interferência do meio social no agir do delinquente, como fator complementar para a prática de crimes, em vista às transformações ocorridas na sociedade brasileira desde a estruturação do Direito Penal no Brasil. A partir disso, tem-se como objetivo geral o estudo dos fatores sociais que contribuem para a prática de um crime, analisando, especificamente, a questão histórica da evolução da sociedade, a partir do advento do Direito Penal no Brasil, observando se as leis aplicadas pelo Estado coincidem com a teoria e sua ineficácia na prevenção e reintegração do delinquente no meio social, assim como a percepção da sociedade e aceitação em seu meio. O assunto é relevante, pois potencializa discussões acerca do indivíduo como ser humano, digno de valor humano independentemente de suas condutas, além da notória deficiência do Estado, que deve garantir o exercício dos principais direitos e buscar alternativas eficientes na prevenção de novos crimes e reintegração do delinquente na sociedade. A metodologia caracteriza-se como teórica, desenvolvendo-se por meio de documentação indireta sob a perspectiva da pesquisa documental e bibliográfica, que envolverá análise de obras doutrinárias, dados estatísticos, legislações e demais materiais publicados sobre o tema. O tratamento dos dados é qualitativo, com fins exploratórios. O método de abordagem da pesquisa é o dialético, com procedimentos históricos e comparativos. A presente pesquisa se estruturou por meio de dois capítulos. O primeiro capítulo consiste na análise histórica do surgimento do Direito Penal no mundo, especialmente no Brasil, com o fim de analisar a estruturação da sociedade punitiva desde os tempos primitivos. Também, buscou-se compreender a ciência criminológica, a partir da análise, essencialmente, das teorias defendidas pelas duas principais escolas criminológicas, quais sejam: a escola positiva e a escola clássica. O segundo capítulo se detém no estudo do Estado de Bem-Estar Social e suas falsas promessas na sociedade pós-moderna, especialmente no Brasil, gerando a violação da dignidade da pessoa humana. Também, buscou-se analisar a violência estatal retroalimentada pelo Estado na execução da pena, tendo em vista a situação precária do sistema carcerário brasileiro, fazendo do delinquente, por meio da imposição de estereótipos, uma vítima do Estado e da sociedade. Nesse passo, conclui-se que a criminalidade está tornando uma forma que cada vez mais agrega indivíduos para seu meio, já que, além das desigualdades enfrentadas no País, a sociedade e o Estado criam estereótipos de criminosos. O sistema penal se encontra viciado, já que as penas não cumprem suas funções, fazendo da ressocialização um mero discurso alimentado pelo sistema penal, pois além da existência de um sistema penal degradante, há a presença do preconceito pós-prisão, que impossibilita a reinserção do ex-presidiário no meio social, gerando um doloroso círculo vicioso.

Palavras-chave: crime – criminoso – sociedade – Estado.

## **ABSTRACT**

The theme of the present thesis deals with the social factors as contributing elements to the criminality in Brazil, that is, the study of the offender in the contemporary social scope, as a reflection of the historical evolution of the Brazilian society from the institutionalization of the Criminal Law in Brazil. It seeks to analyze, through the problem, to what extent there is interference of the social environment in the act of the offender, as a complementary factor for the practice of crimes, in view of the transformations that have occurred in Brazilian society since the structuring of Criminal Law in Brazil. From this, the general objective is to study the social factors that contribute to the practice of a crime, specifically analyzing the historical issue of the evolution of society, from the advent of Criminal Law in Brazil, observing if the laws applied by the State coincide with the theory and its ineffectiveness in the prevention and reintegration of the offender into the social environment, as well as the perception of society and acceptance in its midst. The issue is relevant because it potentiates discussions about the individual as a human being, worthy of human value regardless of their conduct, in addition to the notorious deficiency of the state, which must ensure the exercise of key rights and seek efficient alternatives in the prevention of new crimes and in the reintegration of the offender in society. The methodology is characterized as theoretical, developed through indirect documentation from the perspective of documentary and bibliographical research, which will involve analysis of doctrinal works, statistical data, legislation and other published materials on the subject. Data processing is qualitative for exploratory purposes. The approach method of the research is dialectic, with historical and comparative procedures. This research was structured through two chapters. The first chapter consists of the historical analysis of the emergence of Criminal Law in the world, especially in Brazil, in order to analyze the structuring of punitive society since primitive times. Also, it is sought to understand the criminological science, from the analysis, essentially, of the theories defended by the two main criminological schools, namely: the positive school and the classical school. The second chapter focuses on the study of the Welfare State and its false promises in postmodern society, especially in Brazil, generating a violation of the dignity of the person. Also, it is sought to analyze the state violence feedbacked by the State in the execution of the sentence, in view of the precarious situation of the Brazilian penitentiary system, making the offender, through the imposition of stereotypes, a victim of the state and society. In this pace, it is concluded that crime is taking a shape increasingly adds individuals to its environment, since, in addition to the inequalities faced in the country, society and the State create stereotypes of criminals. The penal system is flawed, since the penalties do not fulfill their functions, making the resocialization a mere discourse fed by the penal system, because besides the existence of a degrading penal system, there is the presence of post-prison prejudice, which makes the reinsertion of the ex-convict in the social environment impossible, creating a painful vicious circle.

Keywords: crime - criminal - society - State.

## **LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS**

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

EBES – Estado de Bem-Estar Social

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

IPEA – Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada

LEP – Lei de Execução Penal

n. - Número

§ - Parágrafo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 DIREITO PENAL NO BRASIL E O DILEMA DA CRIMINOLOGIA</b> .....	<b>14</b>
1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL .....	16
1.2 NASCIMENTO DO DIREITO PENAL NO BRASIL .....	26
1.3 CRIMINOLOGIA E SEU DILEMA: O HOMEM É MAU PORQUE NASCE MAU OU SE TORNA MAU? .....	35
<b>2 AS FALSAS PROMESSAS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL (WELFARE STATE) NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA</b> .....	<b>45</b>
2.1 A CRISE DO WELFARE STATE: BRASIL TEM UM CATÁLOGO DE DIREITOS SOCIAIS NÃO CUMPRIDOS .....	48
2.2 A VIOLÊNCIA ESTATAL RETROALIMENTADA PELO ESTADO NA EXECUÇÃO DA PENA: SISTEMA NÃO RESSOCIALIZA, MAS APENAS PUNE (E PUNE MAL) .....	58
2.3 O PAPEL DO ESTADO E DA SOCIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE ESTEREÓTIPOS AO CRIMINOSO: O MAL-ESTAR DO EX-PRESIDIÁRIO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA .....	68
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>81</b>

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho trata acerca dos fatores sociais como formas contribuintes para evolução da mente criminoso no Brasil, ou seja, visa ao estudo do delinquente no âmbito social da contemporaneidade, como reflexo da evolução histórica da sociedade brasileira a partir da institucionalização do Direito Penal no Brasil. O propósito é de, além da construção de um referencial teórico embasado na pesquisa, observar em caráter de estudo os meios oportunizados pelo Estado para a prevenção de crimes, coerção e reintegração do delinquente na sociedade, assim como a visão da sociedade perante um delinquente reintegrado no meio social e a efetivação da prisão como uma medida não sustentável, sob a óptica do direito da dignidade humana.

Busca-se analisar, por meio do problema, em que medida há a interferência do meio social no agir do delinquente, como fator complementar para a prática de crimes, em vista às transformações ocorridas na sociedade brasileira desde a estruturação do Direito Penal no Brasil. Dessa forma, a partir das premissas do problema, a pesquisa se norteará pelas seguintes hipóteses: a principal responsável pela criminalidade constante no País é a sociedade em que o delinquente está inserido, pois a pós-modernidade trouxe para o Brasil transformações em sua estrutura, resultando em diversas mudanças no mundo do crime, em decorrência do aumento das desigualdades sociais, principalmente econômicas. (BONACCORSO, 2008); o meio social não interfere na conduta criminoso, pois o criminoso possui características biológicas e psicológicas que os diferenciam dos indivíduos considerados normais, não sendo influenciado pela sociedade. (BARATTA, 1999); e, o delinquente apresenta características inatas que definem sua personalidade estável, porém quando interage com o meio social essas características são afetados pelas pressões do meio social que resultam em um comportamento agressivo ou não, como forma de sobrevivência. (GAUER; NETO; LAZZARON, 2010).

A partir disso, tem-se como objetivo geral o estudo dos fatores sociais que contribuem para a prática de um crime, analisando, especificamente, a questão histórica da evolução da sociedade, a partir do advento do Direito Penal no Brasil,

observando se as leis aplicadas pelo Estado coincidem com a teoria e sua ineficácia na prevenção e reintegração do delinquente no meio social, assim como a percepção da sociedade e aceitação em seu meio. Assim, a pesquisa buscará atingir os seguintes objetivos específicos: estudar a evolução histórica da sociedade e o desenvolvimento das normas penais no Brasil, como forma de compreensão dos fatores que podem contribuir para a prática de crimes; analisar como funciona a mente criminosa, observando o que de fato impulsiona a ação; observar a situação dos encarcerados no Brasil; investigar os meios oportunizados pelo Estado para prevenção de crimes, coerção e reintegração do indivíduo na sociedade, assim como a ineficácia da prisão; e, analisar a visão da sociedade frente a um indivíduo delinquente reintegrado nesse meio após o cumprimento da pena, observando os meios oportunizados pela sociedade para sua reintegração.

É evidente que, na maioria das vezes, o indivíduo que pratica um ilícito ainda é visto pela sociedade como um ser desprezível. Não é difícil constatar o déficit do valor humano do indivíduo criminoso, que, normalmente, não tem seus básicos direitos humanos preservados no meio social. O fato é que o meio criminoso vem se desenvolvendo com o passar dos anos e um dos fatores que pode contribuir para o incremento da prática de crimes é o comportamento do meio social em que o indivíduo está inserido. Nesse processo, se mostra importante a compreensão dos fatores que impulsionam a prática de crimes para que se possa encontrar medidas sustentáveis que irão prevenir a prática de novos crimes, efetivando a reintegração do indivíduo infrator ao meio social. Como visto, o assunto é relevante, pois potencializa discussões acerca do indivíduo como ser humano, digno de valor humano independentemente de suas condutas, além da notória deficiência do Estado, que deve garantir o exercício dos principais direitos e buscar alternativas eficientes na prevenção de novos crimes e reintegração do delinquente na sociedade. Busca-se, com essa temática, além do aprendizado sobre os fatores que movem o crime e o criminoso, uma reflexão acerca do indivíduo delinquente, para que se crie uma sociedade consciente e humanitária, que reconheça a dignidade da pessoa humana e busque meios eficazes para coerção do delinquente.

A metodologia do presente trabalho, caracteriza-se como teórica, desenvolvendo-se por meio de documentação indireta sob a perspectiva da pesquisa documental e bibliográfica, que envolverá análise de obras doutrinárias, dados estatísticos, legislações e demais materiais publicados sobre o tema. O tratamento

dos dados é qualitativo, investigando os aspectos sociais na realidade contemporânea, buscando uma explicação acerca dos objetivos originários da pesquisa, com fins exploratórios. O método de abordagem da pesquisa é o dialético, pois se analisará as mudanças que ocorrem na sociedade, com o intuito de explicar o fenômeno objeto desse estudo. Como forma de auxiliar o método principal, utiliza-se os métodos de procedimentos, quais sejam: o método histórico, com o intuito de analisar os acontecimentos passados que influenciaram no processo da construção da sociedade contemporânea, assim como o Direito Penal e sua aplicabilidade pelo Estado e ineficácia dos seus fundamentos; e, o método comparativo, sob a perspectiva de um estudo acerca das diferenças e divergências constantes entre os grupos sociais, buscando uma explicação e compreensão do comportamento humano.

Com o intuito de sistematizar a construção teórica do presente estudo, a pesquisa se estruturou por meio de dois capítulos, com o propósito de estabelecer reflexões acerca das propostas elencadas, por meio da exposição e de debates de conteúdos pertinentes ao tema objeto desse trabalho, visando ao êxito da pesquisa. Nesse passo, o primeiro capítulo abordará a análise histórica do surgimento do Direito Penal no mundo, especialmente no Brasil, com o fim de analisar a estruturação da sociedade punitiva desde os tempos primitivos. Também, busca-se compreender a ciência criminológica, a partir da análise, essencialmente, das teorias defendidas pelas duas principais escolas criminológicas, quais sejam: a escola positiva e a escola clássica. Por outro lado, o segundo capítulo analisará, a partir do estudo da evolução histórica da sociedade punitiva, a concretização do EBES e seus fundamentos, para que se compreenda os fatores que ensejaram suas falsas promessas, especialmente com os processos de transformações estruturais, advindos com a pós-modernidade, que abalaram a sociedade brasileira, gerando a violação da dignidade da pessoa humana. Também, buscou-se analisar a violência estatal retroalimentada pelo Estado na execução da pena, tendo em vista a situação precária do sistema carcerário brasileiro, fazendo do delinquente, por meio da imposição de estereótipos, uma vítima do Estado e da sociedade.

## **1 DIREITO PENAL NO BRASIL E A CRIMINOLOGIA**

O crime e a sociedade se encontram em constantes conflitos, eis que o infrator surge, possivelmente, do meio social em que está inserido e a consequência de seus atos atinge diretamente àqueles que pertencem a esse meio, resultando em imposição de ódio e cobranças para o Estado em busca de segurança e justiça.

Não é necessário um dado científico para se constatar que a sociedade enfrenta um período de crise, em que dificilmente se tolera os problemas constantes que a permeiam, principalmente aqueles que resultam de infrações penais, já que a premissa é a busca pela punição e não a prevenção da prática de um crime. O fato é que não se busca meios capazes de mudar a realidade criminosa no Estado, mas se permite a prática do ato e, depois, desencadeia-se a fase de punição, medida que na realidade está longe de encontrar um respaldo na legislação vigente.

Entretanto, é preciso ressaltar que a prática de infrações penais resulta de um conjunto histórico e cultural, que, aos poucos, vai delimitando a personalidade criminosa. Esse processo decorre de uma evolução histórica da humanidade que foi a principal responsável pelo desenvolvimento da mente criminosa, diante do avanço da tecnologia, industrialização e diversas outras inovações, resultando em processo de crise que abrange não somente questões econômicas, mas também questões da própria personalidade do indivíduo, pois ao mesmo tempo em que o indivíduo pertence a uma sociedade ela o exclui de determinados grupos sociais.

Assim, nesse cenário de evolução da sociedade e da personalidade do agente criminoso surge a intervenção do Estado nas relações sociais, por seus vários ramos do Direito, e, no caso, de forma fragmentária e subsidiária, toca uma parte ao Direito Penal. Essa espécie de intervenção é imposição da força normativa pelo Estado, por meio de aplicação de penas. Nesse aspecto, o Direito Penal, para Guilherme de Souza Nucci representa “[...] 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.” (NUCCI, 2013, p. 71).

No entendimento de Fernando Capez,

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as

regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. (CAPEZ, 2015, p. 17).

Nesse sentido, observa-se a importância do Direito Penal na sociedade pois mantém, de certa forma, a ordem social permitindo a existência de convivência pacífica entre os povos, uma vez que a sociedade se encontra em constantes conflitos que resultam na pregação de violência. Dessa forma,

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social<sup>1</sup> mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o *Direito Penal* com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens. (BITENCOURT, 2015, p. 35) [grifos do autor].

Portanto, observa-se que quando ocorre um fato contrário à norma de Direito, o Estado se impõe aplicando sanções (penas), com o objetivo de buscar a defesa social que se concretiza na proteção de bens jurídicos essenciais, que são reclamados pela sociedade (BRUNO, 2003), já que o crime se encontra presente na sociedade desde o início da humanidade e isso advém de uma evolução histórica do meio social em que o infrator está inserido, eivado de discussões acerca de sua definição e respectiva origem, resultando em divergências não somente entre doutrinadores, mas também entre as pessoas que compõe esse meio.

Dessa forma, com o intuito de explicar o crime e o criminoso, surge a Criminologia, considerada uma

[...] ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquent e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito. (MOLINA; GOMES, 2008, p. 32).

Também, no entendimento de Guilherme de Souza Nucci, a Criminologia é uma

---

<sup>1</sup> Controle social representa os meios que levam ao comportamento social dos indivíduos de forma pacífica. Pode-se dizer que é por meio da assimilação de valores, crenças e normas que os indivíduos se estabelecem de forma socialmente aprovada, ou seja, para os indivíduos se comportarem de forma social, não basta simplesmente o desejo de recompensas ou o medo das punições impostas pelo Estado, é preciso compreender e acreditar na legitimidade das regras impostas pela sociedade. (NOVA, 2000).

[...] a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas, sobretudo, às causas que levam à delinquência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. (NUCCI, 2013, p.73).

Nesse passo, pode-se dizer que a Criminologia se direciona ao estudo dos múltiplos fatores que caracterizam o infrator, ou contribuem para prática de um crime, tais como a antropologia criminal (estuda os aspectos físicos e psíquicos do infrator), a psicologia criminal (estuda o psiquismo do infrator) e a sociologia criminal (estuda os fatores sociais da criminalidade) (NUCCI, 2013, p. 73), ou seja, a criminologia, como uma ciência, não visa somente ao estudo do crime, mas, principalmente, às causas que levam ao cometimento do crime, analisando o autor do delito, cuja contribuição é de extrema importância para o combate da criminalidade no País e sua efetiva prevenção.

Complementando essa linha de pensamento, o presente capítulo estudará a origem do Direito Penal, especialmente no Brasil, assim como o estudo da Criminologia e sua contribuição em busca da prevenção de crimes, analisando suas duas principais escolas criminológicas, quais sejam, a escola clássica e a escola positiva, para que ao fim do presente capítulo, possa-se compreender o dilema se o homem é mau porque nasce mau ou se torna mau.

## 1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Inicialmente, antes da realização do estudo de qualquer área do direito, é importante compreender sua origem e evolução histórica até os dias atuais. Para o Direito Penal, parte-se da exegese do Direito repressivo que compreende outros períodos da civilização, pois somente se compreenderá a posição do Direito Penal em determinado momento, quando se tiver conhecimento de seus antecedentes históricos. (BITENCOURT, 2015).

Partindo dessa premissa, inicialmente se verifica que o Direito Penal, mesmo que de forma primitiva, sempre esteve presente entre os agrupamentos sociais (ESTEFAM, 2013), já que na história e pré-história da humanidade se encontravam as associações, ou seja, grupos humanos formados naturalmente e precocemente que possuíam normas de comportamento social que limitavam as atividades de cada

indivíduo buscando a paz social, em um padrão que resultasse da coesão do grupo. (BRUNO, 2003).

Nessa forma primitiva de comunidade não havia um órgão que exercesse a autoridade coletiva, sendo as normas resultado do hábito advindo de uma obrigatoriedade que partia do temor religioso ou mágico (BRUNO, 2003). Entretanto, essa autoridade religiosa ou mágica não impediu a violação das regras de convivência, razão por que se faz necessária a aplicação de uma punição que não era considerada como uma pena, pois inicialmente se aplicavam as sanções como forma de libertação do clã da ira dos deuses. (NUCCI, 2013).

No período primitivo, os indivíduos aplicavam suas próprias sanções para os membros do seu grupo e àqueles que não o pertenciam, baseadas em tradições, costumes, crenças, religião e superstições, visando à proteção dos deuses para com seus povos, ou seja, aos membros do grupo

[...] eram aplicadas penas quando praticavam atos que traduziam uma espécie de perturbação da paz e da vida em sociedade e, de regra, envolviam a proscricção do agente, o qual não *habitare inter homines* e, portanto, era morto ou, se pudesse (e lograsse), fugia. As sanções impostas aos estranhos, por outro lado, possuíam conotação de *vindita* ou vingança contra o estrangeiro (de outra raça ou origem), ou, ainda, de “vingança de sangue”. (ESTEFAM, 2013, p. 35) [grifos do autor].

Além do castigo de sacrificar a própria vida, também era possível que o transgressor oferecesse à divindade objetos valiosos, tais como animais, peles e frutas, ofertados perante um altar montado em sua honra. (MIRABETE, 2003).

Essas sanções eram aplicadas em razão da crença do grupo nas forças sobrenaturais, que na realidade se tratavam de fenômenos naturais, mas que para aquele povo representava a ira dos deuses e, portanto, quando ocorria a quebra das leis do tabu instituía-se uma punição com o objetivo de acalmar os deuses, caso contrário, temia-se que a ira dos deuses atingiria todo o grupo. Essa ligação entre os deuses e o grupo se concretizava pelo totem, considerado o antepassado do clã e o guardião do grupo. (NUCCI, 2013).

Esse período primitivo, ligado pela crença religiosa e mágica, denominada de vingança divina, teve muita influência, posto que seus “[...] princípios foram adotados na Babilônia, no Egito (*Cinco Livros*), na China (*Livro das Cinco Penas*), na Pérsia (*Avesta*) e pelo povo de Israel (*Pentateuco*).” (MIRABETE, 2003, p. 36) [grifos do autor].

Após essa fase da violência de sangue, surge a violência privada que nada mais é do que a “[...] reação do indivíduo ou seu grupo contra membros de outros grupos[...]” (LEAL, 2004, p. 66). Essa fase aparece “[...] quando a vida coletiva se torna mais complexa e o grupo se decompõe em grupos ou clãs secundários.” (LEAL, 2004, p. 67), ou seja, o vínculo originário do totem deu lugar ao vínculo sanguíneo, considerado aquele advindo da descendência. Ocorre que a violência privada não obteve êxito, uma vez que as agressões praticadas resultavam em contrarreações que geravam um círculo vicioso tendente a exterminar os grupos. (NUCCI, 2013).

