



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

BIBIANA PASCHOALINO BARBOSA

**UMA CRÍTICA AOS MAUS ANTECEDENTES E À
REINCIDÊNCIA COMO MEIOS LEGAIS DE
ETIQUETAMENTO SOCIAL E EXCLUSÃO**

Jacarezinho/PR 2023

BIBIANA PASCHOALINO BARBOSA

**UMA CRÍTICA AOS MAUS ANTECEDENTES E À
REINCIDÊNCIA COMO MEIOS LEGAIS DE
ETIQUETAMENTO SOCIAL E EXCLUSÃO**

Dissertação apresentada à Universidade Estadual do Norte do Paraná, para obtenção do título de Mestra em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Direito e Vulnerabilidades)

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak.

Jacarezinho/PR 2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Barbosa, Bibiana Paschoalino

Uma crítica aos maus antecedentes e à reincidência como meios legais de etiquetamento social e exclusão / Bibiana Paschoalino Barbosa. – Jacarezinho, 2023.
156 p.

Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, CCSA-CJ, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak.

TERMO DE APROVAÇÃO DE DEFESA

BIBIANA PASCHOALINO BARBOSA

UMA CRÍTICA À PERPETUIDADE DOS MAUS ANTECEDENTES E À REINCIDÊNCIA COMO MEIOS LEGAIS DE ETIQUETAMENTO SOCIAL E EXCLUSÃO DAS MINORIAS

Este documento de dissertação foi julgado adequado no exame de qualificação para a obtenção do grau de Mestra em Ciência Jurídica e aprovada pela Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

BANCA EXAMINADORA

PROF. DR. LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK (ORIENTADOR)

PROF. DR. LUIZ GERALDO DO CARMO GOMES

PROF^a. DR^a. BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Jacarezinho, 03 de março de 2023.

Dedico a presente pesquisa em memória ao meu primeiro e eterno professor, meu avô, Oswaldo Paschoalino que tanto me ensinou e que mesmo após sua morte se faz presente em pensamento durante toda jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Mais um ciclo se encerra e como quase tudo nessa vida, outros se iniciam. Esta é a materialização de muito mais do que dois anos de estudo, dedicação, crescimento pessoal e intelectual, é, acima de tudo, a prova de que eu consegui. Foram anos de estudos desde a graduação até aqui, uma grande caminhada que não termina neste momento, mas que faz parte de algo muito maior.

Em que pese meus esforços estaria mentindo ao dizer que consegui chegar neste ponto sozinha, afinal, nós nunca estamos realmente sozinhos. De grandes à sutis influências, de longas conversas à singelos sorrisos, de pequenos à grandes gestos de companheirismo e amizade, entre um abraço apertado e uma videochamada esse trabalho foi construído.

Sãos a todos que de alguma forma fizeram parte desse momento que eu deixo meus sinceros agradecimentos. Inicio não pelas formalidades institucionais, mas por aqueles que proporcionaram não apenas um aprendizado acadêmico, mas sim de empatia, de resiliência de amizade, possibilitando a construção de um ambiente de estudo mais leve e agradável.

Agradeço primeiramente ao meu maior companheiro e incentivador, meu eterno amigo que tenho a honra de chamar de marido, você não me deixou desistir mesmo diante das adversidades, você me encoraja a seguir sempre em busca dos meus sonhos e em prol da minha carreira, obrigada por fazer parte deste momento. Aos meus irmãos, pelas palavras de estímulo e apoio em meio as madrugadas e finais de semana de estudos.

Agradeço aos meus amigos da Turma 18 por toda parceria, palavras de força e incentivo que trocamos ao longo desse mestrado, por termos dividido nossas experiências de vida acadêmica, profissional e também pessoal. Sou grata por nos unirmos de um modo único, mesmo em meio a uma pandemia que não nos permitiu o contato presencial, mas que tenho certeza que fortaleceu ainda mais nossa amizade.

Passo aos agradecimentos de cunho acadêmico institucional, mas que também possuem sua própria importância. Agradeço ao meu orientador, professor de longa data em minha jornada, por proporcionar uma escrita livre de pressões, pelo aceite das proposições encaminhadas e pelos direcionamentos necessários. Ainda agradeço a outro professor do período da graduação, Prof. Renato Bernardi, por me dar a valiosa oportunidade de iniciar a carreira acadêmica lecionando ao seu lado a matéria de Direito Tributário aos alunos do 5º ano da graduação na UENP bem como nas substituições em matéria Processual Penal, os aprendizados em sala de aula ficarão guardados para sempre em minha memória.

BARBOSA, Bibiana Paschoalino. **Uma crítica aos maus antecedentes e à reincidência como meios legais de etiquetamento social e exclusão.** Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2023, 156f.

RESUMO

O objetivo da pesquisa é a abordagem crítica da utilização perpétua dos maus antecedentes e da reincidência como meios legais de discriminação, à luz da Teoria do Etiquetamento Social (*Labeling Approach*), demonstrando a influência gerada pela utilização dessas majorantes no cometimento de novos delitos. Para tanto, buscou-se mecanismos aptos a compelir o rótulo imposto pelo Estado a fim de que se tenha a aplicação de um direito penal humano e não seletivo. O problema central repousa exatamente na responsabilidade estatal na formação do criminoso quando se utiliza da legislação, aplicação dos maus antecedentes de maneira perpétua e da reincidência, para etiquetar e marginalizar indivíduos aumentando assim a exclusão social, promovendo um ciclo criminoso legítimo à manutenção do poder por parte das classes dominantes em uma estrutura vertical de sociedade. Especificamente, serão evidenciadas as formas como o sistema penal se torna excludente, bem como a própria sociedade se aloca geograficamente e economicamente perpetuando a ideia de “nós” e “eles”; foi abordado as teorias justificantes da pena sob um olhar crítico de efetividade que posteriormente servirá de base para compreensão da dosimetria da pena elegida pelo Código Penal brasileiro, explicitando os momentos e consequências da aplicação dos maus antecedentes e da reincidência, para que então, buscando firmar hipóteses legítimas, mas não finitas sobre o problema do etiquetamento social legalizado, se compreenda os riscos de uma legislação aberta sobre o tema. Toda essa estrutura foi dividida em quatro capítulos, cujo método utilizado foi o hipotético-dedutivo aliado às pesquisas quantitativas promovidas por instituições oficiais comparando-as com bibliografias jurídicas e pesquisas científicas sobre Direito Penal e aplicação da pena, bem como sobre filosofia, sociologia e criminologia, reafirmando o caráter interdisciplinar da pesquisa, confrontados com decisões judiciais. Após o aporte teórico, referencial estatístico e prático, a pesquisa pode concluir que a forma está prevista atualmente na legislação penal, os institutos da reincidência e dos maus antecedentes são e devem ser considerados meios legais de etiquetamento social, passíveis de perpetuar a escala vertical de poder e segregar os sujeitos considerados inimigos do povo, sem abandonar a ideia arcaica de retributividade e vingança privada. Sugerindo, a partir de tal inferência, três hipóteses de minimização do problema; mais drasticamente a extirpação do ordenamento jurídico dos institutos da reincidência e maus antecedentes, de forma mediana, a aplicação de um período depurador para os maus antecedentes, ou ainda, a unificação dos institutos como circunstâncias judiciais a serem analisadas apenas na formulação da pena-base.

PALAVRAS-CHAVE: Etiquetamento social; Exclusão social; Maus antecedentes; Reincidência; Pena perpétua.

BARBOSA, Bibiana Paschoalino. **Uma crítica aos maus antecedentes e à reincidência como meios legais de etiquetamento social e exclusão**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2023, 156f.

ABSTRACT

The objective of the research is the critical approach of the perpetual use of bad antecedents and of recidivism as legal means of discrimination, in the light of the Theory of Social Labeling (Labeling Approach), demonstrating the influence generated by the use of these increases in the commission of new crimes. To do so, it sought mechanisms capable of enforcing the label imposed by the State in order to have the application of a human and non-selective criminal law. The central problem lies precisely in the state's responsibility in the formation of the criminal when using legislation, application of bad antecedents in a perpetual way and recidivism, to label and marginalize individuals, thus increasing social exclusion, promoting a legitimate criminal cycle the maintenance of power by part of the ruling classes in a vertical structure of society. Specifically, the ways in which the penal system becomes excluding will be highlighted, as well as how society itself is geographically and economically allocated, perpetuating the idea of “us” and “them”; we will approach the justifying theories of the penalty under a critical view of effectiveness that will later serve as a basis for understanding the dosimetry of the penalty chosen by the Brazilian Penal Code, explaining the moments and consequences of the application of bad antecedents and recidivism, so that, then, seeking to establish hypotheses legitimate but not finite issues on the problem of legalized social labeling, let us understand the risks of open legislation on the subject. This entire structure was divided into four chapters whose method used was the hypothetical-deductive method combined with quantitative research promoted by official institutions, comparing them with legal bibliographies and scientific research on Criminal Law and application of the penalty, as well as on philosophy, sociology and criminology, reaffirming the interdisciplinary character of the research, faced with judicial decisions. After the theoretical, statistical and practical reference, the research can conclude that the form is currently provided for in criminal legislation, the institutes of recidivism and bad antecedents are and should be considered legal means of social labeling, capable of perpetuating the vertical scale of power and segregate subjects considered enemies of the people, without abandoning the archaic idea of retribution and private revenge. Suggesting, from such inference, three hypotheses to minimize the problem; more drastically the extirpation of the legal system of the institutes of recidivism and bad antecedents, in a median way, the application of a purifying period for the bad antecedents, or even, the unification of the institutes as judicial circumstances to be analyzed only in the formulation of the base sentence.

KEYWORDS: Social tagging; Social exclusion; Bad background; Recidivism; Perpetual penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O SISTEMA PENAL EXCLUDENTE.....	13
1.1 As formas de exclusão.....	18
1.2 Quem são os excluídos?.....	26
1.3 As promessas não cumpridas.....	35
1.4 Exclusão social ou inclusão marginal.....	40
2 DOS LIMITES DA SANÇÃO PENAL.....	44
2.1 Fundamentos da pena.....	48
2.1.1 Teorias absolutas.....	50
2.1.2 Teorias relativas.....	54
2.1.3 Teoria mista.....	68
2.1.4 Reflexões críticas às teorias clássicas.....	70
2.2 Sistema garantista de aplicação da sanção penal.....	73
3 REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES:ANÁLISE CRIMINOLÓGICA.....	78
3.1 Conceito, aplicações e efeitos penais da reincidência e dos maus antecedentes.....	84
3.2 Fundamentos da aplicação da reincidência e maus antecedentes.....	90
3.3 A perpetuidade e a temporariedade.....	97
3.4 Direito penal do autor versus direito penal do fato.....	104
3.5 A teoria do etiquetamento social.....	108
4 O ETIQUETAMENTO SOCIAL LEGALIZADO	115
4.1 O descaso legislativo e consequências judiciais.....	119
4.2 A inconstitucionalidade da aplicação.....	125
4.3 Maus antecedentes e reincidência como estigmas sociais.....	130
4.4 Moderações dos efeitos da reincidência e maus antecedentes.....	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de ser instrumento de reflexão, servir de base para outros estudos, bem como corroborar na elaboração de teses na prática da advocacia criminal defensiva, para construção de um raciocínio sobre o tema de forma não apenas legislativa, mas crítico-criminológica.

Deste modo, o problema de pesquisa se materializa na seguinte pergunta: seriam os institutos dos maus antecedentes e da reincidência, meios legais do estado promover a exclusão de minorias e a perpetuação do crime? A partir desse problema, o objetivo, de modo mais específico, é analisar as consequências sociais quando o Estado etiqueta e marginaliza os egressos fazendo uso da legislação penal com a aplicação dos maus antecedentes de maneira perpétua e da reincidência, aumentando assim a exclusão social e potencializando um ciclo criminoso.

Para tanto, o estudo estreitará laços entre Direito e Criminologia, garantindo assim, a interdisciplinaridade da ciência jurídica. A dissertação trará uma visão crítica do uso perpétuo dos maus antecedentes e da aplicação da reincidência sob a perspectiva da Teoria do Etiquetamento Social (*Labeling Approach*) e seus reflexos na sociedade; a fim de fundamentar o grave erro estatal em rotular um indivíduo por toda sua vida aplicando de maneira desenfreada e desmedida os maus antecedentes e a reincidência como meio de majoração da pena dando origem a um etiquetamento social legalizado.

O trabalho levantará questionamentos sobre o problema instalado em lembrar a sociedade de crimes anteriores que o réu cometeu e a consequência não apenas pessoal para o sujeito que está sendo processado, mas as influências dessa lembrança em seus familiares e em toda sociedade, vez que o sistema não proporciona as exigências legais necessárias para efetivação de direitos fundamentais do indivíduo se institui um sistema punitivista vingativo, passando a analisar o direito penal do autor e não do fato, mitigando direitos quando conveniente à manutenção da estrutura vertical de poder.

O tema pesquisado se torna relevante, pois a relação existente em crime, criminoso e sociedade é de fundamental importância para saber onde estivemos, onde estamos e onde estaremos a nível de evolução legislativa e de formulação do conhecimento sobre o prisma da criminalização e suas consequências, ao compreender que “mau” não se torna “bom” porque é justo ou legalizado. Deste modo, analisar a possibilidade de a imposição de uma pena causar um mal passível de gerar um ciclo de violência é estruturar a teoria a partir de dados científicos

sobre a realidade do sistema penal vigente no Brasil, para que então, ao localizar os problemas de reiteração delitiva, se possa compreender novas perspectivas de solução ao problema criminal, haja vista que os atuais não se mostram suficientes.

Dito isso, o estudo questionará a eficácia da perpetuidade dos maus antecedentes e a constitucionalidade deste, bem como da reincidência, como meio de coibir e prevenir a nova prática de fato criminoso pelo indivíduo e pela sociedade, uma vez que o sentimento de revolta e frustração disseminado com sua utilização é a força motriz que leva à reiteração delitiva e a seletividade social.

O problema abordado encontra respaldo na responsabilidade estatal na formação do criminoso quando se utiliza da legislação, no tocante a aplicação perpétua dos maus antecedentes e da reincidência, para etiquetar e marginalizar indivíduos aumentando assim a exclusão social, fomentando a existência de um ciclo criminoso.

A metodologia empregada foi o método hipotético-dedutivo partindo de uma revisão bibliográfica sobre o tema, com intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões propostas. As referências passaram por uma seleção de obras e pesquisas científicas de Direito Penal, Sociologia, Filosofia e Criminologia, bem como posicionamento dos Tribunais Superiores e de dados oriundos de pesquisas empíricas preexistentes sobre o sistema carcerário brasileiro exercendo assim, o falseamento das ideias propostas. Como forma de cumprir os objetivos mencionados, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo abordou o sistema penal excludente, perpassando pelas formas de exclusão social não apenas pelo próprio sistema, mas a realizada pela própria sociedade, que também é influenciada pelo sistema penal e pela mídia, de modo que foi analisado a criminalidade oriunda da forma de estruturação econômica e geográfica social.

Partindo dos conceitos bases desenvolvidos no primeiro capítulo, evoluindo na pesquisa, o segundo capítulo tratou de forma crítica os limites da sanção penal delimitando as teorias que justificam a aplicação da pena, desde as retributivas, utilitaristas, bem como a garantista. Foi ponderada a sua aplicabilidade de acordo com o sistema penal que temos em vigor no Brasil bem como, avaliou a efetividade das justificações do “por que punir?” e do “para que punir?”.

Correlacionando as ideias críticas apontadas, o terceiro capítulo adentrou mais profundamente no tema central da pesquisa. Foi evidenciado, após uma análise macro do sistema penal excludente, a forma como o Estado promove a exclusão social a partir da utilização dos institutos dos maus antecedentes e da reincidência, sendo eles analisados a partir

de uma perspectiva técnico-legislativa e posteriormente criminológica com a teoria do *labeling approach*. Para tanto foram definidos e fundamentados os institutos existentes no código penal, sopesando suas semelhanças e diferenças com ênfase à questão temporal de aplicação e incidência, para que então se possa compreender como os institutos se relacionam com a teoria do etiquetamento social.

O quarto e último capítulo apresentou um apanhado geral das micro conclusões anteriores para compreender a responsabilidade estatal frente ao problema da exclusão gerada pela aplicação dos maus antecedentes e da reincidência, de modo a evidenciar o descaso legislativo e as consequências judiciais dos institutos, comprovando o estigma gerado e suas afetações pessoais e sociais, trazendo elementos qualitativos e quantitativos de pesquisas empíricas preexistentes. Ademais, demonstrou-se um contraponto constitucional principiológico sobre a sua disposição legal e o modo como é aplicado, para que então possa chegar a algumas ponderações e alterações em suas aplicações.

Seria constitucional a aplicação dos maus antecedentes e da reincidência? Os danos causados a partir da aplicação de uma pena estariam adstritos apenas a pessoa do condenado? O sistema de justiça criminal brasileiro se presta aos fins que almeja ou utiliza da teoria apenas como fachada legitimadora para um direito penal autoritário e excludente? Esses são alguns dos questionamentos que a pesquisa buscou permear em seu curso.

1 O SISTEMA PENAL EXCLUDENTE

Para contextualizar os reflexos da perpetuidade dos maus antecedentes e da aplicação da reincidência é necessário primeiro entender o conceito de exclusão. Entretanto, como se pode definir exclusão? Basicamente, no que se refere à gramática, segundo Dicionário Aurélio de Português (n.p) é a “ser incompatível com. Eliminar. Pôr fora; expulsar. Retirar, eliminar. Isentar-se”

Percebe-se que o próprio dicionário já traz preceitos que serão alvo de abordagem no contexto do sistema penal, como a exclusão social, política e financeira. De fato, o conceito de exclusão é comum quando relacionado ao estudo das ciências sociais e políticas para promover o entendimento de uma situação prejudicial a uma determinada pessoa ou grupo de indivíduos.

A ideia central de exclusão vai muito além do que se pode perceber de modo fático, explícito e direto no contexto analisado, mas também depende de condições, por vezes, implícitas dentro de um sistema, o que dificulta sua percepção sem uma análise aprofundada dos reais impactos que interferem no progresso de determinados integrantes de um grupo social.

Para Jean-Jacques Rousseau (1755, p. 12-13) a desigualdade entre os homens é dividida entre natural ou física e moral ou política. A primeira é determinada pelas diferenças de idade, saúde, forças do corpo e qualidades do espírito; a segunda, por sua vez, depende do que o autor chama de uma convenção que é pré-estabelecida pelos homens, ou seja, uma estrutura organizacional criada pela própria sociedade, com isso, essa forma de desigualdade fornece privilégios, status às custas de outros, como exemplo o status gerado pela aquisição de bens materiais e valores monetários.

Desse modo, a exclusão pode se apresentar perante uma sociedade sob vários aspectos e formas, os sujeitos considerados desiguais, os são não apenas fisicamente, geograficamente, materialmente, comercialmente e patrimonialmente, há que se mencionar também a segregação cultural. Por óbvio que se está tratando aqui de aspectos introdutórios, sendo necessário portanto, na medida em que a escrita se revela, a contextualização da exclusão segundo espaço e tempo a que a pesquisa se refere.

O que não se pode ignorar é o fato de que, diante das inúmeras formas de se apresentar, a exclusão acaba por sofrer um processo de naturalização pelos próprios meios em que é empregada, passando a ser aceita nos mais diversos níveis, sejam eles individuais ou coletivos, caracterizando assim uma violência simbólica na vida dos sujeitos segregados (WANDERLEY, 2001, p. 20-21).

Pierre Bourdieu (1996, p. 268-270) explica a naturalização da exclusão como violência simbólica ao contextualizar que a sociedade não age utilizando-se de uma consciência plena, mas sim como o que ele chama de *doxa* – coisas que as pessoas aceitam sem saber – que se aplica por intermédio de uma ideologia de classes dominantes, ou seja, a partir de práticas e mecanismos habituais, rotineiros. De modo que, aqueles que sofrem a exclusão, estão acostumados a vivenciar a opressão e passam a internalizar o que lhes é transmitido, acreditando que realmente não são dignos, capazes ou merecedores “quanto mais aceitam sua própria exclusão, mais acreditam que são burros [...]”. O autor salienta que não se pode generalizar, afinal, não será tolerada toda e qualquer situação vivida, mas há uma maior flexibilização de determinadas condutas excludentes quando elas saem do *status* de repressão e passam a apresentar *status* de normalidade.

Compreender a ideia de internalização da exclusão e perpetuação da situação de excluído é de fundamental importância para, mais adiante, analisar a utilização dos institutos majorantes de pena, mais especificamente, os maus antecedentes e a reincidência, como legitimadores da segregação penal, seus impactos na vida do indivíduo, bem como no contexto social em que está inserido.

Analisar a temática da exclusão, sob a perspectiva de Jock Young (2002, p. 15), é partir da observação feita pelo autor do período de transição entre os “anos dourados do pós-guerra e o período de crise a partir do final dos anos 60” no mundo ocidental, ou seja, a transição da modernidade para a modernidade recente. Jock Young (2020, p. 18-19) delimita que durante os “anos dourados” (Hobbesbawn) a sociedade poderia ser considerada como sendo inclusiva, ao ponto de que os próprios comentaristas, desse período, não se queixavam da criminalidade, mas sim sobre aspectos de conformidade e aceitação, pois os valores centrais daquela sociedade estavam pautados no trabalho e na família, sendo aceitas todas as classes como uma (operários, mulheres, imigrantes e jovens).

Essa inclusão ocorreu em decorrência da “incorporação crescente da população à plena cidadania” (YOUNG, 2002, p. 19), o que significa dizer que todos tiveram acesso à direitos legais, políticos e sociais, como por exemplo, emprego, salários, habitação, saúde e educação. O autor esclarece ainda que tais constatações se dão de modo generalizado, não podendo ignorar o fato de que ainda existia pobreza e que os empregos disponíveis eram destinados aos homens. O destaque para essa inclusão é que, neste período, a sociedade como um todo atuava em prol de uma política consensual mais inclusiva que exclusiva.

Até mesmo o considerado desviante, não era enxergado como inimigo, mas sim como aquele que necessitava de amparo, auxílio para ser “socializado, reabilitado, curado [...]” (YOUNG, 2002, p. 21). Auxílio este não apenas promovido pelos membros da sociedade, mas pelo próprio Estado do bem-estar social que deveria incluí-lo na sociedade. Os delinquentes efetivamente pagam sua dívida com a sociedade e devem, posteriormente, ser reintegrados ao status social, o vício é tratado como doença e a cura é promovida, a sociedade de fato dá boas-vindas a quem a ela retorna.

Em que pese esse status de sociedade inclusiva dos “anos dourados”, a modernidade recente altera esse panorama trazido por Jock Young. Segundo o autor, o processo de exclusão se deu em duas frentes, em um primeiro momento houve a transformação e separação do mercado de trabalho, o que aumentou a taxa de desemprego e, posteriormente, a exclusão a partir da tentativa de combater os índices de criminalidade advindas do novo modelo social excludente, ou seja, de práticas individualistas por parte dos sujeitos, o que não se vislumbrava no período compreendido como “anos dourados”.

A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para uma que separa e exclui. (YOUNG, 2002, p. 23)

A evolução aconteceu por meio da crise, e os parâmetros iniciais de que o trabalho e a família seriam suficientes para manter a sociedade em seu status inclusivo, não se manteve ao passar do tempo, a crise econômica revelou o individualismo que estava escondido entre as falas transformadoras daqueles que compreendiam o outro não como inimigo, mas como sujeito passível de transformação. A barreira de contenção aos problemas gerados pela desigualdade social, a meritocracia, a riqueza familiar e a desigualdade de gênero, não resistiram ao estremecer coletivo; o que não significa dizer que essas tensões não existiam antes da modernidade recente, a diferença é que antes elas não eram suficientes para romper o parâmetro de inclusão.

A partir dessa ruptura social inclusiva para excludente, necessário se faz contextualizar a exclusão no sistema penal por intermédio da análise da influência do sistema no processo de exclusão dos indivíduos pertencentes a uma sociedade e como a mesma sociedade absorve os preceitos excludentes do sistema perpetuando a marginalização e segregação de determinados indivíduos.

Neste sentido, estudar a ideia de criação de um comportamento considerado desviante é a base para posteriormente examinar a reação social ante ao desvio. Antes mesmo da definição por instâncias oficiais de controle, temos a definição de desvio criada pelo senso comum, pois é ela quem rege o convívio em sociedade antes que as instâncias oficiais cheguem a ter ciência do ocorrido.

Afinal, o que é o senso comum e como ele é formado? Parte-se da ideia de geral de conclusões rotineiras, que, por vezes, são transmitidas pelas gerações, podendo se tornar uma doutrina inquestionável, segundo a credence popular. De acordo com Marilena Chaui (2006, p. 216-218) o senso comum possui características próprias, quais sejam: é subjetivo, pois diz respeito a conceito pessoal ou de determinado grupos; gera uma percepção qualitativa das coisas; é agrupado ou seccionado diante de fatos que se assemelham ou se diferem; é individualizador, pois afeta a cada um de um modo diferente; ao mesmo tempo em que também é considerado generalizador, pois agrupa a opinião de casos semelhantes e com isso estabelece relação de causa e efeito aos fatos; a repetição não causa estranheza, a contra senso é vista a eventualidade dos fatos e por não se embasar na ciência, a enxerga como magia; projeta o medo pelo desconhecido, pois o que lhe embasa é a habitualidade.

Deste modo, o senso comum é formado a partir de premissas individuais, que podem ou não ser partilhadas por outros, a partir da própria percepção do cotidiano, o que leva a uma conclusão sobre um fato e cria uma classificação para o mesmo. Segundo essa classificação, o comportamento daquele indivíduo, e dos demais, pode ser afetado a partir da prática da exclusão; ao passo que a individualização do pensamento se torna geral quando perpetuado para os demais e reafirmado pela habitualidade da ocorrência daquele determinado fato que gera um resultado, sem levar em consideração a ciência como meio eficaz de aferição da conclusão gerada após sua percepção.

Esse é o mecanismo utilizado para definição de desvio pela sociedade, segundo Kitsuse (1962, p. 248, apud BARATTA, 2020, p. 94-95) o desvio é construído a partir da interpretação valorativa que alguns sujeitos, pertencentes a uma determinada classe, dão a um comportamento, definindo, após isso, uma pessoa que age de tal modo como pertencente de uma comunidade desviante, propondo, a partir de então, um tratamento apropriado para esta pessoa e aquelas que praticarem a conduta definida anteriormente como desvio. Assim, observa-se, segundo os fenomenólogos, que o que define o desvio não é um comportamento específico, mas a forma como esse comportamento é interpretado por uma classe de pessoas,

podendo ser ou não considerado uma conduta desviante, não bastando apenas o descumprimento de uma norma, é necessária uma reação social da conduta.

Para Howard S. Becker (2009, p. 28-29), desvio não pode ser considerado como uma qualidade em sentido simples do termo, mas um complexo emaranhado de análises, pois a qualificação como desvio não é inculcada em um ato determinado puro e simples, o contrário de outros, o conceito vai além disso, pois envolve não apenas o ato praticado em si, mas como as pessoas daquela comunidade reagirão ao ter ciência da prática daquele ato por determinado sujeito.

Partindo dessa premissa, o que se vislumbra diante de um sistema penal são indagações sobre as causas da criminalização, seja ela primária (elaboração das normas) ou secundária (aplicação das normas). Por que essa conduta é ou deveria ser considerada criminosa? Quem são as pessoas que praticam essa conduta e como “nós” vamos lidar com “eles”? Para dar início a esse mecanismo de criminalização, o comportamento analisado deve gerar um incômodo, uma quebra, do que é considerado certo para aquela comunidade, o que consiste em uma análise moral de sentimentos individuais diante do padrão de normalidade preestabelecido por determinado grupo, o que não significa dizer que a quebra de uma norma enseje em uma conduta desviante classificada por aquela sociedade, há uma relativização do termo seguindo os parâmetros específicos daquela comunidade.

[...] Encaramos a pessoa que comete uma transgressão no trânsito ou bebe um pouco demais numa festa como se, afinal, não fosse muito diferente de nós, e tratamos sua infração com tolerância. Vemos o ladrão como menos semelhante a nós e o punimos severamente. Crimes como assassinato, estupro ou traição nos levam a ver o transgressor como um verdadeiro outsider (BECKER, 2009, p. 18).

Neste sentido, sobre a construção do desvio, segundo os fenomenólogos agora estudado por Peter McHug (1970, apud BARATTA, 2020, p. 96), ao analisar a atribuição da responsabilidade moral do desvio, tem-se que para além do já descrito como método de classificação do mesmo deverá ser analisado na conduta do sujeito a “convencionalidade” e a “teoricidade”, ou seja, se havia vontade e intenção na prática da conduta ou se a mesma foi proveniente de um caso fortuito, bem como se o autor tinha consciência da atuação contrária a norma.

Seria plausível falar então que as ações desviantes são provenientes da vontade livre e consciente de um sujeito? Já se definiu o conceito de exclusão, ao passo que neste momento da pesquisa já é possível afirmar que a seletividade promovida pela exclusão pode ser considerada um elemento de propulsão do desvio. Ora, a partir da separação da sociedade em classes, em

que umas são consideradas melhores que outras e, algumas tendem, de acordo com o senso comum, a disseminar um comportamento desviante, a ação dos indivíduos pertencentes às classes não consideradas desviantes se dá de forma a segregar ainda mais os vistos como inimigos, indesejáveis, ou *outsiders*, segundo Howard S. Becker.

Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um outsider (BECKER, 2019, p. 17).

O importante dentro dessa construção de *outsider* é que a própria percepção sobre o assunto pode ser diferente, ou seja, a norma social criada, a definição de desvio pode não ser assim compreendida, bem como a maneira como quem cometeu esse desvio é tratado dentro de uma sociedade pode não ser aceita; passando assim, aqueles que julgam e apontam os dedos a serem considerados pelos que são julgados, como os verdadeiros *outsiders*. Esse é o maior problema dentro da concepção social do que é “certo” ou “errado”, mas é a premissa base de controle e convívio social, antes da definição de crime por instâncias oficiais de controle.

A partir das premissas introduzidas aqui, serão abordados, neste capítulo, as formas de exclusão social, a delimitação de quem são os sujeitos passíveis de exclusão e onde eles estão localizados geograficamente, a disparidade entre a realidade do sistema penal e a falsa ideia de segurança e ressocialização promovida pelo Estado, bem como a consequência da exclusão sob análise da dialética, inclusão e exclusão.

1.1 As formas de exclusão social

Compreendido o conceito de exclusão e desvio, passar-se-á a análise de algumas formas de exclusão social, quais sejam, a exclusão por influência da mídia, do processo penal e pelo processo de criminalização primária e secundária. Esclarecer as formas de exclusão social e como a sociedade compreende e rotula uma conduta como sendo desviante, são pontos de partida para também trazer para a discussão a influência dos meios de comunicação de massa na propagação de informações sobre a criminalidade, e entender seu papel na condução e formação da opinião pública sobre a função e estrutura do sistema penal e como isso interfere na tipificação e recrudescimento da punição.

Não se pode excluir da construção do raciocínio, que a mídia é o exercício de um trabalho que visa o lucro por intermédio da propagação de informação, a importância de ressaltar isso é que, acima de tudo a televisão, busca atingir níveis mais elevados de audiência com sua programação, o que automaticamente aumenta o custo para a distribuição de uma campanha publicitária gerando maior lucro a emissora. Dito isso, a imprensa acaba por utilizar de fatos que tendem a ser mais interessantes e que geram maior repercussão populacional, é assim que a audiência irá aumentar, deste modo, conteúdos de cunho sensacionalistas podem gerar mais visualizações, o que culmina num maior lucro. Seguindo essa linha de raciocínio:

Uma das consequências da concorrência comercial entre os media é a tendência para a homogeneização dos produtos jornalísticos, realizada sobretudo a partir da televisão. Visando atingir níveis máximos de audiência, o jornalismo televisivo tende, de facto, a privilegiar aquilo que Bourdieu classifica como *factos omnibus*, acontecimentos que são de molde a interessar toda gente, “que não dividem, que fazem consenso, que interessam a toda gente, mas de uma maneira tal que não tocam em nada que seja importante” (Bourdieu, 2001:10), como é o caso dos *faits-divers*, e particularmente das notícias sobre crimes (PINA, 2009, p.124).

Assim, diante de uma “sociedade do espetáculo”¹, em que a notícia deve entreter e prender a atenção do seu receptor, aumentando, conseqüentemente, a audiência, e cliques (se diante da mídia digital), o objetivo final não é apenas informar, levar conhecimento e fomentar debater e discussões saudáveis e de crescimento educacional, mas se torna um mecanismo de manipulação da informação com finalidade meramente lucrativa, escandalizar para rentabilizar. A ideia é de que a notícia não é mais um caminho de propagação de informação, mas sim uma mercadoria passível de consumo para os interessados em publicizar seu produto e/ou serviço:

Portanto, eles apresentam um duplo caráter de mercadoria. Os jornais são valorizados nos mercados dos anunciantes à medida em que têm grande público-leitor, que deve ser cativado e atraído para se manter fiel a esse produto. Esse leitor, então, também se torna uma “mercadoria” a ser vendida no mercado dos anunciantes (MARQUES, 2006, p. 36-37)

Elemento que deve ser levado em consideração na atualidade é o avanço tecnológico e conseqüentemente, a facilidade do acesso à informação ou a desinformação, os aparelhos telefônicos, computadores e notebooks exercem a mesma função outrora exclusiva dos jornais,

¹ Conceito criado pelo teórico francês Guy Debord (1931-1994) no século XX, década de 60, em seu livro intitulado *La Société du spectacle*, lançado em Paris em novembro de 1967. O autor fez um contraponto diante do momento histórico em que vivia, a Guerra Fria, criticando o movimento ocidental capitalista e o espetáculo socialista, balanceando os ideais de uma sociedade capitalista de consumo e uma sociedade controlada pelo estado que utilizavam da mídia, de imagens, para formarem opiniões sobre suas perspectivas, capitalistas fetichistas de consumo e socialistas.

revistas e televisões. A agilidade como a notícia é difundida e a facilidade de acesso torna ainda mais perigosa a ideia de sociedade do espetáculo, pois quase que em tempo real, em qualquer lugar do mundo, uma matéria pode ser acessada gerando imediatamente a manifestação popular sobre aquele determinado assunto.