A partir dessa evolução social, surge a lei do talião introduzindo uma reação de vingança e, ao mesmo tempo, limitando os interesses do grupo na medida da intensidade da agressão, evitando, assim, os excessos produzidos pela ira da vítima (BRUNO, 2003). Essa lei determinava “[...] a reação proporcional ao mal praticado: *olho por olho, dente por dente*. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.” (BITENCOURT, 2015, p.73) [grifos do autor].

Entretanto, as sanções impostas pela lei do talião eram brutais, cruéis e não possuíam qualquer finalidade útil, ou seja, surgiu como meio de acalmar os ânimos da comunidade, mas que de qualquer modo, contribuiu para a evolução do Direito Penal, na medida em que determinou maior equilíbrio entre o crime e a sanção imposta. (NUCCI, 2013).

A lei do talião foi adotada no Código de Hammurabi (1728 a 1686 a.C.), pelos hebreus na bíblia (êxodo), no direito romano na Lei das XII Tábuas (451 – 453 a.C.) e no Código de Manu, na Índia (século IX a.C.) (LEAL, 2004). Também, foi considerado como antecessor da atual reparação do Direito Civil e das atuais penas pecuniárias do Direito Penal. (BITENCOURT, 2015).

Com a imposição da lei do talião, observou-se que o grupo de infratores era tão grande que as comunidades acabavam ficando deformadas (BITENCOURT, 2015). Dessa forma, surgiu a figura do poder central que consagrou a composição, forma punitiva que visava à indenização do sujeito infrator, consistente no pagamento em espécie ou sua submissão a serviços de interesse da vítima ou de sua tribo. Essa forma de punição tinha como objetivo a conciliação de interesses divergentes e seu efetivo equilíbrio que permitisse a convivência em grupo. (LEAL, 2004).

Ainda dominado pela lei do talião, surge a vingança pública em que o chefe da tribo ou do clã assumiu a responsabilidade punitiva (NUCCI, 2013), tendo como

objetivo a repressão criminal para garantir a segurança do soberano ou monarca pela aplicação de uma sanção, sendo justificada pela religião que possuía grande influência, mantendo as mesmas características cruéis da época. (BITENCOURT, 2015).

Fazendo um parêntese, antes de adentrar na análise histórica do Direito Penal no oriente antigo, especialmente na Grécia Antiga e Roma Antiga, é importante referenciar o Direito Penal dos Hebreus, que se consagrou pelo Tamuld, surgido com o propósito de suavizar as rigorosas penas impostas pela lei mosaica, estabelecendo garantias rudimentares aos réus, evitando que fossem injustiçados por falsos testemunhos (MIRABETE, 2003). O Tamuld trouxe as penas de “[...] multa, prisão e imposição de gravames físicos, sendo praticamente extinta a pena de morte, aplicando-se em seu lugar a prisão perpétua sem trabalhos forçados.” (MIRABETE, 2003, p. 36).

Nesse passo, observa-se que o Direito Hebraico substituiu as penas impostas pela Lei do Talião, dando origem a penas mais humanizadas, concretizadas no Tamuld, que acabavam por beneficiar os considerados infratores da lei e evitando que fossem condenados injustamente pelos falsos testemunhos.

Continuando a linha histórica do Direito Penal, no oriente antigo, especialmente na Grécia Antiga e na Roma antiga, observa-se que “[...] o Direito se apresenta ainda embebido profundamente do matriz religioso.” (BRUNO, 2003, p. 35). Entretanto, a Grécia Antiga superou essa concepção com as contribuições de filósofos como Aristóteles (antecipou a necessidade do livre-arbítrio) e Platão (com as leis antecipou a finalidade da pena como meio de defesa social). A Roma Antiga também superou essa concepção partindo para a separação de religião e direito. (BITENCOURT, 2015).

Nota-se que mesmo com as evoluções que o oriente antigo passou no decorrer dos anos, especialmente as contribuições de filósofos na Grécia e a concepção de direito separado de religião na Roma, não houve o banimento da influência religiosa sobre a aplicação de sanções. Dessa forma, é importante analisar o Direito Penal grego e o Direito Penal romano separadamente.

Os gregos tiveram extrema importância no desenvolvimento da Filosofia quando sua organização sócio-política e cultural atingiu níveis elevados, envolvendo até mesmo o direito, ao determinar a ideia de retribuição da pena e a importância da prevenção da pena criminal (LEAL, 2004). Entretanto, o fator principal que determinou

a importância de suas contribuições para com o Direito Penal que se conhece hoje foi o

[...] fato de terem desenvolvido um sistema de justiça criminal operado por leigos. Para a época, quando se conhecia apenas um sistema punitivo assentado em idéias puramente religiosas e exercido por sacerdotes, o modelo de justiça criminal da Grécia representou um avanço considerável no plano da prática e das idéias penais. (LEAL, 2004, p. 70).

Nota-se, por fim, que a Grécia teve muita importância para a evolução do Direito Penal, pois mesmo que não tenha banido completamente a influência religiosa na aplicação de sanções, libertou o direito de uma crença baseada em superstições, oportunizando a criação de um sistema exercido pelos indivíduos.

Já o direito romano é considerado como a maior fonte originária de diversos institutos legais da atualidade, já que Roma, como síntese da sociedade antiga, representa a ligação entre a antiguidade e a modernidade. Desde sua fundação em 753 a.C., nota-se que Roma vivenciava um período dominado pela religião, pois a pena era utilizada com um caráter sacral, confundindo-se a figura do rei e do sacerdote visto seus poderes ilimitados, constituindo um Direito consuetudinário. (BITENCOURT, 2015).

Entretanto, verifica-se que os povos romanos cedo se libertaram do domínio religioso, separando o jurídico do sacral (BRUNO, 2003). Na Roma, é possível constatar o surgimento do Direito Penal no seu sistema jurídico complexo e eficiente, que havia sido criado com o intuito de manter a ordem, ou seja, manter a paz entre as mais diversas regiões dominadas, já que a simples força física do seu exército não era o suficiente para manter o domínio entre as regiões. (LEAL, 2004).

Dentre as legislações daquela época, a Lei das XII Tábuas foi “[...] instituída no primeiro período da República (451 a 433 a.C.)” (LEAL, 2004, p. 72) e foi o primeiro código romano escrito dando início, no Direito romano, ao período dos diplomas legais que adotando a lei do talião, verificou-se a necessidade da limitação da vingança privada e o advento da composição em seus povos. (BITENCOURT, 2015).

Com o fim do período primitivo baseado na religião, o Direito romano se preocupou em punir o infrator com base no interesse individual ou público, ou seja, surge a divisão das infrações em crimes públicos (atos que atingissem a segurança do Estado, sendo, conseqüentemente, punidos por este) e crimes privados (o ofendido

ou seus familiares aplicavam a punição ao infrator, sendo o Estado apenas regulador do exercício). (LEAL, 2004).

No império romano, em meados do século II a.C., surge os crimes extraordinários que impõem uma pena individualizada pelo arbítrio judicial conforme a gravidade do ato, incluindo a pena de morte. Tais crimes eram os religiosos (blasfêmia, heresia, bruxaria, entre outros), furto qualificado, estelionatos, extorsão, aborto e exposição de infante. Nesse período, a prisão era conhecida como um depósito ou uma antessala que abrigava os condenados até o dia da execução de sua pena. (BITENCOURT, 2015).

Há de se destacar, também, o poder concedido à figura do *pater familias*, que além das diversas funções que exercia no direito de família, também decidia questões criminais. Esse poder era tão grande que, inicialmente, o *pater* possuía o direito de vida ou morte sobre os membros que constituíam a sua família. (LEAL, 2004).

Mais tarde, surge o Direito Penal clássico juntamente com o conjunto de leis publicadas no fim da República, que se deu em meados de 80 a.C., tais leis eram as *leges Corneliae* (crimes praticados nas relações interpessoais da população) e as *Juliae* (crimes praticados contra o Estado). Nesse contexto, a vingança privada desaparece cerca de duas ou três décadas antes de Cristo, surgindo o *ius puniendi* exercido pela administração estatal. Nesse período o *pater familia* ainda mantém seu poder, porém com algumas restrições. (BITENCOURT, 2015).

A pena criminal aplicada pelos romanos após o período primitivo, tinha uma função de retribuição, exemplaridade e prevenção, sendo seus principais institutos penais integrantes do nosso atual sistema jurídico (LEAL, 2004). Verifica-se que “[...] nesse período, os romanos não realizaram uma sistematização dos institutos de Direito Penal.” (BITENCOURT, 2015, p. 77), mas

[...] conheceram o nexa causal, dolo, culpa, caso fortuito, imputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medição. Não procuraram defini-los, trabalhavam-nos casuisticamente, isoladamente, sem se preocupar com a criação, por exemplo, de uma Teoria Geral de Direito Penal. (BITENCOURT, 2015, p. 77).

Por fim, observa-se a grande influência que o Direito Penal Grego e principalmente o Direito Penal Romano trouxeram para o atual sistema jurídico-penal, já que é possível verificar os primeiros moldes do Direito Penal que se conhece nos dias atuais. Assim, concretiza-se a ideia do conhecimento da origem histórica da

legislação que organiza o mundo para que seja possível a convivência social, com o propósito de compreensão da aplicabilidade de uma determinada lei em um certo período de tempo.

Mais tarde, surgiu o Direito Germânico, dominado pelos povos germânicos chamados de bárbaros, que inicialmente impuseram um sistema punitivo de caráter religioso, marcado pela perda da paz, em que se expulsava o infrator do meio social o deixando a mercê da morte. Também havia a figura da vingança de sangue, considerada como elemento essencial à segurança coletiva (LEAL, 2004). Observa-se que

O Direito Germânico primitivo não era composto de leis escritas, caracterizando-se como um Direito consuetudinário. O Direito era concebido como uma *ordem de paz* e a sua transgressão como *ruptura da paz*, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público. (BITENCOURT, 2015, p. 77) [grifos do autor]

A vingança do sangue, assim como a perda da paz, cedeu lugar à composição voluntária ou compulsória no início do século V, a partir do término do período das invasões que consolidou a permanência dos povos germânicos nas regiões ocupadas. A composição determinou as principais penas criminais que integravam o sistema repressivo imposto pelos bárbaros. (LEAL, 2004).

Nesse contexto, as leis bárbaras que surgiram da composição aplicada pelos povos germânicos, “[...] definiam detalhadamente as formas, meios, tarifas e locais de pagamentos, segundo a qualidade das pessoas, idade, sexo, e ainda de acordo com a natureza da lesão. Era quase uma indenização tarifária.” (BITENCOURT, 2015, p. 77). Ocorre que, esse sistema não se aplicava a todos, uma vez que “[...] a composição, com suas penas patrimoniais bem definidas, representava o Direito Penal dos homens livres, vale dizer, da nobreza proprietária das terras, enquanto que para os servos aplicavam-se penas corporais severas.” (LEAL, 2004, p. 74).

Por fim, nota-se que, tardiamente, com a influência do Cristianismo e do Direito Romano, o Direito Germânico adotou a lei do talião. Também, verifica-se que nesse período houve uma apreciação objetiva do comportamento humano analisando o resultado causado, independentemente de dolo, culpa ou fato furtivo, surgindo, posteriormente, a exigência de um vínculo psicológico (BITENCOURT, 2015). Utilizava-se, nesse período, as ordálias consideradas como juízos de Deus, que faziam os acusados se submeterem a testes de culpa e caso sobrevivessem seriam

inocentados, além de duelos judiciais que previam a lei do mais forte. (NUCCI, 2013).

A Idade Média surge com a queda do Império Romano, no ano de 476, tendo como propósito trazer um novo conceito de punição em consequência à estrutura socioeconômica e política. Concretizada pela influência da religião, ficou marcada por ser uma época cruel, que se praticava a intolerância, guerras, ódios, perseguições e principalmente a tortura (LEAL, 2004). Nesse período, permeavam o poder e o domínio da igreja conforme seu crescimento, defendendo os fatos que considerava crimes, com caráter meramente espiritual, por meio de seus eclesiásticos ou profanos. (BRUNO, 2003).

Essa influência gerada pela igreja, especialmente no século XII, deu origem ao Direito Penal Canônico (BRUNO, 2003), que teve seu ordenamento jurídico dominado pela Igreja Católica Apostólica Romana, sendo formado pelo *Corpus Juris Canonici*, que resultou em diversos decretos, mas que somente no dia 25 de janeiro de 1983, por meio do Papa João Paulo II, teve seu atual Código de Direito Canônico promulgado. (BITENCOURT, 2015).

Em um primeiro momento, o Direito Penal Canônico teve um caráter disciplinar, porém, conforme a igreja criara influência, o Estado foi se enfraquecendo, já que o então Direito Canônico se estendeu aos religiosos e leigos, entretanto, era preciso que o fato tivesse caráter religioso para que se pudesse aplicar tal Direito. (BITENCOURT, 2015).

Predominando na Idade Média, o Direito Canônico se concretizou pelo caráter sacro da punição, com o intuito corretivo da pena, para que o infrator se regenerasse. Nesse período, a religião e o poder se encontravam ligados e, como a heresia era considerada crime contra o Estado, surge então, a Santa Inquisição, em que eram aplicados manifestos excessivos, tais como a tortura com o objetivo de se extrair confissões e punir o culpado de maneira pública e com medidas cruéis. O problema é que não havia uma proporcionalidade entre o fato e a punição. (NUCCI, 2013).

Por fim, importante anotar que o Direito Penal Canônico teve muita influência no surgimento da prisão moderna, principalmente com o predomínio dos conceitos teológico-morais no século XVIII, dada a premissa de que se considerava que o crime era um pecado. Observa-se, também, que o Direito Canônico influenciou os princípios que regem o atual modelo de prisão, tais como a fraternidade, a redenção e a caridade, visando sempre a corrigir e a reabilitar o infrator. Entretanto, algumas das

conquistas da Idade Média não permaneceram durante o passar dos anos, como por exemplo a individualização da pena conforme o temperamento do réu. (BITENCOURT, 2015).

Ainda dentro do período histórico da Idade Média, verifica-se

O Direito Penal Medieval, que transcendeu a sua própria época para se projetar no período absolutista até meados do século XVIII, caracterizou-se pelo terror, pela crueldade e brutalidade de suas punições impiedosas e implacáveis contra os pobres e oprimidos, mas sempre protegendo os crimes e as injustiças dos opressores (a nobreza e o clero). (LEAL, 2004, p. 74-75).

A questão é que as sanções aplicadas no período Medieval eram desiguais e aplicadas conforme a condição social e política dos infratores, criando, dessa forma, uma justiça penal eivada de incertezas e inseguranças causando uma verdadeira sensação de terror. O Direito Penal Medieval se concretizou pela aplicação da pena de morte por meios cruéis (MIRABETE, 2003), na medida em que

[...] precedia de uma série de suplícios a que ficava submetido o condenado antes da morte: queimaduras com óleo e enxofre ferventes e com chumbo derretido; mutilações de membros, açoites e outras formas de impingir sofrimento ao ser humano que deveria ser morto minutos depois. (LEAL, 2004, p. 75).

O objetivo de tais penas cruéis, além de um caráter retributivo, era o de exemplaridade para todos os integrantes daquele grupo, visando a punir o infrator pelo simples fato de ter cometido uma falta (LEAL, 2004), ou seja, além de se punir o infrator com penas consideradas cruéis, essas penas eram efetuadas de forma pública para que os demais integrantes da sociedade pudessem ver a pena aplicada ao indivíduo infrator e que servisse de exemplo para que outros indivíduos não praticassem o mesmo delito.

O Direito Penal dessa época se concretizou como expressão do Estado absolutista, pois era considerado cruel, desumano e autoritário, considerando infratores os pertencentes às classes populares ao mesmo tempo em que resguardava os privilégios da aristocracia e do clero. (LEAL, 2004).

Em meados dos séculos XII a XVI, com o nascimento dos Direitos Nacionais acompanhado do *ius commune* (costumes locais), surgiram os glosadores e os pós-glosadores, especialmente na Itália, que influenciaram o surgimento de diversos diplomas legais, com o objetivo de se conquistar um status de Direito comum.

Entretanto, esse movimento que visava à unificação das leis com o propósito de serem aplicadas dentro dos Direitos Nacionais, não significou que seria realizado um Direito justo, em virtude de permear o período absolutista com todas as suas cruéis penas aplicadas. (BITENCOURT, 2015).

Em meados do século XVIII, já no período moderno em que o Iluminismo se concretizava, surge o período Humanitário do Direito Penal, classificado como um movimento que se caracterizava pela luta em busca de reforma das leis vigentes e da administração da justiça penal a partir da conscientização dos indivíduos acerca das crueldades aplicadas pelo Estado. (MIRABETE, 2003).

Essa corrente de pensamento se concretizou por meio de uma reação dos indivíduos derivado das ideias político-filosóficas e jurídicas que dominavam a época, já que não admitiam mais com tanta frequência a prática dos castigos corporais, suplícios, trabalhos forçados e da pena de morte que configuravam um sistema repressivo cruel e desumano. (LEAL, 2004).

A legislação criminal que vigorava na Europa no conhecido século das luzes justificou a reação dos indivíduos que constituíram o movimento humanitário, fundamentado pela razão e humanidade, pois além das penas cruéis inspiradas pela lei vigente, o Direito permitia certos privilégios para julgar os infratores a partir de sua condição social. (BITENCOURT, 2015).

O movimento humanitário se concretizou no iluminismo que possuía como característica a ampliação do domínio da razão a todas as áreas de conhecimento, representando uma posição cultural e espiritual que alcançou seu auge na Revolução Francesa. Defendia-se que a pena deveria ser proporcional ao ato cometido e que fosse levado em consideração a situação pessoal do infrator, seu grau de maldade e, por fim, se a pena imposta seria eficaz, sendo, entretanto, a menos cruel possível. (BITENCOURT, 2015).

Importante ressaltar que, nesse período, filósofos foram unidos por um objetivo comum, terminar com esse sistema repressivo, e, dentre esses, destaca-se

[...] Cesar Bonesana, Marquês de *Beccaria* (nascido em Florença, em 1738), filósofo imbuído dos princípios pregados por Rousseau e Montesquieu, fez publicar em Milão, a obra *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), um pequeno livro que se tornou símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente. Demonstrando a necessidade de reforma das leis penais, Beccaria, inspirado na concepção do Contrato Social de Rousseau, propõe novo fundamento à justiça penal: um fim utilitário e político

que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral. (MIRABETE, 2003, p. 38) [grifos do autor].

Com a adoção das ideias sugeridas pelos filósofos do período humanitário, especialmente de Beccaria, o Direito Penal começou a passar por transformações, caracterizando-se como um Direito Penal clássico, liberal ou burguês. (LEAL, 2004).

A partir desse período humanitário surge, no século XIX, o movimento científico, caracterizado pelo estudo do fenômeno criminal e da delinquência que deveria ser objeto de investigação para que o infrator fosse submetido a um processo terapêutico médico-jurídico. Destaca-se, nesse período, Cesar Lombroso que foi o criador da Antropologia Criminal, conhecido por estabelecer que o delinquente possuía uma anormalidade psíquica e, portanto, considerado como louco, porém sua teoria não atingiu êxito. (LEAL, 2004).

Por fim, chega-se ao período contemporâneo, em que suas principais ideias foram originárias do período clássico. Entretanto, passaram por um filtro político-ideológico que transformou o Direito Penal em um conjunto de princípios, conceitos e teorias. (LEAL, 2004).

Observa-se que o Direito Penal passou por várias transformações durante a evolução história da nação humana, diante da presença de uma forma ou outra, nas organizações civilizatórias. O que se pode concluir é que desde os primórdios da civilização até os dias atuais o Direito, especialmente o do ramo criminal, esteve eivado de influências culturais e religiosas, refletindo em constantes conflitos entre Religião (mais tarde através da Igreja) e Estado.

## 1.2 NASCIMENTO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

O advento do Direito Penal Brasileiro foi muito importante para a história do País, pois disciplinou as leis penais, assim compreendida como as condutas e as sanções criminais impostas pelo Estado, “[...] que, num primeiro período, regeu-se pela legislação portuguesa, e, só num segundo período, por legislação genuinamente brasileira.” (BITENCOURT, 2015, p. 89).

Assim sendo, é importante compreender a origem do Direito Penal Brasileiro para que se possa entender sua instituição e fundamentos no País, já que, “[...] para se poder conhecer e explicar uma instituição qualquer do mesmo direito, é necessário

acompanhá-la desde o seu nascimento até o momento de ser convertida em preceito legal.” (CAMARGO, 2005, p. 28).

As instituições políticas de um povo, assim compreendidas como o direito privado e seus costumes, não são criações espontâneas do poder legislativo, pois são um produto lento e que se sucede a partir das fases da existência do direito. O direito acompanha as diversas transformações sociais que o País enfrenta e está presente na mente de cada povo que compõe a sociedade e a partir dessa pragmática que o legislador exerce sua liberdade de determinação, porém limitando-se dentro dos padrões sociais. (CAMARGO, 2005).