O problema reside nas conclusões obtidas por meio único e exclusivo de uma manchete, de uma notícia tendenciosa, que acaba por conduzir a sociedade a um pensamento raso e, por vezes, infundado. Outro ponto que pode ser levantado é a maior concorrência na difusão da notícia, o que gera maior criatividade dos produtores em produzir a manchete mais atrativa, comercializável, o que nos leva ao sensacionalismo da imprensa na disputa pela atenção do receptor.

Grande parte das mensagens televisivas não pretende convencer com argumentos racionais, e sim com a fascinação da magia sobre a lógica. Ao buscar índices cada vez maiores de audiência, costuma-se dar tratamento espetacular a qualquer realidade da qual a tevê se aproxima. Inclusive a política tem se tornado um espetáculo. A emoção impõe-se sobre a razão (CARMO, 2007, p. 144).

No que concerne especificamente à midiática do crime, tem-se que é considerado pelos jornais sensacionalistas como uma fonte de entretenimento, ao passo que as informações são manipuladas para gerar sentimentos no espectador, sejam eles positivos ou negativos. A espetacularização do crime não é novidade, desde a antiguidade até a idade moderna é utilizado como fonte de fomento de opiniões e entretenimento, o exercício do poder punitivo pelas autoridades deve despertar fascínio aos receptores, “o crime é um produto estético, um projecto altamente visual tanto quanto linguisticamente metafórico [...]” (BROWN, 2003 apud PINA, 2009, p. 141).

Ademais, é necessário delimitar as nuances da midiática do crime sem deixar de lado o efeito cíclico da sua capacidade como formadora de opinião que exerce uma espécie de pressão popular no poder legislativo para a imposição de normas penais cada vez mais severas, e que vão justamente resvalar naqueles que tiveram sua opinião formada pela mídia, sendo elas próprias receptoras do enrijecimento e da seletividade legislativa em prol da ilusão de uma sociedade mais segura.

No entendimento de Teresa Pires do Rio Caldeira a reprodução do discurso midiático incitador do medo “com frequência, diz respeito ao crime e especialmente ao crime violento. Mas eles também incorporam preocupações raciais e étnicas, preconceitos de classe e referências negativas aos pobres e marginalizados” (2000, p. 9). De modo que a ideia de enfrentamento ao crime não diz respeito, necessariamente, a solução para o cometimento de

delinquências, mas sim sobre uma forma de controle de uma parcela específica da população e suas características outrora estereotipadas, é a criação do inimigo por meio do conceito do bem vencendo o mal.

A midiaticização da delinquência traz à tona a relativização do próprio conceito de conduta desviante, pois, diferentes grupos consideram diferentes situações como sendo uma anormalidade. O próprio fenômeno deve ser compreendido como um sistema e não só como uma conduta, pois, segundo Howard S. Becker (2009, p. 19), quem faz o julgamento do que é desvio e conseqüentemente gera seu resultado, está diretamente relacionado com a ocorrência do mesmo, tendo em vista que o que a sua definição é altamente variável e subjetiva.

De onde surgem as regras sociais para um bom e harmonioso convívio em sociedade? Para Howard S. Becker (2009, p. 29) referidas normas são criadas por um seletivo grupo social, ao passo em que a sociedade moderna não convive em um mundo de concordâncias totais, até mesmo por estar diante da pluralidade de indivíduos, culturas, ocupações e elementos próprios de cada ser. Ou seja, a sociedade é composta por opiniões divergentes sobre o que deve ou não ser considerado como regra, e a partir da pluralidade de entendimentos sobre o que é ou não uma regra e se ela deve ou não ser obedecida, surgem os choques entre regras de grupos distintos, momento em que o problema se instaura, pois quem se vê ferido pela imposição da regra acredita que a mesma é injusta, de outro lado quem vê a regra sendo quebrada e aplica normas coatoras, se vê aplicando a justiça.

Percebe-se que falar em aplicações de normas sociais, sejam elas definidas no ordenamento jurídico, ou apenas consideradas uma regra de “boa vizinhança”, leva a outro questionamento: quem são os sujeitos que obrigam e quem são os sujeitos obrigados? Claro que a premissa maior para essa dominação por intermédio das regras advém da ideia básica de poder político e econômico. De forma geral, as normas são feitas por pessoas mais velhas para os mais novos, mas para além disso, não é raro nos depararmos com um padrão de dominação, homens fazem regras para mulheres, brancos fazem regras para negros, classe média-alta faz regras para classe baixa, há o que chamamos de dominação da minoria pela maioria, o que não diz respeito, necessariamente a maioria ou minoria quantitativa, numérica, mas sim daqueles que detém as fontes de poder na sociedade (BECKER, 2009, p. 31-32).

Quem são os sujeitos que clamam por mais proteção? Mas também, quem são os sujeitos que serão atingidos pela mão protetora do Estado? A partir do momento que a sociedade passou a elevar a categoria do direito penal como meio único e legítimo de pacificação social e de combate à criminalidade as conseqüências passaram a gerar um problema e não uma solução.

Diante da superficialidade das informações levadas ao conhecimento popular, bem como diante da conotação sensacionalista ao serem difundidas, a visão social da realidade acaba por ser distorcida, o que gera maior segregação de classes.

Em resposta a desinformação formadora da opinião popular, o direito penal se tornou mais severo, rígido e ainda mais seletivo com penas cada vez maiores, relativizando direitos e garantias constitucionais aplicando a pena de modo irrestrito e desmedido, levando o sistema carcerário ao colapso da superlotação e à própria decretação do Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 347), tudo em prol do ideal de pacificação social, deixando quase que velada a real intenção, a dominação de classes por intermédio de um direito penal autoritário.

Seria o processo penal uma forma de exclusão social? Nesse quesito se pode falar em um processo de criminalização dos excluídos maquiado, velado, pois a reprimenda penal possui caráter coletivo quando da sua aplicabilidade, ou seja, destina-se a toda e qualquer pessoa, com exceções aos crimes de mão própria que exigem uma especificidade do agente. Referido ordenamento, não deve enxergar raça, religião ou condições econômicas; quando da sua violação deve ser aplicada a sanção descrita igualmente a qualquer pessoa. Para Alessandro Baratta (2020, p. 162) “o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos”, mas isso não significa dizer que o plano ideal se aplica ao plano fático.

O aludido mito da igualdade penal é facilmente desvelado quando entendido que o direito penal não exerce função de defesa social. Primeiramente, a norma apenas se preocupa com os bens elencados como essenciais, a intensidade da sua punição é distinta a depender de quem violou a norma; ao passo que o rótulo de delinquente não é incutido em qualquer um que descumpra as regras, mas a sujeitos determinados; a aplicação da sanção varia conforme o grau social de reprovabilidade da conduta e não, necessariamente, de acordo com o tamanho da lesão causada ao bem essencialmente tutelado (BARATTA, 2020, p. 162).

A exclusão promovida pelo processo penal se baseia na segregação anteriormente exercida pela classe mais abastada para os economicamente inferiores, pois a mão repressiva do Estado passa a ser aplicada naqueles outrora marginalizados sem essencialmente se preocupar, dentro do problema criminal, com os motivos para existência do crime, adotando o caminho que pode ser compreendido como mais fácil, o senso popular de criminoso e potencialmente perigoso.

É nesse contexto que se encaixa a ideia de um processo penal excludente, pois ele também é responsável pelo ingresso de um indivíduo na lista de *outsiders*. Embora essa não

seja (abertamente) a real intenção, tampouco sua real função é o que se infere a partir de sua análise, pois reafirma a lógica excludente do convívio social em sua aplicação. O simples fato de fazer parte de um processo criminal é o necessário para incutir no indivíduo o estigma de delinquente e até mesmo, motivo para descredibilizá-lo perante os demais.

Corroborando com a midiaticização e espetacularização do crime facilitadores e promotores da exclusão junto ao sistema penal, Fernando Carnelutti (2006, p. 8) disserta que a população compreende o processo penal como se fosse um espetáculo cinematográfico, ou até mesmo, uma luta de gladiadores, em que figuram como protagonistas do show os delinquentes, cuja função é ser punido pelo estado de forma severa para servir de palco para os demais, nas palavras do autor “o processo penal não é, infelizmente, outra coisa além de uma escola de incivilidade”.

Não se pode negar que os reflexos conspurcados do processo atingem até mesmo as partes que não são classificadas como réus, mas sim como vítimas a depender da matéria ali discutida. O fato é que ser integrante de um processo penal representa algo ruim, é visto com maus olhos pela sociedade, pois é ele, segundo o imaginário social, o responsável por cuidar daqueles que não merecem estar em convívio harmônico com os demais sujeitos da comunidade.

No entendimento de Maria Lúcia Karam (2004, p. 348), para além de tipificar condutas como criminosas e delimitar quais conflitos sociais devem ser considerados como prejudiciais à coletividade, o sistema penal também exerce papel de criador de criminosos, ao passo que faz com que a pessoa que internalize a descrição, tendo passado pelo sistema ou não, pois a partir da criação do conceito de crime, a classificação de criminoso já é exercida pelos membros da sociedade antes mesmo da existência de um processo penal sobre os fatos, bem como após a sua propositura. O que gera como consequência a autodeterminação do sujeito segundo o rótulo que lhe foi empregado.

Tendo compreendido tamanho efeito de causalidade a partir da instauração de um processo penal, não se pode permitir a banalização do sistema com o encaminhamento de todo e qualquer conflito para sua resolução. O direito penal deve ser visto como *ultima ratio* e não como o meio pelo qual a humanidade será salva. A ideia por trás da aplicação do direito penal a conflitos sociais é de que ele seja efetivamente capaz de compelir a ocorrência de atos definidos como ilícitos tentando promover a manutenção de um convívio harmonioso e pacífico em grupo, porém o populismo penal não favorece essa prática.

Entretanto, não se pode deixar de questionar até mesmo essa ideia principiológica, pois a partir do momento que algo foi considerado como crime pelo ordenamento jurídico, já existiu um processo de segregação anterior que levou a esse entendimento, como visto anteriormente, bem como o simples fato de estar previsto uma conduta como criminosa, não impede, automaticamente, que ela ocorra.

O que se quer com a observação do princípio da *ultima ratio* é que o sistema penal como um todo (direito penal, processo penal e o cárcere), seja avaliado e aplicado com parcimônia, servindo como mecanismo de freio ao senso comum, de que ele é o poder maior estatal único e exclusivo meio legítimo de resolução de conflitos. Quando necessária sua aplicação, a mesma deve observar as garantias processuais, pois são elas quem de fato legitimam o poder punitivo estatal, mas não para que segregue e seccione ainda mais a sociedade em camadas excludentes, mas sim, para servir ao seu propósito de proteger a sociedade.

Em que pese tais considerações sobre a aplicação do sistema penal, existem pensadores abolicionistas que divergem desse entendimento, pois o sistema penal nunca conseguiria atingir seu fim sem segregar, excluir e marginalizar, essas são características intrínsecas ao próprio sistema, de modo que a melhor forma de reduzir a criminalidade não seria criando mais crimes e sim, melhorando a qualidade de vida da sociedade.

O castigo, segundo os principais defensores da abolição do sistema penal, não é um meio adequado para reagir diante de um delito, e por melhor que possa vir a ser utilizado, ainda assim não surtirá os efeitos desejados, pois para além da sua finalidade mais latente (punir o criminoso), o sistema inteiro foi criado para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante, de forma que até mesmo sistemas que possuam um funcionamento tido como satisfatório não deixarão de ser violentos (ACUTTI, 2016, p. 108-109).

Deste modo, o processo penal acaba por coisificar o indivíduo perante a sociedade, servindo de legitimador para uma estrutura social de disparidade, corroborando para os interesses de uma elite dominante, assim, “o mecanismo normativo constitui-se uma inegável forma de regulamentação da dominação ou a sua legitimação pelo direito” (SANTIN, 2004, p. 65). A partir da desumanização de um sujeito, o mesmo passa a não mais ser incluído na sociedade, a não mais ser digno de direitos, o processo penal retira a subjetivação de um indivíduo, o que não significa dizer que a própria sociedade o considerava anteriormente como parte legítima dela, como visto anteriormente a base da exclusão do processo penal é a própria exclusão social.

Para Alessandro Baratta (2020, p. 175), o sistema penal se equipara ao sistema escolar quando analisado sob a perspectiva excludente, pois tal como aquele, serve de mecanismo para perpetuação e “manutenção da estrutura vertical da sociedade” sendo mecanismo diligente na estratificação social ao criar meios (como a criminalização) de compelir a coalizão entre as classes sociais mais abastadas e as menos favorecidas, marginalizando indivíduos e até mesmo, criando métodos que os marginalizam.

Contextualizando a comparação, o autor relata a existência de estudos no tocante a exclusão escolar, indicando que, mesmo nas sociedades capitalistas mais avançadas, é possível se verificar uma relação inversamente proporcional do nível de acesso à educação nas camadas da sociedade, tornando-se mais evidente a desproporcionalidade presente nos índices relativos à repetição de ano e desclassificações quando se trata de jovens pertencentes às classes marginalizadas (BARATTA, 2020, p. 172).

Outro ponto, que merece estudo sobre a ideia de exclusão escolar como forma de embasar raciocínio futuro sobre o comportamento desviante e os reflexos do sistema penal no indivíduo devolvido à sociedade é a segregação, presente no critério valorativo da instituição de ensino ao avaliar o mérito do aluno diante de certos comportamentos determinados como inadequados, ou fora do padrão de normalidade. Quando o aluno ingressa no sistema escolar dito normal e não especiais, segundo estudo relatado pelo autor, advindo de zonas consideradas marginais ou inferiores, é possível verificar que ele sofre sérias dificuldades em adaptar seu modo comportamental e linguístico ao local onde se encontra, recebendo como resposta do sistema não a compreensão, mas sim sanções e até mesmo expulsões por não condizer com o esperado de um aluno pertencente àquela instituição (BARATTA, 2020, p. 173).

Pode-se inferir então, que as premissas processuais já aqui demonstradas, não são tão inovadoras e desproporcionais a outras realidades, o que não significa dizer que tal inferência é algo positivo, longe disso. Ao mesmo tempo que a consequência processual condenatória é a retirada de um indivíduo da sociedade, nos casos das penas de prisão, ou o cumprimento de medidas alternativas, tem-se nas escolas as sanções disciplinares por comportamentos considerados desviantes, e até mesmo comportamentos que são considerados descolados do pretendido justamente por ser o sujeito, ali figurando como aluno, advindo de uma criação economicamente desfavorecida. No próximo item, será evidenciado, quem são os excluídos criminais e sociais, assim poder-se-á compreender na prática a comparação feita com as unidades escolares proposta pelo autor.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se compreender o próprio processo de criminalização primária como promotor da exclusão, importante frisar que esse processo está relacionado com ao direito penal abstrato, ou seja, o que está escrito, contido na lei. Mas será que tudo que é considerado um processo de criminalização primária está de fato inscrito na legislação?

Basicamente o processo de criminalização primária é a atuação do legislador na edição das leis penais por meio de uma decisão política do mesmo em determinar qual conduta deverá ser sancionada, punida pelo rigor da lei e quais bens deverão ser considerados passíveis de proteção. Não se pode confundir com a criminalização secundária que é a aplicação das normas anteriormente criadas, “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 43).

Como então ele exerceria uma função excludente? O direito penal acaba por selecionar quem serão os indivíduos considerados desviantes a partir da ideia de segregação de classes e marginalização dos considerados inferiores, ou seja, aqueles que são considerados socialmente excluídos. Neste sentido Amilton Bueno de Carvalho (2003, p. 27-28) explana:

[...] b) dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desagrado: ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio – roubo)? Evidente que a ordem de desagrado é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de um a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidente que é o pobre. Os outros dois delitos os não-pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo penal com tamanha pena?

Até aqui é possível inferir o caráter seletivo e estigmatizante do sistema penal, que acaba por desumanizar o sujeito que por ele é afetado, direta ou indiretamente, levando a uma relativização de direitos e subjetividade de conceitos. A partir do próximo item, será explorada a definição de quem são os excluídos e delimitada sua relação com os processos de criminalização de forma mais aprofundada.

1.2 Quem são os excluídos?

Neste momento, a título de maior contextualização sobre o sistema penal excludente é necessário delimitar quem são os sujeitos considerados excluídos ou passíveis de exclusão. Esse

processo é criado a partir da atuação de determinados grupos sociais que definem o que deve ser ou não considerado como desvio e, como consequência, aplicam regras estipuladas por eles próprios ao sujeito que cometeu a conduta considerada desviante, o chamado *outsider*, segundo Howard S. Becker em sua obra *Outsiders: estudos de sociologia do desvio* (2009). Na medida em que desvio não é uma qualidade negativa inerente ao ato em si, mas sim um efeito da aplicação de uma conclusão (regras e sanções) de um determinado grupo social, o comportamento desviante é, em verdade, aquele que definem como tal.

Iniciar este momento com essa explanação é importante para compreender que os sujeitos excluídos considerados desviantes não pertencem a uma categoria ou grupo homogêneo e limitado. Não se pode supor que “essas pessoas cometeram realmente um ato desviante ou infringiram alguma regra, porque o processo de rotulação pode não ser infalível; algumas pessoas podem ser rotuladas de desviantes sem ter de fato infringido uma regra” (BECKER, 2009, p. 24).

É possível inferir que o conceito do que é considerado desvio e quem será o sujeito desviante, passível de exclusão, varia de acordo com o período, com o grupo social a que pertence e com regras morais e de senso comum daquela comunidade. Isso não se vislumbra apenas no desvio considerado pela sociedade, mas também pelas instâncias oficiais de controle pois, “em diversos momentos, os agentes da lei podem decidir fazer um ataque em regra a algum tipo particular de desvio, como jogos de azar, vício em drogas ou homossexualidade” (BECKER, 2009, p. 26-27).

Diante disso, as regras são aplicadas de forma subjetiva, podendo atingir mais a uma determinada classe do que a outra. Neste sentido o autor descreve “o menino de classe média tem menos probabilidade, quando apanhado pela polícia, de ser levado à delegacia; menos probabilidade, quando levado à delegacia, de ser autuado; e é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado” (BECKER, 2009, p. 27). Para Luiz Fernando Kazmierczak (2009, p. 36) “[...] fundamenta-se o conceito de criminalidade como fenômeno apartado dos estratos sociais superiores e umbilicalmente ligado às camadas mais baixas da sociedade, vinculado a fatores pessoais e sociais de pobreza, em consequência de uma maior criminalização desta última”.

A partir dessas inferências, tem-se que para compreender e delimitar o excluído, antes de tudo foi necessário ponderar a ideia por trás da definição de desvio, ou seja, sua real intenção e aplicação. A exclusão é um processo abarcado por várias fontes, sendo uma delas o conceito de desvio tanto por instâncias oficiais de controle quanto pelo próprio senso comum, afinal, o

convívio em sociedade por si só, gera exclusão a partir de ideias preconcebidas por determinadas classes sociais em detrimento de outras.

Afinal, quem são os sujeito excluídos? Segundo pesquisa realizada por Teresa Pires do Rio Caldeira (2020, p. 79-83) a partir de entrevistas com diversos moradores de diferentes classes sociais na cidade de São Paulo, foi possível verificar que:

O crime e os criminosos são associados aos espaços que supostamente lhes dão origem, isto é, as favelas e os cortiços, vistos como os principais espaços do crime. [...] Como seria de esperar, os habitantes desses espaços são tidos como marginais. A lista de preconceitos contra eles é infinita. São considerados intrusos, [...] são também considerados socialmente marginais, [...] condena-se seu comportamento [...] e assim por diante. De certo modo, tudo o que quebra os padrões do que se considera boa conduta pode ser associado a criminosos, ao crime e a seus espaços. O que pertence ao crime é tudo o que a sociedade considera impróprio.

Em que pese a segregação espacial constatada pela autora, não é possível atrelar, única e exclusivamente, a prática de condutas descritas como criminosas, desviantes, às pessoas com condições econômicas inferiores. Essa marginalização espacial e econômica diz muito sobre o senso comum criado por meio da propagação de discursos de segregação criminal feito pela mídia, como mencionado no subcapítulo anterior.

Importante ponderar que o crime deve ser considerado como instituto difuso, atingindo todas as classes sociais, porém não se pode ignorar o fato de que as unidades prisionais são, em sua grande maioria, compostas quase que exclusivamente por sujeitos considerados marginalizados e excluídos do convívio social muito antes do ingresso no sistema carcerário.

Na verdade, todos somos criminosos, mesmo que em maior ou menor grau. Quem nunca praticou um crime contra a honra de seu semelhante, não comprou um produto de algum camelô, de origem duvidosa, não perturbou o sossego alheio; enfim, todos nós, mesmo sem essa noção, praticamos crimes quase que diariamente. Se fôssemos levar a ferro e fogo a aplicação de todos os tipos penais, não haveria ninguém disponível para apurar o fato criminoso, tampouco julgar o autor do delito, pois todos estaríamos presos (GRECO, 2008, p. 139).

A percepção da criminalidade por região ou situação econômica se dá basicamente em decorrência da chamada criminalidade urbana, definida para crimes motivados pela desigualdade social diante da ausência de itens básicos para promoção da subsistência. Pode-se citar como exemplos de crimes relativos a essa classificação os furtos e roubos, tendo como vítima a elite dominante, de modo que a partir dessa estruturação social desigual e com a influência da pressão de classe e midiática, tem-se como resultado a maior seletividade de quem deve ser punido e o porquê, exigindo-se o recrudescimento das normas penais, buscando

compelir a prática criminosa, que na verdade apenas exclui e marginaliza ainda mais os indivíduos outrora segregados. Como observa Michel Misse (2006, p. 22):

O crime pode ocorrer em qualquer classe, estrato ou fração estamental, mas existem diferenciais históricos de designação e perseguição de certas ações como criminais, como também da orientação dos aparelhos que cuidam de sua detecção e resposta punitiva, que podem ser determinados, numa medida significativa, em correlação com as posições de classes, estrato ou de frações estamentais.

Ao retomar a análise do processo de criminalização primário ou o direito penal abstrato, tem-se como fio condutor do estudo a ideia de sistema de valores que são refletidos por meio do processo de criminalização, o que traz à tona a seletividade quando se percebe que o valor moral incutido na norma é proveniente de uma cultura burguesa individualista que acaba por dar maior proteção ao patrimônio privado, bem como desvela uma legislação de tendências, dando à luz a um direito penal de tendências que satisfaz a classe burguesa em detrimento da plebe, o que culmina numa relativização de normas quando estas passam a atingir as classes subalternas e não diretamente a burguesia.

Quase que como um meio de legitimação, o processo de criminalização secundário reafirma o caráter seletivo da criminalização primária, pois é a atuação punitiva desempenhada contra pessoas reais. As camadas superiores do sistema punitivo, órgãos investigativos e judiciais, utilizam os espaços marginalizados como meios de busca de condutas criminosas, como se fossem inerentes àquelas regiões, incutindo aos sujeitos ali dispostos a função criminosa por meio do preconceito e da criação de estereótipos de criminosos. Assim, a criminalização secundária ocorre:

Quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização). (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 43).

A desigualdade nos processos de criminalização é corroborada quando da observação do conceito de “sociedade dividida” trazido por Dahrendorf (1961, apud BARATTA, 2020, p. 177). Segundo o autor, apenas parcela da sociedade, ou seja, os pertencentes à burguesia formam juízes que vão julgar a outra parcela da sociedade, o proletariado. Isso porque o acesso à educação daqueles e as oportunidades são totalmente distintas desses últimos, os

marginalizados, que em virtude disso levaria a execução de uma justiça de classes de modo não igualitário. O proletariado sendo colocado no banco dos réus estaria, segundo referida teoria, em desvantagem não apenas econômica, mas também linguística e que origina uma dificuldade em se defender diante de acusações mesmo que com a presença de um defensor, tornando assim a balança da justiça extremamente desnivelada perante os excluídos.

Outra teoria que esclarece o assunto é a ideia de “empresários morais” defendida por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011, p. 45); segundo os autores o processo de criminalização, tanto primário quanto secundário, possui interferência dos denominados empresários morais, pois são eles pessoas influentes ou que exercem, de certo modo, influência e que ao manifestarem seu posicionamento perante uma determinada situação, acabam por gerar uma repercussão do assunto. Estão enquadrados na ideia de empresários morais os políticos, líderes religiosos, comunicadores sociais, pessoas com certa notoriedade social. O que importa de fato aqui não é a realização de um ato, mas sim o que é comunicado a partir de um ato praticado, ou seja, a opinião que exerce o poder de conduzir o processo de criminalização.

É bem de ver, há fortes indícios (...) de que a mídia não apenas fixa um determinado nível de percepção do crime, como também influencia (adestra) o modo como as pessoas devem valorar a resposta que o sistema de justiça está obrigado a dar a determinadas condutas criminosas ou desviantes. Em veras, há fundadas razões para suspeitar-se que realidade e mídia de algum modo interatuam na construção social do medo (CÂMARA, 2008, p. 239).

A midiaticização e a publicização de opiniões sobre o que deve ser considerado como crime e a partir de pré-conceitos sociais por pessoas que utilizam do discurso para propagar o medo, leva a um estado de alerta social, que clama por mais proteção, maior rigor, ao ponto de ser utilizado até mesmo como campanha publicitária seja ela política ou não. A manifestação de opiniões sobre a criminalidade tem sido utilizada como moeda de marketing e de influência não apenas social, mas com intenções de pressão às modificações tanto legislativas (criminalização primária) quando repressivas (criminalização secundária), porém tudo deve ser visto com certa parcimônia, pois, o direito penal não deve ser considerado o salvador da humanidade e novamente, sobre quem recairá toda essa opressão?

A política social brasileira, o diálogo democrático para a solução de conflitos e a preocupação com os verdadeiros problemas sociais seguem sendo substituídos cada vez mais por um discurso alarmista sobre as ameaças advindas da criminalidade. Preocupações democráticas e os avanços duramente conquistados que permitem afirmar o modelo de Estado Social cedem lugar ao discurso fácil e tentador de um Estado Penal. O resultado disso, além do alijamento do componente político nas discussões a respeito do campo jurídico-penal, é uma dualidade das manifestações que

ocupam hoje um espaço que seria de incumbência da política criminal. De um lado, os partidários da ampliação da repressão penal tentam justificar esse crescimento por meio de uma afirmada necessidade de combater a criminalidade e de estabelecer uma reação oficial à manifestações de desvios “causados” por fatores biológicos, psicológicos ou mesmo sociais. De outro lado, há quem reconheça a preponderância dos fatores sociais da criminalidade e, a partir disso, propõe estratégias que se dirigem à melhoria da situação social das classes mais pobres, e não centradas no combate aos próprios criminosos. (SUXBERGER, 2010, p. 237).

A exclusão seletiva se agrava quando confrontada com dados estatísticos sobre quem é o sujeito apenado. Já restou evidente que há uma disparidade na formação do julgamento pela divisão de classes presentes nas figuras do processo, de modo que ao se tornar habitual, rotineiro, para um magistrado, pertencente à elite, que não convive ou pouco sabe sobre a realidade das ruas e da vivência da classe marginalizada, julgar esses sujeitos, cria-se um estereótipo padrão, um rótulo para todos os sujeitos pertencentes àquela comunidade, afetando não somente o indivíduo que será julgado, mas todos que possuem a mesma condição socioeconômica.

A Criminologia Crítica explica a dinâmica de identificação do excluído e criminalização a partir das próprias instâncias oficiais de poder, como já mencionado, e da mídia ao exercer o papel de formadora de opinião, de modo que a percepção social do que é real é formada a partir da análise de fenômenos que refletem interesses hegemônicos. Para Alessandro Baratta (2020, p. 178-179), a forma de atuação das instâncias oficiais de poder:

[...] se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que comentem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população. Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais. A hipótese da existência deste *second code* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, e fornece um novo princípio condutor, que já tem dado ótimos frutos, para a pesquisa sociológico-jurídica. Esta é chamada a evidenciar o papel desenvolvido pelo direito, e em particular pelo direito penal, através da norma e da sua aplicação, na reprodução das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débeis do proletariado.

A partir do momento em que os mecanismos de marginalização são aplicados pelos órgãos institucionais, sendo reforçado pelos processos de reação, ou seja, pela mídia, percebe-se a dinâmica compreendida como “distância social” concretizada no isolamento daqueles considerados criminosos dos demais membros da sociedade, desestimulando qualquer tipo de movimento contrário a isso, ou seja, impedindo uma política social de coalização entre os

criminosos e possíveis criminosos com os outros membros da sociedade (BARATTA, 2020, p. 180).

Importante mencionar nesse ponto da pesquisa que o fato de se afirmar que uma parcela pré-selecionada da população é criminalizada não corresponde ao mesmo que dizer que apenas essa é quem comete delitos, engana-se quem acredita que os apenados são os únicos infratores de uma sociedade ou que apenas os pertencentes a uma classe social mais baixa os são.

Antes de adentrar nos dados estatísticos sobre quem são os sujeitos aprisionados, se faz necessário levantar mais um ponto de discussão sobre o tema, a cifra oculta presente no processo de criminalização. Já foi esclarecido que tão-somente uma parcela bem definida da população é criminalizada, e que se a legislação fosse aplicada de modo igualitário, poucos estariam imunes a uma condenação penal. É justamente sobre a parcela não imputada que a cifra oculta diz respeito, o que não faz referência àqueles sujeitos que não cometem crimes, mas sim àqueles que cometem e não são processados por isso.

Dentro dessa classificação tem-se os crimes que não são levados a conhecimento do poder público por inúmeros fatores diversos, como exemplo, o não registro da ocorrência pela vítima, seja por medo de exposição ou por desacreditar no sistema, a falta de investigação adequada por parte do próprio poder público e é nesse ponto que se destaca a abordagem policial “[...] podemos encontrar atos de imposição baseados em regras inventadas no momento unicamente para justificar o ato. Algumas das atividades informais e extralegais de policiais recaem nessa categoria” (BECKER, 2019, p. 142).

“Falar sobre abordagem policial é um assunto espinhoso e emaranhado por limites tênues, sendo regulada por dispositivos formais, mas também abarcada por discricionariedades que são balizadas por ideologias e valores sociais pessoais de cada oficial” (BARBOSA; KAZMIERCZAK, 2022, p. 6), a criminalidade urbana delimitada por pequenos furtos, roubos e até o tráfico de rua, não é procurada por parte do policiamento em pessoas bem-vestidas, que aparentam uma condição social mais abastada, percebe-se essa diferenciação até na veiculação da informação quando ocorre apreensão de um sujeito pertencente à classe média-alta.

Corroborando com uma parcela de seletividade por parte da atuação policial, em 2017 o então comandante da Rota em São Paulo, tenente-coronel Ricardo Augusto Nascimento de Mello Araújo, define as formas de atuação da polícia nas ruas de todo o mundo como uma questão a se adaptar aos inimigos diários e ao território pertencente, entendendo que os policiais militares devem atuar de forma diferente quando estão em uma região nobre e quando estão nas periferias (BARBOSA; KAZMIERCZAK, 2022, p. 9)

Pode-se constatar na prática a seletividade da abordagem, quando analisada perante casos concretos levados ao conhecimento do judiciário, principalmente quando da análise da fundada suspeita que traz à tona o racismo estrutural arraigado na sociedade, nos dizeres do Ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do Habeas Corpus nº 158.580/BA:

Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos — diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas — pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade (BRASIL, 2022, p. 3).

Assim, a cifra oculta, no que interessa para este ponto da pesquisa, se presta a evidenciar o fato de que apenas os considerados delinquentes, a partir de um juízo pessoal e moral da autoridade policial será de fato apreendido e posteriormente processado, a exclusão se faz presente e alimenta o senso comum de que apenas determinadas pessoas cometem delitos, o dito combate à criminalidade volta os olhos não para as ações, mas para as pessoas. Uma pesquisa empírica elaborada por Pedro Machado de Melo Romano e Bráulio Figueiredo Alves Silva, baseada nas informações coletadas em audiências de custódia realizadas em Belo Horizonte, entre setembro de 2015 e março de 2016, constatou que “a população segregada por meio do flagrante delito é composta majoritariamente por jovens de periferia, na maioria homens, pretos e pardos, solteiros e de baixíssima escolaridade” (ROMANO; SILVA, 2021, p. 724).

Como meio de corroborar a ideia da seletividade penal, delimitando quem é o sujeito excluído por meio da já conceituada criminalidade urbana, os dados trazidos pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) atualizados em junho de 2017, revelam que a população carcerária no Brasil totaliza, até referido período, o montante de 726.354 presos (2019, p. 9); o estudo revela também a divisão pela tipificação penal, compreendendo aqueles que já foram julgados, os que aguardam julgamento, ressaltando que os dados incluem também aqueles condenados por mais de um crime, ou seja, não se pode confundir a quantidade de pessoas encarceradas com os tipos penais contabilizados. Tem-se então que 234.866 estão reclusos por crimes contra o patrimônio, sendo este o crime de maior incidência no sistema prisional (2019, p. 44).

Para além da quantidade de pessoas privadas de liberdade e da maior incidência de crimes patrimoniais, o estudo revela o nível de escolaridade desses indivíduos, computando que 51,35% possuem ensino fundamental incompleto, 13,15% possuem ensino fundamental completo, 14,98% ensino médio completo, 9,65% ensino médio completo, as taxa referentes ao nível superior são ainda menores, 0,97% possuem nível superior incompleto, 0,56% nível superior completo e 0,04% ensino acima de superior completo (2019, p. 34).

Se comparar os dados supracitados com os dados do IBGE na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2017 (PNAD), observa-se que a realidade do sistema prisional não reflete os mesmos índices de escolaridade da sociedade, pois o número de pessoas com ensino fundamental incompleto representa 33%, ensino médio incompleto totaliza 4,4%, ensino médio completo 26,8%, de modo que escancara o problema da seletividade penal ao constatar que mais da metade das pessoas encarceradas no Brasil possuem baixa escolaridade (DEPEN, 2019, p. 34-35).

Com relação à etnia e cor da população carcerária, o DEPEN (2019, p. 31-32) constatou que as pessoas pretas e pardas totalizam 63,6% do sistema prisional e 35,4% são brancos, comparados aos dados do PNAD tem-se que a população brasileira é formada por 55,4% de pessoas pretas e pardas, o que, novamente, determina quem são aqueles considerados excluídos pela sociedade e selecionados para imposição e aplicação do sistema penal. Como afirma Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 246):

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato” é escolhido a partir de um estereótipo), mas a agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente).

Deste modo, não há como analisar o ordenamento jurídico penal brasileiro dissociado da exclusão social que o mesmo exerce no processo de criminalização, vez que a partir do momento que o sujeito é incluindo e rotulado como pertencente ao sistema passa a ser segregado, marginalizado também pela população, tal como explicou Teresa Pires do Rio Caldeira (2020, p. 79-83) ao discorrer sobre os espaços que ocupam os criminosos e possíveis criminosos dentro da sociedade, dificultando assim, nas palavras de Baratta (2020, p. 180), a socialização de coalizão entre esses e os membros de classes mais abastadas.

Afinal, existem de fato pessoas totalmente excluídas? Será discorrido mais sobre esse ponto quando se ponderará as nuances existentes entre exclusão social e inclusão marginal.

1.3 As promessas não cumpridas

Percebe-se que a finalidade descrita por Alessandro Baratta (2020, p. 162) de que o direito deveria ser promotor da igualdade por meio de um controle social ficou apenas descrita na teoria, não sendo observada sua efetiva aplicação. Deste modo surgem alguns questionamentos, o Estado não deveria desempenhar a função de protetor social, fornecendo estrutura para que as instâncias oficiais de controle possam aplicar sanções como meio de reprimir e compelir novos delitos, sem relativizar e segregar ainda mais a comunidade?

O atual sistema penal faz exatamente o contrário, visto que seleciona, marginaliza e exclui, cada vez mais, os menos favorecidos financeiramente, pois não se encaixam ao “modelo ideal” preconizado pela classe dominante. Com efeito, temos ainda hoje, guardadas as devidas proporções, o que acontecia antigamente com a diferenciação entre nobres e plebeus, isto é, o Direito como instrumento para manter e perpetuar a estratificação de classes sociais. (BIANCHINI, 2000, p. 63).

Neste mesmo sentido, Lenio Luiz Streck (2008, p. 93) afirma que é desconexo atribuir ao direito penal o promotor de “coisas boas”, pois não exerce de fato esse papel, não melhora a sociedade, tampouco o indivíduo que a ele é sujeitado, o direito penal não garante segurança, redução na criminalidade, mas segundo o autor, diante da sua atuação, já é considerado por grande parte dos estudiosos como um direito seletivo, discriminatório, estigmatizante e que promove a proteção dos interesses das classes economicamente favorecidas. Para Luiz Fernando Kazmierczak (2009, p. 52):

Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o através da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados em seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos que a pertencem. Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirva para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão.

Os efeitos da intervenção do Estado são redirecionados, utilizando a ideia de proteção como uma fachada, escondendo o que há realmente por de trás da cortina, a seletividade

empregada por meio dos processos de criminalização prejudicando os julgados pelo sistema e toda uma classe oprimida, bem como impedindo a própria realização de seu fundamento, como no exemplo do cárcere, barrando a reinserção do indivíduo na sociedade.

A legislação como está posta e a realidade prática do sistema não são eficazes em cumprir sua função sem segregar ainda mais os sujeitos, a natureza das instituições carcerárias ainda continua a mesma, um processo de desumanização e seletividade cada vez maior, o que torna mais favorável ao egresso a sua inserção no grupo de criminosos habituais do que impedi-lo de retornar à delinquência.

O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestiários e objetos pessoais), são p oposito de tudo isso. [...] a vida no cárcere te, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante (BARATTA, 2020, p. 183-184).

O autor ainda elucida o assunto de modo a indicar a existência de estudos clínicos sob a personalidade dos encarcerados que revelam as mazelas deixadas pelo sistema nos sujeitos que por ali passam, concluindo que “a possibilidade de transformar um delinquente antissocial violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir e que o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação” (FERRAJOLI; ZOLO, apud BARATTA, 2020, p. 184).

Outro ponto que merece destaque sobre as promessas não cumpridas é o chamado processo de “prisonalização” (RUBINGTON; WEINBERGER, apud BARATTA, 2020, p. 184-185) compreendido como a absorção dos valores, modelos, comportamentos e atitudes próprias da cultura carcerária, o que leva o sujeito, após doutrinado, a ter dificuldades de integrar o seio de uma sociedade livre, pois as reações sociais diante da percepção dessas características prisionais interferem diretamente na coalisão entre os sujeitos.

Ainda segundo essa teoria, o processo de prisonalização ocorre em dois sentidos, sob a perspectiva da educação para ser criminoso e a educação para ser um bom preso. Entender a teoria sob a perspectiva de seu primeiro aspecto é analisar as regras hierárquicas existentes dentro do sistema criado pelos próprios presos, o que pode passar a impressão de sujeito a ser admirado pelos demais, como um modelo a ser seguido diante do poder que exerce na unidade, principalmente quando o patamar hierárquico exercido é o superior, ao ponto de conseguir com isso alterações na própria administração carcerária.

No tocante ao segundo enfoque, a educação para ser um bom preso, percebe-se que os sujeitos incluídos no sistema carcerário que cumprem e internalizam as normas tem maior “tranquilidade” durante sua permanência na unidade, ou seja, institucionalizar-se é uma vantagem, passando a ser o principal objetivo da instituição, fazer com que os presos sigam as regras formais da mesma, deixando de lado a educação para a vida fora do sistema, ao passo que a institucionalização em nada auxilia na ressocialização pretendida pela legislação, tornando a ideologia penal contraditória.

A partir da condução a uma interiorização do sistema, por parte do processo de aprisionamento, está-se diante de um mecanismo excludente e não inclusivo, tendo personagens bem definidos, como a sociedade excludente e o preso excluído. “Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir” (BARATTA, 2020, p. 186), de modo que a ideia inicial de impedimento ao cometimento de novos delitos pelo sujeito aprisionado e de que isso sirva de aprendizado para os membros livres da sociedade não incorrerem na mesma conduta é uma falácia.

No momento em que um sujeito é segregado e retirado da sociedade, vislumbra-se um processo de exclusão, não de inclusão, que se justifica na ideologia penal de ambiente de aprendizado que possibilita um retorno ao convívio em liberdade ciente das normas sociais e legais como merecedoras de cumprimento, porém o sujeito encarcerado apenas aprende outras normas, que não as que se tem enquanto sujeito livre, normas estas que tornam seu comportamento condicionado e facilmente identificado em sociedade como egresso, o que leva a exclusão social posterior ao cárcere.

Para além disso, a exclusão também serve como promotora de novas premissas sobre valores individuais, como quem é respeitado e por quê. Tendo contado com a hierarquia do sistema criada pelos próprios presos e reafirmada pelas normas de separação dos mesmos segundo a instituição, o poder se torna atrativo, mas um poder oriundo do crime, iniciando-se assim um processo de aprendizagem criminal, em que as vantagens de ser um criminoso são avaliadas diante da exclusão da sociedade burguesa; ao não pertencer àquela sociedade ele se inclui em outra, cujos valores são totalmente contrários à norma.

A ideia de reeducação não deveria ser observada apenas sob a perspectiva do cárcere, mas também da sociedade. Exercer uma exclusão para poder modificar, ou reeducar, um sujeito já é um problema em si mesmo, mas para além disso, não são apenas os condenados que merecem uma análise diferenciada com relação a sua conduta diante da sociedade, mas a própria sociedade deve ser reeducada para não promover e, assim, fomentar a marginalização

e conseqüentemente a criminalidade. Segundo Alessandro Baratta (2020, p. 187) “a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social”.

Os considerados excluídos, vítimas do próprio sistema – sistema aqui compreendido como mecanismo social e penal – não podem ser considerados como grupos temporários, pois não tendem a diminuir com o decorrer do tempo diante de um problema cíclico – que será mais aprofundado ao longo da pesquisa, mas que já estará aqui introduzido – tornando-se uma demanda que não vislumbra colocação no mercado de trabalho. Para Maura Pardini Bicudo Vêras (2001, p. 46) a problemática em torno dessa demanda não absorvida serve de combustível para o fomento da sensação de medo e desconfiança pela outra parcela da sociedade, que por consequência aquece o mercado envolvendo seguimentos de segurança privada bem como estimula o clamor social por mais proteção por parte do estado que passa a atuar de forma mais incisiva e repressora, o que de fato não soluciona o problema original, e que ao contrário de solucionar, acaba estimulando ainda mais a segregação e a marginalização dos indivíduos.

A sensação de insegurança não deve ser compreendida como igualitária em todos os níveis sociais, bem como não é proporcional aos riscos reais presentes na sociedade, tampouco os crimes pelos quais se tem medo são os mesmos, pois as influências que regem esses sentidos são externas e apresentadas aos indivíduos por diversas fontes, como exemplo, a mídia já mencionada anteriormente. Lucas de Melo Melgaço (2010, p.105-107) esclarece que a classe alta teme crimes violentos de cunho patrimonial – assalto, sequestro-relâmpago – e a classe mais baixa teme crimes contra a vida diante da sua realidade diária na periferia, ressalta ainda que há uma desproporção na qualidade da investigação desses crimes, ao menos no que se refere aos resultados práticos percebidos por essas comunidades.

O retrato (caricatural) que os múltiplos e massivos meios de comunicação fazem do crime, os ângulos, as cores e formas com que o procuram destacar – sempre no sentido de total imersão em uma situação de universal e insuperável insegurança – tendem a distorcer a nossa percepção da realidade do crime e, não raro, despertam ou retroalimentam o medo. (CÂMARA, 2008, p. 238).

A partir desse sentimento de insegurança coletivo, inicia-se o “processo de securização” (MELEGAÇO, 2010, p. 107) seja ele público ou privado, motivado por interesses específicos para cada camada social. Não há como afirmar que o maior investimento em segurança pública irá, necessariamente, diminuir os índices de criminalidade, ao menos não aos

olhos de toda comunidade, pois os fatores que levam ao cometimento de crimes são diversos, não apenas pela sua classificação, mas pela sua real motivação.

O aumento da propagação de discursos de segurança, sejam exercidos pelo próprio estado, ou por empresas privadas, visa não apenas promover a segurança fática dos indivíduos, existem interesses não revelados, ao menos não de forma tão clara. Não se pode negar que o aumento da exteriorização da segurança no mundo das coisas gera uma segregação socioespacial, pois como já descrito na pesquisa a título delimitação dos excluídos, não se tem medo do crime, mas medo de quem pode cometer o crime e são esses quem devem ficar de fora da redoma protetora individualizada.

Para além da segregação, a democratização do medo do outro pode ainda ser utilizada como manobra de valorização imobiliária, pois, a partir do momento que os indivíduos, temendo pela sua segurança, passam a delimitar barreiras cada vez maiores com o exterior, procuram ambientes que expressem esse sentimento, buscando cada vez mais condomínios fechados, muros mais altos, elementos de monitoramento e segurança no imóvel, ambientes mais afastados de regiões pobres, pois, novamente, o medo é delimitado pela pessoa estereotipada e não pelo crime em si (MELEGAÇO, 2010, p. 108). Percebe-se que o discurso de segurança não visa mais efetivamente promover a segurança, mas sim o lucro.

Nesse ambiente, criminalizam-se grupos específicos da sociedade, e o medo do crime, da “desordem”, do “distúrbio” e da violência é utilizado como pretexto para um eficaz controle social, além de alimentar poderosas engrenagens do capitalismo contemporâneo: o “mercado da segurança” e o “mercado da informação” (SOUZA, 2008, p. 152).

Outro problema na propagação de insegurança é que os próprios elementos de visam, em tese, promover a segurança podem gerar efeito contrário, e levar a população a entender a sociedade como ainda mais perigosa, pois, os muros estão mais altos, cercas elétricas e câmeras por todo o lado, maior policiamento nas ruas, qual seria a finalidade de tudo isso? Proteção, ou seja, se é necessário maior proteção, não se está diante de um ambiente seguro, tal como relacionado a sensação dentro de uma unidade prisional, há um perigo, por isso é necessária maior segurança. Assim, a sociedade passa a vivenciar um medo cíclico, que mais parece um loop infinito: tem-se medo, então se reforça a segurança; vive-se sob constante vigilância, pois se está sob ameaça.

Tudo isso corrobora para o entendimento de que o sistema penal não é suficiente para promover a pacificação social, ou que ao menos exerça a função de restauração da ordem a partir da sua aplicação, servindo como elemento de segregação, para delimitar ainda mais na

sociedade quem deve ou não ser protegido, e de quem a sociedade precisa ter medo, elevando o sentimento social ao nível de legitimar a brutalidade e a crueldade na própria atuação tanto quanto na atuação estatal como meio eficazes de compelir a ameaça criminal.

1.4 Exclusão social ou inclusão marginal

Não bastasse o trauma causado no indivíduo pelo sistema penal – trauma aqui compreendido como a modificação não desejada da situação original do sujeito e da sua autocompreensão – a sociedade, utilizando-se do sistema, torna-se também punitiva ao exercer um cuidado crescente, não de forma positiva, mas sim negativa, como quem observa e valora as condutas e o próprio ser do egresso realizando assim um movimento de perpetuação do estigma que a pena impôs àquele sujeito.

Para Anthony Giddens (2005, p. 114) “a exclusão não está ligada a gradações de desigualdade, mas a mecanismos que atuam para destacar grupos de pessoas do fluxo social”, assim, os sujeitos segregados, excluídos, que se enquadram nos modelos de exclusão do sistema penal, desde o início na concepção da ideia do que é e deve ser considerado um comportamento desviante, esses são também incluídos, de certo modo, mas não incluídos no contexto central da sociedade, e sim no contexto marginal, tanto teoricamente, quanto espacialmente, como já mencionado anteriormente. De modo que a exclusão social promove a inclusão marginal de sujeitos assim determinados, o próprio sentido de exclusão social significa, igualmente, um processo e um estado, ou seja, um mecanismo que exclui e concomitantemente inclui o sujeito em um determinado espaço pré-definido.

O processo de exclusão social deve ser percebido como a criação de grupos selecionados, os privilegiados que terão acesso a condições de vida melhores, facilitando sua permanência na sociedade de consumo e de outro lado, o grupo dos excluídos que não se misturam com os privilegiados. São eles, os pobres, negros, periféricos, criminosos, dentre outras classificações que servem como delimitador de permissões sociais.

A considerada minoria, não quantitativa, mas sim qualitativa, são deixadas à margem, de outro lado dos muros altos, das cercas elétricas, do mercado de trabalho e do lazer, quase que se não pertencessem a uma comunidade, o que de fato é verdade, pois eles não pertencem à sociedade dos privilegiados, mas de outro modo, pertencem à sociedade dos excluídos.

De acordo com Bader Sawaia (2001, p. 8), “a sociedade exclui para incluir e esta transmutação é condição da ordem social desigual, o que implica o caráter ilusório da inclusão”.

Entender a dialética envolvendo exclusão e inclusão é primeiramente compreender que não se trata de métodos separados e devem, portanto, ser analisados dentro da ideia de sociedade e de posicionamento individual na comunidade, pois ela se manifesta “no cotidiano como identidade, sociabilidade, afetividade, consciência e inconsciência” (SAWAIA, 2001, p. 9).

Ainda segundo a autora (2001, p. 9) o processo de exclusão é sutil, porém complexo e multifacetado, pois se apresenta sob várias perspectivas, como já exposto anteriormente, sejam elas políticas, materiais e até mesmo subjetivas. Ao passo que a inclusão é elemento constitutivo da exclusão, não se tratando de um estado, mas um processo envolvendo o sujeito em sua totalidade e complexidade, bem como sua relação com os demais em sociedade. Ademais, segundo seu entendimento tais constatações não devem ser abordadas como uma “falha no sistema”, mas sim como produto do seu próprio funcionamento.

Respeitar referido posicionamento é necessário, porém o mesmo pode ser analisado sob duas perspectivas: a primeira, como se o sistema posto como ele é gerasse essa consequência de modo livre e consciente; a segunda, como se fosse uma derivação não considerada como falha, mas como não pretendida originalmente, o que demanda uma modificação do sistema. Ao analisar o tema sob a segunda perspectiva, não se pode considerar a dicotomia exclusão/inclusão um erro voluntário, pois é uma decorrência lógica da aplicação do sistema, em que pese não ter sido pretendida, entretanto merece adequação para não mais gerar a consequência danosa. Se a primeira perspectiva for a base para afirmação da autora e de outros pesquisadores, tem-se então a legitimação de um sistema penal conscientemente promotor da desigualdade.

Ao analisar a afirmação da autora sob a perspectiva de mercado econômico, Dupas (1999, p. 40) concorda com a mesma quando determina que embora haja um problema no desemprego estrutural crescente, quando incorporado a uma sociedade cujo modelo de produção é capitalista, tem-se como resultado a promoção da diminuição dos preços dos produtos a nível global o que leva, este mesmo produto, a ser absorvido por outros mercados que, por vezes, também estavam excluídos da rede de consumo por conta dos altos custos.

Como tenazes sobre nossa sociedade, crime e castigo derivam da mesma fonte. O que estou sugerindo é que tanto as causas da violência criminosa quanto a resposta punitiva a ela dirigida procedem da mesma fonte. A violência obsessiva das gangues de rua e a obsessão punitiva dos cidadãos respeitáveis são semelhantes não só em sua natureza, mas em sua origem. Ambas derivam de deslocamentos no mercado de trabalho: uma de um mercado que exclui a participação como trabalhador, mas estimula a voracidade como consumidor, a outra de um mercado que inclui, mas só de maneira precária (YOUNG, 2002, p. 25-26).

Por óbvio que a intenção não é analisar a perspectiva econômica e a retroalimentação do sistema capitalista exclusivo e inclusivo no mercado, mas sim observar a dialética exclusão e inclusão sob a égide do sistema penal e social, mas para isso, também é importante contextualizar outros modos de se analisar uma mesma teoria, como já mencionado, a exclusão é multifacetada, concorde-se, ou não, com ela.

A análise da temática sob a perspectiva de José de Souza Martins (1997, p. 26) defende que não há de fato um processo de exclusão social, mas sim de inclusão marginal, relatando que significam coisas distintas:

O que vocês estão chamando de exclusão é, na verdade, o contrário da exclusão. Vocês chamam de exclusão aquilo que constitui o conjunto das dificuldades, dos modos e dos problemas de uma inclusão precária e instável, marginal. A inclusão daqueles que estão sendo alcançados pela nova desigualdade social produzida pelas grandes transformações econômicas e para os quais não há, senão na sociedade, lugares residuais. Tem sentido que vocês pensem assim, ainda que de um modo insuficiente porque exclusão, de fato, sociologicamente não existe.

Para o autor o que ocorre na sociedade são expressões práticas de níveis de inclusão, o termo exclusão é na verdade uma forma de expressar a percepção individual de uma determinada situação (1997, p. 18). Faz ainda uma comparação do termo com a morte, haja vista que de fato nem após o encerramento da vida há uma morte plena, mas sim física, pois a morte simbólica não possui tempo pré-determinado, de modo que não compreende a existência de sujeitos sociais inteiramente excluídos, o que existe são níveis de inclusão (1997, p. 27).

Por certo que não há como padronizar o entendimento real do processo de exclusão ou inclusão, a depender do ponto de partida, do local de análise e da compreensão de cada autor, uma teoria é elaborada. Fato é que essa dinâmica social, independentemente da classificação que se escolha, gera efeitos, modificações no plano fático das coisas e das vidas dos que são afetados por ela.

O problema desses efeitos reside em sua característica multifacetada que se prolonga pelo decorrer do tempo e da história, estratificando a sociedade em camadas sociais em decorrência disso determinando seu poder e lugar a ocupar na comunidade. Como já mencionado, a delimitação de quem pertence a qual setor da sociedade interfere quando da aplicação do direito, quem são os julgadores e quem são os julgados? A legislação se preocupa com a igualdade material ou apenas formal? Além disso, para quem as legislações, principalmente as criminais, são formuladas?

Jock Young (2002, p. 91-92) reflete sobre alguns desses pontos quando da análise das divisões sociais nos Estados Unidos e cria, a partir dessa análise o termo “sociedade bulímica”. Para entender melhor esse conceito, necessário se faz entender o que é bulimia, é considerada um transtorno alimentar (CID10-F50) em que um sujeito ingere compulsivamente grande quantidade de alimento e depois faz uso de mecanismos intencionalmente provocados para expelir o alimento ingerido. Assim, o autor compreendeu como sendo uma “sociedade bulímica” aquela que consome e adota ideias liberais com forte clamor pela liberdade, igualdade e fraternidade, mas que ao mesmo tempo regurgita todo esse movimento no seu dia a dia promovendo a exclusão nas relações interpessoais, no mercado de trabalho e de consumo.

Apesar da compreensão do termo linguístico exclusão representar o antônimo de inclusão, constatou-se que quando estudada na perspectiva social, são conceitos bem próximos e até mesmo, a depender da abordagem, considerado unidos sem talvez conseguir delimitar onde se encerra e inicia o outro. Uma sociedade, para ser considerada como um modelo ideal, apesar de ser uma ideia um tanto quanto utópica, deveria garantir amplas condições de desenvolvimento igualitário entre os sujeitos, promovendo políticas suficientemente necessárias para combater a desigualdade. Isso seria de fato viável, possível e tangível? Para além desse pensamento, necessário se faz colocar os pés no chão e enfrentar os problemas reais que hoje estão postos na sociedade. Como meio de seguir esse parâmetro, e já explicitado que no ordenamento Brasileiro há uma exclusão por parte do sistema penal, será analisada agora, de modo mais aprofundado, as teorias envolvendo a sanção penal e a aplicação da pena para contextualizá-la como um dos mecanismos de promoção da exclusão social e, posteriormente, seus possíveis reflexos sociais.

2 DOS LIMITES DA SANÇÃO PENAL

Estudar de modo mais intensificado a dinâmica existente entre o direito penal e a seletividade e a desigualdade, conduz a pesquisa ao entendimento de que não apenas o processo de criminalização, seja ele primário ou secundário, é excludente, mas revela a ideia de que o próprio sistema age ativamente como mecanismo de exclusão, reproduzindo e produzindo relações sociais desiguais.

Referida desigualdade é compreendida quando analisada sob a perspectiva da aplicação de uma pena passível a estigmatizar um sujeito, bem como pelo próprio rótulo inculcado no indivíduo que é encarcerado, servindo assim para a “manutenção da escala vertical da sociedade” (BARATTA, 2020, p. 166). Não se pode ignorar o fato de que a passagem pelo sistema penal influencia negativamente a forma como ele é visto pela comunidade ao seu redor ou não, principalmente quando pertencente às classes sociais mais baixas dentro do sistema social, o que pode dificultar ou até mesmo impedir o crescimento e desenvolvimento do seu *status* social. Assim, para o criminólogo Alessandro Baratta:

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa (2020, p. 167).

Afinal, o que significa aplicar uma pena a um sujeito? Qual pena deve ser aplicada e por quê? Ela realmente cumpre a função de coibir novas práticas delitivas? Estes são problemas que circundam o tema central e que serão objeto de análise no decorrer da pesquisa.

Para Sigmund Freud (2010, p. 213-214) a legitimação para aplicação de um castigo, uma pena, decorre do sentimento de culpa que os indivíduos possuem a partir do complexo de Édipo, não havendo a procura por uma redenção apenas nos casos em que o crime não for posteriormente materializado sentimentalmente no tocante à culpa individual. Dando uma nova perspectiva para a teoria Freudiana, Theodor Reik aborda a denominada teoria psicanalítica do direito penal sustentando a existência de uma dupla função da pena a partir do sentimento de culpa. De modo que a pena se presta a satisfazer a necessidade inconsciente de castigo a partir do descumprimento de uma norma, bem como também satisfaz o sentimento inconsciente de punição pela coletividade ao se identificarem com o apenado (BARATTA, 2020, p. 51-58).

Em que pese tais teses legitimadoras da pena, em um Estado Democrático de Direito, há uma ideia de que o direito deve ser separado da moral, mas observa-se que isso não se prova a não ser como um marketing de fachada, pois a base da punição, por vezes, traz cargas morais em sua intensidade e justificação. Não há como desatrelar do processo de criminalização a ideia primitiva de pecado, confissão, arrependimento e redenção por um suplício. Pode-se ver que por mais que as justificativas penais tentem se afastar das fundamentações medievais de pena como castigo corpóreo, elas acabam apenas dando uma nova roupagem ao mesmo entendimento.

A princípio, a pena é a responsável por delimitar e materializar no mundo dos fatos o Direito Penal, porém conceituá-la não é uma tarefa fácil. Inicialmente pode-se definir pena como uma sanção penal, ou seja, é a aplicação, efetivação do direito de punir do Estado, que é justaposto após o transcurso de um processo criminal. Nas palavras de Marcelo Gonçalves Saliba (2009, p. 42):

A pena é a sanção formal imposta pelo Estado, detentor do poder punitivo, como resposta pelo crime, sendo um dos meios de controle social por sua força coercitiva, e por transmitir a falsa ideia de manter a ordem, a pureza e a razão, passa a ser vista como indispensável para a pacificação dos conflitos sociais e a manutenção do contrato social.

Uma vez infringida a norma de direito penal objetivo, nasce para o Estado o direito objetivo de punir, que se materializa na aplicação de uma pena descrita no código correspondente ao fato delituoso cometido. Neste sentido, segundo Greco (2015, p. 533) “a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”.

A pena é uma decorrência jurídico-penal do não cumprimento da lei penal, consistente no cerceamento de direitos ao agente infrator, imposto por órgãos jurisdicionais competentes. Nota-se que a pena é uma implicação natural e jurídica do delito, conferida pelo Estado, a partir do descumprimento de uma norma penal e após a devida persecução criminal, sendo que esta, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser aplicada de forma desmedida ou desproporcional diante da inobservância de princípios constitucionais penais. Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 310):

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque,

enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.

Em que pese a realidade de um direito penal seletivo, já definido no capítulo anterior, é importante frisar que o Estado não pode fazer uso de seu poder punitivo sem seguir regras, porém, até que ponto os limites ao poder punitivo não são visualizados apenas na legislação? Para garantir direitos de toda uma coletividade deve-se deixar no passado o histórico de penas cruéis, corpóreas e seus suplícios em praça pública.

No início do século XVIII não havia uma delimitação clara das finalidades da pena e da função do cárcere, chegando ao ponto de naturalizar o aprisionamento de qualquer sujeito considerado indesejável, fosse pela própria sociedade ou pelos superiores, ao ponto de ser clara a dificuldade de se constatar a aplicação da lei ou o exercício do mero capricho individual, pois não havia uma relação entre a punição aplicada e o crime cometido, o que culminou na descrença da população pelo sistema de justiça criminal (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 109).

Com isso, emergiu um movimento que contrapunha a prática desarrazoada da punição, o iluminismo, sendo trazido por Cesare Beccaria o conceito do que deveria ser compreendido como pena a ser aplicada, bem como seus limites:

[...] só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do restante. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não é justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo (2015, p. 22-24).

Neste sentido, Cesare Beccaria entende que a exclusão da pena de morte é derivativa do contrato social, pois como seria possível que um sujeito lançasse mão espontaneamente de sua vida por um delito. O autor faz uso de uma teoria utilitarista da maior felicidade para o maior número de sujeitos, a partir de uma concepção liberal do estado de direito advinda de um contrato social e da divisão dos poderes. Ou seja, uma justiça humana é lastreada na utilidade comum, que se baseia na manutenção da união entre os interesses particulares sem que haja uma sobreposição de interesses prejudiciais e o Estado deve respeitar esse contrato social quando do exercício do direito de punir (BARATTA, 2020, p. 33-34).

Ao fazer um contraponto histórico, percebe-se que desde a Antiguidade até o século XVII as penas possuíam característica estritamente aflitiva, pois recaiam sobre o corpo do

sujeito condenado pelo descumprimento de uma norma. Pode-se dizer que o período compreendido pelo iluminismo, mais especificamente no século XVIII, foi marcado pelo início das modificações de pensamentos punitivos.

É por intermédio dos ensinamentos de Cesare Beccaria que a inconformidade com as formas de aplicação das penas começou a se propagar pela sociedade, com créditos à sua obra *Dos delitos e das penas*, publicada originalmente em 1764. Ronaldo Leite Pedrosa traz a importância desse estudo ainda em tempos atuais:

Numa época em que verificamos as estereis e históricas campanhas de ‘lei e ordem’, quando a cada crime que envolve vítimas de destaque na sociedade se propõe o endurecimento das penas, inclusive (como se possível fosse...) a adoção da pena de morte, a leitura serena de BECCARIA nos faz refletir sobre a experiência do passado, que não deve ser esquecida. Não é a pena endurecida de prisão que diminuirá a criminalidade. Já está desgastada a afirmação de que a cadeia apenas destrói um pouco mais o ser humano. Gasta-se muito para piorar as pessoas, com o sistema carcerário (2002, p. 246-247).

De certo modo alinhado com o pensamento de Cesare Beccaria, porém elaborado de forma mais complexa, Gian Domenico Romagnossi em suas obras *Genesi del diritto penale*, de 1791, e *Filosofia del diritto*, de 1825, assevera que o princípio essencial do direito natural é a conservação da espécie humana, derivando dessa ideia três premissas sociais “o direito e dever de cada um de conservar a própria existência, o dever recíproco dos homens de não atentar contra a sua existência, o direito de cada um de não ser ofendido por outro” (BARATTA, 2020, p. 35).

A partir de então, a finalidade da pena é a defesa social, ou seja, a pena deve ser compreendida como um contraestímulo ao crime, não podendo exacerbar essa finalidade, nas palavras de Gian Domenico Romagnossi (apud BARATTA, 2020, p. 35) “se depois do primeiro delito existisse uma certeza moral de que não ocorreria nenhum outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo [o delinquente]”. Ainda para o autor, como um prelúdio do pensamento trazido pela Escola Positiva, a pena não deve ser compreendida como o único meio de exercer a defesa social, demonstrando o início do surgimento da teoria dos substitutivos penais de Enrico Ferri e o entendimento de que a pena não apenas deve atuar de modo repressivo ao ponto de causar a exclusão dos delinquentes, mas sim atuar de forma a reeducar os indivíduos.

O sistema penal deve observar os erros cometidos no passado e não mais repetí-los, deve se preocupar em evoluir em conjunto com a sociedade e pautado no respeito à dignidade da pessoa humana. O uso de manobras midiáticas de propagação do medo pelo índice de criminalidade, como já mencionado anteriormente, deve ser repensado, a informação precisa

ser difundida, mas de forma coerente e com objetivos que não o fomento do ódio popular para embasar o recrudescimento das normas penais. Precisa-se observar as origens do problema criminal para então saber de fato como combatê-lo, sem fazer uso de populismos penais.

É possível perceber que, diante do já explicitado até aqui, a criminalização e a aplicação de uma sanção penal criam um abismo entre os ditos “homens de bem” e os indesejáveis socialmente, o que traz à tona críticas sobre as finalidades e fundamentos da pena e, conseqüentemente, sobre seus limites de aplicação. A pena passou a ser uma forma de controle social para manutenção do convívio em sociedade, vez que regras são necessárias para direcionar o comportamento humano e a sua violação originou a punição. Em que pese o intuito de findar as penas corpóreas de caráter cruel, não pode-se dizer que a pena, como aplicada hoje no ordenamento jurídico brasileiro, corresponde à expectativa ressocializadora e recuperadora, motivo pelo qual seu estudo se faz imprescindível neste momento.

2.1 Fundamentos da pena

Explicitar os fundamentos da pena é base para entender qual objetivo o Estado visa alcançar quando da imposição e aplicação de uma pena a um indivíduo. Aprofundar o estudo na relação entre desigualdade e o direito penal nos leva a entender que não há seletividade apenas na forma como são criadas e aplicadas as leis penais, mas que o próprio direito penal exerce de forma ativa a exclusão. A criminalização de determinadas condutas ligadas a denominada criminalidade urbana é um exemplo de estigmatização, ademais, a partir do momento que as penas são aplicadas seletivamente elas geram uma estigmatização de um indivíduo, ademais, o próprio cárcere produz esse efeito, tornando-se legitimadora de uma escala vertical de controle social.