Entende-se que todas as leis criadas e aplicadas no ordenamento jurídico advêm de uma evolução social característica das transformações ocorridas com o passar dos anos no País, que impulsionam a necessidade de se aperfeiçoar o que de fato já rege o controle social. Dessa forma, é importante analisar as fases principais que configuram a história do Direito Penal Brasileiro.

Antes dos portugueses dominarem o Brasil, predominava em terras brasileiras o período primitivo em que os indivíduos adotavam a vingança privada, ou seja, não havia uniformidade nas reações penais, mas apenas regras costumeiras baseadas em tabus, que objetivavam garantir o mínimo para o convívio social, transmitidas de forma verbal e dominadas pelas crenças espirituais. Pode-se dizer que nesse período, mesmo que de forma empírica, houve a influência do talião, da composição e da expulsão da tribo. (BITENCOURT, 2015).

Nesse contexto, é compreensível que os índios possuíam meios para se organizar de modo que fosse possível a convivência social, entretanto “[...] não possuíam um *direito penal* organizado e muito menos civilizado, aplicando-se penas aleatórias [...]” (NUCCI, 2013, p, 85) [grifos do autor]. Entretanto, essas práticas punitivas auferidas pelos índios (considerados como selvagens) não influenciaram em nada a legislação penal que ali iria se configurar. Dessa forma, os índios além de terem seu desenvolvimento autônomo natural interrompido, não tiveram seus costumes inseridos na legislação que então passou a reger as terras brasileira, eis que os portugueses possuíam normas jurídicas mais evoluídas baseadas em um estilo de vida político. (BRUNO, 2003).

O domínio português das terras brasileiras ocorreu com o descobrimento do Brasil no ano de 1500, período em que

[...] passou a vigorar em nossas terras o Direito lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as *Ordenações Afonsinas*, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que vigoraram até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião. (BITENCOURT, 2015, p. 89) [grifos do autor].

Esse domínio português foi absoluto, uma vez que a transposição do sistema jurídico da metrópole portuguesa para o Brasil foi feita sem levar em consideração a realidade socio econômica e cultural da então denominada colônia, não considerando, conseqüentemente, se suas normas iriam se adaptar a esse meio. Como consequência, essas normas aplicadas pelos portugueses, inicialmente, não foram eficientes e acabaram sendo pouco utilizadas. (LEAL, 2004).

Essa fase do período colonial fez a sociedade brasileira reviver os períodos mais cruéis e violentos vividos pela humanidade em outros continentes, pois a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil era a contida no (BITENCOURT, 2015)

[...] Livro V das Ordenações Filipinas, promulgada por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. (BITENCOURT, 2015, p. 90).

A pena de morte a que se refere o parágrafo anterior era dividida em pena de morte capital e pena de morte natural. A pena de morte capital era destinada àquelas pessoas que cometiam os

[...] crimes de estupro, adultério, furto, roubo, homicídio, falsidades. A pena capital era normalmente aplicada aos feiticeiros, hereges, pederastas, às relações sexuais incestuosas, bem como ao infiel que dormisse com cristã ou do cristão que dormisse com infiel. (COSTA JR.; COSTA, 2010, p. 64).

Por outro lado,

A pena de *morte natural* era agravada pelo modo cruel de sua inflição; certos criminosos, como os bigamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e *feitos em pó*, para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória. (MARQUES, 2002, p. 91) [grifos do autor].

A legislação desse período, além de prever penas severas e cruéis, era extremamente desigual. A aplicação da pena se baseava na condição social do infrator, eis que a punição era diferenciada entre nobres e plebeus. A arbitrariedade era constante pois se aplicavam penas determinadas pelo Direito, mas sem saber ao certo qual era esse Direito. Pode-se concluir que essa legislação era baseada em falsas ideias políticas e religiosas, pois confundia o pecado com o crime. (MARQUES, 2002).

Entretanto, o advento das Ordenações Filipinas teve um papel importante para a história brasileira, mesmo que tenha sido marcado por um período cruel, pois o País começava a ganhar expressão econômica, política e social com o surgimento das primeiras atividades econômicas, tais como a exploração do pau-brasil, produção de açúcar e ouro, além do surgimento dos primeiros centros urbanos conhecidos como Vila Rica, Recife, Bahia, Rio de Janeiro e São Paulo. (LEAL, 2004).

As Ordenações Filipinas perduraram no Brasil por quase dois séculos. Entretanto, seu Código foi ratificado duas vezes no decorrer de sua vigência, sendo a primeira vez em 1643 por D. João IV e a segunda vez em 1823 por D. Pedro I. (BITENCOURT, 2015).

Nesse processo, não se pode esquecer do período de dominação da Holanda que ocorreu no norte do Brasil já durante o período de vigência das leis portuguesas. Essa conquista implicou, principalmente, na aplicação de suas leis, além do interesse pelo domínio. Entretanto, as leis holandesas tiveram curto período de vigência, já que, especialmente em Pernambuco, os indivíduos reagiram contra esse domínio e não permitiram que essa legislação fosse aplicada no País. Pode-se considerar que esse acontecimento histórico foi um acidente que ficou esquecido, passando a reger o País, novamente, as Ordenações de Portugal. (BRUNO, 2003).

Com a proclamação da independência do Brasil e sua autonomia, além do advento das ideias liberais, viu-se que seria necessário a reforma penal (COSTA JR.; COSTAS, 2010). Essa necessidade foi sentida durante a Constituição brasileira de 1824 ao determinar a elaboração de um Código Criminal, a partir das bases sólidas de justiça e equidade. (BITENCOURT, 2015).

Importante ressaltar que antes da constituição de um Código Criminal, algumas alterações foram feitas na legislação vigente. Inicialmente,

Em 23 de maio de 1821, o príncipe regente D. Pedro expediu um decreto em que se determinava o seguinte: “4º - que, em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura, ou infeta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões, e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final”. (MARQUES, 2002, p. 94).

Também, em 18 de junho de 1822, D. Pedro criou juízes de fato com o fim de julgamento de abuso de liberdade de imprensa. Já em 18 de junho de 1822, D. Pedro declarou aos juízes que deveriam se regular a partir da Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821 que, especialmente em matéria penal, previa em seu art. 12 que a lei somente seria estabelecida se houvesse absoluta necessidade, sendo a pena proporcional ao fato praticado e exclusiva ao infrator, prevendo também a abolição das penas cruéis e infantis. (MARQUES, 2002).

Mais tarde, surge a Lei de 20 de outubro de 1823 que deu força às leis já vigentes, especialmente as contidas no Livro V das Ordenações Filipinas (MARQUES, 2002). Entretanto, em 25 de março de 1824, surge a primeira Constituição do Império direcionando seus princípios penais de modo diverso dos consagrados pelo Código Filipino que possuía vigência na época. (ESTEFAM, 2013, p. 68).

Importante ressaltar o art. 179 da respectiva Constituição que

[...] tratando das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, assim estatuiu nos itens 18, 19 e 20: “18 – Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Eqüidade. 19 – Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis. 20 – Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”. (MARQUES, 2002, p. 94-95).

Também, evidencia-se que foi criada a Lei de setembro de 1826 oferecendo aos réus os meios para que fosse possível utilizar o recurso da graça previsto no art. 101, §8º da respectiva Constituição. (MARQUES, 2002).

Finalmente, no ano de 1827, a partir das necessidades evidenciadas pelo País na criação de um Código Criminal, foram elaborados dois projetos de Códigos, um por Bernardo Pereira de Vasconcelos e, o outro, por José Clemente Pereira. Entretanto, o escolhido pela Comissão da Câmara foi o elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, que foi aprovado no ano de 1830 e sancionado no ano seguinte, resultando no Código Criminal do Império. (COSTA JR.; COSTA, 2010).

## Ressalta-se que o referido Código Criminal

[...] adotou as principais idéias da Escola Clássica: princípios da responsabilidade moral e da legalidade e afirmou a crença no livre arbítrio: *crime é toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais* (art. 2º, §1º); “Não haverá criminoso ou delinqüente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar” (art. 3º). As penas adotadas foram as seguintes: morte na forca (art. 38); galés (art. 44); prisão com trabalho e prisão simples (arts. 46 e 47); banimento, degredo (arts. 50 e 52) e multa (art.55). (LEAL, 2004, p. 82) [grifos do autor].

O Código Criminal de 1830, sancionado pelo imperador D. Pedro I, foi o primeiro Código autônomo da América Latina, considerado como um dos Códigos mais bem elaborados influenciando a criação do CP espanhol de 1848 e do CP Português de 1852 (BITENCOURT, 2015). Ressalta-se que o referido Código recebeu influência do código francês de 1810 e do código napolitano de 1819. (LEAL, 2004).

Por fim, conclui-se que esse Código foi muito importante para a história do Direito Penal brasileiro, entretanto,

Pode-se dizer, em síntese, que a função do Direito Penal, a partir do que se procurou implementar com o Código Criminal do Império, consistia em reforçar a obediência à autoridade, muito embora por meio de uma legislação mais humanitária e equitativa. (ESTEFAM, 2013, p. 72).

Também, pode-se observar a diferença na imposição de penas relativo à situação social do infrator, principalmente referente aos negros escravos que faziam parte da população brasileiro desde sua independência no ano de 1500, já que

Numa sociedade escravagista, aos escravos eram aplicadas com freqüência as penas de morte e de galés ou, ainda, a pena de açoites em praça pública. Isto demonstra que, apesar das idéias da democracia liberal, baseadas no princípio da igualdade, da fraternidade e da liberdade, a práxis jurídico-penal acabava se desenvolvendo em três níveis diferenciados: Direito Penal da aristocracia rural, dos pobres e dos negros escravos. (LEAL, 2004, p. 82).

Após a criação do Código Criminal de 1830 surge, no ano de 1832, o primeiro Código de Processo Criminal. Entretanto, em vista às reações contra o liberalismo constantes nos estatutos principais de referidas legislações, surgiram leis com o intuito de modificar tais regulamentos. No Direito Processual, surgiu a Lei de 3 de dezembro de 1841, com seu regulamento 120, e no campo do Direito Penal, destaca-se a Lei de 10 de junho de 1835, que se referia aos escravos que matavam ou feriam seus

senhores, ao garantir o direito de vida e morte dos escravos aos seus senhores. (MARQUES, 2002).

Também, é importante destacar outras leis que permearam esse período da história jurídica do País, tais como:

[...] 1) a Lei de 4 de setembro de 1850, que tratou da repressão do crime do tráfico de africanos; 2) a Lei de 18 de setembro de 1851, sobre crimes militares; 3) a Lei de 20 de setembro de 1871, que define os crimes culposos (não previstos no Código de 1830) e trata do estelionato; 4) a Lei de 4 de agosto de 1875, sobre Direito Penal Internacional; 5) a Lei de 15 de outubro de 1886, relativa a crimes de danos, incêndio e outros. (MARQUES, 2002, p. 98).

Com a queda da monarquia e instauração da República no Brasil<sup>2</sup> no ano de 1889 “[...] sentiu-se a necessidade de se implantar um novo sistema jurídico para reger a vida sócio-econômica e política da nação brasileira.” (LEAL, 2004, p. 82). Entretanto, não se pode perder de vista que, um pouco antes da Proclamação da República, especialmente após 13 de maio de 1888, quando foi abolida a escravidão, foi apresentado, pelo deputado Joaquim Nabuco, um projeto que autorizava uma edição oficial das leis penais com o intuito de readequá-las a nova situação do País, mas o projeto não foi discutido. Dessa forma, João Vieira de Araújo apresentou ao Ministro da Justiça um novo projeto visando uma edição do Código Criminal. (MARQUES, 2002).

Em 10 de outubro de 1889, a Comissão opinou que ao invés de ser feita uma revisão do respectivo Código, fosse realizado uma reforma completa, encarregando Batista Pereira a organizar o projeto de reforma. Porém, o trabalho de Batista Pereira foi interrompido pelo advento da Proclamação da República. Esse fato fez com que Campos Sales, Ministro da Justiça do Governo Provisório, designasse a Batista Pereira a tarefa de elaborar um novo CP ao invés de realizar uma simples reforma. (MARQUES, 2002).

---

<sup>2</sup>A Proclamação da República foi um evento marcante para a história da nação brasileira, pois simbolizou a queda da monarquia, dando início ao regime republicano no país, ocorrendo no dia 15 de novembro de 1889, em decorrência de um golpe militar e que, “[...] só pode ser explicado pelas mudanças ocorridas na estrutura econômica e social do país, que levaram uma parcela da nação a se converter às ideias republicanas e outra a aceitar com indiferença a queda da Monarquia.” (COSTA, 1999, p. 458 e 459). A liquidação da monarquia com a instalação de uma república, se justificaria como uma forma de resolver os problemas que o Brasil estava enfrentando. No período monárquico, o Brasil passava por uma crise que abalou o segundo reinado, compreendido em uma questão religiosa, militar e abolicionista. Dessa forma, entende-se que a Proclamação da República é o resultado de profundas transformações que estavam ocorrendo no país. (COSTA, 1999).

A partir desse acontecimento histórico, Batista Pereira elaborou um projeto de lei que foi examinado e aprovado, convertendo-se em Lei de 11 de outubro de 1890, por meio do Decreto n. 847 (ESTEFAM, 2013). Porém, esse Código foi considerado o pior da história do Brasil, apresentando muitos defeitos na medida em que ignorou os avanços doutrinários, além de apresentar um atraso em relação à ciência da época, surgindo, então, a Consolidação das Leis Penais, criada por Vicente Piragibe e promulgada no ano de 1932. (BITENCOURT, 2015).

Referido Código, entretanto, também teve sua colaboração em busca de um direito mais humanizado, pois

[...] seguindo a tendência da época, aboliu a pena de morte e adotou as seguintes sanções: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar para menores de 21 anos, banimento, interdição, suspensão e perda da função pública e a multa. (LEAL, 2004, p. 83).

Esse CP teve vigência durante os anos de 1890 a 1932 e, com ele, surgiram vários projetos com o intuito de substituí-lo, dentre eles, encontravam-se o de João Vieira de Araújo no ano de 1893, o de Galdino Siqueira, no ano de 1913 e o de Virgílio de Sá Pereira, no ano de 1928, porém nenhum deles obteve êxito. (BITENCOURT, 2015).

Ocorre que, com o golpe de Estado de 1937, que resultou no Estado Novo, Alcântara Machado apresentou um novo projeto de CP que foi apresentado no ano de 1938. O projeto de Alcântara foi modificado por uma comissão revisora, sendo após sancionado por Decreto, no ano de 1940, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, ao qual está em vigor até os dias atuais. (COSTA JR.; COSTA, 2010).

Desde 1940, houve várias leis que modificaram o atual CP, porém em 1963, Néelson Hungria criou um projeto com o intuito de substituir o CP de 1940 (BITENCOURT, 2015). Esse CP interposto por Néelson

[...] foi promulgado pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, retificado pela Lei n. 6.016/73. O Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente postergada, até final revogação pela Lei n. 6.578/78, constituindo o exemplo tragicômico da mais longa *vacatio legis* de que se tem notícias. (BITENCOURT, 2015, p. 91 e 92) [grifos do autor].

Por fim, “[...] em 1997, por meio da Lei n. 6.416, houve uma reforma parcial no CP de 1940, especialmente no título concernente às penas.” (MARQUES, 2002, p.

104), sobrevivendo somente em 1980 uma reforma definitiva do CP de 1940, primeiro se modificando a Parte Geral por meio da Lei n. 7.209/84, que adotou o sistema vicariante. Após alterada a Parte Geral do Código em vigor, foi promulgada a LEP n. 7.210/84. (COSTA JR.; COSTA, 2010).

As principais mudanças inseridas com a reforma do CP de 1940 foram as seguintes:

[...] adotou-se expressamente e sem restrições, o princípio da retroatividade benéfica da lei penal, que já estava consagrado pela Constituição Federal; inseriu-se o art. 4º, a *teoria da atividade*, quanto ao tempo do crime; criou-se a denominada *territorialidade por extensão* e foi acolhido o princípio da representação; quanto à culpabilidade, várias modificações advieram, entre as quais o afastamento da responsabilidade penal objetiva nos crimes agravados pelo resultado, a extinção do sistema do duplo binário, adotando-se o vicariante, pelo qual o inimputável recebe pena diminuída ou medida de segurança, mas não mais a aplicação conjunta de ambas, além de ser vedada a aplicação de medida de segurança ao inimputável (nem mesmo na hipótese de crime impossível); substituiu-se as vencidas teorias do erro de fato e do erro de direito pelas teorias do erro de tipo e do erro de proibição; diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas; inseriu-se a figura do arrependimento posterior, como os critérios para a punição dos crimes comissivos por omissão (art. 13, § 2º); estendeu-se a possibilidade de ocorrência do excesso para todas as hipóteses de exclusão de ilicitude; introduziu-se, no sistema de penas, a restrição de direitos e aboliu-se a figura das *penas acessórias*, apesar de algumas destas se terem tornado *efeitos da condenação*; foram alteradas, ainda, importantes facetas do instituto de reincidência, da confissão espontânea como atenuante, no método de aplicação da pena e na prescrição; acolheu-se, expressamente, a possibilidade de existência do crime continuado nos delitos contra pessoas diferentes e cometidos com violência e o *sursis* somente pode ser concedido mediante condições obrigatórias; finalmente, o perdão judicial foi incluído no rol das causas de extinção da punibilidade. (MARQUES, 2002, p. 104-105) [grifos do autor].

Conclui-se, por fim, que a evolução histórica do Direito Penal Brasileiro com as várias alterações nas leis aplicáveis no Brasil foi muito importante para a história do País, simbolizando uma luta dos povos oprimidos pelo poder da classe dominante, o que justificou a busca da efetiva garantia dos direitos fundamentais do ser humano. Ocorre que, conseqüentemente, não se atingiu a perfeição legislativa, pois se trata de um processo constante e que cada vez mais se busca adequar suas leis com a realidade social do momento, além de muitas vezes ser ineficaz ou inviável a aplicabilidade de determinado pressuposto legal. Dessa forma, observa-se o surgimento crescente de novas leis visando aperfeiçoar o Direito Penal já vigente para que se constitua cada vez mais um País humanitário com legislações efetivas.

## 2.1 CRIMINOLOGIA E SEU DILEMA: O HOMEM É MAU POR QUE NASCE MAU OU SE TORNA MAU?

O grande dilema da criminologia deita no surgimento do crime e do criminoso, diante da existência de várias teorias com o objetivo de delimitar o motivo que impulsiona a ação do indivíduo para a prática de um crime. Partindo dessa premissa, a criminologia surge, conforme já exposto, como uma ciência que busca estudar o crime e o comportamento criminoso com o intuito de justificá-lo. Dessa forma, é importante analisar, sua origem histórica juntamente com suas escolas penais que deram ênfase ao estudo dos problemas que permeiam a criminalidade, delimitando fatores que contribuem para a prática de crimes.

É importante ressaltar que

O crime é um fato tão antigo como o homem e sempre fascinou e preocupou a humanidade. Por isso, sempre existiu uma experiência cultural e uma imagem ou representação de cada civilização em relação ao crime e ao delinqüente. Em sentido amplo, portanto, o que hoje denominamos “Criminologia” não é nenhum descobrimento recente. Seria em vão circunscrever sua origem a datas concretas para expedir sua certidão de nascimento, pois o fenômeno humano e social que constitui seu objeto – o crime – carece de fronteiras. (MOLINA; GOMES, 2008, p. 175).

A questão é que é impossível delimitar um período específico do surgimento da criminologia, já que desde os tempos da antiguidade já se notava a presença de discussões acerca do crime e do criminoso (PENTEADO FILHO, 2018). De qualquer forma, pode-se dizer que a criminologia é vista como uma ciência científica de base empírica que surgiu com a Escola Positivista em meados do século XIX. Entretanto, a evolução das ideias sobre crime oriundas da criminologia pode ser delimitada em dois momentos distintos cujo divisor se encontra no advento da Escola Positiva, quais sejam: a criminologia pré-científica e a criminologia científica. (MOLINA; GOMES, 2008).

A criminologia pré-científica conhecida como clássica não teve

[...] uma *Escola Clássica* propriamente, entendida como um corpo de doutrina comum, relativamente ao direito de punir e aos problemas fundamentais apresentados pelo crime e pela sanção penal. Com efeito, é praticamente impossível reunir diversos juristas, representantes dessa corrente, que pudessem apresentar um conteúdo homogêneo. Na verdade, a denominação *Escola Clássica* não surgiu, como era de esperar, da identificação de uma linha de pensamento comum entre os adeptos do positivismo jurídico, mas foi

dada, como conotação pejorativa, por aqueles positivistas que negaram o caráter científico das valorações jurídicas do delito. (BITENCOURT, 2015, p. 97-98) [grifos do autor].

Ocorre que, nesse período, especialmente em meados do século XVIII, predominava uma grande insegurança entre a população em vista das atrocidades praticadas pelo Direito punitivo, já que o Direito dessa época não se encontrava explícito em Códigos como se tem nos dias atuais, a legislação se fundamentava em diversos formatos considerados imprecisos, de difícil compreensão e contraditórios, fazendo associação entre delito e pecado. (MAÍLLO; PRADO, 2013).

Conforme Aníbal Bruno,

Havia nesse tempo razões de ordem prática e de natureza filosófica a inspirar e estimular esse movimento. Primeiro, aquela situação de violência, opressão e iniquidade, a que chegara a justiça penal da Idade Média e séculos seguintes e que fizera, por fim, a consciência comum da época ansiar por um regime de ordem e segurança, que pusesse termo ao incerto, cruel e arbitrário daquele Direito punitivo. A essa exigência prática correspondia o pensamento filosófico daquele momento. Da filosofia desse período saíram duas doutrinas que viriam assinalar o rumo especulativo da escola clássica do Direito Penal – o jusnaturalismo, de GRÓCIO, com sua idéia de um Direito estranho e superior às forças históricas, resultante da própria natureza do homem, imutável e eterno, e o contratualismo, de ROUSSEAU, que FICHTE iria sistematizar, para o qual a ordem jurídica resulta do livre acordo entre os homens, que convêm em resignar a uma parte dos seus direitos no interesse da ordem e segurança comum. (BRUNO, 2003, p. 49).

Dessa forma, a escola clássica, assim denominada, influenciou a obra de Cesare Beccaria intitulada “Dos delitos e das penas” de 1764, que possuía como objetivo a humanização das penas (PENTEADO FILHO, 2018), uma vez que essa criminologia consagrou as ideias constantes do Iluminismo, tais como o legado liberal, racionalista e humanista, além de sua orientação jusnaturalista. (MOLINA; GOMES, 2008).

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt distingue a escola clássica

[...] em dois grandes períodos: a) teórico-filosófico – sob a influência do Iluminismo, de cunho nitidamente utilitarista, pretendeu adotar um Direito Penal fundamentado na necessidade social. Este período, que iniciou com Beccaria, foi representado por Filangieri, Romagnosi e Carmignani; b) ético-jurídico – numa segunda fase, período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, representada pela sanção penal. Foram os principais expoentes desta fase Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Pessina. No entanto, indiscutivelmente, os dois maiores expoentes desta escola foram Beccaria e Carrara: se o primeiro foi o precursor do Direito Penal liberal, o segundo foi o criador da dogmática penal. (BITENCOURT, 2015, p. 99-100).

Assim, a partir do Iluminismo surge a figura de duas teorias que ganharam predomínio na doutrina europeia e conseqüentemente na escola clássica, tais teorias contrapostas são: a teoria da prevenção (relativa) e a teoria da retribuição (absoluta) (NUCCI, 2013). Entretanto, conforme exposto no parágrafo anterior, se distinguem em dois períodos, ou seja, a teoria da prevenção, em um primeiro momento, a partir da influência do Iluminismo e, a teoria da retribuição, em um segundo momento, em razão da influência do jusnaturalismo.

Com o advento do Iluminismo, prevalecia a ideia básica do utilitarismo que determinava a racionalidade dos indivíduos sendo capazes de refletir e tomar suas próprias decisões e, conseqüentemente, arcar com as conseqüências de seus atos. Assim sendo, o indivíduo ao tomar sua decisão parte da perspectiva da realização de um cálculo e a partir desse cálculo irá extrair os benefícios e os prejuízos que sua ação irá lhe proporcionar, ou seja, o prazer e a dor dominam a conduta humana, entretanto, se os benefícios forem maior do que os prejuízos o indivíduo tenderá a cometer um delito. Dessa forma, a metodologia clássica se preocupada em estudar as eleições (cálculo dos benefícios e prejuízos de suas ações) dos indivíduos. (MAÍLLO; PRADO, 2013).

A escola clássica acreditava que a prevenção dos crimes se daria por meio da aplicação de uma pena que deveria ser pública e conhecida pelo maior número de pessoas possíveis, com o intuito de evitar a reincidência e impedir que outras pessoas praticassem o mesmo delito. Também, acreditava-se que penas mais racionais teriam mais eficácia na prevenção de novos delitos sendo caracterizadas pela certeza, rapidez e severidade. (MAÍLLO; PRADO, 2013).

Em contrapartida, com o predomínio do jusnaturalismo, prevalecem

As teorias da retribuição, também chamadas absolutas, que se baseiam em uma exigência de justiça, fazem da pena instrumento de expiação do crime (*punitur quia peccatum est*). Teorias que, se excluirmos os precedentes de filósofos antigos, encontraram sua mais clara expressão na escola clássica: na Itália, na sua fase conclusiva, com ROSSI, CARRARA, PESSINA; na Alemanha, desde KANT e HEGEL até BINDING e seus seguidores. É, então, a pena o mal justo com que a ordem jurídica responde à injustiça do mal praticado pelo criminoso, *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, seja como retribuição de caráter divino (STAHL, BEKKER), ou de caráter moral (KANT), ou de caráter jurídico (HEGEL, PESSINA), função retributiva que não pode ser anulada ou enfraquecida por nenhum outro fim atribuído à pena. (BRUNO, 2003, p. 48) [grifos do autor].

Nesse período, Francesco Carrara surge como consolidador e representante da escola clássica, já que se manifestou contrário às crueldades da época, tais como a pena de morte e as penas cruéis. Também, afirmou que o crime é alvo do livre arbítrio do indivíduo e, portanto, a pena aplicada deve ser proporcional ao crime praticado. (NUCCI, 2013).

Segundo a escola clássica, o comportamento do delinquente surgia da livre vontade e não de causas patológicas, não o diferenciando dos indivíduos considerados como normais. Por outro lado, a pena era considerada como instrumento legal para defender a sociedade do crime e não como meio para intervir no sujeito delinquente, restando a aplicação da sanção penal e do poder punitivo do Estado limitados às necessidades ou utilidades da pena, como interpretação do princípio da legalidade. (BARATTA, 1999).

Conclui-se, portanto, que a escola clássica criticava a “[...] prática penal e penitenciária do *ancien régime*, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio de humanidade, princípio de legalidade, princípio de utilidade).” (BARATTA, 1999, p. 31) [grifos do autor]. Para essa escola, o infrator era visto como um ser racional e livre capaz de fazer suas próprias escolhas, entre o bem ou o mal e, portanto, capaz de arcar com as consequências de seus atos. Nesse período, objetivava-se a retribuição da pena como forma de prevenir a prática de novos delitos pelo infrator e, também, servia como exemplo para que os demais indivíduos não praticassem o mesmo delito.

Demarcando o fim da criminologia pré-científica e dando início à criminologia científica se encontra o positivismo, ou seja,

[...] a *Scuola Positiva* italiana que foi encabeçada por Lombroso, Garófalo e Ferri. Surge como crítica e alternativa à denominada Criminologia clássica, dando lugar a uma polêmica doutrinária conhecidíssima, que é, em última análise, uma polêmica sobre métodos e paradigmas, do Científico (o método abstrato e dedutivo dos clássicos, baseado no silogismo), frente ao método empírico-indutivo dos positivistas (baseado na observação dos fatos, dos dados). (MOLINA; GOMES, 2008, p. 185) [grifos do autor].

É evidente que na escola clássica havia uma concepção de Criminologia científica, entretanto, o seu nascimento, de fato, somente ocorreu em meados do século XIX, com os autores Guerry e Quetelet que pertenciam ao movimento de estatística moral (realizava-se medições relativas ao comportamento humano),

consagrando-se definitivamente com a escola positiva italiana. (MAÍLLO; PRADO, 2013).

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que

Os principais fatores que explicam o surgimento da Escola Positiva são os seguintes: a) a ineficácia das concepções clássicas relativamente à diminuição da criminalidade; b) o descrédito das doutrinas espirituais e metafísicas e a difusão da filosofia positivista; c) a aplicação dos métodos de observação ao estudo do homem, especialmente em relação ao aspecto psíquico; d) os novos estudos estatísticos realizados pelas ciências sociais (Quetelet e Guerri) permitiram a comprovação de certa regularidade e uniformidade nos fenômenos sociais, incluída a criminalidade; e ) as novas ideologias políticas que pretendiam que o Estado assumisse uma função positiva na realização nos fins sociais, mas, ao mesmo tempo, entendiam que o Estado tinha ido longe demais na proteção dos direitos individuais, sacrificando os direitos coletivos. (BITENCOURT, 2015, p. 103-104 *apud* CANTERO, 1975, p. 79).

Portanto, pode-se concluir que a Criminologia positivista surgiu em decorrência das ideias jusnaturalistas não terem sido mais suficientes para suportar os fundamentos do direito. Dessa forma, o crime passou a ser objeto de estudo científico, naturalista e após sociológico, em que o crime e o criminoso passaram a ser o centro da investigação conduzindo ao surgimento das ciências criminológicas (BRUNO, 2003), ou seja, objetivou-se defender o corpo social contra a ação do criminoso ficando sua ressocialização em um segundo plano. (BITENCOURT, 2015).

A partir dessa premissa,

A Escola Positiva apresenta três fases, distintas, predominando em cada uma determinado aspecto, tendo também um expoente máximo. São elas: a) *fase antropológica*: Cesare Lombroso (*L'Uomo Delinquente*); b) *fase sociológica*: Enrico Ferri (*Sociologia criminale*); e c) *fase jurídica*: Rafael Garofalo (*Criminologia*). (BITENCOURT, 2015, p. 104) [grifos do autor].

Nesse sentido, em um primeiro momento, na fase antropológica, tem-se a presença de Cesare Lombroso que deu início à Escola Positiva de Direito Penal no século XIX, inspirado por Darwin e pelo positivismo de Augusto Comte. Profissionalmente era médico, especialista em psiquiatria e filósofo, chegando a ser denominado diretor de um manicômio em Pesaro, local onde iniciou seus estudos acerca dos doentes mentais, relacionando a demência com a delinquência. (LOMBROSO, 2007).

Conforme Guilherme Nucci expõe,

Com a publicação do livro *O homem delinquente* (1876), de Cesare Lombroso, cravou-se o marco da linha de pensamento denominada escola positiva. Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria livre-arbítrio, mas simples atavismo. (NUCCI, 2013, p. 09).

Com o intuito de justificar suas teorias, Lombroso se direcionou ao estudo na medicina legal, comparando a delinquência aos

[...] caracteres físicos e fisiológicos, como o tamanho da mandíbula, a conformação do cérebro, a estrutura óssea e a hereditariedade biológica, referida como atavismo. O criminoso é geneticamente determinado para o mal, por razões congênitas. Ele traz no seu âmago a reminiscência de comportamento adquirido na sua evolução psicofisiológica. É uma tendência inata para o crime. (LOMBROSO, 2007, p. 07).

Conforme se verifica, Lombroso dedicava seus estudos por meio de algumas ideias dos fisionomistas, quando passou a examinar as características fisionômicas dos indivíduos para relacionar com os dados estatísticos de criminalidade. Ocorre que, todas as suas pesquisas se realizaram em manicômios e prisões resultando na ideia de que o criminoso é atávico, ou seja, um ser primitivo que não se torna criminoso e sim nasce criminoso pois sua condição é causada pela epilepsia. (PENTEADO FILHO, 2018).

Por fim, verifica-se que Lombroso acreditava que o criminoso não era vítima do meio social que estava inserido, mas que sofria pela sua hereditariedade para o mal, ou seja, a delinquência era considerada como uma doença (LOMBROSO, 2007). Entretanto, conforme Cezar Roberto Bitencourt expõe,

Em seus últimos estudos, Lombroso reconhecia que o crime pode ser consequência de múltiplas causas, que podem ser convergentes ou independentes. Todas essas causas, como corre com qualquer fenômeno humano, devem ser consideradas, e não se atribuir causa única. Essa evolução no seu pensamento permitiu-lhe ampliar sua tipologia de delinquentes: a) nato; b) por paixão; c) louco; d) de ocasião; e) epilético. (BITENCOURT, 2015, p. 104).

Conclui-se que a teoria antropológica fundada por Lombroso teve muita importância para a história da Criminologia Positiva, além de ser o próprio fundador da Escola Positiva, teoria que influenciou os estudos acerca do crime e do comportamento criminoso, mesmo que Lombroso tenha desprezado o livre-arbítrio,

aconselhando o crime à fatores naturais em que o infrator não possuía capacidade de decidir o rumo de suas condutas.

Em um segundo momento, observa-se a presença da fase sociológica representada por Enrico Ferri, professor universitário, advogado, político e cientista, considerado o pai da Sociologia Criminal (MOLINA; GOMES, 2008), direcionando o crime aos fenômenos antropológicos, físicos e culturais. Dessa forma, com a separação dos fatores do delito em três classes distintas, Ferri classificou os criminosos em cinco categorias, quais sejam: natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão (BRUNO, 2003). Conforme exposto em sua obra Sociologia Criminal, de 1900,

O delito era reconduzido assim, pela Escola positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores. (BARATTA, 1999, p. 39).

Nesse sentido, Ferri diferenciou os fatores que contribuem para a prática de um crime em antropológicos ou individuais (características psíquicas e pessoais do indivíduo), físicos ou telúricos (clima, temperatura, etc.) e, sociais (densidade da população, opinião pública, família, religião, educação, moral, etc.), pois entendia que a criminalidade era um fenômeno social regido pela própria sociedade, visando não a um Direito Penal, com o intuito de lutar contra o crime, mas a uma Sociologia Criminal fundamentada nos pilares da Psicologia, Antropologia e Estatística Social. (MOLINA; GOMES, 2008).

Nesse passo, observa-se que, assim como Lombroso, Ferri não aconselhava o crime ao livre-arbítrio, conforme entendimento da Escola Clássica, considerando que a aplicação da pena se fundava na ideia de que o criminoso pertencia à sociedade e, portanto, era responsável por suas ações, ou seja, visava-se a defesa social através da intimidação. Dessa forma, Ferri substituiu a responsabilidade moral pela responsabilidade social, entretanto, mesmo que o objetivo ressocializador da pena tenha ficado em segundo plano, acreditava que a maioria dos criminosos poderia ser readequado na sociedade. (BITENCOURT, 2015).

Em verdade, Ferri visava à defesa social como fundamento da reação punitiva pois acreditava que a prevenção se tornaria mais eficaz do que a repressão dos fatos delitivos. A partir dessa concepção, sugeriu os chamados “substitutivos penais”, ou seja, medidas capazes de modificar a situação do meio social que o indivíduo está inserido e que possam contribuir para a ação criminológica. Por fim, o que se busca com essas medidas é a prevenção de novos delitos ajustando as penas à natureza do infrator com o intuito de reajustá-lo ao meio social e não de fato puni-lo. (BRUNO, 2003).

Observa-se que Ferri, assim como Lombroso, também teve sua importante contribuição para a história da Criminologia, pois é considerado como o fundador dessa área científica. Aliás, Sociologia Criminal, acreditando na ressocialização do criminoso, ou seja, entendia que medidas preventivas seriam mais eficazes do que a repressão, ao separar os fatores delitivos em classes distintas e não unicamente à fatores naturais, conforme defendido por Lombroso.

Por fim, tem-se a fase jurídica, defendida por Rafael Garofalo, jurista e magistrado, ao defender a ideia de um positivismo moderado. Detinha sua linha de pensamento em três aspectos, quais sejam: o conceito de direito natural, a teoria da criminalidade e o fundamento do castigo, conhecido como teoria da pena (MOLINA; GOMES, 2008). Com o fim de defender suas teses, publicou, em 1885, a obra Criminologia, considerada fundamental para a Escola Positiva, influenciada pelo darwinismo e por Herbert Spencer. (BITENCOURT, 2015).

Assim, Garofalo se deteve ao conceito naturalista do crime criando a teoria do delito natural, ou seja, entendia que o crime estava presente no indivíduo infrator em decorrência de sua própria degeneração e, portanto, considerava o criminoso como portador de uma anomalia psíquica ou moral. Essa classificação do criminoso fez com que Garofalo sugerisse uma medida penal chamada de temilidade, ou seja, a perversidade ou maldade constante no indivíduo infrator deve ser temida pela sociedade. Essa medida resultou no reconhecimento do princípio da perigosidade ou periculosidade criminal. (BRUNO, 2003).

A partir das ideias expostas, Garofalo classificou os criminosos em natos, fortuitos e pelo defeito moral especial (PENTEADO FILHO, 2018) entendendo que

Do mesmo modo que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência. Esta defesa radical da ordem

social leva-lhe a aceitar a pena de morte em certas hipóteses (criminosos violentos, ladrões profissionais e criminosos habituais, em geral), assim como penas de particular severidade que, a seu juízo, formam parte do catálogo ou repertório de penas de um sistema racional [...] (MOLINA; GOMES, 2008, p. 192).

Pode-se concluir que Garofalo defendia a existência e imposição da pena a partir das características do delinquente excluindo a ideia de retribuição, expiação, correção e prevenção (MOLINA; GOMES, 2008), na medida em que enfatizou a eliminação do criminoso do meio social insistindo na individualização do castigo pois visava a defesa social. (BITENCOURT, 2015).

A partir do estudo das três fases que constituíram a Escola Positiva e de evidenciar as importantes contribuições que proporcionaram ao estudo da Criminologia, observa-se que os princípios fundamentais consagrados pelo positivismo eram: a) direcionar o Direito Penal a partir da consideração do criminoso em seu aspecto biológico e social; b) considerar o crime como fato do indivíduo em sociedade levando em consideração o seu comportamento através de fatores antropológicos, físicos e sociais, sendo o crime uma infração do Direito; c) basear a responsabilidade penal na responsabilidade social; e, d) considerar a sanção como instrumento de defesa social através da recuperação do agente ou sua segregação. (BRUNO 2003).

Nesse sentido, pode-se verificar que o positivismo buscava estudar as causas do crime a partir do comportamento delinquente visando à defesa social. Entretanto, acreditava-se que o indivíduo não possuía plena liberdade para escolher o caminho de suas ações, boas ou ruins, conforme defendia a escola clássica, atribuindo-se a conduta do delinquente a fatores psíquicos, físicos e sociais, ou seja, fatores externos à liberdade de escolha.

Pode-se dizer que, a Escola Clássica e a Escola Positiva foram as únicas que possuíam posições extremas com suas filosofias bem definidas representando o marco inicial da Criminologia, porém é importante destacar que no decorrer da história surgiram outras correntes que procuravam conciliar as teorias das duas principais escolas, sendo classificadas como escolas intermediárias ou ecléticas e que vieram representar a evolução dos estudos criminológicos e penais. (BITENCOURT, 2015).

Nesse aspecto, é evidente que o estudo sobre a criminologia se concretizou nas escolas positivistas, pelas quais identificavam o criminoso a partir de características biológicas e psicológicas, ou seja, os indivíduos eram rotulados mesmo

antes do cometimento de um crime. Nesse paradigma, surge a criminologia contemporânea com o intuito de quebrar essas teorias patológicas da criminologia positivista direcionando-se aos fatores sociais, na medida em que não se pode creditar a criminalidade à dados pré-constituídos em decorrência do comportamento dos indivíduos, porém a herança positivista ainda é considerada fundamental para a história da criminologia nos dias da atualidade. (BARATTA, 1999).

Por fim, Conforme José Frederico Marques acentua,

A criminologia é ciência de relevante papel no combate à criminalidade e no aperfeiçoamento paulatino da vida social. Embora ninguém abrace sonhos utópicos de ver o crime estirpado das relações humanas que se desenvolveram na vida comunitária, é lícito esperar-se que, do estudo científico e sistemático da criminalidade e sua gênese, do crime e sua repressão racional, decorram substanciais ensinamentos para a prevenção dos delitos e defesa da sociedade contra os atos que atingem e perturbam a consecução do bem comum. (MARQUES, 2002, p. 57).

Nesse sentido, vale ressaltar que todas as teorias relacionadas à Criminologia defendidas por importantes autores, foram de extrema importância, pois, além da construção de conceitos em busca de uma solução da criminalidade, trouxeram para a sociedade a relevância do estudo do crime com o intuito de evitar que tais delitos se consumam buscando, conseqüentemente, ajudar as maiores vítimas em questão, que são os próprios criminosos, justamente por derivarem do próprio meio social que estão inseridos. Nesse passo, conclui-se que a Criminologia, com o papel importante de suas escolas, além de buscar explicar o crime e a conduta criminosa a partir de diversos modelos teóricos seguindo caminhos diversos, representa a ciência capaz de combater a criminalidade constante no País através do estudo de medidas capazes de prevenir a prática de delitos, ou seja, a sociedade deve se preocupar em evitar a prática de crimes antes que esse se estabeleça.

## **2AS FALSAS PROMESSAS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL (WELFARE STATE) NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA**

A partir da evolução do Direito Penal no mundo, juntamente com a influência que os estudos sobre o crime e o criminoso tiveram na sociedade a partir da ciência criminológica, busca-se, nesse capítulo, analisar o surgimento do Estado de Bem-Estar Social (EBES), juntamente com seus propósitos, e, como seus fundamentos resultaram em falsas promessas para o Brasil a partir dos efeitos que a pós-modernidade trouxe para o mundo, acarretando na impossibilidade de aplicação dos direitos sociais garantidos pela CF/1988, em especial no tratamento do indivíduo infrator pelo estado na aplicabilidade de sua pena e seus efeitos perante a sociedade.

Também, será objeto de debate desse capítulo a violência estatal que o Estado produz na execução da pena, pois se trata de um sistema penal viciado que não ressocializa, apenas pune, e, a partir de uma análise do sistema penitenciário brasileiro, poderá se observar a violação severa dos direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos, independentemente de seus estereótipos<sup>3</sup>. Em contrapartida, também se abordará como o meio social em que o indivíduo está inserido pode contribuir para suas condutas lícitas ou ilícitas, e, por consequência, o seu mal-estar, perante a sociedade, resultante do seu status de ex-presidiário.