O cárcere enquanto produtor de sujeitos desiguais seleciona aqueles que serão atingidos pelo seu poder quando recruta, principalmente, das zonas mais pobres da comunidade os seus usuários. Por isso a compreensão sobre as finalidades das penas é tão importante, pois ela se destina a um usuário determinado, e assim se poderá, mais adiante, compreender o efeito legalizado da estigmatização penal. Antes é importante ter em mente que a pena privativa de liberdade é uma espécie de sanção penal eleita em resposta ao cometimento de um crime, contudo ela tem sua efetividade por vezes questionada, afinal, “ao determinar a pena como único remédio para o controle social nas condutas incriminadas, a modernidade indica que quer punição e vigilância e não pacificação social” (SALIBA, 2009, p. 44).

Ao analisar as diferentes teorias das penas será possível compreender qual a intenção e legitimação do poder punitivo estatal, bem como seus problemas. Existe, de fato, uma racionalidade jurídica por trás da ideia de expansão do poder punitivo ou se está diante de um discurso superficial legitimador da punição? Para responder a essa pergunta será sopesado as distintas funções da pena em sua perspectiva geral de defesa social. Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni:

Se o saber jurídico-penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero factum, assumiria diante dele a nobre função de projetar normativamente sua contenção para preservar p estado de direito e prevenir os massacres, e recuperaria a dignidade que, em boa medida, perdeu ao longo da história, ao justificar os mais horrorosos crimes de Estado (2013, p. 404)

As teorias envolvendo a aplicação e finalidade da pena servem a um bem, ou mal, maior, a justificação do poder punitivo que pode ser considerado divergente da aplicação de um Estado Constitucional de Direito quando analisado sob um viés prático e realista do sistema penal. A ideia de um sistema punitivo está submersa em um mar de interesses de uma classe dominante e, portanto, surgem alguns questionamentos, como exemplo, seria a função da pena apenas aquela declarada pelas teorias penais, ou existe algo a mais por trás da ideia publicizada? As diretrizes oficiais são de que a pena visa combater a criminalidade e reeducar o apenado, mas não cabe aos estudiosos ocuparem o lugar do conformismo, a pesquisa e a evolução surgem da crítica e do inconformismo, para tanto, será aprofundada a visão crítica no decorrer do presente capítulo.

Importante frisar que independentemente da teoria adotada, o resultado obtido será o mesmo, o manejo dos indesejáveis e a criação de um inimigo social comum, o que gera a efetivação do sistema penal como meio legítimo de propagação da exclusão social. A busca da inteligibilidade do “por que punir?” leva os estudiosos do direito penal a sustentarem teorias ao entorno da pena que justifiquem sua função e que tornem desejável, ou ao menos plausível, a sua aplicação.

Assim, tem-se três grandes grupos de estudos, as teorias absolutas e relativas. Para as teorias absolutas, ou retribucionistas, a pena tem um fim em si própria, fim definido como retribuição, castigo, reação legal à conduta criminal praticada. De outro ponto, as teorias relativas, preventivas, ou utilitaristas, determinam que não há um fim próprio na pena, pelo contrário, ela deve ser observada como um mecanismo de alcance a um fim, qual seja, o fim utilitário, podendo ser compreendido como a prevenção do cometimento de novos delitos. Para

as teorias mistas, como o próprio nome induz, a pena possui ambas as finalidades, retributiva e preventiva.

2.1.1 Teorias absolutas

De acordo com a teoria retributiva, ou absoluta, tem-se um sistema criminal formado com base no crime já cometido, ou seja, há uma intenção de compensação de culpa, por intermédio da aplicação de uma pena como resposta do Estado ao injusto cometido pelo autor, assim há um reestabelecimento na ordem e nos valores normativos. Com isso, a pena não objetiva ser um fim socialmente útil, mas apenas uma resposta ao mal cometido.

Para Roxin (2001, p. 84-85), as teorias absolutas não se preocupam com a pessoa do delinquente, não possuem um viés social, o que não significa dizer que de fato não exerçam essa função, mas é possível notar, ao delimitar seu caráter retributivo, que as teorias absolutas possuem semelhante conotação da vingança privada utilizada como base para aplicação de penas nos primórdios do direito penal, entretanto, para essa corrente, a pena deve ser aplicada na medida da culpabilidade do autor.

É possível perceber a nível de sociedade a finalidade retributiva da pena quando da veiculação da prisão de um determinado sujeito, há uma sensação de compensação pelo crime cometido, entretanto destaca-se que esse sentimento não se perpetua quando da aplicação de medidas alternativas à prisão, demonstrando os resquícios da vingança privada na aplicação de penas mais severas aos condenados. Segundo Adel El Tasse (2003, p. 66):

Tais teorias têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime, pune-se porque pecou (*punitur quia peccatum est*). Seus adeptos veem a finalidade da pena como retribuição do mal pelo mal. Nessas teorias preconiza-se a ideia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso.

Neste momento, necessário se faz evidenciar os ensinamentos dos filósofos Kant, baseado na ética, e Hegel, fundamentado na ordem jurídica. Emmanuel Kant foi um contemporâneo da revolução burguesa e teve suas proposições influenciadas pelas teorias racionalista e utilitarista no que se refere à punição criminal; para o Kant (2013, p. 230-232) o ideal de justiça retributiva consiste nas normas consideradas válidas que devem se curvar à entendimentos de cunho utilitaristas, pois o direito penal é um imperativo categórico e seus fundamentos devem ser pautados segundo as leis da razão, o que impede a instrumentalização do indivíduo, entendimento que julgava ser compreendido por meio do estudo das teorias

preventivas. Entretanto, aplicar integralmente o cumprimento do imperativo categórico pode gerar uma ruptura no contrato social, sendo possível o cumprimento de eventuais penas cruéis aos condenados (SOUZA, 2019, p. 436).

Diferentemente da visão de Rousseau, Locke e Beccaria, para aplicação de uma pena, não há necessidade da aceitação mútua de um contrato social para obediência das normas. Kant se baseia na ideia de que quem contraria a lei, praticando um mal, deve receber outro mal como um imperativo de justiça, não há assentimento, e sim a pura retribuição à conduta criminosa, entretanto, a necessidade de justiça acaba por se confundir com a própria racionalidade humana (RADBRUCH, 2004, p. 237-238). A sociedade deve ser justa e as penas devem ser proporcionais ao mal causado, entretanto, em que pese a busca por proporcionalidade na aplicação da pena, há uma dificuldade em de fato encontrar referida proporcionalidade ao racionalizar o que deve ou não ser punido.

Qual seria o ponto de partida para análise do que deve ser considerada uma atuação justa pela sociedade? Segundo o autor, a definição de dignidade humana repousa no entendimento de que o homem é o fim de todas as coisas e nunca um meio para um fim, assim, a pena não pode requerer alguma modificação futura, como por exemplo, compelir terceiros a não cometerem crimes. Partindo dessa premissa, o ideal de justiça repousa da construção da hipótese da ilha:

O que deve acrescentar é que, se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da Justiça (KANT, 1993, p. 178-179).

Em síntese, no entender de Kant, a pena deverá retribuir a culpa, não podendo ser utilizada para cumprimento de outros fins que não esses, seja em prol da sociedade ao do próprio infrator. Em que pese sua construção do raciocínio, ele não está livre de críticas, como aponta Roberto Lyra (1955, p. 45), a teoria absoluta segundo Kant traz ideias falsas quando determina que é responsabilidade do poder social impor, por meio da força, o imperativo de justiça generalizado e perigosas quando afirma que todo mal causado deve ser punido, pois pode levar ao conflito entre lei, moral e religiosidade, chegando ao ponto de representar uma ameaça à liberdade individual.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1997, p. 80-87), parte do princípio de que o Direito deve ser compreendido como um mecanismo de coação, pois utiliza a privação da liberdade como meio de confronto à criminalidade. Defende que o crime deve ser interpretado como uma negação ao direito e a pena como uma negativa a essa conduta que criaria uma ordem, o que resulta na invalidação, negação do crime. Fazendo a análise por meio do método dialético, pode-se compreender a teoria, a antítese da ordem jurídica é o crime, a pena aplicada é mecanismo de emprego da síntese para que a ordem seja mantida, de modo que a relevância da aplicação de uma pena repousa no reestabelecimento do direito ofendido, como produto do conflito entre a vontade geral e a conduta criminosa.

Para o autor, a pena não possui caráter de vingança privada, mas também não se presta a finalidade preventiva:

A perseguição e a repressão do crime deixam assim de ser represálias subjetivas e contingentes como acontece na vingança. A repressão passa a ser reconciliação do direito consigo mesmo na pena. Do ponto de vista objetivo, há reconciliação por anulação do crime e nela a lei restabelece-se a si mesma e realiza a sua própria validade. Do ponto de vista subjetivo, que é o do criminoso, há reconciliação com a lei que é por ele conhecida e que também é válida para ele, para o proteger. Na aplicação da lei sujeita-se ele, por conseguinte, à satisfação da justiça, sujeita-se, portanto, a uma ação que é sua (HEGEL, 1997, p. 196).

Nesse sentido, o autor compreende a dicotomia crime e pena como uma questão de justiça. O crime é uma violação à norma jurídica e deve, segundo as normas, ser resolvido, de modo que a sanção aplicada ao caso concreto não é apenas o cumprimento puro e simples da norma, mas um direito do criminoso a partir do momento em que violou o direito. Deste modo, a pena é justa e proporcional e anula, assim, a conduta praticada.

Outro defensor da teoria absoluta, este mais recente que os anteriores, é Ernst Von Beling, que adota a ideia de retribuição não em seu termo idealista puro, mas sim na legitimação de “[...] princípios político-realistas adequados” (2007, p. 84). Para o autor a pena não perdeu seu caráter retributivo com o passar do tempo, o que ocorreu foi um aperfeiçoamento histórico, pois a pena substituiu a chamada vingança primitiva. Ademais, não pode o Estado lançar mão de tal significado, porquanto esta significa meio legítimo de sua autoafirmação perante a sociedade, entendimento este também aderido por Adolf Merkel (2004, p. 183).

Apesar de servir de base para os modelos de prevenção geral positiva, que será visto mais adiante, as críticas quanto a essa teoria se baseiam na ideia de que encontra relevância apenas no campo teórico, das ideias, pois não possui de fato aplicabilidade. A relevância das teorias absolutas se encontra na limitação do poder de punir do estado, pois determinam a

aplicação da pena de acordo com a culpabilidade do agente, o que vai ao encontro do princípio constitucional da dignidade humana. Para Renzikowski (2022, p. 10), segundo essa teoria, a dor aplicada ao sujeito deve ser proporcional ao fato ocorrido e ao sujeito ali disposto, analisando assim o caso concreto de modo proporcional.

Porém, segundo Roxin (2001, p. 84) referidas teorias não são sustentadas de modo científico, pois a principal preocupação do direito penal deve ser a proteção de bens jurídicos, coadunando com a ideia de finalidade social da pena, bem como a pena imposta, segundo essa teoria, visa compensar o mal com outro mal, porém, este definido como justo, o que não é, segundo o autor, uma fundamentação de aplicação, mas um fim em si mesmo. Para Juarez Cirino dos Santos:

Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade – e presente em fórmulas famosas como, por exemplo, o poder agir de outro modo de WELSEL, ou a falha de motivação jurídica de JACKOBS, ou mesmo a moderna dirigibilidade normativa de ROXIN -, não admite prova empírica. Assim, a pena como retribuição do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o mito de liberdade pressuposto na culpabilidade do autor (2005, p. 6).

O autor ainda compreende que a teoria retributiva não deve ser considerada democrática, haja vista que em um Estado Democrático de Direito o poder deve ser exercido em nome do povo, resguardando bens jurídicos considerados relevantes, e não com base no sentimento de vingança; declara ainda que falta cientificidade à teoria, pois a culpabilidade não é passível de se demonstrar cientificamente por meio de provas empíricas, podendo ser utilizada apenas como elemento limitador da pena, mas não como fundamento dela (SANTOS, 2005, p. 5).

Analisando a teoria, com base em um Estado Democrático de Direito, não parece plausível a aquiescência de características puramente retributivas na aplicação da pena, pois a racionalidade que é argumentada não ultrapassa o contexto ilusório da abstração, porque visa a implantação de um modelo ideal de justiça, buscando recuperar o direito violado em detrimento da liberdade pautado na culpabilidade que acredita existir a partir de uma ideia de livre-arbítrio.

Ademais, a exclusão de qualquer tipo de função social da pena não é um objetivo a ser quisto por um sistema punitivo que visa realmente compelir outras práticas criminosas, bem como a ideia de retribuição não consegue ser aplicada quando da elaboração de normas penais, ou seja, na criminalização primária, pois não se presta a analisar o cotidiano social e verificar a

necessidade de criminalização de uma conduta, fica subordinada apenas ao exercício final da norma, a aplicação retributiva da pena. Entretanto, há que se ressaltar que houve um certo avanço, se comparado às penas puramente expiatórias, pois instituiu uma limitação ao poder de punir do Estado quando levantou noções de proporcionalidade ao delito e a pena aplicada, em que pese sua demonstração fática tenha ficado prejudicada.

Passada a explanação do viés retributivo da pena, será analisado o ideário de pena agora sob outra perspectiva, a da prevenção, também observando suas nuances críticas para construção final de um raciocínio sobre as teorias envolvendo as finalidades da pena.

2.1.2 Teorias Relativas

Sob outra ótica, da utilidade da pena, têm-se as teorias relativas, finalistas ou preventivas, que, diferentemente das absolutas que são voltadas para o criminoso, possuem um viés social por meio da intimidação e contenção do crime. Para essa teoria, a pena tem o condão de compelir a prática criminosa no futuro, ou seja, a pena possui um aspecto finalista por meio da definição da “pena não como um fim em si mesmo, mas como um meio a serviço de determinados fins” (QUEIROZ, 2001, p. 36).

Não se pune para impedir a prática de um crime, de modo que o crime não é a causa da pena, mas o meio que possibilita a aplicação da mesma. De semelhante modo, Adel El Tasse (2003, p. 68) compreende que a pena é um:

fenômeno prático e imediato de prevenção, que pode ser especial – aquela que se dirige à pessoa que está sofrendo a pena, visando recuperá-la; ou geral – dirigida ao corpo social, pretendendo que sejam estabelecidos meios capazes de afastar a ideia de qualquer um que pense em praticar um ato delituoso.

Pode ser considerado como um diferencial em comparação à teoria retributiva, o fato de que ao se preocupar com a utilidade da pena para se chegar a um fim, reconhece o mal ocasionado pela aplicação da pena aos sujeitos, sendo tão-somente aceitável por ser o caminho a ser seguido para concretização de uma função maior, há uma meta a ser alcançada, a profilaxia criminosa, podendo ser considerada como um instrumento político para contenção da criminalidade. Para se ter uma pena legítima é preciso que haja um objetivo não só presente, mas também futuro, para que possa então reduzir a violência e colaborar para convivência harmoniosa em sociedade.

Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 241) a teoria traz o sentido de limitação ao poder de punir, uma vez que a partir do fim social não pode o Estado lançar mão de seu poder punitivo sobre um indivíduo, pelo simples fato do mesmo ter cometido um delito, assim, a pena imposta deve objetivar mais do que a sanção pura e simples como resposta imediata à conduta criminosa, limitando o mal causado pela aplicação de uma pena, com uma roupagem social. Não se pune porque o sujeito errou ao cometer um crime, pune-se para que não mais incorra no erro e para que outros também não o façam, no entendimento de Platão:

É certo que ninguém pune os autores de injustiças pela simples consideração ou motivo de haverem cometido injustiça, a menos que se comportem como animais irracionais. Mas quem se dispõe a punir judiciosamente não inflige o castigo por causa de falta cometida no passo – pois não poderá evitar que o que foi feito deixe e estar feito – porém com vistas ao futuro, para que nem o culpado volte a delinquir, nem os que assistem ao castigo venham a cometer falta idêntica (1980, p. 21)

Segundo Claus Roxin (1998, p. 20) a pena não busca retribuir ao sujeito o fato praticado, a aplicação de uma pena visa um agir no futuro, prevenir novos delitos, assim se desdobra de três formas “corrigindo o corrigível, isto é, o que se chama hoje de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação de liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis”.

Neste ponto, fica evidente a diferença entre a teoria retributiva e a teoria preventiva. Para a primeira a pena é resposta direta após um juízo de valor sobre uma conduta determinada como reprovável, a sanção é considerada pura e simplesmente um castigo ao mal infligido, tornando sua função vazia e sem fim social. De outro modo, a teoria preventiva, por mais que também passível de críticas, consegue mudar o foco da questão, passando a se preocupar com o todo, e não mais apenas com o sujeito que praticou o ilícito, há uma sensação de punição como pertencimento social, de fundamentação não imediata e pessoal, mas sim de pena social.

O viés social da pena pode ser apresentado de duas formas, isolada ou cumulativamente, englobando os seguintes atores, a sociedade e o próprio sujeito infrator, de modo que há uma divisão de sua explicação, na presente teoria, referindo-se à prevenção geral à sociedade como um todo e a prevenção especial à prevenção que recai sobre o próprio indivíduo. Sob essa perspectiva, esclarece Jeremy Bentham:

O perigo imediato vem do criminoso; este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, mas ainda resta o perigo de que outro qualquer, com os mesmos motivos e com a mesma facilidade, venha a fazer o mesmo. Sendo isto assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular que se aplica ao réu; e outro geral que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção (2002, p. 23).

A concepção de pena, segundo a teoria relativa, é a de mecanismo capaz de exercer a prevenção criminal social, o que de certo modo, confunde-se com a própria compreensão popular de que se impõe uma punição para que o sujeito não volte mais a delinquir. Por esse motivo, pode-se dizer que uma parcela de pensadores iluministas também abordou essa vertente criando premissas elementares sobre a opinião preventiva, como será visto mais adiante. No entendimento de Francesco Carrara:

O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinquente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser consequências acessórias da pena, alguma delas desejáveis; mas a pena permanecerá como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados. O fim da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade (2002, p. 78)

Um questionamento que surge ao longo da pesquisa, seria possível apenas compreendê-la em seu caráter teórico? O que se questiona é, ao extrair da pena uma finalidade, parte-se do pressuposto de que os sujeitos sobre quem ela recai e os demais membros da sociedade aceitam seu caráter retributivo ou preventivo. Se verdadeiro fosse, não haveria mais crimes nas sociedades, por esse motivo, importante estudar a pena não apenas de modo teórico isolado, mas entendendo o fenômeno social do crime e as consequências da aplicação de uma pena, justamente por isso que a pesquisa teve início com a abordagem de um sistema penal excludente, e posteriormente analisará as consequências da aplicação da pena para um indivíduo e para a sociedade sob a égide da teoria do etiquetamento social.

A teoria acabou sendo alvo de inúmeros questionamentos que levaram ao seu desdobramento em outras teorias. Será analisado agora a teoria da prevenção geral negativa e positiva que, como o próprio nome induz à compreensão, visa englobar uma generalidade de pessoas, sendo propagada pela Escola clássica do direito penal fomenta a aplicação de penas fixas pautada na proporcionalidade; bem como a teoria da prevenção especial negativa e positiva que foca no resultado da aplicação da pena de forma individual, ou seja, para o próprio apenado, visando em síntese prevenir a reincidência sem utilização de uma intimidação social.

a) Prevenção Geral Negativa

A teoria da prevenção geral negativa foi citada por Cesare Beccaria (2015, p. 62) ao determinar que a aplicação de uma pena também possui o condão de compelir que outros

membros da sociedade cometam crimes. Entretanto a maior propagação da teoria se deu após o surgimento de outra teoria, a da coação psicológica, do filósofo alemão Ludwing Feuerbach, que compreendeu que a violação da norma vai na contramão do que quer o próprio Estado, pois este espera que não existam crimes, de modo que a desestimulação da comunidade parte do pressuposto de que deve haver uma ameaça ao indivíduo com a aplicação de uma pena, ou seja, um mal superior à abstenção delitiva. Deste modo, o sujeito precisa de um contra estímulo à sua vontade delitiva, que pode ser materializado na aplicação de uma pena (ROXIN, 2001, p. 89-90).

Em linhas gerais, o Estado ameaça os membros da sociedade com uma pena, considerada uma mal a prática de um injusto penal, a partir disso, os sujeitos passam a sopesar o prazer e desfrute do cometimento de um delito em contraponto à possibilidade de aplicação de um sofrimento causado pela pena, de modo que o raciocínio lógico se baseia em mínima vantagem a partir do crime diante de tamanho malefício trazido pela pena. Para Winfried Hassemer:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade (1993, p. 34).

Aqueles que adotam a corrente compreendem que se a ameaça de sofrimento maior é maior do que o benefício do crime, o que acontece cotidianamente nas relações interpessoais, familiares e de trabalho – não se está aqui corroborando com a ideia de uma convivência saudável a partir dessa inferência – a teoria é viável por ser logicamente aplicável e facilmente percebida no meio social.

Claus Roxin compreende que a teoria da prevenção geral negativa possui vantagens sobre a teoria da prevenção geral positiva, que será abordada em seguida, pois demonstra com facilidade que casos em que não há risco de reincidência a pena não pode ser renunciada, pois a punição é necessária para não gerar o sentimento de impunidade na comunidade. Ademais, a teoria exige que as normas penais sejam exatas e claras para que o cidadão consiga compreender que não deve praticar determinada conduta (KHALED JR, 2021, p. 73).

Um ponto que merece destaque, é que a valoração individual da prevenção negativa é uma análise subjetiva, pois depende da interpretação do sujeito sobre o que representam as normas penais e as consequências da aplicação de uma pena em caso de violação normativa. Por certo que há um temor social diante da possibilidade de aplicação de uma pena, mas seria

isso suficiente para embasar empiricamente o sucesso ou fracasso da teoria? Segundo Roxin, a quantidade de pena possivelmente aplicada não seria suficiente, mas sim a certeza de que uma pena será aplicada (ROXIN, 2001, p. 91).

Outra crítica que emerge a partir do estudo da teoria da prevenção geral negativa é a afronta ao pensamento kantiano de que o homem é o fim de todas as coisas, e não pode ser considerado um meio ou um instrumento para atingir a um determinado fim. É clara a ideia de que a pena aplicada a um sujeito servirá de base, segundo essa teoria, para compelir práticas delitivas de outras pessoas, assim há uma usurpação do sofrimento do condenado como mecanismo, instrumento de coação coletiva, sendo esta proposição contrária a uma interpretação humanística do direito penal.

Ademais, a adoção dessa teoria pode gerar outros reflexos no direito penal, observa-se que, a base da coação é a ameaça, o terror da aplicação de uma pena que não possui critérios para sua duração; se essa ameaça não funcionar, ou seja, se os índices de criminalidade não reduzirem, a consequência lógica derivativa será o enrijecimento da norma penal para que diante da ameaça de uma pena maior as pessoas se sintam coibidas a não praticar delito. Entrar-se-ia então em um círculo vicioso, pois, como já mencionado, não há como prever que essa ameaça de fato resultará na redução dos índices criminais, pois a teoria exclui da análise o fenômeno real por trás da conduta criminoso (ROXIN, 1998, p. 23-24).

Não se pode escusar a reflexão a partir da teoria de Feuerbach. A pena só terá o condão de impedir a prática criminoso quando for certa, o que levanta a dúvida quanto a sua efetividade diante da sensação de impunidade que permeia a sociedade, seja ela real ou fictícia fomentada pela mídia, o fato é que existem casos criminais que não são levados ao conhecimento das autoridades, o que os criminólogos definem como cifra oculta criminal, a partir dessa zona nebulosa em que há a ocorrência de um crime, mas que de fato ele não foi processado, poderia gerar a sensação de blindagem para a prática de crimes por outros membros da comunidade, situação que leva ao solo a ideia central da teoria.

Encerrando a construção crítica da prevenção geral negativa, é a de que a imposição de uma sanção deve ser baseada e limitada na culpabilidade do sujeito que cometeu a infração, porém para essa teoria, a pena aplicada deve ser suficiente para compelir outros membros da sociedade a não delinquirem, o que tornaria a sanção aplicada não na medida da culpabilidade do criminoso, mas sim na esfera de alcance social daquela punição. Tal reflexão nos remete ao que acontecia na Idade Média com os suplícios em praça pública para coibir os membros da comunidade ao não cometimento de infrações. Como meio de reavaliar a teoria da prevenção

geral negativa, visando trazer motivos mais dignos à legitimação da pena, surgiu a teoria da prevenção geral positiva, que será estudada no próximo tópico.

b) Prevenção geral positiva

A teoria da prevenção geral positiva possui como finalidade a atuação comunicativa e pedagógica da pena, ou seja, o Estado, a partir da pena, comunica-se com toda uma sociedade e não apenas com o sujeito que cometeu o delito; diferentemente da prevenção geral negativa, a pena busca a validação da norma perante a sociedade, ratificando a confiança institucional, mas não de maneira intimidatória. Para Paulo de Souza Queiroz, segundo essa teoria:

[...] a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delitos; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social (2001, p. 40).

Ademais, pode ser dividida em duas correntes segundo Santiago Mir Puig (1986, p. 51-53), a fundamentadora, defendida por Günther Jakobs, e a limitadora, defendida por Claus Roxin e Winfried Hassemer.

Para teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, também conhecida como funcionalismo radical ou sistêmico, a aplicação de uma pena independe da garantia de proteção a um bem jurídico tradicionalmente conhecido, por exemplo, vida, honra, patrimônio etc., para essa teoria, a pena protege expectativas sociais, garante a vigência de valores. É embasada na comunicação buscando o fortalecimento da norma jurídico-penal que mantém a sociedade, ou seja, o direito é compreendido como uma estrutura basilar que sustenta e equilibra o desenvolvimento em sociedade, cabendo ao Estado a função de garantir a fidelidade ao direito pelos cidadãos.

Günther Jakobs (1997, p. 9-18) justifica a aplicação de uma pena a partir de ideia de mecanismo válido para gerar a fidelidade da população ao direito, assim, a meta é garantir que as normas jurídicas sejam consideradas como um conjunto de orientações, ao passo que, embasado na teoria de Hegel, compreende a pena como um mecanismo de estabilização social, um reforço do direito postulado, garantindo assim a vigência da norma. A pena é aplicada para garantir a permanência da proibição vigente, servindo de manutenção para a crença coletiva de que a norma é válida, ou seja, a pena passa a ser compreendida como mecanismo de comprovação da eficácia do direito, o que vai ao encontro do pensamento funcionalista

garantindo, ao negar a prática delitiva a reafirmação da norma em um ciclo de harmonia em seu funcionamento.

As expectativas sociais podem ser compreendidas como cognitivas ou normativas. As cognitivas se alteram quando violadas, as normativas não sofrem alteração mesmo após a violação, de modo que o direito como regulador do convívio social objetiva impedir que expectativas essenciais se convertam em cognitivas, pois quando há uma frustração reiterada de uma expectativa, ela pode ser alterada, assim a pena faz a comunicação entre Estado e sociedade para que respeitem e normalizem a conduta descrita na norma, sendo a sua infração uma ocasião anormal que terá uma comunicação de anulação com a imposição de uma pena. O foco de proteção não é o bem jurídico em si mesmo, mas sim a norma jurídica.

De acordo com Santiago Mir Puig (1986, p. 53), não há como adotar a teoria fundamentadora em um Estado Democrático de Direito, por ser contrária a dignidade humana no que tange à autonomia moral de cada sujeito, pois há uma imposição de uma valoração ético-social de fidelidade ao direito. Deste modo, o autor compreende que a aceitação de uma norma deve ser voluntária e não padronizada; a partir do momento em que há uma tentativa de imposição de valores morais em detrimento de garantias individuais volta-se à ideia da teoria da prevenção geral negativa mencionada anteriormente, bem como a preocupação maior da teoria não é a proteção ao bem jurídico, mas sim a valoração da norma jurídica.

De outro ponto, tem-se a teoria da prevenção geral limitadora, também conhecida como funcionalismo teleológico ou moderado. Como é possível inferir pela própria leitura da nomenclatura da teoria, ela estabelece parâmetros, limites ao poder punitivo. Para Claus Roxin (2001, p. 91-92), o objetivo é reforçar a vigência da norma e o respeito aos bens jurídicos tutelados, nota-se que diferentemente da corrente fundamentadora, o objetivo precípuo não é a proteção à norma, mas sim ao bem jurídico por ela tutelado; a imposição de uma pena, a partir da violação da norma, reforça a importância de determinado bem jurídico, o que demonstra, segundo Roxin, o caráter pedagógico da pena.

Em síntese, no entendimento de Roxin (2001, p. 91-92) a teoria possui três pilares básicos: a aprendizagem por intervenção sociopedagógica, a confiança no direito penal e a pacificação social. Nessa mesma linha de pensamento, Winfried Hassemer (2005, p. 426) esclarece que “a prevenção social não se reduz à adaptação, senão pode ser compreendida como forma de uma relação humana com o desvio, como proposta de responsabilização social face aos delinquentes”.

A ideia central é construir uma consciência coletiva normativa a partir da pena, que deve ser considerada como parte integrante do sistema que busca assegurar a efetividade das normas, entretanto não há que se falar em pena como intimidação “e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 121).

Fazendo um contraponto entre as teorias da prevenção geral positiva, é possível afirmar que a teoria limitadora é a que mais se equipara a uma teoria mista dialética, que será vista mais adiante, não compelindo os indivíduos a seguirem uma única moral, mas respeitando sua autonomia, busca disseminar o respeito normativo de forma voluntária com ênfase na proteção de bens jurídicos pré-definidos.

Porém, a teoria também não está blindada a pensamentos divergentes, uma crítica que surge é o fato de que a teoria não delimita uma duração razoável da sanção que deve ser imposta, abrindo brecha para a relativização do quantum de pena a ser aplicado a depender do bem jurídico analisado e sob o discurso de que sua aplicação nesse montante é para o bem da comunidade, abrindo mão de um direito democrático em virtude de um utilitarismo com poderes suficientes a objetificar o autor do delito (ROXIN, 2001, p. 92).

No entendimento de Jesús María Silva Sánchez (2002, p. 242), a utilização dessa teoria pode gerar um dilema entre os princípios do Estado Democrático de Direito e a finalidade integradora da prevenção, devendo prevalecer as garantias individuais firmadas constitucionalmente, mesmo que em detrimento do ideal de pacificação social. Necessário se faz, para além de prevenir o delito, observar e respeitar os parâmetros de um Estado Democrático de Direito, pautando-se na razoabilidade, culpabilidade, proporcionalidade e na ressocialização do infrator (MIR PUIG, 1985, p. 57-58).

Pode-se assegurar então que a teoria da prevenção geral positiva afirma a importância da valorização da racionalidade humana na tomada de decisões, deixando de pautar a ideia de punição na visão de crime como promotor do prazer e da reprimenda como promotora da dor; a aplicação da mesma visa a transmissão de uma mensagem, um ensinamento à sociedade.

O problema surge quando o homem passa a ser instrumentalizado, pois é meio de comunicação entre o Estado e a sociedade, considerado como fonte de conscientização de que não se deve romper uma norma jurídica. Sob outra perspectiva, ainda se pode criticar referida teoria com base na desnecessidade da punição, pois não resta demonstrada que a sua aplicação é o único meio pelo qual a mensagem, a comunicação, pode ser exercida, assim outros mecanismos podem ser utilizados que não referida ação.

A teoria da prevenção geral não leva em consideração as diferenças existentes dentro de uma sociedade, pois como seria possível afirmar que todos compreenderiam de igual modo a informação levada pelo Estado através da aplicação de uma pena? É preciso ponderar que dentro de uma sociedade existem vários grupos distintos, bem como ambientes geográficos divididos de maneira economicamente diferentes, como já mencionado no primeiro capítulo, há uma exclusão geográfica dos indesejáveis, de modo que aqueles que residem em bairros mais violentos e possuem uma rotina de vida totalmente diferente daqueles que tem o privilégio de morar em bairros mais seguros e vigiados, não irão compreender a pena com os mesmos olhos que os demais, por enxergarem o outro lado do crime, sua motivação e sua consequência, de fato, não há como padronizar a compreensão humana. Nas palavras de Claus Roxin (1998, p. 25):

A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípio semelhante às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências: é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.

Deste modo, não entende-se que a teoria da prevenção geral positiva seja viável para legitimar e justificar a aplicação de uma sanção penal, principalmente no que tange às penas de prisão, pois segundo Marcelo Gonçalves Saliba (2009, p. 52) “a exacerbação da pena como intimidação geral caminha para uma sociedade punitiva, com penas máximas, numa constante coação psicológica, exercida em relação a toda a sociedade, sem fins práticos a justificar”.

c) Prevenção especial negativa

Para a teoria da prevenção especial negativa, há uma neutralização do indivíduo que praticou um delito a partir da sua segregação. De modo que a retirada do criminoso do convívio social, por prazo determinado, impediria que ele delinqüisse no meio em que estava inserido anteriormente, destacando-se que a neutralização apenas ocorre quando há aplicação de uma pena privativa de liberdade, em outras modalidades de pena, a neutralização não ocorreria. A teoria não se preocupa com o crime propriamente dito, mas com o infrator, assim, pode-se dizer que ela não busca a prevenção de novos delitos, já que não se preocupa com o crime, mas sim a correção dos sujeitos desviantes a partir da sua segregação e com isso, sua neutralização (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 127).