Entretanto, antes de adentrar profundamente nas questões expostas, importante se faz compreender o EBES, considerado como uma das mais abrangentes construções da civilização ocidental, desenvolvendo-se, necessariamente, nos países líderes do capitalismo na Europa ocidental, no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, concretizando-se especificamente em 1945. Entretanto, seus fundamentos preliminares se fundaram já durante o século XIX, juntamente com a formação do Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social. (DELGADO; PORTO, 2019).

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto entendem, a partir da proteção de alguns direitos – considerados fundamentais nos

---

<sup>3</sup> Estereótipos são rotulações sociais, ou seja, imagens preestabelecidas de um determinado indivíduo, grupo social ou classe social. Pode-se dar de forma positiva (valorização) ou negativa (depreciação) e representa uma falsa imagem de quem é rotulado, que pode ocorrer de forma preconceituosa e, muitas vezes, discriminatória. (NOVA, 2000).

dias atuais e que ensejaram a proteção de outros direitos assegurados no Brasil pela CF/1988 - norteadores do EBES,

[...] que, ao agregar, em um conjunto institucional, cultural, jurídico, social e econômico, os ideais de liberdade, igualdade, solidariedade, direitos individuais e sociais, democracia, valorização da pessoa humana, valorização do trabalho e especialmente do emprego, justiça social e bem-estar das populações envolvidas, o EBES se tornou, sem dúvida, a mais completa, abrangente e profunda síntese dos grandes avanços experimentados pela história social, política e econômica nos últimos trezentos anos. (DELGADO; PORTO, 2019, p. 26).

Esses direitos foram concretizados pelo EBES em decorrência da necessidade de se estabelecer uma proteção aos indivíduos que constituem a sociedade, a partir do surgimento de algumas situações que abalaram a estruturação social, econômica e política de vários lugares do mundo. Esses fatos se definem, especialmente, em dois de maior abrangência:

De um lado, o fato político da ameaça socialista, tornada bastante concreta com a Revolução Russa de 1917 e também, de certo modo, com o avanço dos partidos de fundo popular na Europa ocidental, sejam comunistas, socialistas ou meramente trabalhistas. De outro lado, o colapso da gestão ultraliberalista do Estado, acentuada com a crise de 1929 e a recessão e desemprego profundos vivenciados nos países ocidentais desenvolvidos (na Europa desde os anos 1920 e, nos EUA, a partir de 1929). (DELGADO; PORTO, 2018, p. 24).

Ocorre que, com o advento da pós-modernidade<sup>4</sup>, o Brasil passou por mudanças estruturais, como a econômica, o processo de globalização, o sistema de estratificação e mudanças na política do País, que afetaram a sociedade contemporânea (BONACCORSO, 2008 *apud* JOHNSTON, 2002, p. 233). Essas mudanças podem ser observadas no “[...] mercado de trabalho, no seio da família, na distribuição do lazer, no uso dos espaços públicos e privados, nos relacionamentos raciais e de gênero, e os padrões recentes emergentes de criminalidade e vitimização [...]” (BONACCORSO, 2008, p. 180 *apud* SHECAIRA, 2004, p.338).

Também, nesse contexto, em decorrência das mudanças estruturais sofridas com a pós-modernidade, evidencia-se que

---

<sup>4</sup>A pós-modernidade pode ser definida como uma ruptura da modernidade (originária da Revolução Francesa), que gerou um conjunto de características que demarcaram uma nova era mundial. Trata-se de um fenômeno relacionado à globalização econômica que trouxe implicações estruturais significativas para a sociedade. (BONACCORSO, 2008).

[...] a população de encarcerados e de todos os que obtêm a sua subsistência da indústria carcerária [...] tem crescido constantemente. O mesmo ocorreu com a população de ociosos – exonerados, abandonados, excluídos da vida econômica e social. Conseqüentemente, como seria previsível, aumentou o sentimento popular de insegurança. (BAUMAN, 1997, p. 49).

A partir desse contexto, concretiza-se ainda mais a preocupação com a criminalidade, pois a sociedade enfrenta uma “[...] sensação de insegurança e de impotência frente ao crime vivida atualmente”, já que as relações sociais se tornaram mais diversas e complexas (BONACCORSO, 2008, p. 179). Nesse passo, a diversidade restou apenas tolerada e os diferentes estilos de vida celebrados, resultando em um aumento na criminalidade, o que acarreta no desenvolvimento de outros métodos para se manter o controle social. (BONACCORSO, 2008).

Dessa forma, pode-se verificar que,

O período a qual chamamos de pós-contemporaneidade compreende a um espaço de tempo pequeno, porém que foi responsável por desencadear expressivas mudanças, das quais ultrapassaram várias esferas inclusive as próprias distâncias geográficas; esse mesmo período foi responsável por traçar um cenário de intensos conflitos ideológicos, que emergiram em um mundo micro para macro, partindo dessa realidade podemos dizer que cabe a sociedade propor alternativas que possam ampliar a conscientização do sujeito a apropriação do conhecimento sistematizado e formas de enfrentar as exigências da vida social, remeter a elaboração de novos saberes. (PEREIRA; ALMEIDA, 2015, p. 107).

Nessa perspectiva, busca-se a defesa da dignidade da pessoa humana daqueles oprimidos pela sociedade e relativamente considerados vítimas de um sistema penal viciado, que são os vistos como criminosos, delinquentes ou infratores, já que o mundo necessita resolver o problema do crime, pois a sociedade clama por segurança e justiça. Entretanto, é preciso atenção em evitar o problema e não buscar meios para resolve-lo após a prática do ato infracional. É preciso estudar os fatores que contribuíram para que o indivíduo cometesse um ato considerado ilícito pelo ordenamento jurídico que se encontra inserido.

Daí a relevância do estudo da criminalidade no País, principalmente com o advento da pós-modernidade que resultou em um sentimento de sociedade do risco, conforme visto nos parágrafos anteriores. É importante o estudo da criminalidade conjuntamente com a aplicabilidade das leis penais e suas conseqüências perante o

ambiente social que o indivíduo criminoso está inserido. Dessa forma, busca-se analisar a criminalidade no País, a partir de algumas perspectivas.

## 2.1 A CRISE DO WELFARE STATE: BRASIL TEM UM CATÁLOGO DE DIREITOS SOCIAIS NÃO CUMPRIDOS

Conforme abordado no texto introdutório desse capítulo, o EBES surgiu com o intuito de estabelecer alguns direitos, hoje considerados essenciais, para que fosse assegurado aos indivíduos que compõem a sociedade maior proteção e dignidade em suas vidas, em decorrência de acontecimentos históricos que abrangeram o mundo e, conseqüentemente, ensejaram a necessidade de medidas que assegurassem a proteção dos direitos dos indivíduos.

Ocorre que o mundo se encontra em uma era pós-moderna que alterou, substancialmente, as questões que geram o controle da nação. Essa visão de um novo mundo acarretou em mudanças estruturais, tais como na economia, política e mesmo no meio social dos indivíduos, resultando em uma sociedade do risco em que é visível o crescente aumento das desigualdades sociais ensejando na intolerância das diferenças que, conseqüentemente, contribuiu para o aumento da criminalidade, já que, “[...] as diferenças sociais constituem um dos maiores problemas e agruras da sociedade moderna e de mais difícil transposição por serem estas o resultado de todas as outras.” (PEREIRA; ALMEIDA, 2015, p. 106).

Dentro desse paradigma, observa-se que o EBES se tornou ineficaz no Brasil, ocasionando, dessa forma, uma dificuldade em se aplicar e resguardar os direitos sociais assegurados pela CF/1988. Entretanto, antes de se adentrar no estudo da crise do EBES, importante se faz a análise dos direitos sociais no Brasil, com seus fundamentos e sua efetiva concretização, já que o Brasil, atualmente, se constitui como Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>. Dessa forma,

[...] para a consecução dos fins a que se destina o modelo estatal em alusão, tem-se que esse deve fazer uso de sua atuação e intervenção no âmbito do desenvolvimento econômico para promover o desenvolvimento social, bem como deve utilizar o seu poder de tributar [...] De, doutro pórtrico, em todas as suas formas de atuação, agir para a garantia do mínimo existencial e do gozo

---

<sup>5</sup> O Estado Democrático de Direito é resultado de sucessivas transformações que o Estado passou durante o século XX, constituindo-se na era pós-moderna, já que na pré-modernidade vigorava o Estado Liberal e, na modernidade o Estado Social. (TAFFAREL; DABULL, 2012).

de direitos fundamentais sociais que são intrínsecos à dignidade da pessoa humana, a partir da gestão e aplicação dos recursos advindos da tributação [...] não se pode conceber a perspectiva de desenvolvimento voltada para atender a meros fins privados, de grupos particulares que detém o poder, sem que esse propicie melhores condições de vida aos cidadãos, sem que atenuem os altos índices de pobreza, de fome, de miséria em um dado país. (DANTAS, 2016, p. 51-52).

Nessa perspectiva, é evidente o papel do Estado na garantia e preservação dos direitos fundamentais sociais assegurados aos indivíduos que constituem a sociedade, devendo encontrar meios para sua efetiva concretização. Assim, conforme preceitua Alexandre de Moraes, os

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2015, p. 206) [grifos do autor].

Observa-se que a CF/1988<sup>6</sup> consagrou os direitos sociais, considerados como um dos maiores desafios que o texto constitucional apresentou, pois são resultados de grandes conquistas históricas dos seres humanos, sendo constitucionalizados, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial, por vários países do mundo (DANTAS, 2016). Também constitucionalizou o Estado Democrático de Direito, representando uma ruptura do regime autoritário militar vivenciado pela sociedade brasileira desde sua instalação no ano de 1964, dando ensejo a um consenso de democracia pós-ditadura (PIOVESAN, 2008). Nesse contexto, ao ser instituído um Estado Democrático de Direito, objetiva-se o pleno exercício dos direitos fundamentais sociais, do desenvolvimento, da liberdade, da segurança, do bem-estar, da igualdade e da justiça, constituindo os valores supremos de uma nação. (DANTAS, 2016).

Assim, tem-se o rol exemplificativo dos direitos sociais no Capítulo II do Título II da CF/1988 (MORAES, 2015), quais sejam: “[...] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, [...]” (DANTAS, 2016, p. 23) distinguindo-os em: clássicos, que são aqueles assegurados aos trabalhadores,

---

<sup>6</sup> A Constituição Federal de 1988 foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988. Foi redigida por uma Assembleia Constituinte derivada que instituiu profundas alterações nas relações civis e políticas, inclusive entre os Poderes, os entes federativos e os órgãos públicos. Também, criou um Estado distributivista e, com o intuito de implementar os direitos sociais, gerou um forte aumento nos gastos sociais, além de sobrecarregar os tributos indiretos. (SIMÕES, 2013).

constantes, especialmente, nos arts. 6º, 7º e 8º da CF/1988; e, em universais, que são aqueles previstos, especialmente, no art. 6º da CF/1988, destinados à população em geral de forma plena, independentemente de os indivíduos estarem inseridos no mercado de trabalho. (SIMÕES, 2013).

Nesse passo, a CF/1988 traz a proteção do indivíduo mediante a garantia de direitos, tidos como direitos fundamentais sociais, fundada na soberania do Estado, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e, pluralismo político, constituindo seus objetivos fundamentais no art. 3º, a partir da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando à garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras características que ensejam discriminação. (MORAES, 2015).

Conforme se pode observar, a CF/1988 consolidou a democratização no Brasil, pois ampliou os direitos fundamentais. Entretanto, ao passo que consolida a garantia de tais direitos, também instiga os indivíduos a buscar sua concretização, que deveria ocorrer por parte do Estado a partir de operacionalização de políticas públicas<sup>7</sup>, sempre observando os preceitos constitucionais. (TAFFAREL; DABULL, 2012).

Dessa forma, os Direitos Sociais expressam

[...] determinados limites (negativamente) e prerrogativas (positivamente) de conduta, tanto no âmbito da ação estatal quanto no da sociedade civil, por meio da instituição de um complexo de valores limitativos e prerrogativas a serem assegurados à pessoa, em qualquer situação. Ressalta do tratamento dignitário e consideração da unidade dos direitos, em sua indivisibilidade e integralidade [...] em decorrência da qual se elimina a tendência à naturalização dos processos que culminam por conceitua-los como ontologicamente distintos. (SIMÕES, 2013, p. 224).

Necessariamente, é evidente que a eficácia dos Direitos Sociais se dará por meio das limitações constitucionais do Estado perante a sociedade, pois é dever do Estado proteger as liberdades individuais, visando sempre à realização dos Direitos

---

<sup>7</sup> Políticas Públicas são um programa governamental, ou seja, trata-se de uma atividade compreendida por meio de normas e atos, que visam a realização de um objeto determinado. Nesse passo, trata-se de um curso de ação intencional construída com o intuito de lidar com determinado problema ou preocupação que permeiam na sociedade. São os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais e que se justifica por meio da função estatal de coordenar as ações públicas e privadas com o intuito de preservar os Direitos Sociais, tidos como necessários pela sociedade. (DANTAS, 2016).

Sociais, por meio de prestações sociais ou mediante a intervenção nas relações de trabalho dos particulares. Também, é evidente que a eficácia de tais direitos se viabiliza por meio das políticas sociais, que têm por objetivo a distribuição dos recursos públicos e privados, limitando suas disponibilidades financeiras à cláusula da reserva do possível. (SIMÕES, 2013).

Nesse passo, compreende-se que,

[...] os direitos sociais são, obviamente, um comando do poder político (legislador), resultante da pactuação política de interesses e conflitos sociais (assembleia constituinte), subordinando o Executivo e o Judiciário ao seu cumprimento. É curial que, uma vez promulgado a lei, sua interpretação se abstrai do legislativo, exigindo do Executivo e do Judiciário princípios e regras de hermenêutica que instruem uma ciência jurídica autônoma, adstrita à objetividade do texto legal (*mens legis*). Isso significa que a interpretação não pode subordinar-se aos referidos interesses e conflitos sociais originários, como mera execução da vontade política, cujos pressupostos são distintos. Adquire, portanto, estrita natureza jurídica, na medida em que o constituinte formula o exercício do poder político, por meio da aferição de garantia dos direitos. (SIMÕES, 2013, p.267) [grifos do autor].

Ocorre que o País enfrenta dificuldades em efetivar esses direitos, em decorrência dos vários processos de globalização enfrentados pela sociedade, gerando uma alteração nas condições de vida e, até mesmo, no estilo de vida da sociedade, por conseguinte, é compreensível e evidente que,

Diante das inúmeras deficiências na efetivação dos direitos sociais, o cidadão busca amparo no judiciário, o qual surge na figura de efetivador destes direitos, e em sua atuação jurisdicional, impõe ao Poder Executivo a realização de prestações materiais. O debate se estabelece no momento em que estas decisões judiciais desbordam de sua competência e interferem no princípio da separação dos poderes. As decisões políticas dos tribunais têm condão de impactar a estruturação, planejamento e execução das políticas públicas no âmbito do Executivo, tendo em vista que cada uma das decisões pode atender às necessidades particulares e imediatas do jurisdicionado, mas globalmente, impede a otimização das possibilidades estatais de efetivar políticas públicas mais abrangentes. (TAFFAREL; DABULL, 2012, p. 27).

Em vista às inúmeras deficiências que o Estado possui na concretização dos direitos assegurados pela CF/1988, vê-se a importância que o Poder Judiciário possui, juntamente com o sistema jurídico, já que, no processo da mediação de conflitos sociais, econômicos, políticos, etc., garantem a concretização, de certa forma, dos direitos fundamentais, conservando a democracia. Nesse passo, surge a

judicialização da política, ou seja, o ativismo judicial<sup>8</sup>, visto a realidade social que se estabeleceu, em que a intervenção do Poder Judiciário se vê necessária para realizar a justiça social, contendo os abusos e omissões praticados pelos poderes Executivo e Legislativo. (TAFFAREL; DABULL, 2012).

Também, há alguns doutrinadores, como exemplo, Rogério Greco, que entendem existir, na sociedade contemporânea, um quarto poder, delimitado como Poder da Mídia, ficando ao lado do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, já que, por exemplo, há a eleição de presidentes ou mesmo seus afastamentos em decorrência da influência da mídia, além de, no Direito Penal, criminosos serem condenados ou absolvidos por conta da influência dispersa pelos meios de comunicação de massa (GRECO, 2017), ou seja, a mídia, que se utilizada da liberdade de imprensa (expressão), descompromissada com a presunção de inocência, para expor e defender determinadas questões do cotidiano social.

Nesse passo, o Brasil se encontra em uma crise estatal, em que se torna difícil a concretização dos fundamentos expostos pelo EBES que, conforme visto, surgiu, necessariamente, a partir da luta dos movimentos operários em busca da regulação de questões sociais e, nesse paradigma, desenvolveu ações visando à proteção de direitos aos indivíduos, que passaram a ser incluídos nas Constituições. Pode-se dizer que o EBES foi formulado a partir da ideia de que todas as pessoas, independentemente de seus níveis sociais, deveriam ser protegidas pelo Estado, em outras palavras, o EBES tornou-se responsável por garantir a efetivação dos direitos sociais. (NASCIMENTOS, 2017).

Ocorre que o EBES foi resultado de uma adaptação do Estado burguês capitalista, que possuía como regime a democracia pluralista, ou seja, as propostas do EBES tinham como fundamento a garantia da acumulação capitalista com o intuito de preservar a estabilidade social, promovendo uma importante dimensão à democracia, que se revelaria a partir do reconhecimento dos direitos sociais. Verifica-se que o EBES, como um Estado Social e Democrático de Direito, procura preservar as questões sociais e, ao mesmo tempo, qualifica-se em busca da igualdade. (NASCIMENTO, 2017).

---

<sup>8</sup> Ativismo judicial é um fenômeno jurídico que a CF/1988 confiou ao Judiciário em forma de poder, com o intuito de resolver os conflitos individuais e coletivos, visando a ampliação dos meios de acesso dos indivíduos na proteção jurisdicional de seus direitos, limitando a arbitrariedade dos outros Poderes, já que o poder Judiciário ganhou importância somente com a instauração de um Estado Democrático de Direito. (TAFFAREL; DABULL, 2012).

Nesse passo, verifica-se que o EBES, com a crise econômica derivada do choque do petróleo de 1973 a 1974, preservada em 1978 a 1979, foi alvo de diversas críticas políticas, ideológicas e econômicas, além da crise fiscal do Estado na década de 1970, o recrudescimento do desemprego, a terceira revolução tecnológica do sistema capitalista, a concorrência internacional em face da economia europeia, o envelhecimento da população europeia e a diminuição de jovens contribuintes. Também, o processo de globalização do capitalismo dificultaria a inserção da economia nacional na esfera internacional da economia capitalista por meio das políticas sociais protegidas pelo EBES. (DELGADO; PORTO, 2019).

A partir desses fatores, esta fórmula ultraliberalista de interpretar a realidade do capitalismo da época ganhou espaço, pois a estruturação do EBES se tornou inviável nessa nova fase vivenciada pela sociedade, já que se considerava inadequada uma estruturação de Estado baseado nos fundamentos que o EBES constituía, nas condições sociais, econômicas e políticas que a sociedade enfrentava na época. Dessa forma, o EBES se viu incapaz de enfrentar os desafios propostos pela nova economia capitalista globalizada. (DELGADO; PORTO, 2019).

Contudo, essas críticas ultraliberalistas não alcançaram efeito nos principais países da Europa (Alemanha, França, Países Baixos e a Grã-Bretanha) que aderiram ao EBES, pois tais mudanças evidenciadas não desconstruíram o padrão civilizatório que o EBES alcançou, em que pese essas crises tenham gerado algumas adequações, porém não modificaram a base estrutural dos princípios regidos pelo EBES, graças aos compromissos políticos firmados por esses Estados gerando o apoio de seus eleitorados (DELGADO; PORTO, 2019). Pode-se dizer que,

[...] os países que preservaram seus EBES na Europa ocidental têm se mostrado extremamente competitivos e dinâmicos no enfrentamento da economia globalizada. [...] Por outro lado, países e economias que não têm traço relevante de estruturação de efetivos Estado de Bem-Estar Social, como os asiáticos recém-egressos na economia mundializada (China, Índia e Coreia do Sul, por exemplo), têm tido em comum a característica de rejeitarem, firmemente, as propostas de estruturação ultraliberalista de suas economias e políticas públicas. [...] Em sociedades e economias relativamente desenvolvidas e diversificadas como algumas latino-americanas (Argentina, Brasil e México, em especial), dotados de grande território e significativa população, com um processo de desenvolvimento já relativamente integrado às características capitalistas atuais, parece claro que o processo de desenvolvimento econômico-social [...] deve se fazer combinando os ganhos de escala propiciados pelo intervencionismo estatal típico dos EBES. (DELGADO; PORTO, 2018, p. 30-31).

Ocorre que essa concepção de EBES, nos países do continente Europeu, teve seu auge entre os anos de 1945 e 1980, vindo a se estabelecer no Brasil apenas com a CF/1988, ou seja, esta ideia de EBES foi adotado no Brasil quando alguns países da Europa já apresentavam sinais de esgotamento, conforme exposto nos parágrafos anteriores. Dessa forma, é visível que o constituinte, ao introduzir o EBES como garantia dos direitos sociais na CF/1988, ignorou as diferenças culturais, econômicas e políticas existentes entre os países da Europa e o Brasil (NASCIMENTO, 2017). Entretanto, é visível que,

[...] tanto na Europa quanto no Brasil, fala-se, na atualidade, em um processo de falência parcial do Estado de Bem-Estar Social decorrente dos desequilíbrios financeiro e fiscal, do intervencionismo público na promoção de direitos prestacionais e da impossibilidade de o modelo apresentar respostas adequadas às novas demandas da Sociedade plural e globalizada. (NASCIMENTO, 2017, p. 104).

Dessa forma, pode-se dizer que essa falência é resultado, essencialmente, das crises econômicas que abalaram grande parte do mundo, prejudicando a implantação e preservação dos direitos sociais. Também, é compreensível que tal conflito advém da intervenção estatal que, por se tornar anacrônico, não apresentou soluções adequadas à sociedade complexa que se constituiu. Constata-se a minimização do Estado como ente soberano, pois, em decorrência, principalmente, do processo de globalização, se vê incapacitado de disciplinar e controlar os efeitos que ultrapassam as fronteiras políticas. (NASCIMENTO, 2017).

Observa-se que o EBES está fragilizado, na medida em que enfrenta dificuldades em representar os cidadãos em uma comunidade globalizada, pela sua inaptidão em responder as demandas tendentes de uma Sociedade de risco. Também, verifica-se que a crise econômica abala drasticamente os setores mais frágeis da população, resultando em danos irreparáveis que poderão acarretar a descrença da sociedade perante o poder público e, conseqüentemente, a evolução para uma crise do Estado Democrático de Direito. (NASCIMENTO, 2017).

É evidente que o crescimento populacional, o aumento da expectativa de vida e a reivindicação por índices sociais elevados, resultaram em um aumento dos custos sociais sem, entretanto, gerar meios para suprir essas demandas, provocando desequilíbrio e deficiência na implementação dos fundamentos do EBES. Dessa forma, pode-se concluir que se não há equilíbrio, conseqüentemente haverá a violação da

proteção social, pois os Estados que adotaram o EBES enfrentam dificuldades para estabelecer um equilíbrio entre o dever de preservar os direitos sociais e seus limites impostos pelas restrições orçamentárias. (NASCIMENTO, 2017).

Por conseguinte, é compreensível que

Somente um Estado de Bem-Estar Social, adequado às peculiaridades latino-americanas e brasileiras em particular, será capaz de tomar as medidas eficazes assecuratórias de um significativo desenvolvimento econômico do tipo sustentável, harmonizado com a simultânea construção de igualdade, justiça e bem-estar sociais. O perfil intervencionista do EBES torna naturais políticas públicas imprescindíveis aos desenvolvimento econômico, como, a título ilustrativo, gestão racional do câmbio, gestão racional do crédito e seus juros, políticas interventivas de estímulo a distintos segmentos empresariais, incremento do investimento público e do investimento privado na economia, priorização dos nichos econômicos estratégicos (energia, saneamento básico, transporte etc.) e dos nichos sociais estratégicos (saúde, educação, emprego etc.), a par de outras medidas convergentes. (DELGADO; PORTO, 2018, p. 31).

Por fim, pode-se dizer que o período contemporâneo trouxe uma nova fase ao EBES, ou seja, é evidente que ocorreram transformações qualitativas, como por exemplo o aumento de gastos sociais que, em um período de redução da atividade econômica, cresceu em um ritmo superior ao do crescimento do produto, mas que foram mais lentos do que o ocorrido no pós-guerra e acabaram por redirecionar a delimitação de uma divisão público-privado, porém não se pode dizer que tenha sido, de fato, uma crise, já que o EBES cresceu aos limites impostos. (DELGADO; PORTO, 2019).

A partir dessa nova fase, observa-se a violação da dignidade da pessoa humana, norteadora dos fundamentos que regem o Estado democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da CF/1988 (SARLET, 2012). Entretanto, é preciso entender o que significa dignidade da pessoa humana para se compreender seus fundamentos perante a garantia dos direitos fundamentais sociais no Brasil e de que forma vem sendo violado na sociedade pós-moderna.

Nesse passo, o princípio da dignidade humana é um dos mais debatidos pela sociedade nos últimos três séculos, tendo em vista a sua importância na efetivação de direitos, assim como a difícil tarefa de se conceituar tal princípio e, conseqüentemente, verificar quando ocorre sua violação, sendo necessária, muitas vezes, a análise do caso concreto, além das diversidades histórico-cultural, pois cada

Estado tem sua forma de interpretação e a partir desse entendimento direciona seus preceitos constitucionais. (GRECO, 2017).

A partir da exploração de um conceito que defina esse importante fundamento que é a base central de todos os direitos assegurados pela CF/1988, pode-se dizer que

[...] a *dignidade da pessoa humana*: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2015, p. 18) [grifos do autor].

Assim, a dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca, é irrenunciável e inalienável, ou seja, não pode ser criada, concedida ou retirada do indivíduo, pois é algo que lhe é inerente, constitui-se como um elemento qualificador do ser humano, devendo ser reconhecida, respeitada e protegida não somente pelo Estado, que deve guiar suas ações no sentido de preservar, promover e criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, mas, também, pela sociedade em geral, dando ensejo a necessária implementação de uma dimensão social, já que todos são iguais em dignidades e direitos, justamente por fazerem parte de uma comunidade ou grupo, ou seja, a dignidade depende da ordem comunitária. (SARLET, 2012).

Diante desses termos, Greco entende que a dignidade da pessoa humana

É um princípio universal, reconhecido até mesmo por aquelas nações que minimizam a sua aplicação, ou o interpretam de maneira restrita, como é comum acontecer nos países onde exista um regime ditatorial, seja ele de esquerda ou de direita. [...] O século XX, principalmente após as atrocidades cometidas pelo nazismo, presenciou o crescimento do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sua formalização nos textos das Constituições, especialmente as democráticas. [...] As constituições democráticas, como regra, preveem expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser entendido como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe sejam inferiores. (GRECO, 2017, p. 61-62-66-67).

Nesse sentido, tem-se a dignidade como um valor político, sendo considerado fundamental para sociedade, pois é por meio da política que os conflitos sociais se manifestam, criando as condições necessárias para a efetivação dos Direitos Sociais. Assim, a dignidade funciona como cláusula aberta, ou seja, sua fundamentação depende da forma interpretativa do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que obriga a ação dos órgãos estatais na proteção dos direitos assegurados aos indivíduos, independentemente de sua natureza ou categoria. (SIMÕES, 2013).

Dessa forma, observa-se que a crise que o Estado enfrenta na era pós-moderna implica na violação do princípio basilar de todos os direitos, que é a dignidade da pessoa humana, pois

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2012, p. 71).

Conseqüentemente, visto a dificuldade que o EBES enfrenta em promover seus objetivos na sociedade pós-moderna, não se encontram meios capazes de resolver o problema da criminalidade do país, pois se o Estado não promove meios para efetivar a garantia dos direitos fundamentais sociais para a sociedade em geral, menos ainda concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana aos criminosos, já que o Estado e a sociedade não reconhecem que “Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor.” (GRECO, 2017, p. 65).

É evidente que o País carece de planejamento, recursos e vontade política para a concretização das políticas públicas, além da falta de esforços conjuntos dos entes estatais. Dessas circunstâncias nasce a violação do texto da CF/1988, já que os Direitos Sociais deveriam ser priorizados na fase de planejamento e execução orçamentária, o que não acontece, sendo esses recursos, por mais escassos e limitados à reserva do possível, utilizados para financiar clientelismo, corrupção, troca de favores, desvio de poder, exercício ilícito da função pública, resultando na violação dos principais princípios que regem a CF/1988, quais sejam: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. (DANTAS, 2016).

Por fim, conclui-se que o princípio da dignidade humana, norteador de todos os direitos assegurados pela CF/1988, por mais que em muitos países tenha proteção constitucional, é visível a sua violação em muitas situações pelos próprios Estados que deveriam ser os seus maiores protetores, mas que acabam se tornando seus maiores infratores (GRECO, 2017). Nesse passo, na próxima seção serão abordadas as infrações aos princípios da dignidade humana e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais sociais, que os Estados praticam contra os considerados “criminosos”, especialmente na execução de suas penas e nas falsas promessas de ressocialização.

## 2.2 A VIOLÊNCIA ESTATAL RETROALIMENTADA PELO ESTADO NA EXECUÇÃO DA PENA: SISTEMA NÃO RESSOCIALIZA, APENAS PUNE (E PUNE MAL)

Inicialmente, importante destacar, nas palavras de Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro, que

[...] o homem é um ser gregário por natureza, que se utiliza do discurso para estabelecer suas relações com seus semelhantes, e, dessa forma, também faz uso desse instrumento para criar suas regras e aplicar castigos a quem as desobedece. [...] impõe-se a razão de um grupo sobre a razão da sociedade, ou seja, a razão do poder se sobrepõe à razão do Estado. Destarte, por ser um animal político, que institui normas e conseqüentes punições diante do seu descumprimento, torna-se evidente que dentro do seio de uma comunidade sempre existirá o crime; é algo, portanto, natural e esperado em qualquer sociedade. [...] Em razão de tal fato, o Direito Penal há de existir, assim como a pena. Justifica-se sua existência para limitar o poder punitivo do Estado e coibir o exercício da vingança pública e privada. Dessa forma, a pena deve ser regulamentada [...] a fim de que se preserve a dignidade do acusado/condenado, abarcando, portanto, seus direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, a integridade física e psíquica. (BAQUEIRO, 2017, p. 217).

A partir desse conceito, compreende-se que a infração penal ocorre quando uma conduta humana se opõe a uma norma jurídica, configurando um ato ilícito que resulta na oposição entre a conduta e a norma, fazendo nascer para o Estado a pretensão punitiva. Quando essa sanção se traduz na aplicação de pena, o ilícito que resultou na aplicabilidade dessa pena configura-se como crime (BATISTA, 2011). Entretanto, é preciso levar em consideração o período histórico em que se vive para se compreender os fundamentos de determinada norma jurídica imposta pelo Estado. Nesse passo, é preciso

[...] considerar as leis penais brasileiras, sem a crítica maniqueísta, haja vista as peculiaridades absolutamente próprias e distintas da época imperial, da República incipiente, do Estado Novo, do governo de forças dos militares e, mais recentemente, do Brasil, sob a Constituição Cidadã de 1988. (BOSCHI, 2014, p. 120).

Pode-se dizer que as leis representam as características sociais, econômicas e ideológicas do período de tempo em que se constituem, ou seja, cada época tem as suas leis e a sua sociedade que vão sendo estratificadas e substituídas por conta das mudanças estruturais que marcam o processo civilizatório. A partir desse preceito, percebe-se o fato determinante dos modelos políticos que perduraram nos períodos históricos que constituíram a sociedade, além de ser compreensível a maneira como o Poder era exercido, juntamente com os direitos e liberdades fundamentais que eram protegidos em cada período, inclusive os fatos que ensejaram os avanços do Direito na história da civilização. (BOSCHI, 2014).

Evidentemente que, conforme preceitua Greco,

Para que se possa viver harmoniosamente em sociedade, é necessária a criação de regras básicas de comportamento. Essas regras devem ser legitimamente ditadas pelos Poderes regularmente constituídos, muito embora, ainda hoje, infelizmente, existam sociedades submetidas a regimes ditatoriais, não democráticos, que se valem da força de suas armas para a imposição de seus pensamentos. (GRECO, 2017, p. 01).

Nesse passo, evidencia-se que o indivíduo necessita de regras básicas que visem ao controle do comportamento humano, para que seja possível a pacificação em grupos sociais, mesmo que, às vezes, haja a infringência de tais regras, ocasionando, conseqüentemente, na imputação de penalidades. Assim, observa-se que, desde os primórdios da civilização,

Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos que eram contrários a seus interesses. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco a sua existência. (GRECO, 2017, p. 84).

A partir desse conceito, conforme se observa, é de extrema importância o Direito para reger as relações sociais, especialmente o Direito Penal, que se dá por meio do

[...] chamado *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em *sentido objetivo*, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo um determinado comportamento, sob a ameaça de uma sanção, como também em *sentido subjetivo*, quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável. (GRECO, 2017, p. 01) [grifos do autor].

Inegável que o surgimento do Estado, especialmente com seu poder estatal, teve um papel fundamental, pois organizou as relações sociais, econômicas e políticas, impondo o Direito acima da vontade privada. Assim, compreende-se que “O Estado, nas sociedades pós-modernas, passou a exercer, com exclusividade, o poder de punir, o que não impede que o particular articule, em juízo, o seu *ius accusationes*, nas ações penais onde a iniciativa é de natureza privada.” (GRECO, 2017, p. 02) [grifos do autor].

Nesse passo, vê-se necessária a análise da pena no Estado Democrático de Direito vivenciado, especificamente, pela sociedade brasileira, além de um questionamento relacionado a sua efetivação na atualidade contemporânea. Pode-se dizer que

[...] a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade. Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. [...] o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos [...] Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria de pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. [...] É quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade. (BITENCOURT, 2017, p. 127-128).

Portanto, evidenciando o papel das penas como meios essenciais para garantir a proteção dos bens jurídicos do Estado de eventuais lesões, já que a sociedade é composta por ser humanos, eivados de sentimentos humanos que, em decorrência de algum fator emocional, social, econômico, podem acabar cometendo um ato ilícito. Assim, compreende-se que

[...] todos os cidadãos são direta ou indiretamente destinatários das penas, não só porque estão *igualmente* submetidos às restrições impostas pela ordem jurídica, mas porque elas, a um só tempo, e de acordo com as teorias mais modernas, têm por fim retribuir, prevenir, ressocializar, reforçar a

confiança na ordem jurídica e dissuadir da intenção de cometer infrações penais. (BOSCHI, 2014, p. 109) [grifos do autor].

Também, em matéria de Direito Penal, observa-se que as penas são dispostas a partir de dois grupos: as proibidas, constantes no art. 5º, XLVII, alíneas “a” ao “e” da CF/1988, que são as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e, as cruéis; e, as permitidas, constantes no art. 5º, XLVI, alíneas “a” ao “e” da CF/1988, que são as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), de multa, de prestação social alternativa e, de suspensão ou interdição de direitos. (BOSCHI, 2014).

A partir disso, busca-se analisar as funções ou razões da pena, pois

[...] falar em teorias da pena é destacar os fundamentos racionais que *explicam* e *justificam*, isto é, que *apontam* científica e empiricamente, os sentidos da imposição pelo Estado de penas pelos fatos considerados ofensivos ao interesse público. [...] Os primeiros lineamentos teóricos da pena estatal apareceram no fim da Idade Média, período histórico do nascimento do Estado moderno e da substituição do direito penal do horror por uma nova ordem garantista, principiológica e moderna. Já no início do século 18, os penalistas começaram a se agrupar em Escolas e passaram a formular as primeiras justificações sobre a penas, que foram reunidas pelos estudiosos e condensadas em teorias antagônicas e hoje bastante conhecidas: a da retribuição e a da prevenção. (BOSCHI, 2014, p. 87) [grifos do autor].

Conforme visto no parágrafo anterior, a teoria da pena se fundamenta, especialmente, sob duas perspectivas: a da retribuição e a da prevenção. Entretanto, existem outras duas teorias, quais sejam: da retribuição e ecléticas. Nesse passo, a partir da teoria adota pelo ordenamento jurídico brasileiro, busca-se estudar sua viabilidade, aplicação e eficácia, além dos efeitos produzidos, principalmente com o atual sistema penitenciário brasileiro, ao psicológico do ser humano infrator. Assim, observa-se que no Direito brasileiro “[...] as finalidades de retribuição, de prevenção e de ressocialização transparecem dos arts. 59 do CP e 1º da LEP, muito embora essa última palavra não conste explicitamente do texto desse último dispositivo.” (BOSCHI, 2014, p. 106).

A partir disso, importante se faz a análise do sistema penitenciário brasileiro, para compreender o papel do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais, assegurados pela CF/1988, para os considerados criminosos, pois, de fato, também são dignos da segurança e proteção de seus direitos humanos. Também, será objeto de estudo nos próximos parágrafos, a efetivação da função da pena, isso se for

possível dizer que a pena, especialmente a prisão, possui alguma efetividade na realidade carcerária atual que se presencia fora dos padrões expostos pela legislação, afastando seu objetivo central.

Conforme expõe André Luiz Augusto da Silva,

[...] o Poder Judiciário confere aos parques penitenciários nacionais a seguinte missão institucional: a aplicação da Lei de execução Penal e o cumprimento das decisões judiciais, com humanização e segurança, visando a ressocialização da população carcerária através de processo socioeducativo, buscando a participação e o compromisso da sociedade, garantindo a sua segurança. [...] o objetivo da execução penal é o cumprimento das disposições de sentença e decisões criminais, desenvolvendo com harmonia a reintegração social do condenado ou internado. (SILVA, 2017, p. 31).

Nesse passo, os dados demonstrados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, no ano de 2015, indicam que o Brasil é um dos países que mais encarcera pessoas no mundo, porém as taxas de criminalidades ainda são muito altas. Dessa forma, observa-se a necessidade de estudar o sistema prisional, caracterizando a função ressocializadora da prisão como uma medida não sustentável, em vista da grande quantidade de reincidências criminais e seus fatores determinantes. (IPEA, 2015).

Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN

Em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 [...] (INFOPEN, 2017, p. 09).

Essa evolução da população prisional pode ser relacionada com as desigualdades econômicas e sociais enfrentada na atualidade, pois é evidente que a taxa de criminalidade é maior na classe baixa, em decorrência dos índices de crimes contra o patrimônio, principalmente roubo e furto, considerados os maiores crimes praticados pelos condenados a pena privativa de liberdade, ficando em segundo lugar os crimes de tráfico de drogas. (INFOPEN, 2017).

Nesse passo, contribuindo na ideia de que o atual sistema penal brasileiro é ineficaz e violador dos direitos e princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico do País, conforme dados disponibilizados pelo INFOPEN, 40% da população

prisonal do País no ano de 2016 foram encarceradas sem ter havido condenação ou o julgamento de suas penas, o que é inaceitável em vista ao grande déficit de vagas prisionais enfrentado pelo país. Não à toa que há argumentos de que esse elevado índice de pessoas presas sem condenação é fator que viola a dignidade da pessoa humana.

Em razão das ideias abordadas nessa seção, pode-se observar que o sistema prisional brasileiro é ineficaz na prevenção de novos crimes e na ressocialização do delinquente na sociedade, pois, conforme os dados disponibilizados pelo IPEA, a taxa de reincidência criminal chega a atingir 70%. Observa-se, portanto, a ineficiência da legislação nacional, em destaque a LEP, devido à dificuldade que ela encontra em aplicar seus dispositivos legais (IPEA, 2015), pois, de modo geral, a LEP, “[...] tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social.” (IPEA, 2015, p.13).

Dessa forma, observa-se que a pena não cumpre com seu objetivo principal, pois em uma sociedade pós-moderna a justiça se justifica a partir da punição imposta ao autor de atos vistos como contrários à moral, conforme estabelecido pela coletividade ou imposto pelo Estado à sociedade. Compreende-se que a justiça se traduz a partir do sofrimento do autor pela imposição da pena, fato este contrário ao que se determina em lei, pois a legislação visa à proteção e amparo à população, porém a mídia impõe ao indivíduo infrator um status de lixo social, merecedor de todo sofrimento imposto pelo atual sistema carcerário, além de seus efeitos negativos quando reinserido na sociedade, conforme será debatido na próxima seção. (SILVA, 2014).

Nesse passo, observa-se que até mesmo o EBES, conforme abordado no título anterior, buscou encontrar meios capazes de prevenir a prática de crimes na sociedade com meios mais humanizados, resguardando os direitos humanos. Percebe-se que

O *Welfare State* vislumbrou que a produção de leis, regulamentos, práticas políticas e burocracias eram caóticas, de forma que se viu a necessidade de aumentar as políticas sociais para conter o crime antes mesmo de acontecer. A maior atenção era voltada aos bairros mais difíceis, aos drogados, ao abandono escolar. Assim, há de convir que o Estado do bem-estar social tinha um discurso com fins humanitários e nobres, como a salvaguarda da segurança e a recuperação do homem transgressor ao meio social. Com toda essa ideologia, com o Estado de bem-estar social, chega-se a acreditar em

uma melhora para o problema social e uma maior proteção àqueles que se encontram na esfera de marginalização, reais ocupantes do sistema carcerário. (SEGARRA, 2019, p. 94-95) [grifos do autor].

Ocorre que nem mesmo o EBES foi eficaz na imposição de seus fundamentos, conforme já exposto no título anterior. Assim, pode-se dizer que a solução para conter a criminalidade é vista a partir do afastamento dos infratores do convívio social, direcionando-os às prisões para que sejam “curados”, o que, evidentemente, se apresenta como ineficaz, pois esse sistema de repressão penal não ressocializa e, muito menos, controla a prática de crimes, pelo contrário, contribui com a carreira criminal. (SEGARRA, 2019).

Pode-se dizer que quando um indivíduo pratica um ilícito o Estado toma para si o seu corpo e o insere no sistema carcerário para que possa cumprir a sua pena, ou seja, o sistema carcerário se apresenta apenas como parte de um ordenamento jurídico, sendo operacionalizado a partir de um estado de exceção. Assim, a sociedade está diante de um poder biopolítico de Estado, que se materializa na medida que as garantias legais deixam de ter força de lei, através da suspensão praticada pelo poder soberano. A partir disso, o encarcerado fica à mercê do tratamento cruel e degradante não previstos em lei. (MARTINS, 2017).