A teoria aborda a finalidade da pena sob a perspectiva de inocular e de intimidar o delinquente. A inoculação é concretizada com o aprisionamento ou até mesmo com a morte do indivíduo criminoso, a partir da ideia de que ao ser segregado, por determinado tempo ou para sempre de uma comunidade, este não delinquiria, ao menos durante o tempo que durar sua prisão ou com a sua morte, o que traz à tona a ideia de uma desumanização do direito penal, atrelado a ideia de um direito penal do inimigo. A faceta intimidadora da pena é percebida com a própria maneira como a mesma se materializa, objetivando causar repúdio para que o apenado não volte mais àquele local. Sob um viés crítico à teoria, Claus Roxin explica seu fracasso:

A teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de consideração (1998, p. 22).

A partir da legislação brasileira e da situação carcerária brasileira pode-se perceber alguns elementos que compatibilizam com a ideia trazida pela teoria da prevenção especial negativa. Como exemplo, tem-se o disposto no artigo 1º da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais - LEP) “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

De igual modo, o regime disciplinar diferenciado (RDD) previsto no artigo 52 da LEP, que regimenta a aplicação de um cumprimento de pena especial para os presos em regime fechado, sejam eles definitivos ou provisórios, tal especificidade se dá a partir da permanência do encarcerado em cela individual, com determinadas limitações que recaem no direito de visita e saída da cela (banho de sol); ressalta-se que a medida é aplicada como sanção disciplinar após a ocorrência de um crime doloso na unidade prisional (art.52, *caput*, LEP) ou como medida cautelar, visando a segurança da ordem da unidade prisional (art.52, §1º e §2º, LEP).

Outro exemplo, agora no que concerne à faceta intimidadora da pena, pode ser observada com a própria formulação das prisões, não segundo seu regimento legal, mas sim quanto a realidade prática do sistema, que por vezes diverge da legalidade. Celas superlotadas, escassez de atendimento básico, de higiene, fazem com que o cárcere se torne inóspito e repulsivo, ao ponto de, segundo a teoria da prevenção especial negativa, servirem como lição ao sujeito, para que ele não mais delinqua.

Em que pese essas inferências sobre o sistema prisional brasileiro, sabe-se que a prática criminosa não é apenas compelida com um sistema ilegal e desumano, se assim o fosse, não

teria a presença da reincidência no ordenamento jurídico e prático, o que nos leva a crer que a aplicação de referida teoria para justificar os motivos pelos quais se pune, são rechaçados pela própria realidade do cárcere.

d) Prevenção especial positiva

Para a teoria da prevenção especial positiva, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos” (ROXIN, 2001, p. 85). Neste ponto percebe-se maior influência da chamada ressocialização a partir da pena, pois objetiva que o apenado reveja sua atitude criminosa durante o período de cumprimento da mesma, para que assim, sopesando as consequências seja compelido a não cometer novos crimes. Aqui não se busca impedir que a sociedade cometa crimes, mas que aquele sujeito que cometeu não volte a delinquir, a intenção não é a mera retribuição de um castigo porque infligiu a norma, a ideia central é fazer com que uma vez incluído no sistema prisional, este não mais retorne por ser, a partir da aplicação de uma pena, inserido na coletividade (ROXIN, 2001, p. 87).

Deste modo, o objetivo para essa vertente da prevenção especial é a inserção ou adequação do sujeito para que possa conviver harmoniosamente em sociedade sem o cometimento de crimes; aqui surge a ascensão do termo ressocialização já que o sujeito que foi tirado da sociedade seria reinserido após o cumprimento de sua pena.

Como exemplos do próprio ordenamento jurídico brasileiro que refletem a ideia dessa teoria, pode-se citar, a transação penal (art.76, Lei 9.099/95), suspensão condicional do processo (art.89, Lei 9.099/95), acordo de não persecução penal (art.28-A, Código de Processo Penal), composição civil dos danos (art.74, Lei 9.099/95), e mais atualmente a própria aplicação da justiça restaurativa (resolução 225/2016 CNJ) como meio externo de resolução de conflitos. Exemplos estes que não visam a aplicação de uma pena de prisão propriamente, mas são alternativas a ela, mecanismos de incentivo à ideia ressocializadora sem uma segregação espacial. Tais hipóteses não estão livres de críticas e ponderações, pois por se tratarem de forma substitutiva à prisão, poderia condicionar o indivíduo a aceitá-la, mesmo que fosse inocente, pelo simples fato de temer o curso de um processo, por vezes justificado pela hipossuficiência na contratação de uma defesa.

Voltando à análise da teoria, em busca de uma melhor compreensão, ela foi subdividida em outros tópicos de abordagem, o programa de tratamento, o programa máximo e

o programa mínimo, mas todos seguindo o ideal comum, a alteração futura de que o apenado não mais volte a delinquir. Será exposto agora a análise sucinta dos referidos desdobramentos.

A ideia por trás da perspectiva do tratamento surge com base nos pensamentos de Cesare Lombroso, fundador da Escola Positiva, que inaugurou o estudo criminológico científico a partir de sua obra *O homem delinquente* publicado em 1876. Para essa vertente o delinquente possui alguma espécie de anormalidade ou doença, bem como que o crime é uma doença social, de modo que a pena deverá ser, impreterivelmente, um tratamento. Visando essa aproximação da pena a um tratamento, a lógica de duração da pena também seguiu seu ideal, sendo a medida suficiente e necessária para curar o indivíduo, entendimento que pode ser utilizado para fundamentar as penas indeterminadas sujeitas a exames periódicos para avaliação de sua liberação, ou seja, da sua alta médica para que possa conviver em sociedade.

A criminologia moderna critica essa abordagem, haja vista que não há uma regra que enquadre todos os criminosos como psicopatas ou sociopatas ou portadores de qualquer distúrbio físico ou psíquico para que sejam submetidos a um tratamento, o crime não deve ser compreendido como um fenômeno natural, mas sim social o que levanta questionamentos sobre a teoria ser preconceituosa no que concerne ao rótulo de doente colocado no delinquente; e perigosa pois abre margem ao pensamento de que diante de qualquer suspeita sobre sua sanidade mental, o Estado poderia intervir como meio de compelir a futura prática criminosa, se pune pelo que é, não pelo que se fez, ou seja, estaria embasando um direito penal do autor (ROXIN, 2001, p. 88).

Para a vertente do programa máximo a ressocialização é alcançada a partir da imposição forçada de uma agenda de socialização que ofereça cursos, estudos bem como orientação pessoal e profissional. Não obstante a ideia de oferecer cursos e apoio, percebe-se que há um elemento de destaque, a obrigação na participação, bem como a intenção de doutrinação do indivíduo para que aprenda boas maneiras e possa assim conviver em sociedade.

A crítica que se levanta a partir dessa proposição é a afronta à liberdade de formação da personalidade individual, pois o Estado estaria tomando para si a responsabilidade de impor ideias e valores nos apenados, sendo essas as únicas consideradas boas para uma sociedade; ademais, não há como afirmar a eficácia dessa medida, pois depende da absorção pessoal do criminoso aos elementos morais que lhe foram apresentados. Sob o prisma de Claus Roxin:

Mas o importante é perguntar: o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde vem o direito de poder educar e submeter a tratamento pessoas adultas? [...] a maioria das pessoas

considera como algo de evidente o fato de se reprimir violentamente o diferente ou anômalo (1998, p. 22).

Por fim, a vertente do programa mínimo compreende que a agenda de socialização não deve ser aplicada de forma forçada, mas sim de forma voluntária, respeitando a liberalidade do apenado, sem aplicação de sanções. Ademais, o programa abarcaria as mais diversas linhas político-ideológicas para garantir amplo acesso sem imposição da que o Estado achar mais adequada. A crítica que surge é sobre a utopia da medida vez que não seria viável economicamente aos estados investir para assegurar ampla abordagem de orientações; de outro modo, critica-se também o quão livre o apenado está para escolher qual curso fazer haja vista a possibilidade de indumento a uma ou outra ideologia.

Uma análise crítica, especificamente sob o viés ressocializador da pena, permeia sobre a falsa ideia de ressocialização haja vista que não há como ter certeza que o receptor da ideologia ressocializadora de fato irá absorvê-la como seria devido (ROXIN, 2001, p. 88-89). Ademais, e aqueles sujeitos que não precisam de ressocialização? Ora, não há como encaixotar o grande número de infratores em um só padrão, existem aqueles que cometeram o crime por uma eventualidade, de modo culposo ou por força maior, não aqui legitimando as atitudes, mas ponderando as ideias; deste modo, não haveria que se falar em ressocializar ao passo que ele sujeito estaria de acordo com a sociedade, não seguindo a ideia lombrosiana de crime como doença, assim a teoria não seria suficiente para sanar esses casos (BITENCOURT, 2013, p. 152).

Como seria possível reinserir alguém que nunca de fato pertenceu àquela sociedade? Quando se fala em pertencer a uma sociedade, deve ser levado em consideração o conceito de sociedade formal, ou seja, pertencem à ela aqueles que tem acesso aos serviços básicos, como saúde, educação, tudo que for apropriado para constituir um indivíduo capaz e apto a ter e promover uma vida digna, assim, podendo participar do meio de poder daquela sociedade; porém a realidade que se vislumbra é a da segregação espacial, em que os considerados indesejáveis são remanejados para outros lugares, que não os considerados de uma sociedade formal, em que há uma maior dificuldade no acesso ao básico de qualidade.

Assim, respondendo ao questionamento anterior, não seria plausível dizer que o sujeito seria reinserido na sociedade, vez que para tanto deveria pertencer a ela, o que não condiz com a realidade, o criminoso pode sim pertencer a uma sociedade, e de fato ele pertence, mas não há uma padronização na sociedade como a que se compreende da leitura do termo ressocialização. Dentro de uma macro sociedade, existem microssociedades que funcionam de

formas diferentes, como o caso das periferias, e a partir dessa divisão geográfica populacional, econômica e de poder, não se pode falar em ressocializar, a menos que se aceite a premissa de que o sujeito que sai do cárcere voltará para a mesma sociedade de que veio, e não em outra com condições melhores; se direcionado a uma outra sociedade, então se estaria diante de uma inserção, integração, socialização, sendo desnecessário o uso do termo “re”. Segundo entendimento de Gamil Föppel Hiriche:

Veja-se que a própria nomenclatura – ressocialização – traz consigo uma ideia preconceituosa, senão utópica. De fato, argumentar que a finalidade da norma penal é ressocializar alguém fere letalmente princípios básicos da sociologia, em que se deve respeito a todo o processo de socialização a que o indivíduo foi submetido, como forma de garantir a diferença. Por outro lado, falar-se em ressocialização – nos moldes em que são propostos por esta teoria é pensar que será possível socializar as pessoas conforme o interesse da classe dominante (2004, p. 27).

Por óbvio que estamos selecionando os criminosos com essa fala, não se está tratando aqui de criminosos ditos do colarinho branco, ou que vem de uma condição social mais abastada, fala-se da realidade do sistema carcerário brasileiro, em que os aprisionados, em sua maioria, são pretos e pardos com escolaridade baixa, como já elucidado no capítulo anterior com dados estatísticos.

Outro ponto que merece destaque sobre a terminologia ressocializadora da teoria da prevenção especial positiva é que o próprio artigo 1º da Lei de Execuções Penais utiliza o termo “integração social do condenado e do internado”, não mencionando o termo reintegração, tampouco ressocialização, este foi um termo cunhado pela doutrina, que pode merecer ressalvas quanto ao seu significado. Nas palavras de Salah H. Khaled Jr.:

A suposta vocação da prisão para transformar o anormal em normal, ou seja, para normalizar é rotineiramente desmentida, sem que sequer seja necessário aprofundar a discussão em torno do que, afinal, é esse ser “normal” que seria tão desejável para o bem estar social. [...] As histórias de “sucesso” daqueles que emergem do sistema penitenciário são histórias de sobrevivência. Não são demonstrações da capacidade da pena fazer o bem. A prisão não ressocializa. Ela dessocializa. Ela não integra, mas segrega. Se ela ensina algo, são estratégias de sujeição e sobrevivência na própria prisão (2021, p. 75).

Ademais, seria a aplicação de uma pena privativa de liberdade algo realmente positivo? Da forma como se mostra o sistema carcerário com seus inúmeros defeitos e até mesmo após a decretação de seu estado de coisas inconstitucional a partir do julgamento da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal, a pena jamais poderia alcançar desígnios positivos, pois não colabora com a construção de uma harmoniosa convivência do apenado em sociedade.

Mesmo que se fale em melhorar, readequar o sistema prisional, em nada adiantaria se a raiz do problema, a desigualdade e a exclusão, não fossem encaradas como problemas reais que merecem um olhar cuidadoso para projetar possíveis mudanças, o sistema penal apenas segue o fluxo seletivo da própria sociedade e por isso se manteria, mesmo que readequado no tocante aos seus problemas estruturais, o que também não seria possível a curto e médio prazo.

Por fim, se a pena não dessocializasse os indivíduos que são submetidos a ela, já está-se diante de um grande avanço, não se pode negar que sua própria aplicação já é suficiente para incutir no sujeito uma marca, um estigma que caminhará junto a ele por toda sua vida pois os efeitos processuais da ficha de antecedentes criminais extrapolam o judiciário e causam impactos no convívio em sociedade, será visto de forma mais aprofundada essa crítica nos próximos capítulos.

2.1.3 Teoria mista

Após as teorias absolutas ou retributivas e as teorias relativas ou preventivas, surgiram as teorias mistas, ecléticas ou unificadoras cuja finalidade é a união de vantagens das propostas anteriormente firmadas, ou seja, busca capturar o que há de melhor nas teorias anteriores para criar uma mais adequada, por isso o nome teoria mista ou unificadora. Segundo Paulo de Souza Queiróz “busca-se, assim, unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena somente será legítima na medida em que seja contemporaneamente justa e útil” (2001, p. 66).

Sua construção se baseia na análise crítica das soluções defendidas pelas teorias absolutas e relativas da pena. Compreendendo assim que a unidimensionalidade é excessivamente formalista e falha em abarcar tamanha complexidade dos fenômenos sociológicos que de fato interessam ao Direito Penal, o que gera consequências graves no que concerne à segurança de direitos fundamentais. No entender de Fernando Capez, para a teoria mista “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime pela reeducação e intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*)” (2012, p. 224).

Independentemente do esforço de Roxin em tentar buscar o que considerava de melhor nas outras teorias, não se viu longe do olhar crítico de outros estudiosos do assunto, pois perceberam que a nova hipótese apenas ressaltava os defeitos individuais de cada uma delas. Roxin compreende que a utilização simultânea das teorias preventivo gerais e especiais possui uma lógica, já que a pena aplicada deve contemplar o resultado obtido por ambas proposições,

o problema apenas surgiria quando a pena aplicada não respeitasse os fins próprios da prevenção geral e da prevenção especial, deixando uma delas de lado.

Ademais, para o autor mesmo uma pena reduzida atingiria também a finalidade de prevenção geral, não apenas ressocializadora, porém a redução não pode levar à descredibilização do sistema penal por parte da coletividade a partir do sentimento de impunidade, deste modo o limite mínimo de pena observa o mínimo preventivo geral, sendo razoável ao apenado, mas também credibilizada socialmente, bem como ressalta que no conflito entre fins preventivos gerais e especiais, o fim especial tem maior peso na análise, pois leva em consideração a ressocialização (ROXIN, 2001, p. 103).

Pode-se perceber que Roxin acredita que as teorias preventivas gerais e especiais se prestam a um fim legítimo e válido, que é bom para o apenado tanto quanto para a coletividade, ou seja, a pena possui um caráter de reprimenda ético-social. Salah H. Khaled Jr (2021, p. 79) critica esse pensamento e questiona a validade do seu acolhimento por parte dos penalistas, pois “[...] a história dos últimos séculos mostra que nada ceifou tantos bens jurídicos quanto o poder punitivo [...]”.

Para teoria mista, a pena aplicada ao caso concreto deve observar e se basear na conduta praticada, no crime e não visando propagar intimidação pessoal ou coletiva, como vislumbrado na teoria da prevenção geral. De igual modo também afasta a fundamentação preventivo-especial, pois não leva em consideração a potencialidade de eventos futuros pelo mesmo autor caso não seja punido em tempo hábil. “[...] a justificação da pena conjuga tanto fatores de prevenção (e suas variantes: geral e especial, negativa e positiva) quanto, a partir da tradição retributivista, a reprovabilidade ou culpabilidade da conduta punível” (HORTA, 2022, p. 5).

Claus Roxin (1998, p. 44) subdivide as teorias mistas em unificadoras aditivas e dialéticas. Para a teoria mista aditiva as finalidades da pena devem ser somadas, de modo que a pena teria mais de uma finalidade com o objetivo de agregar as qualidades de todas as propostas; porém deve se ressaltar que não há como excluir dessa soma os elementos negativos que permeiam as finalidades de cada teoria como já mencionados anteriormente, assim a pena poderia ser utilizada pelo Estado como meio de ressocializar e limitar a conduta social, mas também poderia ser utilizada sem uma justificativa racional beirando um Direito Penal do terror.

É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido corretamente que cada uma das concepções contém prontos de vista aproveitáveis que seria errôneo converterem

em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente três concepções tem forçosamente que fracassar, já que a pura adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, ante se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável, como muito grave do ponto de vista do Estado de Direito (ROXIN, 1998, p. 26)

De outro modo, para a teoria mista dialética, apesar de reconhecida a pluralidade de finalidades da pena, há uma ordem a ser seguida, uma finalidade acaba por limitar outra de acordo com seu peso. Assim, o limite máximo de aplicação de uma pena deverá ser baseado na culpabilidade do agente, tendo a ressocialização uma influência mínima na pena aplicada (ROXIN, 2001, p. 103).

Há, para essa vertente da teoria mista, uma regra a ser seguida durante a aplicação de uma pena, não há uma confusão de finalidades que se somam e se sobrepõem por questões discricionárias, o jogo de aplicação de pena exige a observação de regras. Primeiramente deve prevalecer a prevenção geral negativa e positiva no que se refere à pena abstratamente cominada ao delito; em um segundo momento, quando da aplicação da pena na sentença, deverá observar a prevenção geral negativa sem que esta impressa a ressocialização e respeite o limite da culpabilidade; por fim, deverá prevalecer a prevenção especial positiva, assegurando a aplicação no limite mínimo necessário para a manutenção da finalidade de prevenção geral (DIAS, 1999, p. 132).

Em apertada síntese pode-se afirmar que a teoria mista aditiva defende a utilização conjunta de todas as finalidades da pena trazida pelas outras teorias, sem necessariamente fixar um critério ou ordem de aplicação, de outro modo para a teoria mista dialética as finalidades, apesar de reconhecidas, devem observar o momento adequado de aplicação e influência, fixando assim um limite à atividade Estatal jurisdicional.

2.1.4 Reflexões críticas às teorias da pena

Sucintamente, observa-se que as teorias absolutas, ou retributivas, compreendem a pena como um fim em si mesma, respondendo ao questionamento “por que punir?” de maneira arcaica, retomando o sentimento de pena corpórea e de vingança. De outro modo, as teorias relativas ou utilitaristas, compreendem a pena como um fim útil para compelir a prática de novos delitos, focando mais no futuro, do que no presente, tentando responder ao questionamento “pra que punir?”. Como bem elucida Massimo Pavarini:

[...] O cárcere parecia um invento bom no final de 1700, quando foi criado, mas hoje não demonstra mais êxito positivo. O que significa êxito positivo? Significa que o Estado moderno pode justificar a pena privativa de liberdade. Sempre se fala que o direito penal tem quatro finalidades: serve para educar, produzir medo, neutralizar os mais perigosos e tem uma função simbólica, no sentido de falar para as pessoas honestas o que é o bem, o que é o mal e castigar o mal. Após dois séculos de investigação, todas as pesquisas dizem que não temos provas de que a prisão efetivamente seja capaz de reabilitar. Isso acontece em todos os lugares do mundo (2009, n.p).

As teorias que buscam legitimar o poder punitivo estatal são falhas, pois quase que como dentro da narrativa de uma sociedade utópica busca encaixar padrões que não se visualizam na realidade cotidiana, pois não levam em consideração as desigualdades que permeiam a sociedade, ao ponto de levar-nos a concluir que se justifica apenas pelo enraizamento da ideia de punição de um inimigo em comum, aquele sujeito que é segregado, pode e deve ser punido, “para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo” (ZAFARONI, 2011, p. 88) o que fere incisivamente a estrutura de um Estado de Direito.

Não obstante toda a explicação pormenorizada das teorias existentes sobre a finalidade da pena, seria coeso com o pensamento científico apenas aceitá-las? A realidade do sistema penal em cada país é particular, não se pode colocar todos em uma caixa e acreditar que uma ou outra teoria conseguiria definir sua função. A América Latina não apresenta um cenário tão verdejante como talvez se enxerga no gramado do vizinho, cabe aos pesquisadores confrontar a teoria com a realidade, dar nome e lugar ao direito, não apenas imaginar um cenário hipotético, quase que utópico, para delimitar-se teorias e criar-se regras sob sua égide. O cheiro, a cor, o *status*, o lugar onde são aplicadas e para quem servem as normas deve ser levado em consideração, para que assim a sociedade tenha uma teoria aplicável à realidade, não maquiada, velada e comparada a outras realidades que não a brasileira. Segundo entendimento de Salah H. Khaled Jr:

Como é possível que um intelectual enojado com as práticas punitivas brasileiras tenha a ingenuidade de aderir a qualquer teoria da pena? Diante da catástrofe que conforma a realidade operativa do sistema penal, como participar de uma profissão de fé que atribui finalidades nobres ao poder punitivo? Finalidades que ele não tem como cumprir e que integram um devaneio jurídico divorciado da realidade concreta da sua manifestação? (2021, p. 68).

A partir dessas premissas, a presente pesquisa visa tratar do assunto exclusão social e etiquetamento social aplicados pelo próprio Estado quando da utilização de elementos constitutivos da pena como a reincidência e os maus antecedentes. A realidade brasileira deve

ser levada em consideração para que as normas se adequem a ela, não a uma ideia fantasiosa de mundo quase perfeito, são pessoas reais vivendo problemas reais. Para Salah H. Khaled Jr., é preciso observar atentamente o viés apregoado pelas ideologias “re”, pois elas deixam lacunas em sua explicação:

Como evitar a reincidência se o “tratamento” prescrito visa a pura e simples neutralização? Como impedir que a prisão dessocialize e estigmatize, o que ela inevitavelmente faz, mesmo nos programas recomendados e cercados de garantias? Como educar para a liberdade em condições de não liberdade? (2021, p. 75-76).

Por mais que o aparato das unidades prisionais fossem excepcionalmente excelentes, promovendo uma pena que observasse padrões mínimos aptos a oferecer uma dignidade no cárcere, não estaria ela blindada de ferir fisicamente, psicologicamente e socialmente o indivíduo que fosse submetido a ela. “O isolamento da pessoa, excluindo-a da vida social normal – mesmo que seja internada em uma ‘jaula de ouro’ – é um dos efeitos mais grave da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível” (BITENCOURT, 2004, p. 160).

As teorias que tentam justificar o “por que punir?” resvalam no mesmo fim, legitimar a atuação opressora do Estado sem observar os mandamentos constitucionais, haja vista a realidade do encarceramento no Brasil como já apontado no capítulo anterior quanto aos dados estatísticos sobre quem são os sujeitos encarcerados. Ignorar o texto constitucional e se agarrar em teorias fantasiosas é fechar os olhos propositalmente para o problema que está bem a nossa frente, estudar os fundamentos da pena não deve se tornar um fetiche dos penalistas simplesmente para corroborar com a ideia de punição, mas deve ser um meio eficaz para criticar o sistema e propor soluções para a evolução pautada no respeito ao Estado Constitucional de Direito.

Um ponto que merece destaque é o fato de que a Constituição Federal Brasileira não referência qual teoria da pena adotará, o que diferencia o Brasil de outros países, como a Itália e Alemanha, por exemplo, fazendo apenas menção de elementos limitantes ou direcionadores de aplicação da pena, como a vedação à pena de caráter perpétuo, cruéis e degradantes, que já se sabe que se encontram apenas no papel constitucional. Malgrado tal ausência, não impede que o “penalismo comprometido com a reprodução ideológica de barbárie continue a professar sua fé nos vetores legitimantes, o que não deixa de ser plenamente condizente com a nossa cultura de fetiche pela legislação infraconstitucional” (ROSA; KHALED JR, 2020, p. 105-106).

2.2 Sistema Garantista de aplicação da sanção penal

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli é um modelo de justificação da pena que traz outra forma de enxergar o funcionamento do sistema penal, contrário ao pensamento abolicionista, acredita que o sistema penal é necessário dentro de uma sociedade, pois a pena não deve ser compreendida de forma irracional, mas sim como efetiva cumpridora de um papel preventivo, entretanto com limitações ao poder punitivo (FERRAJOLI, 2006, p. 10). Pautado no iluminismo, delimita princípios a serem seguidos, quais sejam, a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório e a presunção de inocência (FERRAJOLI, 2002, p. 28).

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela maioria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

Como forma de explicar o sistema garantista, o autor delimita dez axiomas não deriváveis entre si, que fundamentam princípios penais e processuais penais elaborados com base no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII limitando o poder de punir, são eles:

A1 Nulla poena sine crimine, A2 Nullum crimem sine lege, A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate, A4 Nulla necessitas sine injuria, A5 Nulla injuria sine actione, A6 Nulla actio sine culpa, A7 Nulla culpa sine judicio, A8 Nullum judicium sine accusatione, A9 Nulla accusatio sine probatione, A10 Nulla probation sine defensione. [...] 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75)

A ideia central da teoria é evitar abuso por parte do Estado ao aplicar seu poder punitivo por intermédio de garantias penais e processuais penais que imporão limites. Assim, a teoria garantista acaba por considerar necessária a despenalização de condutas criminais de

menor importância, e conseqüentemente o desencarceramento, visto que o mesmo só deve ser utilizando quando estivermos diante de casos de violação de bens jurídicos fundamentais (ROSA, 2011, p. 05).

É possível perceber certa proximidade da teoria com a base de um Estado de Direito, tanto que o próprio autor delimita como acepção ao termo garantismo; pode-se afirmar que existem limites formais e materiais que buscam compelir abusos por parte do Estado ao fazer uso do seu poder punitivo, por meio de um modelo normativo de direito. Como um segundo significado, compreende também como garantismo que as normas jurídicas tenham validade e eficácia dentro de um Estado de Direito buscando maximizar a tutela de valores e direitos fundamentais. Por fim, delimita garantismo como uma “filosofia política” baseada no interesse e proteção de bens jurídicos definidos, não se confundindo o “ser” e o “dever-ser” do direito. Tais acepções completam a finalidade principal da teoria garantista, a tutela de valores e direitos fundamentais de toda coletividade. (FERRAJOLI, 2002, p. 684-685).

Já foi explicitado que as teorias denominadas utilitárias visam o bem-estar social a partir do desestímulo ao cometimento de delitos por intermédio da aplicação de uma pena intimidadora e ressocializadora, de modo que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli é considerada um modelo de utilitarismo reformado ou renovado, pois se preocupa não somente com o pensamento social sobre a pena aplicada, mas também com mecanismos para assegurar as garantias individuais do apenado (CARVALHO, 2015, p. 117-119).

Ferrajoli faz uma crítica ao utilitarismo clássico baseado no viés preventivo, reconhecendo que o utilitarismo deixa-se levar por águas de autolegitimação autoritárias o que acaba por fornecer aos pesquisadores critérios de deslegitimação (KHALED, 2021, p. 87). Para o autor, a prevenção, abordada pela teoria preventiva, não se limita apenas à defesa social, mas também do próprio infrator.

Por óbvio que a sanção busca compelir a prática de delitos por outros sujeitos de uma comunidade, mas também busca coibir uma possível reação vingativa da sociedade, pautando-se na pena legalizada, o que proporciona a conotação racional e funcional da mesma. Pode-se dizer que o Direito Penal ostenta cargo de defesa do mais fraco, agindo de forma diferente no decorrer da intervenção estatal e limitando-a; quando próximo ao delito, deve proteger a vítima, porém quando em fase processual, deve se prestar a proteger o acusado, bem como durante a execução penal visa proteger o réu de excessos de cunho vingativo (SANTANA, 2008, p. 882).

Como bem elucidada Camila Maria Rosa Casari e Gilberto Giacóia (2016, p. 256), “a perspectiva garantista retira do Estado Democrático de Direito o poder de punir de forma

desmedida, exercido como uma nefasta forma de vingança pública”, de modo que, no tocante à execução penal, um sistema “efetivamente garantista deverá determinar-se pela redução dos danos causados pela aplicação da pena privativa de liberdade, visando preservar os demais direitos fundamentais e especialmente a dignidade daquele que cometeu uma conduta criminosa”. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

[...] um sistema penal somente se justifica se a soma das violências - delitos, vinganças e punições arbitrárias - que este é capaz de prevenir for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas. Naturalmente, um cálculo deste gênero é impossível. Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como mal menor - ou seja, somente se menor, menos afliitiva e menos arbitrária - se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva (2002, p. 271).

Sob o prisma da democracia constitucional, Ferrajoli compreende que o que diz respeito a maioria da população não pode ser definido em detrimento de direitos das minorias, com isso, o Direito Penal garantista não pode ser utilizado como mecanismo de controle social da minoria pela maioria, deve sim ser meio de proteção de todos, criminosos ou não. A partir disso a aplicação da pena deve olhar para o sujeito infrator e para sociedade, mas também compreender que o apenado não é um fim para o direito, tampouco que o direito é um fim de interesse da classe dominante, não há justificativa para infligção de um mal, mas uma pena mínima seguindo parâmetros garantistas de análise do bem jurídico tutelado.

Não obstante a beleza da teoria, não se vê no cenário atual do sistema carcerário brasileiro um sopro de esperança, tampouco um meio hábil a se fazer cumprir as determinações da teoria garantista. Ao passo que a privação da liberdade é utilizada para assegurar o clamor popular por punição e recrudescimento de normas em detrimento de direitos e garantias fundamentais de uma classe especificamente segregada e marginalizada por questões raciais e socioeconômicas.

O autor, sensatamente, faz questionamentos reflexivos sobre a pena privativa de liberdade porquanto considerada a principal pena aplicada dentro de um sistema punitivo e sendo a promotora de violações de direitos, refletindo assim se o cárcere é “*ontológicamente, por su misma naturaleza de práctica de segregación, una violación de los derechos fundamentales y de la dignidad de las personas y entonces una patología no reformable del Estado de Derecho*” (FERRAJOLI, 2016, p. 4).

Mais além, Luigi Ferrajoli contesta a fundamentação principiológica da pena de prisão, visto que não respeita a legalidade, a igualdade e a dignidade da pessoa, princípios estes fundamentais em um Estado de Direito. Para a teoria garantista, a prisão não deve ser apenas um local onde se priva a liberdade de um sujeito, onde se colocam os indesejáveis e se inflige uma agonia, deve atingir as suas finalidades sem deixar descumprir as normas, como é colocado, o cárcere passa a ser uma contradição institucional em constante violação de direitos (2016, p. 6-7).

Com a chegada do posicionamento garantista de Ferrajoli ao Brasil no começo do milênio, os penalistas brasileiros dividiram opiniões, há os que concordam com a teoria e aqueles que discordam enxergando como uma teoria da impunidade (KHALED, 2021, p. 86-87). O vício pelas teorias anteriormente definidas, não tão democráticas assim impedia que visualizassem as riquezas trazidas pela teoria de Ferrajoli, o respeito aos direitos fundamentais para todos, sociedade e delinquente, a teoria, de certo modo, traz de volta o sentimento de humanização do indivíduo infrator que acabou sendo deixado de lado ao passar dos anos para sustentar o interesse da classe dominante em punir para segregar, tentando justificar a aplicação da pena de forma rasa e sem abandonar as ideias retributivas.

A crítica trazida por Salah H. Khaled Jr (2021, p. 87-88) merece destaque, afinal, seria o utilitarismo imune a críticas? O autor entende que não, elencando outras teorias que deslegitimam o garantismo, tais como o abolicionismo, o realismo marginal de Zaffaroni e a criminologia crítica. Em suas palavras “um autor comprometido com a tradição na qual está inserido dificilmente poderia dar um passo além de algo que é tão constitutivo do Direito Penal moderno”. A máxima de Ferrajoli baseia-se na ideia de pena como um elemento máximo de promoção do bem-estar dos não criminosos, mas também aplicada de forma a causar o mínimo de mal-estar no criminoso. Por mais que a teoria seja atrativa aos penalistas, “a catástrofe brasileira precisa de algo mais do que justificacionismo e por isso tenho dito insistentemente que é necessário conceber o sentido do Direito Penal de acordo com a especificidade da nossa realidade marginal” (KHALED, 2021, p. 88).

Corroborando com a ideia que objetiva a presente pesquisa, faz-se o seguinte questionamento: seria a teoria garantista apenas mais uma tentativa frustrada de justificar e legitimar a pena, visto que a realidade ainda impede a adoção e a efetivação de qualquer das medidas trazidas por essa e outras teorias? Esse é um questionamento que discorre-se-á nos próximos capítulos, ao abordar a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro quando da

aplicação da pena pelo artigo 59, mais especificamente nos institutos da reincidência e dos maus antecedentes, sob a ótica da teoria criminológica do etiquetamento social.