Dessa forma, observa-se que,

[...] o paradoxo do estado de exceção assim se apresenta: o encarcerado é sujeito de direitos garantidos legalmente, tem sua vida juridicamente protegida, não podendo ser sacrificado. Porém, este mesmo encarcerado, quando inserido no espaço do cárcere, é exposto a toda forma de violência sem que isto seja juridicamente relevante. Torna-se matável, confundindo-se com a figura do *Homo Sarcere*. [...] A morte, o contágio de doenças, as péssimas condições de higiene e habitação, a fome e a violência que leva, por vezes, a revoltas e rebeliões no interior dos presídios e penitenciárias, decorrem em última instância do estado de exceção que justifica o exercício do poder soberano administrando a vida e a morte da população constantemente vida nua, o que significa ter presente que o destino dos encarcerados não é relevante aos olhos deste. (MARTINS, 2017, p. 63-65) [grifos do autor].

Nesse passo, tem-se, essencialmente, três fatores que dominam a vida no cárcere, configurando-o em um caráter criminógeno. Esses fatores podem ser classificados como materiais, psicológicos e sociais. São fatores materiais as deficiências dos alojamentos e alimentação, por meio da falta de higiene, umidade e maus odores, que, principalmente, dão ensejo às doenças, por exemplo a tuberculose; já os fatores psicológicos, surgem da dissimulação e mentira que se prega nas

prisões, que acabam, conseqüentemente, estruturando um amadurecimento criminoso no recluso; por fim, os fatores sociais são vistos a partir da segregação do recluso do seu meio social, ocasionando uma desadaptação que impede sua reinserção social. (BITENCOURT, 2017).

A partir desses fatores, as deficiências carcerárias têm como características os

[...] maus-tratos verbais (insultos, grosserias etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superpopulação carcerária, [...] (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinha etc.); condições deficientes de trabalho [...] deficiência nos serviços médicos [...] assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva [...] regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, [...] reiterados abusos sexuais, [...] ambiente propício à violência, [...] (BITENCOURT, 2017, p. 177-178 *apud* DRAPKIN, 1977, p. 347-348).

Assim, o sistema prisional brasileiro se traduz na mais severa punição imposta a um delinquente, pois produz efeitos contrários ao que se refere reeducação e reinserção do indivíduo à sociedade, permitindo a sua estável permanência no ambiente criminoso (BARATTA, 1999), pois “[...] a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.” (BARATTA, 1999, p. 184). Nesse passo, as prisões são caracterizadas como

[...] espaços de confinamento onde o sujeito realiza todas as atividades diárias e rotineiras no mesmo espaço. A partir do ingresso em uma instituição total o sujeito perde a autonomia e a liberdade acerca de sua vida, pois é a instituição que pensa e organiza a forma e o modo de viver de todos os internos. A pessoa privada de liberdade durante o cumprimento da pena acaba absorvendo a cultura prisional, ou seja, o modo de falar, de comer, de se vestir, de se portar, enfim, é moldado e disciplinado a fazer somente aquilo que a instituição determina. (ASSIS; NASCIMENTO, 2015, p. 431).

Diante disso, observa-se que a crise que o Estado enfrenta na aplicabilidade dos fundamentos penais, especialmente referente à pena de prisão, encontra-se amparada, principalmente, pela inobservância do Estado de inúmeros fatores que ofendem à dignidade da pessoa humana, quais sejam: ausência de compromisso por parte do Estado; controle ineficiente por parte daqueles que deveriam fiscalizar o sistema penitenciário; superlotação carcerária; ausência de programas destinados à ressocialização dos condenados; ausência de recursos mínimos para a manutenção

da saúde; e, o despreparo dos funcionários que exercem suas funções no sistema prisional. (GRECO, 2017).

Dessa forma, conforme exposto por André Copetti, fica evidente que

[...] nosso sistema penal é ineficaz e excessivamente repressivo, decorrência não só de leis que não tutelam adequada ou suficientemente os direitos humanos, mas, também, como resultado das pautas de conduta dos grupos humanos que formam os distintos setores ou seguimentos do sistema penal e ensaiam suas próprias ideologias, marcadamente violentas, corruptas, burocratizadas e setorizadas. Temos, pois, a violência, a corrupção, a burocratização e a setorização como os quatro cavaleiros do apocalipse do sistema penal [...] A percepção da violência do sistema penal pode ser distorcida pelas justificações feitas por ele próprio, na maioria das vezes em que ocorre, mas não pode ser negada. As lesões, os homicídios, as sevícias, os tormentos, as torturas, os castigos físicos, as violências sexuais, praticadas quando os perseguidos encontram-se nas mãos do Estado, revelam a existência de uma violência institucionalizada, cujo ocultamento torna-se cada vez mais uma atividade de extrema dificuldade para os componentes do *establishment* estatal penal. (COPETTI, 2000, p. 66).

Nesse passo, busca-se ações capazes de resolver, ou ao menos minimizar, os problemas que a sociedade pós-moderna enfrenta com a ineficácia do sistema prisional disponibilizado pelo Estado. Conforme expõe Rogério Greco

Não basta, tão somente, tentar melhorar a vida dos presos dentro do sistema penitenciário. Temos que pensar em programas sociais, que antecedem à prática da infração penal, como também em programas destinados à ressocialização do preso que, certamente, após algum tempo, nos países que não adotam a pena de morte e a pena de prisão perpétua, voltará ao convívio em sociedade. Além disso, a legislação penal deverá ser repensada, adotando-se posturas minimalistas e, conseqüentemente, deixando-se de lado pensamentos de lei e ordem, que só conduzem a um processo nefasto de inflação legislativa. De qualquer forma, o tempo urge contra a sociedade, que tem de conviver diariamente com o cumprimento de penas cruéis e desumanas. (GRECO, 2017, p. 247-248).

Também, tem-se propostas de soluções à crise penitenciária a partir de três âmbitos políticos, de acordo com Kenya Margarita Espinoza Velázquez e Milagro Mengana Catañeda, quais sejam: político-criminal, que vê, no combate à corrupção, o cumprimento das funções oriundas da pena; político-penitenciária, que busca a efetividade da fiscalização feita pelos órgãos competentes, além da preparação dos funcionários que exercem suas funções no sistema prisional; e, a político-estatal, que visa ao cumprimento, por parte do Estado, das determinações impostas por suas Constituições, Tratados e Convenções Internacionais, para que sejam implementados, em seus respectivos territórios, os direitos sociais. (GRECO, 2017).

A partir das questões expostas referentes às violações que o Estado produz na aplicação das leis e, conseqüentemente, na imposição de penas, é evidente que

O direito penal brasileiro não se coaduna inteiramente com os princípios gerais do garantismo, porque, por meio de suas normas, se maximiza o Estado Penal, em detrimento do Estado Social, e se enfraquecem as liberdades fundamentais, o que é revelador da profunda intolerância oficial, que costuma ver o condenado como o grande inimigo, e não como a grande vítima de um sistema político e econômico desigual, privilegiador e injusto, que não prioriza a educação, a qualificação para o trabalho, o emprego, a moradia, a saúde, etc. (BOSCHI, 2014, p. 106-107).

Por fim, observa-se que o objetivo central de qualquer política penal deve se direcionar a partir de dois pressupostos que compõem o Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, quais sejam: o liberal e o social, que, no sistema penal atual, estão defasados. O que se pretende é a redução do número de mortes, violência e ilegalidades que ocorrem no sistema penal, permitindo a emancipação e realização da cidade, reconstruindo os vínculos comunitários, por meio da solidariedade entre as pessoas, considerando a dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos, independentemente de seus estereótipos. (COPETTI, 2000).

Entretanto, observa-se que, em meio às várias alternativas de estruturação de um Direito Penal que possa se mostrar efetivo, infelizmente o que se verifica é que,

[...] em vez de ser traçada uma política criminal com o real intento de reinserir o indivíduo à sociedade e esta aceita-lo, os Estados vem optando por manter o sistema fracassado e torna-lo ainda mais rígido, com situações sequer aceitas por Tratados Internacionais, ou seja, estimula a raiva e o ódio dos detentos, dos seus familiares e de todo aparato que ali executam seu labor diário. (SEGARRA, 2019, p.130).

Pode-se dizer que o Direito Penal brasileiro não é adequado ao novo modelo de Direito que foi estruturado na CF/1988 com a estruturação de um Estado Democrático de Direito, que se impõe uma atualização constante de seu instrumento coercitivo penal, tendo em vista que, pela qualidade grave das sanções penais impostas aos infratores, tais reprimendas devem ser as últimas alternativas de combate à criminalidade. Entretanto, para que possa ser superado esse Direito Penal que não está adequado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, necessário um longo e árduo trabalho a ser feito, não somente pelo Estado mas por toda população que compõe a sociedade, já que se deve levar em consideração todos os problemas que atingem a sociedade. (COPETTI, 2001).

### 2.3 O PAPEL DO ESTADO E DA SOCIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE ESTEREÓTIPOS AO CRIMINOSO: O MAL-ESTAR DO EX-PRESIDIÁRIO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Inicialmente, pode-se dizer que o ser humano, na concepção de Aristóteles, é um animal político, e, desde os primórdios da civilização, quando passou a viver em sociedade, conseqüentemente por iniciar um processo de interação, deu início à conflitualidade, inicialmente por uma questão de sobrevivência, mas distintamente visando ao desejo de poder sobre os demais integrantes do grupo. Também, nesse sentido, Rousseau determina que o ser humano nasceu bom, mas o convívio em sociedade lhe projeta para o desejo de domínio sobre o outro. Nesse passo, observa-se que o ser humano foi treinado para a guerra e essa herança social ensejou na violência como uma forma cultural ou estrutural, pertencente a toda sociedade, consequência da alienação social que se construiu. (COSTA, 2011).

Nesse contexto, observa-se que a participação do indivíduo na sociedade ocorre por meio das intermediações, ou seja, se processa levando em consideração as posições sociais que o indivíduo ocupa, os papéis que desempenha, os grupos sociais que participa, entre outras diversas questões que abrangem o meio social. Esse processo de socialização é importante, pois prepara o indivíduo para participar da sociedade por meio das unidades sociais, sem as quais não seria possível a convivência em sociedade (NOVA, 2000). Nesse sentido, conforme dispõe Sebastião Vila Nova,

Toda sociedade compreende um sistema de **status** ou posições. **Status** é a localização do indivíduo na hierarquia social, de acordo com a sua participação na distribuição desigual da riqueza, do prestígio e do poder. [...] Além da forma ratificada e legitimada de poder pelo Estado, que é o poder político, muitas outras expressões de poder se manifestam em todos os níveis das relações sociais. Onde quer que exista desigualdade de **status**, tende a haver alguma forma de manifestação de poder. [...] É próprio da condição social do homem ocupar posições com direitos e deveres preestabelecidos independentemente dos indivíduos. [...] eles são coercitivos, isto é, exercem algum tipo de pressão sobre o comportamento das pessoas que os ocupam. [...] Os indivíduos participam da quantidade de riqueza, de prestígio e de poder que os seus **status** lhes proporcionam. [...] Se um indivíduo deixa de ocupar uma posição qualquer, deixa de participar do prestígio, do poder e da riqueza socialmente conferidos ao **status**. (NOVA, 2000, p. 117-118) [grifos do autor].

Nesse passo, observa-se que o Brasil está em constantes transformações que atingem as questões econômicas, tecnológicas, industriais e mesmo sociais ou de classes entre os indivíduos. Essas mudanças, acabam acarretando conflitos, por questões de pressões psicológicas e mesmo sobrevivência e, portanto, é inevitável que ocorra a prática de delitos, pois

Ainda que possa ser reprovável, o delito é um fenômeno normal de uma sociedade. É dizer: não apenas existem em toda a sociedade condutas que podem ser consideradas delitivas, mas também parece que não pode existir sociedade sem delito. Isso se conhece como *princípio da normalidade do delito*. Trata-se novamente de uma ideia que remonta pelo menos a Durkheim, que já afirmou que o delito, longe de ser um fenômeno patológico, é um fenômeno normal de uma sociedade, e que *inclusive em uma sociedade de santos haveria delitos*. (MAÍLLO; PRADO, 2013, p.52) [grifos do autor].

Observa-se, portanto, que o crime é um fenômeno natural e o que classifica um ato como sendo ilícito ou fora dos padrões que a sociedade espera, é a lei, ou seja, “Todo crime resulta de definição legal. Não há ato, por mais imoral e agressivo que se apresente, que se possa chamar crime, se este caráter não lhe é atribuído por uma lei penal.” (THOMPSON, 2007, p. 24 *apud* BRUNO, s.d, tomo 1, p. 269).

Dessa forma, entende-se que a conduta de um indivíduo para ser classificada como boa ou ruim irá depender de um ordenamento jurídico, que compreende sanções criadas por intermédio de pessoas que compõem a sociedade, visando ao que é considerado bem social e a partir das práticas dessas condutas previstas em lei, que será imposto uma pena ao indivíduo delinquente. Entretanto, não se pode perder de vista que são as leis que definem os atos que são considerados crimes e aqueles aos quais não se denominam de crimes, além de disporem sob todas as relações sociais, distribuídas em várias áreas do Direito, são elaboradas por seres humanos que pertencem ao meio social. Em face disso, observa-se que

[...] a ordem jurídica resulta da atividade humana, elaborada que é por um legislador, isto é, por um ou mais indivíduos de carne e osso, que partilha de todas as fraquezas comuns aos seus semelhantes, que odeia e ama, que varia de humor a cada instante, que possui cabeça, tronco e membros, que come e bebe e, até, vai ao banheiro várias vezes ao dia. Seja o rei, seja o parlamento, seja o soba, seja o ditador, seja a junta militar, seja o secretário-geral do partido, os encarregados de estatuir as normas jurídicas estão, indefectivelmente, encarnados em pessoas - como tal, participando da vida comunitária, nela posicionados concretamente, sofrendo (ou gozando) as consequências dos comandos que elas mesmas promulgam. (THOMPSON, 2007, p. 46-47).

A questão é que se a ordem jurídica resulta da atividade humana, então entende-se que em uma sociedade complexa e hierarquizada as leis são ditadas pela classe dominante, que dispõe do poder sobre os demais indivíduos, de forma que garantirá que esse poder permaneça sob a classe dominante, com o propósito de assegurar o status econômico da política do País, tendo por consequência a permanência das desigualdades sociais (THOMPSON, 2007). Dessa forma, é evidente que essa classe criará um sistema que a beneficie, não necessariamente sendo justo e igualitário, tendo em vista a realidade da justiça brasileira. (LIMA, 2008).

Em vista disso, com as desigualdades sociais que permanecem por conta da garantia da classe dominante no poder, surge a imagem do criminoso relacionado ao seu baixo status social perante a sociedade. Essa constatação é feita por Thompson quando se pede que alguém descreva a figura de um típico criminoso, daí “[...] teremos, em função da resposta, o retrato preciso de um representante da classe social inferior, de tal sorte se tende a estabelecer o intercâmbio entre pobreza e crime.” (THOMPSON, 2007, p. 64), ou seja,

Há, assim, no plano social, a criação de um estereótipo criminal que assinala os sujeitos a criminalizar, incluindo os membros de estratos inferiores e excluindo os dos setores hegemônicos. As elites se valem da classe média para exercer o seu controle social. É nela que são projetados todos os estereótipos e infundidos sentimentos de insegurança frente ao delito. O padrão do delinqüente está associado à imagem das classes mais pobres e da criminalidade convencional, evitando-se, estrategicamente, a ocultação dos crimes de colarinho branco, dos crimes fiscais, dos crimes contra a administração pública, etc. (COPETTI, 2000, p. 61).

Essa ideia se preconiza pela maior proporcionalidade de delitos praticados pela classe baixa do que aqueles cometidos por pessoas de melhor situação econômica, carregando uma visibilidade do crime perante a sociedade e agentes da lei. Em vista disso, é evidente que se terá uma maior vigilância sob os indivíduos considerados mais propensos ao cometimento de um delito. Justamente por esse fato que a maior fiscalização sob grupos da classe baixa irá determinar uma taxa maior de delitos, escondendo em grande parte os demais infratores. (THOMPSON, 2007).

Além disso, a presença de estereótipos não permanece somente na delimitação de quem são os indivíduos propensos à criminalidade. Quando um indivíduo pratica um ilícito e é punido pelo Estado, além de ter que enfrentar toda a crueldade que o cárcere inflige ao detento, sua vida pós-prisão se torna eivado de

preconceitos, mesmo que nada mais deva perante o Estado e sociedade, pois cumpriu com sua pena. Nesse passo, verifica-se que,

[...] o egresso do sistema prisional ainda sofre com o fenômeno do estigma, afinal a sociedade determina certos padrões de normalidade e as pessoas que por ventura escapam a esse modelo são classificadas como marginais e carregam o forte peso de ser detentor de um estigma. [...] O preconceito e a discriminação se fazem presentes quando, por exemplo, o egresso busca a inserção no mercado de trabalho e este não valoriza as competências e habilidades que o sujeito possui, e sim foca apenas no atributo negativo que carrega. [...] As pessoas privadas de liberdade quando libertas, além de enfrentar o estigma, convivem com ideias disseminadas socialmente que compreendem esse segmento da sociedade como pessoas redundantes, refugadas, ou seja, seres que não tem utilidade para a sociedade como um todo e nem para sistema econômico vigente. (ASSIS; NASCIMENTO, 2015, p. 438-439-440).

Observa-se que o preconceito é o maior limitador da vida social do delinquente, já que, após cumprir sua pena e sair da prisão, enfrenta diversas dificuldades de se reinserir na sociedade, especialmente no âmbito profissional, familiar e social, sendo o trabalho a maior barreira encontrada pelos detentos na vida pós-prisão, tudo isso derivado do estigma de “ex-presidiário”, que os acompanham pelo resto de suas vidas, resultando no aumento das violências e reincidências criminais, na medida em que o preconceito gera ódio e, conseqüentemente, enseja a violência. (PARENTE, 2018).

O fato é que o indivíduo que pratica um ilícito e é condenado será rotulado pela sociedade como criminoso mesmo após o cumprimento da pena, ou seja, o delinquente será dependente de sua conduta desviante por toda sua existência, pois “O cuidado crescente que a sociedade punitiva dispensa ao encarcerado depois do fim da detenção, continuando a seguir sua existência de mil modos visíveis e invisíveis, poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar [...]”. (BARATTA, 1999, p. 187).

Nesse passo, observa-se que entre o cárcere e a sociedade há uma relação de quem exclui o delinquente de seu meio (sociedade) e de quem é excluído da sociedade (delinquente/preso) (BARATTA, 1999), de forma que “Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão.” (BARATTA, 1999, p. 186). Em outras palavras, a sociedade que exclui um indivíduo por praticar um crime não percebe que um dia esse indivíduo voltará ao mesmo meio social em que foi retirado, já que o Brasil não adota pena de morte e pena de caráter perpétuo, e, portanto, é de interesse da sociedade que esse indivíduo,

ao ser reinserido no meio social, possa cumprir as regras impostas e não volta a delinquir. (PARENTE, 2018).

A consequência dessa exclusão praticada pela sociedade interfere principalmente no mercado de trabalho que “[...] se manifesta, no sistema capitalista, como uma dimensão não só econômica, mas política e econômica ao mesmo tempo, sobre a qual influi o sistema de *status* e o poder estatal.” (BARATTA, 1999, p. 187) [grifos do autor]. Isso produz a cultura da marginalização criminal, ou seja, funciona como um “incentivo” ao delinquente reintegrado no meio social a praticar novos crimes e ser dependente dessa conduta, assim como traz para o mundo do crime as pessoas rotuladas por seu status social.

A partir da análise dos estereótipos impostos pela sociedade, especificamente pela classe dominante, observa-se que, principalmente com as mudanças estruturais oriundas com a pós-modernidade, há uma constante rotulagem das ações que são consideradas como desviantes ou não, além do estabelecimento de regras que todos os indivíduos considerados como não criminosos devem cumprir, caso contrário serão estigmatizado, independentemente de terem efetuado uma conduta propriamente ilícita, conforme determina a lei. Pode-se dizer que,

A sociedade contemporânea possui suas regras, seus valores, costumes, princípios, ou seja, um conjunto de mecanismos que juntos formam um arcabouço normativo. Os sujeitos que fazem parte dessa sociedade necessitam acatar todas as regras estabelecidas pelo padrão normativo, aqueles que por ventura transgredirem esses preceitos, são tidos como desviantes. [...] há pessoas que conseguem conviver e aceitar o fato de possuírem atributos depreciativos, por outro lado, existem sujeitos que chegam a comportamentos extremos em busca de alcançar o padrão de normalidade estipulado e serem aceitos reconhecidos como pessoas “normais”. Nessa busca desenfreada por aceitabilidade uma grande parte dos sujeitos acaba negando a sua identidade social real e aderem á identidade social virtual. (ASSIS; NASCIMENTO, 2015, p. 439).

Essas mudanças estruturais, contribuíram significativamente para o aumento da criminalidade no País, principalmente pela prevalência do padrão consumista que vem se programando desde o nascimento do indivíduo, e, conseqüentemente, quando o indivíduo não possui condições econômicas de arcar com a necessidade aceitável pela sociedade, se propicia ao cometimento de ilícitos, sofrendo pressões psicológicas em decorrência da não aprovação perante a sociedade ou determinado grupo. (LIMA, 2008).