3 REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA

Necessário se fez entender o sistema penal excludente em nível macro para depois compreender a origem e a fundamentação das penas, e partir de então determinar que o sistema penal utiliza uma fórmula própria para punir, que não outras possíveis. É a partir dela que se pode definir o real intuito de sua aplicação e suas consequências, não apenas no que tange às consequências jurídicas, mas também fáticas perante a sociedade, corroborando com a ideia de que há uma espécie de promoção da exclusão por meio da forma como a pena é imposta à um indivíduo, direcionada por forças sociais e econômicas. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, há um papel importante em sopesar as consequências de aplicação de uma pena:

O recluso adapta-se às formas de vida, uso e costumes impostos pelos próprios internos no estabelecimento penitenciário, porque não tem outra alternativa. Adota, por exemplo, uma nova forma de linguagem, desenvolve hábitos novos no comer, vestir, aceita papel de líder ou papel secundário nos grupos de internos, faz novas amizades etc. Essa aprendizagem de uma nova vida é mais ou menos rápida, dependendo do tempo em que estará sujeito à prisão, do tipo de atividade que nela realiza, sua personalidade, suas relações com o mundo exterior etc. (2004, p. 187).

A aplicação da pena precisa de um alicerce legítima e factual, pois a violência que ela causa é de tamanha significância ao ponto de não poder se tornar comum, motivo pelo qual a pesquisa precisa questioná-la e valorá-la a partir de outras perspectivas, tal como a interdisciplinaridade, para que então possa compreender a necessidade de novos modelos punitivos mais eficazes ou menos infamantes.

Ao aplicar uma pena não é plausível que se faça um raciocínio meramente lógico de imperatividade jurídica, mas deve-se atentar em outros elementos, tais como os movimentos e contextos sociais, dados empíricos de seu sucesso, bem como de seu fracasso, os problemas que causa não apenas na vida do sujeito apenado, mas também da coletividade. Se a base da aplicação da pena for compreendida como a proteção a bens jurídicos a partir da privação de bens jurídicos de um determinado indivíduo, esta também deve servir de fundamento para a manutenção dela, ou seja, deverão ser analisados os resultados reais da privação com lastro no sentido social e na sua finalidade.

Qual seria então a finalidade do direito penal, a imposição de uma pena ou o cumprimento da norma, ou seriam ambos? Crê-se que a pena somente se justificaria quando de fato coibir a prática delitiva tanto social quanto pessoal, ou seja, quando for meio legítimo de cumprimento da norma. Afirmar isso é criticar o entendimento, a partir das finalidades da pena,

de que ela, após aplicada, possui o condão de impedir que pessoas cometam atividades consideradas legalmente como criminosas, funcionando como um inibidor social, o que não ocorre quando analisados dados estatísticos relativos à reincidência criminal, não há como dissociar o estudo teórico da realidade brasileira.

Nesse sentido, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), representada pelo seu Grupo de Análise e Pesquisas Econômicas (GAPPE), realizou um estudo sobre a reincidência criminal no Brasil e disponibilizou um relatório prévio dessa análise em 14 de novembro de 2022. A pesquisa teve como subsídios informações sobre movimentação dos presos nas unidades, sentenças criminais proferidas, dados da Receita Federal, SUS, dentre outras fontes.

Ademais, foram consultados 979 mil presos de 13 estados brasileiros no período compreendido entre 2008 e 2021; utilizaram como marcadores características demográficas básicas como perfil de idade, sexo, raça, local de nascimento; características sociais como nível de escolaridade, perfil de ocupação e renda no mercado de trabalho e histórico de acesso a programas sociais federais; histórico de casos na justiça comum, criminal, federal e estadual; indicadores de mortalidade; Indicadores de empreendedorismo e recebimento de benefícios sociais.

Ao observar os dados efetivamente trazidos pelo relatório, percebe-se que a taxa de retorno para cumprimento de pena após saída por decisão judicial, fuga ou progressão de pena em até 1 ano é de 21,2%, em até 2 anos é de 26,8%, em até 3 anos é de 30%, em até 5 anos é de 33,5% chegando ao percentual do período avaliado de 2010 a 2021 é de 37,6%. Diante da análise desses dados, é possível inferir que há uma maior probabilidade de efetivação de uma intervenção junto ao egresso e na sociedade logo no primeiro ano de sua liberação, para que assim tente reduzir o percentual que apenas aumenta com o decorrer o tempo. Corroborando com essa importante reflexão, a pesquisa mostra que dentre os 21,3% que reincidem no primeiro ano de liberdade, 29% reincide logo no primeiro mês, tendo como base 3 meses de liberdade, a taxa de reincidência sobe para 50%. (BRASIL, 2022, p. 18).

No que concerne ao tipo penal incriminador responsável pela primeira prisão, a pesquisa determinou que 17% dizem respeito à crimes envolvendo uso e tráfico de drogas, igual percentual para casos de roubo, 16% representam furtos, 9% ameaças e 7% lesões corporais. Já sobre os crimes posteriores há uma predominância na repetição daqueles cometidos anteriormente, a chamada reincidência específica, com percentual menores para outras modalidades criminosas; como primeiro exemplo os condenados pela lei de drogas reincidem

em 24% no mesmo crime, caindo para 7% no crime de roubo, 5% no furto, 3% armas e 3% homicídio; em se tratando de roubo, tem-se 27% de reincidência específica, passando para 8% em furtos, 6% drogas, 3% receptação e 3% armas; condenações primárias de furto ensejam reincidência específica em 35%, 9% em roubo, 5% em drogas, 4% em ameaça e 3% em receptação (BRASIL, 2022, p. 18-19).

A pergunta que circunda a análise dos índices de reincidência é: qual o motivo existente para que os indivíduos recém saídos do sistema voltem a delinquir? A presente pesquisa objetiva permear esse questionamento ao longo deste capítulo sob análise da teoria do etiquetamento social (*Labeling Approach*) para que então possa fazer um recorte teórico sob a responsabilidade estatal a partir do uso da legislação penal vigente sobre os temas dos maus antecedentes e da reincidência.

Estudos envolvendo a reincidência criminal são de extrema importância para compreensão do que deve ser ajustado e melhorado dentro do sistema penal como um todo, por se tratarem de questões de segurança pública. É a partir de pesquisas como essa que outras irão surgir, novas análises sob novas perspectivas poderão trazer luz o que fica escondido entre as paredes de uma prisão ou trancafiado dentro de uma sala de audiência. Os resultados atingidos com tais estudos poderão ser utilizados como fundamento para o desenvolvimento de diversas políticas públicas, uma vez que a pauta permeia não apenas a segurança pública, mas também diversos seguimentos como sistema de justiça criminal tanto legislativo quanto prisional, educação, trabalho e renda, etc.

Compreendido os índices de reincidência no Brasil, de acordo com pesquisa mais recente, e verificando os tipos de crimes ali expostos, a considerada criminalidade urbana, é possível perceber que a ideia de pena como inibidor criminal carrega consigo a característica de mal necessário justamente porque é aceitável socialmente haja vista que a tipificação de uma conduta como criminosa busca proteger bens considerados pela própria sociedade como relevantes, não que de fato não os sejam, mas o que leva, novamente, ao conflito de classificação econômica da sociedade, pois “[...] para combater o crime entre os estratos sociais desprivilegiados, as penalidades precisam ser de tal forma que estes tenham uma piora em seus modos de existência” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20), assim não seria plausível imaginar a imposição de uma pena mais coerente segundo os ditames internacionais de respeito a dignidade humana, pois os excluídos, marginalizados já se encontram em um estrato social inferior, ao ponto de que o sistema penal não deve ser melhor do que a sua própria realidade, novamente volta-se ao sentimento coletivo de vingança e retribuição.

Analizando a aplicação da pena sob o viés da culpabilidade, Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 287) compreende que “o problema central da culpabilidade é o problema do seu fundamento – o chamado fundamento ontológico da culpabilidade – acentuado pela redefinição da culpabilidade como reprovabilidade: a capacidade de livre decisão do sujeito”. Par ao autor, não há como utilizar a culpabilidade para legitimar a pena, mas sim para limitar o poder punitivo Estatal, pois se utilizada para fundamentar a punição ela é utilizada como força Estatal contra o sujeito, de outro modo, se compreendida como limitação ao poder de punir, ela é a força do sujeito contra o poder do Estado (SANTOS, 2008, p. 288).

Define-se culpabilidade como um juízo de valoração negativa pessoal, valoração essa que recai sobre o sujeito que cometeu um fato típico e antijurídico, sendo que poderia ter se comportado de forma diferente, ou seja, de modo não criminoso. A teoria finalista de Welzel, Arthur Kaufmann e outros, considera que o autor de um crime teria liberalidade de escolha sobre sua ação, ou seja, poderia optar por agir de outra maneira devido a isso é reprovado (BRANDÃO, 2004, p. 171; BITENCOURT, 2013, p. 370; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 518).

A presunção de que um indivíduo agiu em confronto com uma norma jurídico-penal porque quis, por vontade livre e consciente mesmo que mínima e anteriormente ao cometimento do fato, tem-se que o livre-arbítrio pode ser compreendido como premissa da culpabilidade e, além disso, como fundamento da pena diante das finalidades retributivas e preventivas, sejam elas negativas ou positivas.

Afinal, seria o cidadão, de fato, livres para tomar suas decisões? A pergunta que surge sobre a ideia de livre-arbítrio fundamenta a crítica do sistema punitivo, pois se a pessoa decide cometer um crime sem influência de outros elementos, poderia se aceitar a finalidade ressocializadora individual, porém, se não for compreendido que há uma liberalidade na escolha do cometimento de um delito, não há como garantir o funcionamento de uma teoria ressocializadora da pena, que baseia a forma como ela é aplicada pelo sistema de justiça criminal (KHALED JR., 2021, p. 124).

Markus Willascheck discorre sobre a teoria neurocientífica com tom de espanto, o que é plenamente compreensível em um primeiro plano de análise, pode-se dizer que é quase instintivo atribuir ao indivíduo a ideia de livre-arbítrio, como seria a regência da convivência social se todas as ações e decisões tomadas não fossem puramente individuais? A reflexão do autor serve para sopear justamente esse ponto, mas também refletir sobre a construção e influência do meio no poder decisório de cada um, encontrar um equilíbrio entre a pura escolha

e a decisão condicionada, mesmo que intrinsecamente, não é uma tarefa fácil. Nas palavras do autor:

Nós homens somos uma parte do mundo natural. Nós estamos sujeitos às leis da natureza e nossas ações são produtos de processos e fatores naturais: nosso patrimônio, nossa educação e socialização, bem como os complexos processos neurológicos em nosso cérebro. Disso deduzem alguns neurocientistas a tese de que a ideia de livre-arbítrio é uma mera ilusão, cuja insustentabilidade é comprovada pela pesquisa neurobiológica. Trata-se nada menos do que uma nova imagem do humano: o entendimento tradicional do humano, de que é responsável pelo seu próprio fazer, deve ser substituído por uma imagem do sujeito que pode conviver sem conceitos como responsabilidade, merecimento e culpabilidade, pois estes conceitos seriam aplicáveis somente de modo que dispusessem de livre-arbítrio (2005, p. 51).

Klaus Günther (2005, p. 26) expõe que não há como aplicar a teoria do livre-arbítrio, não existe vontade livre e consciente na conduta delitiva, e se a vontade não é livre, o infrator não pode ser responsabilizado, ao menos não da forma como o direito penal se apresenta atualmente, pois não seria exigível que ele agisse de outra forma. Deste modo, se a liberdade de escolha é posta à prova, sem dúvida o Direito, como um todo, é colocado na mesma situação.

Resumidamente, pode-se dizer que estudos mais recentes da neurociência (KRÜGER, 2004, p. 27) afirmam uma “nova imagem do homem” em que a culpabilidade não seria valorada, pois a ideia de livre-arbítrio, tal como outros processos neurológicos, pode ser vinculada a outros fatores e fenômenos materiais, tornando assim a vontade não mais livre e sim direcionada, influenciada, não podendo ser valorada para punir alguém. Não há como padronizar a ação dos indivíduos, não há como afirmar que todos os sujeitos devem ser reconhecidos como cientificamente esclarecidos, para que a partir de então possa ter um tratamento digno aos infratores, sejam eles os infratores acometidos por doenças psíquicas ou não, a carência de uma socialização igualitária não deve ser elemento justificante para a punição, o que leva a atual crise do direito penal segundo Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 357). Ademais:

Como evitar a reincidência se o “tratamento” prescrito visa a pura neutralização? Como impedir que a prisão dessocialize e estigmatize, o que ela evidentemente faz, mesmo nos programas mais renomados e cercados de garantias? [...] o direito penal é um direito desigual por excelência. [...] é manejado e vendido como se igualitário fosse. [...] Não é possível que enquanto a realidade desmente de forma escandalosa todas as funções atribuídas a pena, os penalistas permaneçam fazendo desse tópico objeto de fetiche, continuando a indagar qual a resposta mais apropriada à singela pergunta “por que punir?”, quando o que interessa é limitar os níveis de dor intencional que são impostos ao que são tragados pelo sistema penal (ROSA; KHALED JR, 2020, p. 109).

Trazer para a presente pesquisa contrapontos da neurociência sobre o conceito e influência da culpabilidade na compreensão do “por que punir?” é necessário para que haja a evolução e o questionamento da dogmática penal a partir de outras perspectivas. Há uma necessidade de olhar com maior cuidado não apenas os criminosos psicologicamente doentes, mas qualquer sujeito que pratique um crime, pois “suas ações são o produto inevitável de condições naturais e sociais, pelo qual ele não é responsável” (WILASCHEK, 2005, p. 52). Uma ressalva que necessita ser feita neste momento diz respeito a possibilidade de propensão à teoria lombrosiana com o uso da neurociência, não é aqui a intenção da pesquisa, o que se pretende é destrinchar a ideia de livre-arbítrio na conduta criminosa para que então se possa contrapor a esse pensamento a teoria do etiquetamento social, sob viés legislativo, e suas influências na conduta do indivíduo.

Ademais, Eugenio Raúl Zaffaroni et al. (2006, p. 507-520) compreende que o conceito de culpabilidade, a partir da apreciação de pressuposições criminológicas e sociológicas criminais, está ancorado à ideia de vulnerabilidade ao poder punitivo. Destrinchando melhor a ideia tem-se que o pontapé inicial para embasar a teoria do etiquetamento social, pois segundo esse raciocínio o Estado não age de forma racional quando se trata de execução de seu poder punitivo, como já demonstrado anteriormente sobre a seletividade das abordagens policiais, há um condicionamento de intensidade e frequência na atuação estatal, em relação ao processo de criminalização, em sujeitos considerados socialmente excluídos, utilizando-se de preconceitos e estereótipos para com mais facilidade captura-los diante ante a forma grosseira com que os delitos são cometidos.

Tem-se então que o *ius puniendi* estatal possui uma definição precisa, mesmo que não afirmada de forma aberta, de quem são os sujeitos passíveis de responsabilização, aqueles que possuem maior vulnerabilidade diante da força do Estado, ou seja, pessoas segregadas, com menores condições de exercer a defesa plena, cujas artimanhas para se furtarem de uma condenação não estão amparadas por cargos, posses e influência, não são os criminosos de colarinho branco que com frequência se sentam nos bancos dos réus, mas os criminosos urbanos, como exemplificado por meio de estudos preexistentes no início da pesquisa.

Por tais motivos, o direito penal deve ser utilizado como um limite ao poder punitivo estatal e não para dar mais força a ele nessa relação desigual; há uma latente necessidade em trazer certa racionalidade ao sistema criminal ao estipular freios e delimitar até onde pode o Estado intervir e punir, por meio do uso da legislação, os que estão em situação de vulnerabilidade e exclusão. Ficou demonstrado em estudo recente do DEPEN que os índices de

reincidência tendem a aumentar o passar dos anos, e o meio mais efetivo de coibir esse aumento é compreendendo os motivos pelos quais ele ocorre, quais são os fatores que o influenciam, com o auxílio das mais diversas áreas do saber, não se restringindo apenas ao estudo por um viés jurídico-penal.

3.1 Conceitos, aplicações e efeitos penais da reincidência e dos maus antecedentes

Tal como já explanado no primeiro capítulo deste estudo, a definição de uma conduta como sendo criminosa ou não depende do momento histórico-social vivido no momento da criação da norma penal. Não há como negar a evolução natural das relações sociais interpessoais e com ela o desenvolvimento da consideração ou desconsideração de uma infração, o que um dia já foi considerado como crime, hoje não mais o é, como exemplo se pode citar o crime de adultério, previsto no artigo 240 do Código Penal de 1940, que foi revogado pela Lei 11.106/2005.

A descriminalização da conduta não tomou por base questões relacionadas à intimidade do assunto e por não ser considerado um interesse relevante público, se assim o fosse, crimes cometidos dentro de relações afetivas e familiares não poderiam chegar ao judiciário; o adultério deixou de ser crime em decorrência da própria evolução da sociedade, dos costumes e do surgimento e aceitação dos novos modelos de famílias. Para além desse exemplo ainda existem as condutas criminosas com maior permissibilidade social, ou seja, as socialmente aceitas, como a venda dos mais diversos tipos de produtos falsificados em camelôs e a aquisição de bens sem nota fiscal própria. Importante mencionar esse processo evolutivo legislativo para que mais adiante se possa compreender os reflexos da perpetuidade dos maus antecedentes.

Partindo dessa inferência, tem-se no sistema jurídico penal a seguinte prática, após cometido um ilícito o Estado, detentor do poder punitivo, irá investigar o agente e processá-lo, para que então possa determinar qual a pena aplicada ao sujeito. Após definida a pena e transitada em julgado a condenação o indivíduo passa a ter seu nome inscrito em uma base de dados de registros criminais própria aos condenados. É a partir dela que haverá a conferência de registros anteriores para fins de aplicação dos maus antecedentes e da reincidência.

Seria a utilização desse banco de informações um meio efetivo de contenção da criminalidade e de efetivação do princípio da individualização da pena encartado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal? Não obstante a regra seja de que os processos judiciais

são públicos e que o relevante valor educacional que possa carregar, a depender do assunto ali tratado, tem o poder de fundamentar pesquisas científicas e mobilizar a comunidade para alterações de regência social e legislativa futura; não se pode ignorar o fato de que a publicidade de um processo criminal e da ficha criminal individual pode também gerar efeitos negativos tanto à pessoa do condenado ou processado, quanto às pessoas que figuram como parte no processo, bem como pode servir de veículo propagador da sensação de medo e temor social, vejamos:

[...] o instituto da individualização da pena, não tem se voltado á gravidade concreta do delito cometido, mas, em verdade, a generalizações naturalistas para sedimentar estereótipos de periculosidade como uma questão de verdade moral. Por essa razão, aliás, verifica-se que muitos institutos processuais despenalizadores não são aplicáveis a crimes praticados pelas classes marginalizadas, como é o caso do tráfico de drogas. Soma-se a isso a desenfreada persecução desencadeada pela Lava-jato e chancelada pelo Poder Judiciário em prol do combate à corrupção, que passa a reverberar sobre todo o sistema penal (PEREIRA; FERREIRA, 2022, p. 74).

Vale lembrar que uma posição garantista de aplicação da pena deve ser considerada como uma evolução da compreensão das finalidades da pena, pois busca potencializar o respeito às garantias individuais, debruçando seus esforços sobre a prevenção geral dos delitos, buscando segurança jurídica, proporcionalidade, humanização e previsibilidade, indo ao encontro de um direito penal mínimo (PEREIRA; FERREIRA, 2022, p. 73). Essa posição é encontrada nas leis penais brasileiras? Tem-se que o Código Penal adotou as teorias preventivas e retributivas na elaboração do artigo 59 para definir a forma de aplicação da pena, em contrapartida a Lei de execuções penais realça a ideia ressocializadora da pena.

Antes de aprofundar os estudos nos reflexos da aplicação dos institutos penais dos maus antecedentes e da reincidência, a pesquisa permeará as conceituações e definições de cada um deles. Os antecedentes ou também denominados precedentes, são atos, episódios, comportamentos ou condutas, positivas ou negativas, de um sujeito que servirão de base para sua valoração em juízo. Deste modo, os antecedentes e a reincidência, podem parecer semelhantes em um primeiro momento, mas possuem algumas diferenciações; é possível dizer que os antecedentes são gênero do qual a reincidência é espécie, serão vistos os momentos de suas aplicações (BISSOLI FILHO, 1998, p. 59).

Conforme preleciona o artigo 68 do Código Penal, o cálculo da pena se dará por intermédio do método trifásico, em um primeiro momento será fixada a pena-base a partir da observância das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, em segunda fase será definida a pena intermediária por intermédio da análise das agravantes e atenuantes,

podendo ser elas genéricas, conforme artigo 61 e 65 do Código Penal, respectivamente, ou específicas; por derradeiro será estipulada a pena definitiva por ponderação às causas de aumento e diminuição de pena. Essa é uma etapa importante do processo de criminalização e devido a isso os magistrados deverão promover maior segurança jurídica fundamentando suas decisões ponderando efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais.

Ressalta-se que as oito circunstâncias judiciais estão apenas expressas na legislação no tocante às suas nomenclaturas, porém não constam suas definições, ou seja, o legislador foi omissivo quanto a construção do raciocínio pelo qual tais circunstâncias deverão ser valoradas e o que elas representam. Por mais que seja possível fazer uma análise terminológica da palavra ali disposta, isso representa um elevado grau de discricionariedade ao magistrado, o que não concorda-se, pois o direito penal deve proporcionar o mínimo de segurança legislativa, haja vista tamanho impacto de sua aplicação da vida de um indivíduo.

A celeuma envolvendo a discricionariedade conferida ao aplicador lei resulta, no mundo fático, na possibilidade de decisões diferentes advindas de um mesmo, ou semelhante, caso concreto, travando uma espécie de jogo “roleta russa”² entre defesa e acusação ao submeterem suas teses ao crivo do magistrado; cruzem os dedos, a sorte foi lançada e a insegurança jurídica instalada. Na tentativa de solucionar, ao menos em parte, o conflito conceitual, a doutrina penal brasileira e a jurisprudência nacional assumiram o papel de desvelar o tema a fim de proporcionar segurança jurídica dos cidadãos. Importante frisar que a definição pela doutrina e jurisprudência sobre os conceitos das circunstâncias judiciais não trouxe uma certeza jurídica, pois ainda hoje há divergência de entendimentos quanto algumas de suas aplicações, até mesmo pela carência do direito ajustar-se no tempo de acordo com as necessidades sociais, o que será explanado de modo mais específico no quarto capítulo da pesquisa.

Afinal, qual o conceito de maus antecedentes? Primeiro passa-se a análise linguística do substantivo masculino “antecedentes” que segundo Dicionário da língua portuguesa Michaelis (1998, p. 163) significa “fatos anteriores, que deixam prever os que hão de seguir-se”, assim pressupõe averiguar fato ocorrido no passado para construir uma ideia de previsão futura. É justamente a partir desse conceito que as doutrinas e a própria legislação penal tratam

² É popularmente conhecido como um jogo de azar em que os participantes colocam apenas um cartucho na câmara de um revólver, o tambor é girado e posteriormente fechado, fazendo com que os participantes não saibam em qual das câmaras está o projétil. A tensão se alastra quando os participantes apontam para suas cabeças e apertam o gatilho, sem a saber se aquela poderá ser a sua última ação em vida. De modo semelhante é a disputa pelo entendimento judicial dos maus antecedentes, em vez de apontar a arma engatilhada para sua própria cabeça ela é apontada para cabeça do réu em julgamento, pois não possui a certeza de qual entendimento será adotado no seu caso e, conseqüentemente, seus reflexos penais.

do assunto, diferentemente da reincidência que possui explicação clara, os maus antecedentes possuem sua conceituação de modo vago e abrangente.

A vagueza ou inexistência do conceito de antecedentes no Direito Positivo brasileiro faz com que os operadores jurídicos sejam obrigados a se orientar, na elaboração desse conceito, pelas meta-regras sociais, ou seja, pelo *second code*. As concepções que vão se formando no sistema social acerca dos antecedentes e da reincidência criminal (como condição de seletividade do sistema penal face à estigmatização e aos estereótipos que se produzem em torno do indivíduo criminalizado e que servem para identificar os maus) passam a integrar objetivamente o conjunto de meta-regras e a interferir na ação dos operadores jurídicos, tanto na produção dogmática, como na aplicação das normas, resultando daí uma influência maior do que aquela prevista no Direito Positivo (BISSOLI FILHO, 1998, p. 109).

Devido a esse suspense conceitual legislativo, a doutrina tomou alguns passos para poder tratar do assunto, primeiramente foi necessário definir a abrangência da expressão, posteriormente, quais fatos integravam o conceito, bem como quais seriam os documentos aptos para sua constatação; por fim, a questão temporal de sua aplicação. Sabe-se que aplicação dos maus antecedentes é classificada como uma das oito circunstâncias judiciais passíveis de análise para fixação da pena-base. Apesar da omissão legislativa em sua definição, a doutrina pacificou o entendimento de que diz respeito ao histórico processual criminal do agente, desde que não seja capaz de gerar reincidência, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça na súmula nº 241 “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Assim, tem-se como maus antecedentes o crime anterior cujo trânsito em julgado seja posterior à prática do fato que está sendo avaliado, as condenações anteriores provenientes de contravenções penais e a hipótese de condenação criminal anterior transitada em julgado cuja punibilidade tenha sido declarada extinta há mais de 5 anos, esta última será objeto de análise de forma mais aprofundada no decorrer deste capítulo.

Outrossim, inquéritos policiais ou processos judiciais que estejam em tramitação, não podem ser utilizados como justificativa para aumento da pena-base enquadrando-os como maus antecedentes, diante da observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o que traduz um raciocínio lógico jurídico, pois o réu ainda irá se defender dos fatos a ele imputados, não sendo considerado culpado de plano pelos crimes dos quais está sendo acusado, entendimento este que levou a elaboração da Súmula nº 444 pelo Superior Tribunal de Justiça; no mesmo sentido processos penais extintos pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não podem configurar maus antecedentes em atenção ao princípio da presunção de inocência.

Diante o que foi explicado até o presente momento, não há como dizer que o réu portador de maus antecedentes será tratado pela legislação penal da mesma forma que o acusado “ficha limpa”, as reflexões sobre essa legitimidade de fundamento serão abordadas no próximo item. Portanto, sendo constatada em certidão de antecedentes criminais a existência de alguma condenação penal transitada em julgado, o indivíduo terá alguns direitos cerceados.

Os reflexos gerados ao acusado em um processo criminal oriundos da aplicação dos antecedentes criminais são diversos, sendo o principal deles a majoração da pena base, a partir de então é possível verificar outros efeitos, tais como, a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II, CP); o agravamento da pena na primeira fase de sua fixação (art. 59, CP); a vedação à concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, II, CP); a vedação à concessão de livramento condicional (art. 83, I, CP); a vedação à concessão de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9099/95) e a vedação à aplicação de transação penal (art. 76, §2º, III, Lei nº 9099/95) e impossibilidade de aplicação de algumas causas de diminuição de pena (art. 33, §4º, Lei nº 11.343/06). Vale ressaltar um efeito implícito dos maus antecedentes, que não está previsto na legislação, mas que acaba por interferir negativamente no acusado, a formação de juízo de valor por parte do julgador que poderá, a partir de sua análise, duvidar dos fatos narrados em seu testemunho.

Por outro lado, a reincidência é classificada como uma das hipóteses de agravantes genéricas penais, disposta no artigo 61, inciso I do Código Penal, e também nos artigos 63 e 64 do mesmo diploma legal, devendo ser analisada na segunda fase de dosimetria da pena para fixação da pena intermediária. Para configuração a reincidência não basta que o indivíduo seja condenado por vários crimes, é preciso que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória por crime anterior ao caso em julgamento, no Brasil ou no Exterior; lembrando que condenações anteriores por contravenção penal não tem o condão de ensejar reincidência, podendo configurar maus antecedentes; bem como que a pena não tenha sido declarada extinta a mais de 5 anos (período depurador).

Outra peculiaridade sobre sua incidência é o momento de sua constituição, para que ela se aplique é necessário observar a data da conduta e não do resultado do novo crime, se na data da conduta já houver recaído sobre o sujeito uma condenação transitada em julgado, ele será considerado reincidente, se apenas sobrevier condenação transitada em julgado no momento do resultado, será considerado primário. Não serão computados para efeito de reincidência as condenações por crimes militares próprios e crimes políticos, esclarecendo o assunto preleciona Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Os delitos militares dividem-se em próprios, impróprios e falsos militares. São delitos militares próprios aqueles que só um militar pode cometer, por sua própria condição, os quais se realizados por uma pessoa que não seja militar, são atípicos. Delitos militares impróprios são aqueles em que há comprometimento de bens jurídicos militares e não militares, vale dizer, se cometidos por um militar, são mais ou menos graves, mas que se forem praticados por um não-militar, continuariam a serem igualmente típicos. Falsos delitos militares são os delitos comuns atribuídos à jurisdição militar, quando cometidos por um militar. Os únicos que não contam para a reincidência são os delitos militares próprios, isto é, os primeiros (2008, p. 846).

Para além da reincidência majorar a pena em sua fase intermediária, existem outras consequências de sua aplicação, como por exemplo, aumento do prazo para concessão do livramento condicional (art. 83, I, II e V, art. 86 e 87, CP), restrição à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44, II e §5º e art. 60, §2, CP), impedimento na concessão de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9099/95) e da pena (art. 77, I, e art. 81, I, CP) em caso de crime doloso, afastamento do privilégio do furto (art. 155, §2º, CP), do estelionato (art. 171, §1º, CP) e do tráfico de entorpecentes (art. 33, §4, Lei nº 11.343/06), revogação da reabilitação (art. 95, CP), interrupção da prescrição (art. 117, VI, CP), entre outras.

Importante salientar que até 2019 não existia um posicionamento único consolidado na jurisprudência brasileira no tocante a forma de comprovação da reincidência e dos maus antecedentes. A discussão pairava sobre a utilização da folha de antecedentes criminais como meio legítimo de comprovação ou se era necessária uma certidão expedida pelo cartório responsável pelo processo constante da folha de antecedentes para que essa possa ser utilizada. Essa divergência surge diante da possibilidade de desatualização das informações contidas no registro criminal sobre o conteúdo do processo, como por exemplo a data do trânsito em julgado, o tipo de sentença proferida, se o inquérito policial foi arquivado, a data da extinção da punibilidade, elementos estes que interferem diretamente na concretização da utilização das informações a título de maus antecedentes e reincidência, por isso a tendência vai ao encontro da necessidade de uma certidão detalhada sobre o processo analisado (NOGUEIRA, 2002, p. 336; GOMES FILHO, 1997, p. 98; BISSOLI FILHO, 1998, p. 100).

Em 26 de junho de 2019 a terceira seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que “a folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”. A súmula nº 636 é originário do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.716.998/RN, sexta turma, de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 08/05/2018. Em seu voto a Ministra Relatora esclarece

que a “folha de antecedentes criminais e até as informações extraídas dos sítios eletrônicos dos Tribunal de Justiça são documentos hábeis e suficientes para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária oficial” (BRASIL, 2018, p. 9).

Entendimento esse que se deu no mesmo sentido de outros julgados, AgRg no AREsp 1159698/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018; HC 408.423/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017; HC 354.750/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017; HC 396.780/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017; AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015.

Seria essa posição a mais garantista no que concerne a força da prova produzida em processo? A pesquisa entende que não, pois podem haver erros nas informações, bem como modificação da decisão por interferência de uma revisão criminal que se não avisada ensejarão em um grave prejuízo ao acusado, assim, se mostra importante a prova irrefutável da condenação anterior. Deste modo, caso haja dúvida sobre o teor de uma informação ali contida, caberá ao magistrado de ofício ou a requerimento do advogado requisitar o cartório responsável para que emita uma certidão de inteiro teor contendo as informações do processo analisado.

Esse pensamento não busca reduzir a força probatória inerente ao registro criminal, mas ponderar que a sua utilização exclusiva pode ocasionar erros e omissões que resvalarão na análise de outro processo, bem como pretende expor à luz a falha Estatal na manutenção e atualização dos dados por parte do Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere (art.23 e 747 CPC) responsável pela coleta de informações.

Tendo como base o discorrido, seria coesa a permanência desses institutos no ordenamento jurídico penal, tendo em vista todas as restrições e penalidades que eles implicam à um sujeito? Esse é um ponto reflexivo que será mais discutido no próximo item.

3.2 fundamentos da aplicação da reincidência e maus antecedentes

A reincidência criminal possui base na Escola Clássica a partir da teoria do crime, ou seja, é uma hipótese que guarda relação com o ato, e os antecedentes são oriundos da escola positivista decorrente das teorias do criminoso, assim é uma modalidade que se relaciona com o autor do fato. No Brasil, a reincidência foi prevista pela primeira vez no Código Criminal do

Império, em 1831, enquanto os antecedentes apenas surgiram no Código Penal de 1940 (BISSOLI FILHO, 1998, p. 156).

De acordo com Luiz M. Garcia (1992, p. 104), os antecedentes e a reincidência são institutos criados a partir das teorias criminais em suas três dimensões (teorias absolutas, relativas e mista). Para o autor é possível subdividir a fundamentação da reincidência em quatro grandes grupos, quais sejam, aqueles que compreendem o instituto como uma necessidade de prevenção especial; os que a inserem em uma maior culpabilidade do agente; os que unem tanto aspectos da prevenção especial quanto a culpabilidade do agente; e os que como um maior conteúdo do injusto. Para Vicente Sabino Júnior:

Ao lado da teoria objetiva, que tirava a reincidência da reiteração de delitos, surgiu a - teoria subjetiva, que sempre teve em destaque um conteúdo subjetivo típico relacionado com a personalidade de cada réu e como motivos de delinquir. A doutrina alemã criou a teoria do tipo normativo de autor (Tatertyp), a qual, no dizer de Dell'Andro, não destinou a substituir a ação, mas a opor-se à teoria do tatbestand (tipicidade). Foram seus propugnadores mais ilustres Wolff, Dalm e Metzger. Consiste, em resumo, em que, se o agente executou os extremos de uma modalidade de infração, não deverá ser punido, se, pelos motivos que o levaram a agir e que não lhe impunham uma conduta diferente, não corresponde ao tipo de autor, expresso na norma que a figura penal prevê e pune. Surgiu o Tatertyp com o fim interpretativo: o tipo de autor facilitaria a compreensão a compreensão do exato significado humano da espécie normativa. Por último, várias teorias procuraram dar uma explicação da recidiva. Pela teoria da causa de total irresponsabilidade, com Bucellatti, a habitualidade eliminaria a voluntariedade do ato, na segunda ação. Pela teoria da culpabilidade, sustentada pelo insigne Garraud, justificar-se-ia o aumento da pena atual. Pela teoria da responsabilidade resultante da voluntariedade atenuada pelo ato produzido com a repetição (Kleinschrid, Bosi), esqueceu-se que o crime existe em função de uma norma que o proíbe. Pela teoria do maior alarme social, de Manzini, provocando pela conduta do reincidente, não se considera a infração em seus elementos intrínsecos. Pela teoria da insuficiência da pena (normal), propugnada pelo grande Carrara, ter-se-ia o inconveniente de fazer depender da pena o que se origina da infração. Pela teoria da culpabilidade agravada, com Bettiol, ter-se-ia o motivo da punição na habitualidade, visto que se pune mais severamente uma culpabilidade típica. Pela teoria da perversidade da ação, defendida por Petrocelli, omite-se a personalidade do agente, para só punir a sua ação. (...) O nosso direito penal, pelo que se infere do art. 46, filiou-se à teoria objetiva, pois que faz depender a reincidência da prática de mais de uma interação. Não obstante, em se tratando de reincidência específica, não despreza o elemento subjetivo, ou a personalidade do agente (1967, p. 194-195).

Diante de todas essas teorias, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que os antecedentes e a reincidência se fundam tanto na teoria do criminoso quanto na teoria da pena, pois ao mesmo tempo que remetem interesse jurídico no caráter do agente também produzem efeitos na pena aplicada ao caso concreto. Outro ponto interessante de análise parte da averiguação do ocorrido durante a Idade Média até antes do Iluminismo. Nesse período o sistema penal europeu não necessitava de um registro criminal dos antecedentes, pois as

finalidades da retribuição e da prevenção geral eram decorrência lógica da imposição de uma pena. A liberalidade conferida ao juiz para estipular qual a pena e diante da sua crueldade, somados à publicidade da intervenção eram suficientes para cumprir seus fundamentos. Com o surgimento da política-criminal iluminista, o arbítrio do juiz perdeu força bem como a crueldade das penas foram reduzindo, abrindo caminho para a existência de um registro criminal de antecedentes como meio de ensejar publicidade às condenações (COSTA, 1985, p. 34-38).

A hipótese legislativa de aplicação dos maus antecedentes e da reincidência surgiu com a necessidade de controle social a partir da criação de um sistema que organizasse e registrasse o histórico de criminalidade de um sujeito. Foi na França, em 1850 com a utilização do sistema Bonneville Marsagny, que surgiram as primeiras representações do que hoje se compreende como antecedentes criminais. Seu intuito era documentar registros individuais, promover a manutenção da moral social, bem como compelir que aquele e outros indivíduos viessem a delinquir diante da publicidade dos registros, o que por si só já poderia configurar uma pena para além da já estipulada, sendo esta uma sanção estigmatizante socialmente (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 52).

Percebe-se que as finalidades definidas pelo método francês da década de 1850 em muito se assemelha aos fundamentos brasileiros da sua utilização, pois a inclusão de uma pessoa no rol dos culpados, no registro criminal, gera uma presunção coletiva social de que aquele sujeito tem um comportamento duvidoso, sua moral é relativizada e até mesmo em caso de absolvição são cogitadas teorias de ineficiência estatal na produção de provas passíveis de ensejar uma condenação, já que ele de fato não demonstrou sua inocência por um dia já ter cometido outros crimes, conforme demonstrado em sua ficha de antecedentes criminais. É possível constatar tal afirmação diante do estudo realizado por Alberto Zacharias Toron a partir da análise de uma sentença proferida por um magistrado do interior estado de São Paulo:

Muitos foram os seus envolvimento anteriores com o crime, ainda que em alguns tenha sido absolvido (geralmente por falta de provas). Um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade, nem se envolve. E comum ouvir certas pessoas dizerem, como prova de um bom cidadão: nunca entrei e nem sei como é uma Delegacia de Polícia e no Fórum só fui tirar o título de eleitor. É no meio da nossa sociedade que se pode medir o comportamento de uma pessoa. Como não dar valor algum a uma série de arquivamentos de inquéritos policiais e absolvições relativamente a uma mesma pessoa? Não é o juiz, é a sociedade que diz que tal pessoa não é boa cidadã (1993, p. 71).

Aos olhos de seu escopo, o registro criminal deveria cumprir três funções principais, auxiliar na repressão de crimes e contravenções, contribuindo como base de dados para a

imposição de uma pena a partir da perspectiva da personalidade do agente e da reincidência; deveria também ser utilizado como restritor de listas eleitorais e de jurados (art. 436, CPP), por fim, empregado como meio moralizador a partir da estigmatização daqueles ali elencados. (COSTA, 1985, p. 6).

É possível realizar um paralelo entre as intenções estigmatizantes das penas no período medieval e o estigma causado pelo registro de antecedentes criminais que é utilizado para majoração da pena tanto em primeira quanto em segunda fase de dosimetria da pena. Durante a Idade Média o estigma era utilizado como meio de controle social, a pois a forma como um indivíduo era visto perante a comunidade assegurava sua credibilidade, era o que eles chamavam de *publica fama*. Deste modo, a infâmia era compreendida como um juízo de desvalor da personalidade de alguém, o que se assemelha a folha de antecedentes criminais, embora aquele desvalor pudesse ser realizado a partir de qualquer fato que correspondesse a uma indignidade social ou jurídica, ou seja, não necessariamente abarcava apenas condutas criminosas (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 55).

Ainda que a maior publicização do crime, nesse período, dissesse respeito ao caráter público da execução da pena e a sua visível consequência já que a maioria recaía sobre o corpo, houve com o passar do tempo, com a evolução da sociedade e do direito a aplicação de penas privativas de liberdade não infamantes e aplicadas de forma não tão pública, o que pode levar alguns pesquisadores a compreender que o estigma da pena ficaria então afastado, pensamento ente que não se releva, no todo, verdadeiro, pois os reflexos oriundos da aplicação e utilização de um registro criminal contra um sujeito não se exime de revelar novamente o caráter estigmatizante da pena, apenas sob outra perspectiva de análise.

Por intermédio dos movimentos de exclusão praticados pelas instâncias oficiais de controle ao rotular uma determinada classe como mais propensa ao cometimento de delitos, revela-se um problema mais profundo relacionado à aplicação direta da pena ao caso concreto, pois no ordenamento jurídico brasileiro tem-se a possibilidade de majoração da pena com base em institutos que dão livre escolha ao magistrado para interpretar a vida pregressa e até mesmo futura, do sujeito que está sendo julgado, ignorando por vezes a responsabilidade que o próprio Estado carrega na reiteração criminosa.

Isso quer dizer que, diante da rotina encarada pelos magistrados em julgar pessoas de classe inferior cria-se uma verdade judicial que o condiciona, mesmo que inconscientemente, a ter um juízo prévio de valor sobre determina pessoa, tanto no tocante a análise do dolo e da culpa, quanto na análise do caráter, da índole e da personalidade do sujeito, o que, notadamente,

causará um prejuízo na individualização de sua pena (BARATTA, 2020, p. 177). A ideia de que a finalidade do registro dos antecedentes criminais é “conferir publicidade aos antecedentes penais do indivíduo” implica em questões importantes no estudo dos maus antecedentes e da reincidência (COSTA, 1985, p. 351-353).

A desconfiança que passa a ser exteriorizada pelos magistrados, tanto de primeira instância quanto dos tribunais superiores, às pessoas que já foram um dia condenadas fazem com que seja possível perceber que o *in dubio pro reo* acaba por transformar-se em *in dubio contra reum*. O conhecimento da vida pregressa serve para agravar a severidade da sanção a ser aplicada naquele caso em análise, deixando de se preocupar com a reintegração do sujeito na sociedade, principalmente quando da análise de processos que ensejaram absolvição, tendo o réu sua credibilidade posta à prova tanto no processo do qual foi absolvido, quanto no processo em que está sendo julgado. A oralidade e a publicidade do processo tornam ainda mais exposta a vida pregressa do sujeito, quando diante de casos midiáticos o cenário se agrava ainda mais. Perceptível é a contradição existente, pois de um lado da balança tem-se a necessidade de o magistrado ser informado do passado do agente para aplicação do princípio da individualização da pena do outro lado estão o direito a intimidade do sujeito e o sigilo de suas informações criminais (COSTA, 1985, p. 321-324).

A justificativa da doutrina majoritária para o agravamento da pena, seja pela reincidência ou pelos maus antecedentes, é de que a pena do crime anterior não foi suficiente para impedir que o sujeito cometesse novo delito, quase como se ele quisesse, por livre e espontânea vontade cometer outro crime, desrespeitando não apenas a lei, mas a instituição que representa o sistema penal do qual é egresso; afinal, se a pena anterior não foi satisfatória, a atual merece aumento para que ele “aprenda” a não mais delinquir. Seria tão simples o raciocínio sobre o assunto? Não se pode escolher fechar os olhos para o caos instalado no sistema penal vigente no Brasil e inculpar a culpa da reiteração delitiva apenas na moralidade individual de determinada pessoa.

É necessário analisar esse questionamento por meio de duas perspectivas principiológicas, quais sejam, a humanidade das penas e vedação à dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*). Avaliar o instituto da reincidência é permear o fracasso do direito de punir exercido pelo Estado ao não atingir sua finalidade ressocializadora. Em que pese o entendimento do STJ na súmula nº 241 pautado na preocupação da configuração de *bis in idem* ao vedar a utilização de um mesmo fato para configuração de maus antecedentes e reincidência,

o tribunal é omissivo quanto a análise do *bis in idem* existente na própria utilização dos institutos de majoração da pena.

Parcela considerável da doutrina (GRECO, 2015, p. 644; QUEIROZ, 2001a, p. 29; ZAFFARONI, 2009, p. 266) compreende que a reincidência não pode desempenhar a função de agravar a pena aplicada a um sujeito pela prática de outro delito, pois configura uma dupla punição pelo mesmo fato, já que ele cumpriu no passado uma pena sobre aquele ato criminoso, fato este que está sendo novamente imputado a ele ensejando uma outra pena, mesmo que em menor proporção. Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni, “quando se invoca a reincidência para impor uma pena superior ao mínimo, o *plus* punitivo superior ao mínimo não tem nada a ver com o segundo delito, mas senão que é uma pena pelo primeiro” (2009, p. 266).

Estabeleceu-se no direito penal brasileiro que ninguém poderá ser punido por duas vezes pelo mesmo fato, com fundamento no Estado Democrático de Direito e respeitando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Ocorre que, com a majoração da pena diante de uma condenação anterior se vislumbra uma violação do princípio do *non bis in idem*, neste sentido é o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni, e José Henrique Pierangeli (2008, p. 718):

[...] em toda agravação da pena pela reincidência existe uma violação do princípio do *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isso não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior.

Tendo como base a forma de aplicação dos maus antecedentes, é possível inferir que o instituto mantém relação com o fato já punido anteriormente, cuja pena foi declarada extinta há pelo menos 5 (cinco) anos. Não há como ignorar o fato de que a sua utilização para majorar a pena-base durante a análise de um novo crime tem por consequência a dupla punição pelo primeiro crime, seguindo caminho contrário ao princípio do *non bis in idem*. De igual modo deve ser analisado o instituto da reincidência, mesmo que possua lapso temporal distinto daquele, a reincidência também resvala nesta proibição.

Outro princípio importante a ser considerado nesse momento do estudo sobre a justificação da utilização dos maus antecedentes e da reincidência é o princípio da humanidade ou imitação das penas. Ele encontra respaldo no art. 5º, inciso III da Constituição Federal esclarecendo que “ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante”; bem como

no inciso XLVII do mesmo artigo que veda a aplicação e execução de penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX), perpétuas, de trabalho forçado, de banimento e cruéis; outro dispositivo que elucida sua intenção principiológica é o inciso XLIX, do referido artigo constitucional que resguarda aos presos o respeito à dignidade física e moral.

O princípio da humanidade das penas deve compreender os fins preventivos da sanção penal, particularmente o fim da prevenção social que alguns sistemas elevam à dignidade constitucional ao proclamarem que a pena deve ter o sentido de humanidade e tender à reeducação do condenado. O sistema penal brasileiro inserido em um Estado Democrático de Direito, mediante força constitucional, expressa que todo ser humano é detentor de direitos, independentemente de ter infringido norma penal em vigor, assim, não são admitidas penas que firam a dignidade da pessoa humana, ou seja, penas desumanas ou que restrinjam direitos fundamentais do apenado.

Seria então possível afirmar então que a utilização dos maus antecedentes e da reincidência ferem esse princípio? Não há como imiscuir-se da clara violação à vedação às penas de caráter perpétuo que guardam íntima relação com os maus antecedentes aplicados como causa de aumento da pena-base sem delimitação de um limite temporal de uso; começa-se também a questionar o caráter degradante de tal perpetuidade e da reincidência diante da estigmatização do indivíduo como um eterno criminoso, enaltecendo uma possível tendência criminosa com base única e exclusivamente em uma análise superficial do sujeito com base em conjecturas vagas e imprecisas, reafirmando o caráter seletivo do sistema penal e da própria sociedade.

Diante das ideias trazidas até aqui, deve-se deixar de lado o pensamento de que a delimitação de restrições na utilização dos antecedentes criminais não simboliza um impedimento o *ius puniendi* estatal e do conhecimento das peculiaridades de cada pessoa submetida ao seu julgamento, mas parâmetros devem ser definidos para controlar seu poder, não o extirpar. De modo geral a pesquisa não objetiva demonstrar apenas a inviabilidade superficial da utilização do registro criminal, mas sim ponderar sua aplicação a partir da perspectiva criminológica de controle criminal, de impacto social e ademais os aspectos constitucionais de sua utilização.

3.3 A perpetuidade e a temporariedade

Não se mostra plausível, tampouco constitucional que um sujeito que infringiu a norma penal seja considerado um inimigo público por ter suas informações inseridos em um banco de dados criminal, até mesmo antes do seu julgamento e condenação, e em razão do rótulo incutido nele o expor indefinidamente por meio desse registro. Compreender a essência da aplicação um lapso temporal e até mesmo cogitar sua existência é medida importante cuja aferição e discussão será apresentada neste item do trabalho.

O artigo 64, inciso I do Código Penal define o prazo de extinção da pena há 5 (cinco) anos, contado o período de prova da suspensão condicional ou do livramento condicional para utilização de um processo anterior como agravante da pena. O dispositivo elimina, ao menos em parte, o efeito perpétuo da condenação anterior; em partes porque não sendo passível de utilização a título de reincidência, a condenação anterior poderá ser utilizada como maus antecedentes, e esses não possuem prazo fixo de utilização, ou seja, podem ser utilizados eternamente a critério do magistrado.

O dispositivo legal que delimita a temporariedade da reincidência e é base para fundamentação do argumento de que o sistema de justiça criminal deve ser estruturado a partir do preceito de que com o decorrer do tempo alguns conteúdos, como decisões criminais não sejam mais acessíveis a terceiros, mas seriam apenas para terceiros ao próprio judiciário também? Percebe-se a partir da leitura do artigo 202 da Lei de Execuções Penais (LEP) que após cumprida a pena, ela não mais constará em folha corrida, atestado ou certidão fornecida por autoridade policial ou auxiliares da justiça, exceto para instruir novos processos criminais. O estudo tratará mais adiante sobre as hipóteses de reabilitação criminal, mas essa explanação inicial serve de introdução crítico reflexiva para o presente tópico.

Apesar de haver previsão expressa sobre a temporariedade do uso de processos contidos na folha de antecedentes criminais para reincidência, o mesmo não ocorre para configuração e consequente majoração da pena-base no instituto dos maus antecedes, caracterizando-o assim como um elemento perpétuo de aumento de pena até mesmo por própria leitura do artigo 202, LEP, as informações poderão ser utilizadas para instruir novos processos, contudo o Código Penal em complemento a esse dispositivo delimitou o prazo de 5 anos para análise da reincidência, mas foi omissivo quanto aos maus antecedentes.

Alberto Zacharias Toron analisa o entendimento do STJ sobre a temporariedade, mesmo que antigo, merece destaque a ponderação:

O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada (1993, p. 74).

Embora a necessidade de diferenciação de um sujeito que está sendo processado pela primeira vez diante de outro que já foi anteriormente processado, não se mostra plausível que a utilização dos maus antecedentes seja feita *ad eternum*, por implicar na formalização de uma pena de caráter perpétuo recaindo sobre o indivíduo, não sendo apenas desumana, mas também inconstitucional por violar expressamente o disposto no artigo 5, XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal. Sobre a inconstitucionalidade, a pesquisa a abordará com mais profundidade no quarto capítulo.

Ainda que haja a compreensão acerca da transitoriedade do instituto da reincidência, o mesmo não acontece quando é analisada a aplicação perpétua dos maus antecedentes quando a própria sociedade, respaldada pelos mecanismos estatais de registros, se organiza na coleta de dados e informações processuais de um sujeito e publiciza esse banco de informações, sendo de fácil acesso a qualquer pessoa o que enseja em uma maior dificuldade para que os indivíduos ali mencionados consigam reintegrar o convívio social de maneira sadia e pacífica promovendo sua subsistência longe da criminalidade (BISSOLI FILHO, 1998, p. 67).

Um ponto que merece ser introduzido neste momento da pesquisa é o acesso às informações contidas na Folha de Antecedentes Criminais (FAC), já que os organismos de acesso ao registro advertem o alcance da preocupação estatal com a integração ao convívio social dos que estão ali inscritos. Seria ela aberta a todos que tiverem interesse ou apenas aos membros do judiciário para fins de execução da individualização da pena e sua consequente majoração?

A publicidade do registro dependerá do grau de tensionamento existente entre as propostas de defesa social formuladas em relação aos autores de crimes mediante emprego de métodos que utilizam a intimidação geral e a segregação para atingir suas finalidades em frente da ideia da ressocialização dessas pessoas, atingível pela redução de efeitos estigmatizantes do instituto (SERGIGO SOBRINHO, 2009, p. 86).

Neste sentido, convém observar que no Estado de São Paulo, as Normas de Serviços da Corregedoria-Geral da Justiça, Provimento nº 50 de 1989 com última atualização pelo Provimento nº 30 de 2013, regula a emissão das certidões judiciais de informações criminais. Importante salientar que referida norma deve ser considerada dinâmica, haja vista sua constante

atualização, de modo geral, prima a restrição da publicidade dos registros, mesmo que não possua força de lei. O artigo 54, inciso II e III do provimento esclarece quais as informações penais que constarão no sistema informatizado:

II - nos processos criminais, do júri e do juizado especial criminal: o número do processo; o nome e qualificação do réu; a data do fato; a data do recebimento ou rejeição da denúncia; o artigo de lei em que o réu foi incurso; a data da suspensão do processo (art. 366 do Código de Processo Penal e juizado especial criminal); a data da prisão; o número, livro e folhas do registro da sentença, quando adotado; o inteiro teor de pronunciamentos judiciais (despachos, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos); anotações sobre recursos; a data da decisão confirmatória da pronúncia; a data do trânsito em julgado; a data da expedição da guia de recolhimento, de tratamento ou de internação; o arquivamento (data e caixa) e outras observações que se entenderem relevantes; III - nos processos de execução criminal: o nome e qualificação do sentenciado, com a filiação e sempre que possível o número do RG; as guias de recolhimento registradas, a discriminação das penas impostas em ordem sequencial; os incidentes de execução da pena; anotações sobre recursos; o inteiro teor dos julgamentos; as progressões de regime; o cadastro de comparecimento de albergados; os benefícios concedidos; as remições de pena e outras observações que se entenderem relevantes. (SÃO PAULO, 2013, p. 43-44)

No estado de São Paulo, o pedido da folha de antecedentes criminais será destinado ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD) que é o responsável pela coleta e arquivamento das informações criminais em sistema próprio. De acordo com o provimento nº 30/2013 a autoridade policial apenas poderá requerer a folha de antecedentes (FA) nos casos em que o indivíduo for preso em flagrante delito, não sendo este o caso, a autoridade deverá fundamentar a necessidade de acesso a tais informações pelo banco de dados do IIRGD, conforme determina o artigo 387 do provimento.

Não sendo encontrada informações criminais o IIRGD encaminhará ao juízo ou à autoridade policial uma folha de antecedentes em branco, cientificado que nada consta em nome da pessoa requisitada (art.389). A partir das informações contidas na folha de antecedentes criminais o juízo irá requerer ao cartório das respectivas comarcas elencadas no documento a certidão de distribuição criminal que conterá as informações mais precisas de cada processo em nome do averiguado. Essa certidão poderá ser emitida de três formas, nada consta, negativa ou positiva, observando que referida certidão não incluirá cartas precatórias, apenas com autorização expressa (art.926, Provimento 30/2013). Ademais, o artigo 927 determina que as certidões de antecedentes e os relatórios de pesquisa eletrônica serão expedidos com anotação “nada consta” nos seguintes casos:

I - inexistência de distribuição de feitos; II - inqueritos arquivados; III - indiciados não denunciados por expressa manifestação do Ministério Público; IV - não recebimento

de denúncia ou queixa-crime; V - declaração da extinção de punibilidade; VI - trancamento da ação penal; VII - absolvição; VIII - impronúncia; IX - pena privativa de liberdade cumprida, julgada extinta, ou que tenha sua execução suspensa; X - condenação à pena de multa isoladamente; XI - condenação à pena restritiva de direitos, não convertida em privativa de liberdade; XII - reabilitação não revogada; XIII - pedido de explicação em juízo, interpelação e justificação; XIV - imposição de medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial; XV - suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95; XVI - feitos relativos aos juizados especiais criminais em que não haja aplicação de pena privativa de liberdade; XVII - condenação às penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06; XVIII - representação criminal rejeitada ou arquivada. Parágrafo único. A certidão com a anotação NADA CONSTA não trará qualquer apontamento de feitos.

Em consonância com o disposto na Súmula nº 444 do STJ, o artigo 928 e 929 do Provimento nº30/2013 esclarecem que as certidões emitidas pelo judiciário serão negativas (nos termos do art. 8ª, §1º, inciso I da Resolução CNJ nº121/2010) quando houver distribuição de termo circunstanciado, inquérito policial ou processo em tramitação contra a pessoa averiguada, bem como se não houver sentença condenatória transitada em julgado, desde que ausentes as hipóteses do artigo 927, constando a seguinte descrição: “Em nome do pesquisado constam os seguintes feitos distribuídos, inexistindo em qualquer deles sentença condenatória transitada em julgado.”.

As certidões serão emitidas com teor positivo em caso de sentença penal condenatória transitada em julgado, ausente as hipóteses previstas no artigo 927. Nos modelos positivos constarão a lista de todos os processos e suas respectivas datas de trânsito em julgado, informação importante quando da avaliação pelo magistrado da presença do instituto da reincidência, como visto anteriormente. Uma questão que se revela interessante no provimento é nenhuma das delimitações anteriores sobre a emissão da certidão, artigos 926 a 930 do provimento, será aplicado às requisições judiciais feita a requerimento da própria pessoa ou por seu representante legal, ficando apenas aplicada aos requerimentos institucionais do próprio judiciário.

Para que uma pessoa tenha acesso ao seu atestado de antecedentes, no estado de São Paulo, poderá acessar o serviço online disponibilizado pela Secretaria de Segurança Pública (<http://www.ssp.sp.gov.br/servicos/atestado.aspx>), caso o documento de identificação (RG) seja de outro estado deverá solicitar pessoalmente junto a uma unidade do Poupa Tempo ou de Postos de Identificação do IRGD. O atestado de antecedentes emitido não conterà as pendências jurídico-criminais do indivíduo, apenas uma resposta positiva ou negativa, salvaguardando as informações pessoais do indivíduo, entretanto, para realização dessa pesquisa basta o preenchimento de algumas informações, quais sejam: nome completo, número do RG, data de expedição do documento, sexo, data de nascimento, nome do pai e nome da mãe.

A conclusão que se faz a partir disso é, qualquer pessoa que tenha acesso a essas informações, poderá solicitar o atestado de antecedentes positivo ou negativo de outrem. Importante essa conclusão porque, apesar de não divulgado por empresas ou empregadores, munidos dos dados pessoais de um candidato ou funcionário poderão certificar a idoneidade criminal do sujeito, o que poderá levar a uma demissão ou a sua não contratação. Não obstante o atestado não informar as movimentações processuais, tampouco seu número de registro, em busca pelo site do tribunal de justiça poderão ser acessados dados sobre a existência e o teor de processos em nome dele, salvo aqueles protegidos pelo segredo de justiça, e nestes uma vez com acesso ao processo obter informações exclusivas do judiciário sobre movimentações de eventuais outros processos contidos na certidão de distribuição criminal.

A pesquisa não pretende abarcar esse ponto específico dos antecedentes criminais, mas deixar de lado a sua explicação é falhar em abarcar as vertentes possíveis de sua problemática. O estudo irá refletir sobre a falha do Estado e sua possível responsabilidade na reiteração delitiva a partir do uso dos maus antecedentes e da reincidência como meios legais de etiquetamento social e exclusão de minorias, mas a perspectiva de acesso ao atestado de antecedentes criminais também é válida para construção do raciocínio teórico sobre o tema, vez que implica diretamente na colocação do indivíduo no mercado de trabalho.

Partindo das elucidações sobre a folha de antecedentes criminais questiona-se a sua existência também é definida por um prazo de validade. Qualquer mecanismo possível a exercer redução dos efeitos estigmatizantes da pena são de grande valia para aqueles inseridos no sistema penal, pode-se mencionar o cancelamento dos dados criminais lançadas no registro. Referido cancelamento é possível a partir do requerimento de reabilitação criminal, previsto no Código de Processo Penal nos artigos 743 a 750 e pode ser considerado como medida hábil para reduzir ou vedar a divulgação e a publicidade das informações pessoais de um sujeito egresso³ do sistema penal preservando assim direitos e garantias individuais.

Diante das diversas controvérsias entre o direito e a realidade dos fatos, fica o questionamento, a reabilitação criminal seria apenas uma utopia legislativa ou realmente se aplicaria a realidade fática? É necessário estudá-la com mais profundidade para delimitar-se o que é real e o que é intencional no instituto.

³ O termo egresso não deve ser compreendido como aqueles sujeitos que saíram do sistema prisional, a utilização do termo neste ponto é mais abrangente e busca englobar todos aqueles que já tiveram algum tipo de registro criminal em seu nome, independentemente do tipo de pena cumprida ou até mesmo daqueles que foram absolvidos, mas que tiveram passagem pelos tramites processuais criminais.

Desde logo é importante mencionar que o afastamento, o cancelamento das informações contidas em ficha criminal não servirão para requerimentos feitos por juízos criminais, ou seja, o poder judiciário, tendo interesse na análise dos antecedentes criminais de um indivíduo, poderá requisitá-lo e ter acesso a todas as informações ali contidas, mesmo após o deferimento do requerimento de reabilitação criminal, assim o instituto apenas se aplica para acesso aos dados por terceiros interessados que não membros do judiciário.

Isso quer dizer que, para fins de ressocialização a reabilitação, de certo modo, cumpre seu papel, pois com o seu deferimento impede que empresas, ou qualquer outra pessoa tenha acesso às informações de vida pregressa do sujeito, assim tais informações não poderão ser utilizadas por particulares para impedirem seu convívio em sociedade. Entretanto quando o caso que ensejou condenação anterior for de grande notoriedade midiática, pouco importará o efeito social da reabilitação criminal, pois há uma grande probabilidade de que a sociedade se lembre do ocorrido; como exemplo pode-se citar o caso envolvendo Suzane von Richthofen que já se tornou pauta nacional anual de repercussão, o caso do goleiro Bruno Fernandes de Souza, de Alexandre Nardoni e Ana Carolina Jatobá, Elize Matsunaga. Esses são alguns exemplos de pessoas que destoam da habitual projeção da figura de um réu, pois fogem dos padrões, talvez por isso ganhem tanta notoriedade.

Programas mais sensacionalistas costumeiramente transmitidos nos horários de almoço e final da tarde dão conta de exibir a o outro lado da criminalidade, o cotidiano dos corredores de fóruns e delegacias, aqueles que são considerados normais no ambiente, os marginalizados e excluídos, os que não vivem em condomínios fechados, não possuem graduação, tampouco ensino médio completo, mas são esses que o sistema busca perseguir e estigmatizar. Quase que como uma parte da engrenagem excludente do sistema penal, a mídia cumpre seu papel e escancara a ficha criminal dos que por ali são mencionados, fazendo um juízo prévio de valor acerca do fato criminoso em análise, induzindo o pensamento coletivo em uma só sentença, a condenação.

Trazer esses pontos são importantes porque a legislação não funciona desconexa à realidade, por óbvio que de certo modo a intensão do legislador foi minimizar os efeitos sociais das condenações anteriores a partir da observância de alguns requisitos (art. 743 a 745 do CPP), mas como já mencionado a reabilitação criminal só influencia acesso de terceiros, isso é importante pois a o estudo aprofundará a observação dos institutos da reincidência de dos maus antecedentes utilizados pelo próprio judiciário, mas a explanação da reabilitação criminal se presta a construir o raciocínio teórico sobre o tema.

Outro elemento que merece ponderação neste momento é o fato de que referido instituto apenas será deferido mediante provocação do juízo, ou seja, o sujeito deverá, mediante um advogado, seja ele constituído ou dativo, protocolar em juízo o requerimento de reabilitação juntando os documentos exigidos na legislação. Se a intenção do legislador era de favorecer a ressocialização do egresso, por qual motivo tal efeito não ocorre de forma automática? Há um sistema próprio de controle das informações, ou seja, existem profissionais responsáveis pela alimentação desse sistema, não seria melhor que o próprio instituto competente para o arquivamento dos dados já os cancelasse quando decorrido o prazo permitido? Poderia ser hipótese de efeito automático da sentença de extinção da punibilidade do agente, delimitando o lapso temporal de quatro ou oito anos para primário e para reincidente, respectivamente. Mas tais hipóteses não encontram respaldo legal, ao menos não por enquanto.

Ademais, a legislação processual penal foi omissa em delimitar a extensão das informações que serão canceladas, dando margem para interpretações diversas nos tribunais de justiça dos estados. No que concerne ao Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) publicou no Diário Oficial do Estado (p. 33), no dia 17 de junho de 2005, o Aviso nº 321/05, de 14 de junho de 2005 que informava a aprovação da Tese nº 212, do Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais, com a seguinte redação:

ANTECEDENTES CRIMINAIS – EXCLUSÃO DE DADOS DOS INSTITUTOS DE IDENTIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. A lei assegura o sigilo dos cadastros criminais, nas hipóteses de arquivamento de inquérito, absolvição, reabilitação e extinção da punibilidade, salvo requisições judiciais ou casos expressos em lei. Tais dados, portanto, não podem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação.

Independentemente da possibilidade de reabilitação criminal, cabe ressaltar que a fixação de limites para expedição de certidões e acesso à folha de antecedentes nem sempre são medidas suficientemente aptas a proteger informações que devam ser mantidas em sigilo. Não basta que a lei preveja tal possibilidade é preciso algo a mais, já está claro que a visão legal da situação não retrata com fidelidade os impactos da pena no mundo real. É necessário uma iniciativa educacional a longo prazo sobre a reabilitação do egresso, mas não adianta tentar modificar apenas o pensamento da comunidade quando o próprio sistema faz uso da segregação para se retroalimentar, o problema é sistêmico, e cada ponta solta precisa ser analisada e ajustada, por isso a presente pesquisa aborda o tema dos antecedentes e da reincidência com recorte para responsabilidade do estado na estigmatização do indivíduo.

3.4 Direito penal do autor versus direito penal do fato

Muito se questiona se o autor de uma conduta, definida em lei como criminosa, deve ser apenado pelo que é (direito penal do autor), pelo que fez (direito penal do fato ou da culpa), pelos dois motivos concomitantemente ou, até mesmo, por um ou pelo outro. Tendo em vista a relação com o tema em estudo, cumpre tecer alguns comentários sobre direito penal do fato em contraposição ao direito penal do autor.

O direito penal do fato, também conhecido como princípio da exteriorização ou materialização do fato se define pela exigência da exteriorização de um fato descrito na legislação como criminoso para que o sujeito infrator seja punido, haja vista não existir crime sem a execução da conduta (PILATI, 2009, p. 11). Para Günther Jakobs e Manoel Cancio Melliá, direito penal do fato é “genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um direito penal orientado na atitude interna do autor” (2008, p. 80).

Não se mostra plausível a punição do pensamento em um Estado democrático de Direito, até como meio de assegurar a liberdade de pensamento dos cidadãos, preservando sua intimidade. Porém, se a análise do crime passar a observar o autor do fato, de certo modo estaria violando a sua intimidade, explica-se, a partir do momento que se pune pela presunção de periculosidade do agente, não estaria o direito punindo o autor e não o fato?