O problema é que os indivíduos que não são aprovados perante algum grupo social por não se inserirem ao padrão normativo determinado por tais grupos, ou ainda, não possuírem condições de arcarem com o custo econômico, que muitas vezes lhes são impostos, mas sentirem a necessidade de serem aceitos e inseridos a determinado grupo, ficam propícios à criminalidade, pois

O *status*, a autoestima e a virilidade ofertados pela convivência em grupos criminosos são vantagens simbólicas não encontradas em outros espaços sociais. Muitos jovens de periferia, que não têm possibilidade objetiva de ganhos concretos com o trabalho lícito, acabam por buscar essa visibilidade social por meio da violência. Sentem-se, com o envolvimento em grupos, mais fortes individualmente e reconhecidos em uma sociedade que dificilmente lhes propiciaria tal reconhecimento. As possibilidades dos projetos de vida fora da criminalidade são praticamente inexistentes, razão pela qual são levados ao envolvimento criminal. (LIMA, 2008, p. 14 *apud* SHECAIRA, 2007, p. 121) [grifos do autor].

Então, ao entrar para o mundo do crime em busca de reconhecimento e satisfação pessoal, termina por pagar um alto preço, na medida em que o indivíduo arrisca a sua liberdade e, muitas vezes, a própria vida (LIMA, 2008). Assim, evidencia-se que a “[...] sociedade passa por um momento muito propício ao aumento da criminalidade e das punições[...]” (LIMA, 2008, p. 07). Nesse contexto, pode-se dizer que a era pós-moderna trouxe para a sociedade o desejo do individualismo, fazendo com que as pessoas indesejadas, ou que não preenchem os requisitos expostos, sejam descartadas. Assim, leva-se em consideração que de fato não é o delinquente quem necessita ser ressocializado e, sim, a sociedade punitiva que se transformou com o passar dos tempos. (SEGARRA, 2019).

Dessa forma, cabe a sociedade, juntamente com o Estado, promover medidas assistenciais para que o ex-presidiário possa ser reinserido ao meio social e não volte a praticar outros crimes, já que o cárcere possui valores culturais diversos da vida em sociedade que vão modulando seus detentos, conforme exposto na seção anterior, e isto, dificulta ainda mais sua ressocialização. Observa-se que, até mesmo a LEP prevê a assistência ao egresso, entretanto,

Na realidade é possível vislumbrar que os princípios positivados na lei de execução penal passam por um estágio de total falta de efetivação e concretização prática. Urge a necessidade de maior investimento por parte dos órgãos competentes em implantar de forma séria e comprometida com os valores de cidadania ações que venham a disponibilizar um acervo de bens e serviços, que tenham como finalidade evitar a reincidência que tanto

assombra a política prisional como um todo. Ações que almejam garantir o que é de direito e o que está positivado no ordenamento jurídico. A ausência de políticas públicas de qualidade pode levar o sujeito que não encontrando melhores opções acaba entrando novamente para o mercado da ilicitude. (ASSIS, NASCIMENTO, 2015, p. 438).

Nesse passo, pode-se dizer que o sistema penal é apresentado como justo, igualitário e comprometido com a proteção da dignidade humana, mas que, na verdade, seu desempenho é repressivo e com funcionamento seletivo, resultando em uma degradação na figura social do delinquente. Entretanto, a punição do delinquente não pode ser algo puramente moral, pelo qual a sociedade imputa determinada ação com um sentimento de criminalidade (BATISTA, 2011). Diante disso, evidencia-se que as normas são construções socioculturais e o que define o enquadramento de condutas humanas é o senso coletivo. (LIMA, 2008).

A partir disso, pode-se dizer que esse sistema criado pela classe dominante viola drasticamente os princípios basilares da CF/1988, pois se direciona aos criminosos como seres indignos dos direitos assegurados constitucionalmente. Observa-se que, conseqüentemente, ao não possuírem seus direitos protegidos, ou seja, quando não são efetivados seus direitos sociais, deflagra-se uma grande luta por sobrevivência que, muitas vezes, leva ao cometimento de delitos, e, nesse passo, terminam por se torna alvos da repressão estatal, que deles se utilizam para justificar, perante a sociedade, a importância do poder estatal. (COPETTI, 2000).

Assim, se houvesse uma sociedade que possuísse uma estrutura organizada igualitária, sem desigualdades sociais extremas, garantindo a todos seus integrantes a participação nos processos decisórios e que garantisse o respeito de cada indivíduo perante os demais, sem rotulações ou imposições de questões para serem aceitos a determinados grupos, possivelmente não haveria a inserção de indivíduos no mundo do crime (LIMA, 2008). Dessa forma, chega-se a lastimável constatação de que “O crime é um doloroso problema social e comunitário, cuja prevenção interessa ao Estado e aos particulares.” (MOLINA; GOMES, 2008, p. 399).

Nesse passo, conforme exposto por Adalberto Narciso Hommerding e José Francisco Dias da Costa Lyra,

Há uma estreita relação entre o Estado de bem-estar social e a questão da criminalidade. A retratação daquele implica aumento da tensão social e, por consequência, aumento da cifra de crimes. O curioso é que, mesmo com toda a evolução tecnológica levada a cabo pela ciência e a despeito de certo desenvolvimento econômico, as sociedades ocidentais, em especial na

América Latina – caso do Brasil -, continuam com os mesmos problemas: desenvolvimento desigual com altos índices de distribuição desigual da riqueza, elevada taxa de desemprego e um desenvolvimento “*dependente*”, imperando uma barbárie social. (HOMMERDING; LYRA, 2016, p. 161) [grifos do autor].

Daí porque não é difícil compreender que, na sociedade capitalista da atualidade, as relações sociais por si mesmas são “[...] baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração.” (BARATTA, 1999, p. 186). É por isso que se pode dizer que as relações sociais entre as pessoas que compõem a sociedade por si só são preconceituosas e classificatórias. Nesse passo, busca-se “[...] um restabelecimento da comunicação entre o grupo dos incluídos e excluídos, de forma a restabelecer o pacto social, combatendo o *apartheid* social que a sociedade industrial dos séculos XX e XXI tem produzido.” (HOMMERDIGN; LYRA, 2016, p. 164) [grifos do autor].

Nesse contexto, o País está diante do desafio de efetivar o restabelecimento da comunicação entre os indivíduos que compõem a sociedade, para que gerem medidas sustentáveis de colaboração na ressocialização dos indivíduos apenados, além do extermínio dos estereótipos de inclusão ao meio social impostos pela sociedade. Isso porque as instituições geram sobre os indivíduos uma relação de poder, e, no contexto de sociedade pós-moderna, há uma relevante resistência relacionada à ruptura de paradigmas, gerada pelo comportamento cultural dos indivíduos, que contribui significativamente para a alienação social, representando as práticas de convivência social. (COSTA, 2011).

Dessa forma, o crime presente no cotidiano das pessoas é um problema social, praticamente doméstico em razão de sua proximidade da realidade social, que nasce na comunidade e por esse motivo deve ser tratado pela sociedade (MOLINA; GOMES, 2008). Nesse sentido, entende-se que a criminalidade é uma consequência do contexto social em que o delinquente está inserido, e, portanto, conclui-se que a

[...] sociedade tem o crime que (muitas vezes) ela mesma produz e merece, uma política séria e honesta de prevenção deve começar com um sincero esforço de autocrítica, revisando os valores que a sociedade oficialmente proclama e pratica. Pois determinados comportamentos criminais, com frequência, correspondem a certos valores (oficiais ou subterrâneos) da sociedade, [...]. (MOLINA; GOMES, 2008, p. 416).

Por fim, é possível defender que a prevenção do crime e sua reincidência só atingirá êxito quando houver contribuições e esforços solidários da comunidade para neutralizar situações de carência ou necessidades básicas e desequilíbrios sociais ou econômicos. Uma provável saída será apostar em reestruturar as relações de convivências entre as pessoas quebrando os paradigmas de diferenças de classes sociais que acabam por gerar conflitos entre ambos. (MOLINA; GOMES, 2008).

Assim sendo, quando se fala do delinquente e sua reinserção na sociedade, deve-se “[...] fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso.” (BARATTA, 1999, p.186), pois

Enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação das pessoas privadas de liberdade e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema da segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se. (ASSIS; NASCIMENTO, 2015, p. 441).

Nesse passo, é indispensável a conscientização da comunidade de seu papel e responsabilidade na execução penal, uma vez que a criminalidade não é apenas problema de Estado, mas um problema de todos. Então, é preciso que a sociedade, por meio do serviço social, acolha os ex-presidiários sem discriminação, proporcionando-lhes meios que possam contribuir para o reestabelecimento da vida em sociedade, por meio, especialmente, do trabalho, evitando, assim, a exclusão daqueles que já sofreram com os estereótipos impostos pela sociedade, antes mesmo do encarceramento (PARENTE, 2018). Assim, antes de se reinserir o delinquente ao meio social, deve-se, também, reeducar a sociedade, já que não será produtivo o esforço unilateral de pretender modificar o delinquente sem que a sociedade modifique seus conceitos e reformule a premissa de exclusão e classificação do criminoso. (BARATTA, 1999).

## CONCLUSÃO

Desde os primórdios da civilização humana os indivíduos se reúnem em grupos por uma questão de sobrevivência, já que nos tempos primitivos não havia a presença do Estado para prestar assistência, proteção e segurança aos indivíduos. Nesse compasso, o crime e o criminoso sempre estiveram presentes na sociedade e, portanto, viu-se necessário a organização das sociedades civilizatórias para que fosse possível a convivência social pacífica entre os indivíduos. Em outras palavras, sentiu-se a necessidade de estabelecer regras que deveriam ser seguidas por todos, já que não havia a presença do Estado para prestar assistência, proteção, segurança e garantir a efetividade de direitos aos indivíduos.

A partir desse conceito, busca-se compreender a origem do crime, na medida em que se questiona acerca dos fatores que impulsionam uma conduta criminosa ou que podem contribuir para o surgimento do criminoso. Nesse compasso, surgem várias teorias com o intuito de justificar tal conduta, já que o crime sempre foi alvo de discussões entre os indivíduos que constituem (iram) a sociedade e, é por meio dessa questão que surgiu o primeiro capítulo do trabalho, com o intuito de demonstrar a origem do Direito Penal no mundo e, especialmente, no Brasil, para que fosse possível compreender a organização punitiva das civilizações desde os tempos primitivos. Também, buscou demonstrar as duas principais escolas da Criminologia, com o intuito de compreender suas teorias sobre o crime e o criminoso.

Nesse passo, a partir dos estudos realizados acerca da origem do Direito Penal, observou-se sua importância para estabelecer a ordem social e evitar a opressão em face das classes dominantes, pois impõe um poder estatal de definir os atos considerados crimes e os métodos de punição, dispostos a todos os indivíduos que compõem a sociedade e não somente a determinados grupos de pessoas, eliminando, assim, a vingança privada, ou punições impostas, por meio de hábitos sociais, entre os indivíduos que compõem a sociedade. Também, objetivou-se compreender as influências e contribuições da ciência criminológica em busca de uma conceituação de crime e criminoso e os fatores, ou características, que ensejam a prática de ilícitos, além da procura incessante de solucionar ou combater a criminalidade, especialmente

com as teorias propostas por suas duas principais escolas, quais sejam: escola Positiva e escola Clássica.

O segundo capítulo do presente trabalho deteve-se no estudo do crime correlacionado com o Estado e a sociedade, ou seja, objetivou analisar o crime sob a perspectiva das falsas promessas do Estado do Bem-Estar Social, a partir das mudanças estruturais oriundas com a pós-modernidade, relacionando as deficiências visíveis do Estado, na aplicabilidade de suas normas e fundamentos, com o crescente aumento dos índices de criminalidade no Brasil. Nesse passo, a pesquisa analisou as condições degradantes e desumanas do atual sistema carcerário brasileiro, além da inaplicabilidade dos direitos fundamentais sociais aos reclusos, e, conseqüentemente, a violação da dignidade da pessoa humana. Ainda, investigou-se os estereótipos impostos pelo Estado e a sociedade, aos indivíduos e, principalmente, ao ex-presidiário, criando um círculo viciante que impossibilita os fundamentos da pena, por meio, inclusive, da crescente influência da mídia.

Diante disso, a pesquisa monográfica se desenvolveu conforme proposto no texto introdutório deste trabalho, obtendo êxito a partir de análises documentais e bibliográficas efetuadas por meio de obras doutrinárias, dados estatísticos e legislações pertinentes ao tema. Direcionou-se a partir do objetivo geral deste trabalho, qual seja: o estudo dos fatores sociais que contribuem (iram) para a prática de um crime, analisando, especificamente, a questão histórica da evolução da sociedade, a partir da institucionalização do Direito Penal no Brasil, observando se as leis aplicadas pelo Estado coincidem com a teoria e sua (in) eficácia na prevenção e reintegração do delinquente no meio social, assim como a percepção da sociedade e aceitação em seu meio.

Nesse contexto, por meio da construção teórica fundada a partir do problema geral e, buscando atingir os objetivos específicos do presente trabalho monográfico, objetivou-se responder o seguinte problema: em que medida há a interferência do meio social no agir do delinquente, como fator complementar para a prática de crimes, em vista às transformações ocorridas na sociedade brasileira desde a estruturação do CP no Brasil?

Assim, a partir do desenvolvimento do presente trabalho, tem-se a confirmação (em parte) das hipóteses levantadas inicialmente, ou seja, observa-se que a sociedade é a principal responsável pela criminalidade existente, ou seja, as condutas (boas ou ruins) dos indivíduos dependerá do contexto social em que estiverem

inseridos, levando-se em consideração não somente as desigualdades econômicas, mas principalmente as desigualdades sociais e morais. Daí porque refuta-se a ideia de que os criminosos possuem características criminológicas natas (psicológicas e biológicas) que os diferencia dos indivíduos considerados normais.

Nesse passo, foi possível observar que o Direito Penal sempre esteve presente nas relações sociais, desde os primórdios da civilização, sendo de extrema importância o seu estabelecimento, pois o indivíduo necessita de regras básicas que visem o controle humano para que seja possível a pacificação social. Também se constatou que todos os períodos civilizatórios que constituíram o Direito Penal foram importantes para a construção do Direito Penal atual, especialmente o brasileiro, já que seus fundamentos penais são resultados da colaboração das várias organizações sociais que constituíram a história da humanidade.

Por outro lado, viu-se que a Criminologia, como ciência, contribuiu significativamente para a construção explicativa do crime e do criminoso, por meio do estudo dos múltiplos fatores que contribuem com a criminalidade e/ou caracterizam o infrator, dependendo os fundamentos que cada escola criminológica se direciona e, a partir disso, busca-se meios alternativos para resolver o problema da criminalidade.

Por fim, conclui-se, a partir das análises expostas no presente trabalho monográfico, que a criminalidade no Brasil é o resultado de um Estado que se encontra em crise, resultado dos vários fatores que abalaram a sociedade contemporânea, dificultando ou impossibilitando a efetividade dos fundamentos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais sociais, já que essa era pós-moderna resultou em mudanças estruturais nas questões que geram a nação brasileira, impossibilitando a eficácia dos fundamentos impostos pelo EBES.

Entre os vários fatores que demonstram a deficiência do Estado, encontra-se o sistema carcerário brasileiro, considerado um modelo defasado, degradante e desumano, que opera por meio de premissas desconectadas das mais basilares normas constitucionais, uma vez que os detentos sofrem diariamente com as más condições de vida que lhes são oferecidas, impedindo, assim, a concretização dos fundamentos da pena e, contribuindo, gradativamente, com a violação da dignidade da pessoa humana.

A partir dessa crise que se encontra presente na sociedade brasileira, viabilizando as desigualdades sociais, morais e econômicas, e, conseqüentemente, a imposição de estereótipos, principalmente por influência da mídia, que pode ser

considerada como um quarto poder constituinte pois influência as questões que regem o controle da nação, tem-se a criminalidade como resultado do contexto social em que o indivíduo infrator está inserido.

Assim, observa-se que a sociedade pós-moderna está em crise, já que os avanços tecnológicos e industriais trouxeram para os indivíduos uma sensação de cansaço. E, nesse contexto, surgem as necessidades supérfluas que fazem do indivíduo escravo do consumo, influenciado, principalmente, pela mídia. Essa era consumista impõe, além de pré-conceitos aos indivíduos, quesitos que devem ser preenchidos pelos indivíduos que sentem a necessidade de pertença a determinados grupos sociais, entretanto, quando não conseguem serem inseridos nesses grupos sociais o meio criminológico surge oportunizando todo o status não adquirido pelo indivíduo no meio social.

Nesse compasso, a criminalidade torna-se um ciclo constante, pois o indivíduo inserido no mundo do crime sofre com o status de presidiário ou ex-presidiário imposto pela sociedade e, especialmente pelo Estado, por meio de estereótipos que dificultam a reinserção e o reestabelecimento do indivíduo ao meio social. É por essa razão que se pode aventar a máxima de que a sociedade tem o crime que ela mesmo produz, na medida em que se vive numa era individualista e preconceituosa. Então, é dever da sociedade resolver o problema da criminalidade, que só (re) existe em decorrência dos fatores sociais, morais, econômicos e políticos impostos pela própria sociedade, já que o Estado é uma construção social.

Assim, observa-se que a política de segurança de “acabar com o crime”, baseada no clamor social da sociedade por segurança e justiça está desalinhada da preocupação em compreender a origem do crime e resolver as questões que ensejam o “gatilho” das infrações penais, já que a sociedade e o Estado buscam resolver o crime punindo e eliminando os infratores. Esse processo cíclico termina por acarretar uma regressão social. É preciso repensar o contexto cultural que se está construindo, direcionando-se em um viés humanitário, quebrando os paradigmas do preconceito e individualismo, pois o convívio social é essencial para a constituição da vida humana.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Luana Rambo; NASCIMENTO, Lizandra Andrade. A Prisão Como Instituição Total: um debate oportuno sobre o processo de aniquilamento e mutilamento da identidade da pessoa privada de liberdade. *In*: MARQUES, Aline Damian; SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; SILVA, Roberta Herter da (Orgs.). **A Humanidade, o Direito e seus (novos) Caminhos**. Curitiba: CRV, 2015.
- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Execução Penal e o Mito da Ressocialização**: disfunções da pena privativa de liberdade. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. Postmodernity and its Discontents. *In*: GAMA, Mauro; GAMA, Cláudia Martinelli (trads.). **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorde Zahar Editor, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONACCORSO, Norma Sueli. Criminalidade moderna *versus* criminalidade de massa (III). *In*: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.). et. al. **Criminologia e os Problemas da Atualidade**. São Paulo: Atlas S.A, 2008.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral – Tomo I: introdução, norma penal, fato punível. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e adap. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Fundação Getulio Vargas, 2005.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

COPETTI, André. Os Direitos Humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado Democrático de Direito. COPETTI, André (Org.). **Criminalidade Moderna e Reformas Penais**: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

COSTA, Ademar Antunes da. O Sistema Prisional no Novo Paradigma de Segurança Pública: a Ressocialização Como Pressuposto Para o Enfrentamento da Alienação Social e Garantia dos Direitos de Cidadania. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Orgs.). **Direito e Políticas Públicas VI**. Curitiba: Multideia, 2011.

COSTA JR., Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. **Direitos Sociais no Brasil**: desafios e mecanismos para a sua concretização. Curitiba: Juruá, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. A Atualidade do Estado de Bem-Estar Social. *In*: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no Capitalismo Contemporâneo. *In*: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). **Welfare State**: os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social. São Paulo: LTr, 2019.

ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAUER, Gabriel José Chittó; NETO, Alfredo Cataldo; LAZZARON, Leandra Regina. Juventude, contemporaneidade e comportamento agressivo. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Direito Penal e Hermenêutica**: uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

LIMA, Cauê Nogueira de. A delinquência juvenil sob o enfoque criminológico. *In*: SÁ, Alvinho Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.). et. al. **Criminologia e os Problemas da Atualidade**. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

LOMBROSO, Cesare. Uomo Delinquente. *In*: ROQUE, Sebastião José (trad.). **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002.

MARTINS, Jilia Diane. **A Condição do Encarcerado no Sistema Prisional: biopolítica e desenvolvimento como liberdades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 6. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto de Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NOVA, Sebastião Vila. **Introdução à Sociologia**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Cláudio Passos de (Coord.). et. al. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: IPEA, 2015.

PARENTE, Fernando. **Ressocialização: você também é responsável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PENTEADO FILHO; Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Daniel Sarmento; ALMEIDA, Magalia Gloger dos Santos. A Observância do Estado Democrático em Relevância aos Direitos Sociais. *In*: MARQUES, Aline Damian; SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; SILVA, Roberta Herter da (Orgs.). **A Humanidade, o Direito e seus (novos) Caminhos**. Curitiba: CRV, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. *In*: LEITE, George Salomão (Coord.) **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em**

torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Thandara (Org.). et. al. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SEGARRA, Gabriela. **A Utopia da Ressocialização Ante as Mazelas do Sistema Carcerário**: um olhar da criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, André Luiz Augusto da. **Retribuição e História**: para uma crítica ao sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIMÕES, Carlos. **Teoria e Crítica dos Direitos Sociais**: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cortez, 2013.

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante o Ativismo Judicial. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Orgs.). **Direito e Políticas Públicas VII**. Curitiba: Multideia, 2012.

THOMPSON, Augusto. **Quem São Os Criminosos?** O crime e o criminoso: Entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.