Parte da doutrina vem entendendo que a culpabilidade penal guarda relação com o direito penal do fato, pois defende a restrição de análise da culpa, não aceitando a imputação geral, mas sim a descrição de um fato ilícito, já que produz uma lesão jurídica. Assim a culpabilidade sempre irá se referir a um fato determinado, observando a autonomia de vontade do agente. Não se busca punir o autor pela vida que leva ou por quem ele é ou pelo perigo social que representa, mas sim pelo ato cometido diante da sua liberdade de escolha (DEL TESO, 1996, p. 59; STRATENWERTH, 1980, p. 63; REGIS PRADO, p. 118; KARAM, 1994, p. 124; JAKOBS, 1997, p. 99).

A teoria do direito penal do autor surgiu a partir dos estudos de Cesare Lombroso, Garófalo e Ferri, pela Escola positiva que buscava compreender a patologia por trás do fenômeno criminoso. Para Lombroso o delito era um “ente natural, um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte a concepção, determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditárias” (BARATTA, 2020, p. 38-39).

Pode-se dizer então que apesar de não possuir um conceito especificamente constituído, a ideia central da teoria é que a configuração do delito se dá por intermédio da personalidade do agente, o seu modo de ser, legitimando a ideia de que a pena deverá intervir no ser e não no fato, pois esse não expressa muito valor. O delito passa a ter, para essa teoria, um significado sintomático, “o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor” (ZAFFARONI; BATISTA; AKAGIA; SLOKAR, 2011, p. 131). Para Nivaldo Brunoni:

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal (2007, n.p).

O paralelo entre a teoria do direito penal do fato e do direito penal do autor é importante para delimitarmos a escolha feita pelo sistema penal brasileiro. Em que pese o legislador parecer ter adotado o direito penal do fato quando da elaboração dos tipos penais, no momento da dosimetria da pena acabou por absorver ideais trazidas pelo direito penal do autor.

A utilização dos maus antecedentes e da reincidência se mostram incoerentes com o direito penal do fato, pois são institutos utilizados para majorar a pena e cercear a aplicação de benefícios processuais e de execução penais. A situação se agrava quando esses elementos são valorados perpetuamente, como é o caso da atual interpretação dada aos maus antecedentes. O emprego de condenações transitadas em julgado para agravamento da pena do réu faz sentido quando da aplicação do direito penal do autor, vez que se afasta da análise do delito praticado para se punir com mais rigor o indivíduo em razão de suas condições pessoais pretéritas.

A lei enrijece seu punho quando da existência de antecedentes criminais passíveis de aumentar a pena, demonstrando maleabilidade em seu entendimento quando conveniente, causando incertezas jurídicas e contradições constitucionais, nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2008, p. 107) é um claro exemplo de “corrupção do direito penal”. Questionar a periculosidade de alguém com base em seus antecedentes cumpre uma função repressivo-intimidatória atrelada ao anseio de controle, por meio do direito penal, da personalidade de um indivíduo.

É possível perceber que o universo jurídico-penal se equivoca em deixar em aberto a forma como a pena deverá ser imposta ao caso concreto, como se a pena aplicada trouxesse luz

a sombra que permeia a criminalidade daquele sujeito. A busca processual pela verdade, por vezes, deixa de analisar a individualidade da circunstância e as consequências da aplicação de uma pena tornando o processo eminentemente acusatório para pessoas determinadas, segregadas e marginalizadas. O acusado é visto como um inimigo que deve ser condenado a qualquer custo, quase que como um fetiche que remete aos primórdios da aplicação da pena corpórea e suplícios públicos, sem observar o respeito ao princípio maior, a dignidade da pessoa humana. Segundo Nicolau Eymerich (1993, p. 122):

[...] é preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (*ut alii terreantur*). Ora, o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo.

A aferição de um direito penal do inimigo pressupõe a aplicação do direito penal do autor. Jakobs defende em sua teoria (direito penal do inimigo) que há um tratamento diferenciado para aqueles que não demonstram conformidade com a norma, ou seja, aqueles que oferecem perigo, devendo serem mais vigiados e criminalizados apenas pelo potencial delitivo. Além de não observar a aplicação de uma sanção com um viés garantista, a aplicação de um direito penal do autor materializa um retrocesso civilizatório aos pensamentos da escola positiva do século XX, que serviu de base para regimes totalitários daquele período (PILATI, 2009, p. 11).

Como se pode pensar diferente da ideia de perseguição ao inimigo dentro de um processo criminal quando discursos que relativizam direitos individuais em prol da verdade universal de um bem comum são difundidos com tanta facilidade e respaldados na ideia de medo propagada pela mídia. A inquisição não está muito longe dos modelos atuais legislativos, a intimidação ainda é vista como eficiente no combate à criminalidade, ou melhor, ao criminoso. É possível visualizar tal inferência na argumentação de Francisco Campos quando da exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum (VADE MEDUM, 2016, p. 603).

O desprezo pela existência e manutenção de garantias individuais dentro de um processo criminal realça a influência da criminologia midiática nos mais diversos setores da comunidade, desde os cidadãos comuns aos que ocupam os mais altos cargos do legislativo e judiciário; a teoria de que se deve mitigar direitos em prol da segurança é um discurso facilmente vendido e comprado justamente por ser abstrato, volátil, mas que encontra respaldo nos movimentos realizados pelo estado ao criar setores de promoção da segurança, “nenhuma vítima tem um direito, suposto e abstrato, à segurança afetado, mas um direito real e concreto, à vida, à integridade física, à liberdade sexual, à propriedade, etc.” (ZAFFARONI, 2013, p. 463).

A epistemologia inquisitória de Nicolau Eymerich (1993) ainda perdura na saga pela condenação, pela aplicação de uma pena necessária o suficiente para reprovar a conduta criminosa e compelir a prática de novos delitos pelo sujeito que ela recair e pela própria sociedade. Entretanto, neste nível da pesquisa, já é possível perceber que as fundamentações da pena pelo viés retributivo e preventivo não alcançam seus objetivos diante dos índices de criminalidade anteriormente mencionados.

O período temporal compreendido durante a publicação da exposição de motivos do Código de Processo Penal, não pode ser deixado de lado durante essa análise. Está-se diante de um texto publicado em 1941, em um momento autoritário da história brasileira, inspirado no fascismo italiano (ROSA, KHALED JR, 2020 p. 25). Contudo, em que pese tal contexto não representar a atualidade vivida no país, o discurso punitivista ainda perdura.

Para Claus Roxin “um ordenamento jurídico que se baseia em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre em direção a um Direito penal do fato” (2001, p. 177). Contudo, em que pese a liberalidade existente na teoria, Markus Willascheck adverte que “nós somos livres desde que nenhum ruído ou perturbação interfira em nossa capacidade de compreensão e autodeterminação” (2005, p. 53). Assim, há que se avaliar também o quanto há de livre vontade no cometimento de um delito, porém também não deve ser compreendida como normal a subjetividade de uma punição pelo risco pressuposto de um indivíduo. Seriam os usos dos maus antecedentes e da reincidência mecanismos positivados em lei de etiquetamento social a partir da análise da teoria do *labeling approach* e com isso indutores do retorno delitivo? A pesquisa passará a análise dos fundamentos da teoria para que então no próximo capítulo se possa discorrer sobre esse questionamento.

3.5 A teoria do etiquetamento social

Com caráter introdutório a teoria do *labeling approach*, ou teoria da reação social, do etiquetamento social, bem como outras teorias oriundas da criminologia crítica objetivam retirar o foco da análise do “fenômeno criminal, do sujeito criminalizado, para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte e, mais em geral, para todo o sistema da reação social ao desvio” (BARATTA, 2020, p. 49). O paradigma etiológico-determinista dos estudos criminológicos anteriores (escola positivista italiana) são abandonados, juntamente com os questionamentos sobre o criminoso e as causas do crime, passando a compreender o sistema de controle social que há por trás do estudo do crime.

A teoria surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) no final da década de 50, início da década de 60, após uma alteração dos questionamentos sociais, culturais e políticos insuflados não apenas nos EUA, mas em todo mundo. O estudo é considerado um marco da teoria do conflito surgido na Escola de Chicago promovido pelos autores Edwin Lemert em sua obra intitulada *Social Pathology* de 1951, Howard S. Becker com sua obra *Outsiders* de 1963 e Erving Goffman a partir do livro *Estigma* de 1963 (SHECAIRA, 2004, p. 270; CASTRO, 1982, p. 80).

De acordo com referida proposição teórica o desvio é criado pela própria sociedade, de modo que a escolha do que deve ou não ser considerado crime a partir da conduta desviante também é uma escolha determinada por parcela da comunidade, o que acaba por culminar na criação de um estereótipo de criminoso, a partir das ideias do que deve ser crime ocorre a segregação, como abordado no início do trabalho quando explicitado a ideia de construção do delito e seu potencial caráter seletivo. Ocorre uma manipulação das definições de crime para gerar um certo tipo de controle social, pois as regras estabelecidas serão aplicadas a sujeitos específicos, predeterminados a partir da escolha anterior do que deve ser considerado desvio (BECKER, 2019, p. 23-24).

Ademais, procura esclarecer as consequências da intervenção do controle formal, não apenas o social, ou seja, busca trazer à luz a responsabilização pela criminalidade às instâncias oficiais de controle, quais sejam, o judiciário, legislativo, a polícia, todos aqueles que, de certo modo, influenciam na rotulação de um indivíduo como desviante. A teoria crítica a distinção entre a própria conceituação de crime, ressaltando as diferenças existentes entre a criminalidade urbana e a criminalidade de colarinho branco, os privilégios de uma classe dominante perante

aqueles que permanecem segregados e excluídos até mesmo quando da prática de condutas iguais, o sistema penal deve ser isonômico (BATISTA, 2011, p. 25). Desse modo:

A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a 'definição' legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a 'seleção' que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tal conduta (ANDRADE, 1996, p. 280)

Partindo dessas premissas, o estudo da teoria do *labeling approach* vai além, compreende que a partir da seletividade empregada pela sociedade e pelas instâncias oficiais de controle o sujeito considerado e definido como criminoso passa a agir em conformidade com o rótulo que lhe foi empregado, como uma espécie de profecia autorrealizável, de modo que a criminalidade faz parte do indivíduo e não mais é vista como um fato isolado passível de ser cometido por qualquer um, o sujeito passa ser visto não mais como um alguém que cometeu um crime, mas como um criminoso. O crime passa a pertencer à sua característica, não é apenas a realização no mundo fático de uma conduta, mas é parte de alguém, de um sujeito desviante e por tal motivo ele deve ser valorado negativamente, o que passa a ser absorvido por ele e reverberado na reiteração delitiva como consequência ao rótulo imposto (BECKER, 2019, 53-57; BARATTA, 2020, p. 89-92).

Deste modo a teoria se constrói a partir de três questionamentos, a) o que é crime? b) a quem deve ser atribuído o *status* de criminoso? c) quais as consequências da aplicação de uma pena? Cada um desses questionamentos é considerado uma teoria formal de criminalização. Em que pese sua explanação a seguir, o questionamento que guarda relação maior com a análise dos maus antecedentes e da reincidência é o último questionamento proposto pela teoria da criminalização terciária.

A criminalização primária é compreendida pelo processo de criação das normas penais, com a delimitação de quais bens deverão ser protegidos, quais condutas deverão ser consideradas criminosas, as penas aplicáveis àquele caso definido e quem serão os órgãos responsáveis pelo seu processamento e julgamento. A proposta da teoria para diminuir o impacto seletivo ao analisar os mecanismos de criminalização primária se dá com a descriminalização de determinadas condutas, principalmente aquelas em que não há vítimas e afrontam apenas a moralidade dos indivíduos, como exemplo, o uso de drogas, a pornografia e os jogos de azar (BECKER, 2019, p. 71-89).

Já a criminalização secundária diz respeito à captura e abordagem do indivíduo criminalizado, ao cumprimento da lei penal pela autoridade policial e pela justiça. Deste modo,

consiste na efetivação da ação punitiva sobre pessoas especificamente determinadas, escolhidas anteriormente pelo filtro da criminalização primária. Quase que como um meio de se autoafirmarem, as instituições oficiais de controle formal tentam demonstrar que o problema a ser combatido é real e que por isso são imprescindíveis para manutenção da ordem social, o problema se encontra quando a “[...] imposição não decorre automaticamente da infração de uma regra. A imposição é seletiva, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoas, em diferentes momentos e em diferentes situações” (BECKER, 2019, p. 142). Está-se diante de um procedimento arbitrário, pois:

A sociedade tende a criminalizar as pessoas vulneráveis no seu todo: vulneráveis no seu ser econômico, social, cultural e psíquico. A sociedade precisa dessas pessoas frágeis, para, às suas custas, garantir o respeito à legalidade, provar o rigor da lei e ostentar todos os poderes do rei (SÁ, 2000, p. 35).

Buscando reduzir os impactos da seletividade do mecanismo de criminalização secundária, a teoria propôs algumas ideias, destacando-se a diversão, a desinstitucionalização e o *due process*. A diversão diz respeito ao oferecimento de proposta diversa ao crime praticado, evitando que o problema seja resolvido pela Justiça Criminal⁴, é a busca por uma solução menos prejudicial ao agente. A desinstitucionalização consiste no fomento às aplicações de sanções diversas dos estabelecimentos prisionais em regime fechado, deixando-a apenas para infratores de crimes mais graves. Por fim, a proposta do *due process* versa sobre o fortalecimento das garantias legais, fomento ao respeito às normas, buscando evitar discricionariedade na atuação dos agentes das instancias oficiais de controle (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 443).

Por fim, a criminalização terciária que diz respeito às consequências das falhas realizadas nos processos de criminalização anteriores. Aqui a intenção é destacar os aspectos negativos do contato do indivíduo com as agências criminalizantes, elencando as mudanças ocorridas na vida dele após o contato com o sistema de justiça criminal, até mesmo no que concerne a sua autopercepção e na forma como enxerga a sociedade. Essa vertente da teoria busca ressaltar o fator psicológico-social e analisar como o sujeito se transforma em criminoso a partir do rótulo que lhe é imposto.

Inicia-se o estudo mais aprofundado da teoria do etiquetamento social (*labeling approach*) com a seguinte comparação:

⁴ É uma espécie de justiça alternativa para composição de conflitos criminais de menor potencial lesivo, como exemplo a Justiça Restaurativa. Em que pese a mesma ainda não possuir prática corriqueira, esse elemento da teoria do *Labeling Approach* embasou a criação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei nº 9.099/95.

a instituição penal está em uma situação análoga a do rei Midas. Tudo o que ele tocava convertia-se em ouro, e, como todos sabemos, morreu de fome. Muito do que a polícia toca e tudo o que a prisão toca, converte-se em delitos e delinqüentes, e desvanecem-se as interpretações alternativas de atos e atores (CHRISTIE *apud* BAIGÚN *et al.*, 2005, p. 557).

A interação entre o sujeito infrator e o sistema penal de controle social resulta em modificações negativas tanto ao sujeito em sua individualidade e pessoalidade, quanto na visão que a sociedade tem dele. Referidas consequências negativas não se limitam àqueles que cumpriram pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional ou penas restritivas de direito, mas também aqueles que tiveram, de alguma forma, seu processo exposto, e que mesmo sendo absolvidos já foram maculados pela passagem no sistema de justiça criminal.

O sujeito passa a ser rotulado, etiquetado, no momento de sua captura, seja ela física ou apenas processual, pelo sistema oficial de controle social e a partir de então a sociedade como um todo passa a visualizá-lo de outra forma, como um etiquetado. Quando a pesquisa delimita sociedade, ela deve ser compreendida em sentido amplo, englobando também aqueles que fazem parte das instâncias oficiais, ou seja, magistrados, desembargadores, promotores, procuradores, membros do poder legislativo e policiais, pois a formação do julgamento do outro, a partir do conhecimento de seu passado criminoso, interfere na forma como ele o julgará e tratará, não apenas nas relações cotidianas civis, mas durante sua atuação oficial.

Por mais que se pregue que os agentes da lei devem se manter imparciais durante o exercício da sua função, é humanamente impossível não realizar um juízo de valor da pessoa que está em sua frente quando se sabe da sua ficha criminal. A sociedade é condicionada ao pensamento seletivo, segregador, por uma longa construção, ao passar dos anos, de quem são os promotores de uma boa sociedade e os desajustados que devem ser separados; há uma deterioração do seu caráter perante a coletividade, tamanha que seus efeitos são os mais difusos possíveis. “A atribuição da etiqueta de delinquente a um sujeito que cometeu um ato desviado, tem o efeito de situá-lo em uma categoria precisa e, portanto, de que todos o considerem como um ser aparente” (SANTOS, 1983, p. 431).

A etiqueta de criminoso e criminoso em potencial é mecanismo eficiente de controle social exercido pelos grupos dominantes, a degradação da imagem pública não é algo novo, como se pode inferir da análise dos suplícios públicos da Idade Média já abordados anteriormente. Assim,

o estigma envolve não tanto um conjunto de indivíduos concretos que podem ser divididos em duas pilhas, a de estigmatizados e a de normais, quanto um processo social de dois papéis no qual cada indivíduo participa de ambos, pelo menos em

algumas conexões e em algumas fases da vida. O normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas que são geradas em situações sociais durante os contatos mistos, em virtude de normas não cumpridas que provavelmente atuam sobre o encontro (GOFFMAN, 2021, p. 148-149)

O rótulo passa a ser utilizado como uma característica negativa do outro, para reafirmar a normalidade de quem o imputa. O estigmatizado passa a não mais pertencer à sociedade de modo pleno, convivendo com barreiras, afastamentos e preconceitos, que servem de estímulo para autoafirmação de que o sujeito realmente é um criminoso e não uma pessoa que cometeu um delito, a ideia de reabilitação criminal e reinserção social da pena caem por terra neste momento.

É justamente pelo medo do julgamento social e das consequências desse julgamento que os egressos tendem a esconder, ou ao menos tentar esconder, seu passado para que assim consigam se posicionar em sociedade de modo igualitário ao meio em que convivem. A reputação que um indivíduo possui perante a sociedade é baseada no cometimento ou não de alguns atos por ele, de modo a considerar as atitudes uma extensão do ser passível de formar um retrato de sua identidade (GOFFMAN, 2021, p. 105 e 149).

As características individuais negativas a partir do cometimento de um delito ou o medo de que cometa um delito, passam a fazer parte de uma identidade criada pelos membros da sociedade daquele indivíduo. Assim, para aquela comunidade o sujeito passa a ser compreendido como alguém mau, potencialmente perigoso e suspeito; com isso, a vida do indivíduo passa a ser explorada e todas as informações encontradas em seu passado podem servir de fundamento para a piorra de seu *status* social (GOFFMAN, 2021, p. 135-136). Novamente, essa reputação negativa não paira apenas sobre membros da sociedade civil e influencia tão somente relações cotidianas como amizade e trabalho, ela atinge os membros das agências oficiais de controle que também fazem um pré-julgamento de periculosidade daquela pessoa. O rótulo passa a fazer parte do ser, ao ponto de que o próprio começa a se enxergar assim,

o jovem delinquente torna-se mau porque ele é definido como mau e porque ele não é acreditado se ele é bom. Há uma demanda persistente de consistência de caráter. A comunidade não pode lidar com pessoas que não pode definir. Reputação é esse tipo de definição pública. Uma vez estabelecida, inconscientemente, todas as agências se combinam para manter essa definição, mesmo quando tentam, aparente e conscientemente, desmentir seu próprio julgamento implícito (TANNEMBAUM, 1951, p. 17-18)⁵.

⁵ Tradução livre da autora. Original: The Young delinquent becomes bad because he is defined as bad and because he is not believed if he is good. There is a persistente demand of consistency in character. The community can not deal with people whom it cannot define. Reputation is this sort of public definition. Once it is established, the

Um destaque importante a ser feito neste momento é que o rótulo incutido em alguém depende de um processo dentro das relações de poder, o mesmo realizado na criação e definição de uma conduta como criminosa, de modo que os rótulos podem ter um padrão, mas não são constantes, pois se o próprio conceito social do que deve ser definido muda, o rótulo atrelado ao indivíduo também muda, de acordo com a classe social em que vive, do decurso do tempo. O que antes foi considerado uma etiqueta negativa, hoje pode ser considerado normal, bem como o tipo de conduta criminosa imputada também, mesmo que seja crime, pode haver uma amenização social em decorrência da compreensão daquele fato, como exemplo podemos citar os vendedores de produtos falsificados que cometem um crime, porém a sociedade aceita essa conduta sem rotular aquele indivíduo.

De outro modo a passagem de uma pessoa pelo sistema criminal e pelo poder punitivo Estatal provoca reações sociais a depender do grupo a que pertence, se analisado dentro do grupo considerado criminoso sua captura pode ser vista como um fracasso, pois falhou em fugir do sistema repressor. Por outro lado, se analisado pelo grupo não criminoso, ou ao menos não capturado ou criminoso de condutas socialmente aceitas, aquele sujeito passará a ser indigno de confiança, perderá sua credibilidade perante os demais.

A visão da sociedade dita normal perante os estigmatizados é de inferioridade, periculosidade e de repulsa, ao ponto de trata-los com termos pejorativos, de propagarem a informação sobre seu passado sob a falsa pretensão de promoção da segurança dos demais, como se houvesse a certeza de que aquele indivíduo irá novamente delinquir. O sujeito passa então a se posicionar de duas formas, tentando se esquivar dos seus antecedentes para ser aceito novamente no corpo social, ou assumindo para si o rótulo que lhe foi imposto e exercendo mecanismos de fuga daquele padrão de normalidade comportando-se de modo combativo e aproximando-se dos outros sujeitos pertencentes ao grupo etiquetado. Preleciona Erving Goffman que “a pessoa estigmatizada algumas vezes vacila entre o retraimento e a agressividade, correndo de uma para a outra, tornando manifesta, assim, uma modalidade fundamental na qual a interação face-a-face pode tornar-se muito violenta” (2021, p. 27).

Michaela Argyle em sua obra *A interação social: relações interpessoais e comportamento social* (1976) explana a relação envolvendo o indivíduo estigmatizado e suas interações sociais. Afirma que no cotidiano as pessoas exercem a categorização uns dos outros

unconsciously all agencies combine to maintain this definition even When They apparently and consciously attempt to denu their own implicit judgment

de modo rotineiro e habitual e a partir dessa categorização elas se interrelacionam ou não, passando a agir conforme essa delimitação, pois os sujeitos começam a prever em qual categoria se enquadrarão, e passam a se identificarem dentro dessa categorização, é a definição de autoimagem, segundo a autora. A questão é que nem sempre a classificação será positiva, podendo oscilar entre um patamar de maior ou menos prestígio dentro da sociedade interferindo na autoestima do indivíduo. A partir dessas construções cognitivas as interações sociais sofrem influências delas, pois a autoimagem positiva apenas se mantém se os demais concordam e reagem positivamente a ela, caso isso não ocorra a partir de um estigma negativo, ele pode se tornar autodepreciativo e agir com tal intenção, ou seja:

a situação especial do estigmatizado é que a sociedade lhe diz que ele é um membro do grupo mais amplo, o que significa que é um ser humano normal, mas também que ele é, até certo ponto, 'diferente', e que seria absurdo negar essa diferença. A diferença, em si, deriva da sociedade, porque, em geral, antes que uma diferença seja importante ela deve ser coletivamente conceptualizada pela sociedade como um todo (GOFFMAN, 2021, p. 134)

Como já mencionado, para a presente pesquisa a compreensão de sociedade excludente e estigmatizante compreende não apenas a sociedade civil, mas as instâncias oficiais de controle a partir do uso de seu poder contra pessoas selecionadas, o aparato Estatal estaria também incluído nessa relação como promotor do etiquetamento e exclusão de minorias? Partindo da explanação deste capítulo, tanto sobre os antecedentes, a reincidência e sobre a teoria do etiquetamento social, a pesquisa debruçará seus esforços em contextualizar os elementos já expostos a partir das consequências advindas das suas aplicações para responder tal questionamento no próximo capítulo.

4 O ETIQUETAMENTO SOCIAL LEGALIZADO

Como já visto no primeiro capítulo, o sistema de ensino também é considerado meio de exclusão e segregação dos indesejáveis, contextualizando com a ideia de seletividade penal, as pesquisas trazidas por Alessandro Baratta (2020, p. 174-175) sobre referido ponto esclarecem a denominada “injustiça institucionalizada” das notas escolares que, a partir da teoria do *labeling approach*, esclarece a ideia da profecia autorrealizável ao observar a conduta de um aluno em um sistema excludente. Na medida em que determinado aluno é considerado “mau” e outro “bom”, em decorrência das notas aferidas ou pelo seu comportamento não convencional, ele passa a internalizar condutas futuras, ou seja, se considerado “mau”, e segregado em virtude disso, seu comportamento é utilizado como mecanismo de autodefesa o que leva os considerados bons a sentirem-se satisfeitos por não serem sancionados. Toda essa dinâmica é comparada ao sistema penal como o temos hoje, o fato do outro ser punido e segregado em virtude disso, serve de alívio para que o sujeito não punido se sinta seguro em não ser diminuído socialmente, afastando-o do convívio com o outro.

A teoria do etiquetamento social revela o problema por trás da seletividade penal que além de ser potencialmente estigmatizante atua de modo a proporcionar mudanças não apenas sociais, mas pessoais no indivíduo rotulado como criminoso, a autodeterminação do sujeito é contaminada com a mácula da criminalidade que passa a pertencer ao seu ser, não sendo analisada como uma conduta no mundo exterior, mas algo intrínseco a ele que deve ser punido por ser ele quem é. A teoria

[...] demonstra a dependência casual da delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência que configuram uma verdadeira e própria carreira criminosa, dos efeitos que sobre a identidade social do indivíduo exerce a primeira condenação; isto coloca uma dúvida de caráter fundamental sobre a possibilidade mesma de uma função reeducativa da pena (BARATTA, 2020, p. 179).

Todo o processo de criminalização acaba por transformar a autoimagem do indivíduo. A partir da primeira conduta criminosa, essa passa a determinar sua personalidade, tendo assim que se adequar a nova classificação que lhe foi imposta, um sujeito com antecedentes criminais, e por isso perigoso. A conceituação de desviação secundária se enquadra neste ponto, pois o rótulo pode ser tamanho ao ponto de agir de modo avassalador na vida da pessoa que acaba por assumir e identificar-se com a etiqueta que lhe foi empregada. Deste modo, a desviação secundária é a resposta que o indivíduo dá ao rótulo que lhe foi imposto, ele confirma e reafirma a imagem que a sociedade tem dele. Para o sociólogo Edwin Lemert “quando uma pessoa começa a empregar seu comportamento desviante ou um papel baseado sobre ele como um

meio de defesa, ataque, ou ajustamento aos problemas públicos ou encobertos criados pela reação social a ele, sua desviação é secundária” (1951, p. 76).

Assim, o direito penal possui um lugar especial de influência dentro do sistema penal, pois é ele quem delimita a forma como as pessoas serão criminalizadas e punidas. O aspecto seletivo é utilizado como mecanismo de dominação por aqueles que detêm o poder, promovendo uma maior estratificação de classes na sociedade. Lenio Luiz Streck (2008, p. 71) compreende o direito penal passa a ser qualificado como “conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis segrega a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por ‘pessoas de bem’?), a pretexto de garantir a almejada paz social”.

Tudo isso corrobora para que a sociedade enxergue o sujeito punido de forma desigual e inferior, beirando a anormalidade. Tal como um sistema que se retroalimenta, o Estado promove o sentimento popular de medo que desvela o discurso de mais punição que gera o enrijecimento da norma e a conseqüente seqüela no indivíduo, que sairá do sistema e voltará, por meio dos impactos sociais a fazer parte da engrenagem punitiva seletiva.

Pode-se, neste momento, afirmar que o Estado - aqui compreendido como um sistema complexo dos três poderes e órgãos correlatos - ao fazer uso do seu poder dominante, etiqueta as classes sociais menos favorecidas, privilegiando uma classe dominante, de modo que passa a atuar com diferenciação até mesmo em relação aos próprios sujeitos considerados criminosos a depender da conduta praticada, o que legitima para o sistema uma interpretação mais severa da lei. É o denominado *second code*, ou seja, o conjunto de normas, de interpretação e de aplicação das leis penais baseado em preconceitos e estereótipos que determina a escolha de pessoas, sua reprovação e dependência ao cárcere e como consequência pode transformar o indivíduo de acordo com o rótulo que lhe foi empregado, o de um criminoso.

A partir das influências Estatais a sociedade é bombardeada pelo sentimento crescente de insegurança e acaba por incutir no outro, o egresso, o *status* de inimigo, sendo ele, daquele momento em diante, um sujeito que não merece direitos, oportunidades, emprego e tampouco atenção ou compaixão. Aquilo que é compreendido como meio hábil de promoção de uma vida digna são reduzidos consideravelmente para aqueles que possuem uma mácula em seu passado, promovendo um exercício quase que inconsciente de entrega ao crime, pois a partir da sua categorização como indivíduo perigoso, não mais pertencerá ao grupo social dito como normal, e passará a integrar o grupo desviante, que poderá proporcionar novas opções de crimes como solução para sua manutenção de vida.

A imposição de uma pena e a passagem pela prisão são capazes de estimular a criminalização e a segregação social, que acaba por conduzir o indivíduo à reiteração delitiva e a passagem pelo sistema novamente, como em um ciclo criminoso. A etiqueta incutida no egresso pelo sistema de controle social são um claro exemplo de estigma social com o qual o sujeito precisa aprender a conviver por toda sua vida, pois a força que há por de trás de uma ficha criminal é capaz de formar no imaginário social uma nova caracterização do sujeito, sendo essa sempre pejorativa, funcionando como um inibidor de convívio social saudável e harmônico.

Tal como a dicotomia de “quem nasceu primeiro, o ovo ou a galinha?” surge o questionamento, a exclusão promovida pela própria sociedade é que dá o início do ciclo criminoso, ou apenas surge porque o Estado delimita que os egressos deverão ser tratados mais severamente, instigando a sociedade a ter medo do outro? Não foi possível chegar a um consenso, de igual modo ao questionamento da galinha, mas é possível afirmar que ambas as situações são promotoras de mais exclusão e etiquetamento, impulsionando a reiteração delitiva; ao observar um círculo não é possível inferir qual seu ponto inicial e final, mas é possível ver que de qualquer ângulo que se olhe, sempre chegará ao mesmo lugar.

Como já mencionado no capítulo anterior sob a forma de composição dos dados em folha de antecedentes e certidão de distribuição criminal, no estado de São Paulo, um ponto importante de reflexão diz respeito ao acesso aos dados dos antecedentes criminais por particulares, pois em que pese possa ser considerado o acesso em nome da defesa social, há uma questão de fundo com resposta espinhosa. Como seria possível a convivência harmônica em sociedade entre pessoas nunca condenadas e pessoas condenadas após a publicização de sua prisão pela mídia ou pelo acesso à sua ficha criminal? Dentro deste convívio serão cogitadas possibilidade de reiteração delitiva, haverá séria desconfiança que tornará essa relação complexa e difícil. Qual o limite do acesso por particulares a partir da ponderação entre a defesa social e a efetiva ressocialização promovida pelo sistema de justiça criminal?

A partir do momento em que o Estado assume para si o monopólio do poder punitivo e com isso traz a responsabilidade de reabilitar aquele indivíduo para que seja novamente posto em sociedade após o cumprimento de sua pena, deve proporcionar mecanismos para sua efetivação e não apenas conjecturar ideias utópicas na legislação e abandonar a realidade soltando os egressos sem uma base adequada na sociedade. A divulgação de dados contidos no registro criminal, deve ser matéria tratada com cuidado e atenção, pois possuem o poder de gerar cancelamento social, potencializando o efeito estigmatizante e prejudicando um retorno

harmônico e digno no convívio social, entretanto o que se vislumbra é uma desproporcionalidade entre as normas reguladoras do sistema punitivo e normas reguladoras da proteção das informações criminais (SERGIO SOBRINHO, 2009, p. 105-106).

O próprio ato de construir e manter um registro criminal já denota à sociedade que os indivíduos outrora condenados são perigosos e merecem uma marca, um registro de sua periculosidade, entretanto não se pode afirmar diante do registro que aqueles ali elencados serão perigosos para sempre, mas como fazer com que a sociedade não pense assim a partir da existência do registro criminal? Acredita-se que com a utilização correta das informações contidas no registro, ou seja, da moderação do uso delas na aplicação da pena, na utilização dos institutos dos maus antecedentes e da reincidência, seria uma forma do Estado promover a alteração de pensamento, tanto dos magistrados quanto da sociedade, sobre a folha de antecedentes.

O poder estigmatizante que emana do registro criminal não afeta somente a sociedade, mas os magistrados que também acabam por fazer rum pré-julgamento da idoneidade do sujeito que está sendo processado, bem como o próprio sujeito, que por meio da teoria do etiquetamento social, ao ser rotulado eternamente como um criminoso perigoso - pela sociedade, pelo poder judiciário por meio da disposição legislativa - passa a determinar-se como tal promovendo assim um ciclo criminoso.

A base principal para essas afirmações se dá com a aferição dos dados estatísticos relativos à taxa de reincidência apreciados anteriormente, por óbvio que não é possível inferir aos índices de reincidência a única e exclusiva responsabilidade pela utilização dos maus antecedentes e da reincidência e seus efeitos cascata na sociedade, pois a pesquisa demonstrada não analisa esse ponto em específico, entretanto não se pode ignorar tal fato. A responsabilidade pela reiteração delitiva advém de quatro vertentes, do trauma vivido pelo sujeito dentro do sistema prisional, o estigma social que o egresso carrega, o estigma gerado pela própria disposição legal a partir do uso de institutos majorantes de pena com uso de informações sobre sua vida pregressa, e por toda influência que esses fatores geram na psiquê e autodeterminação do sujeito.

No tocante ao acesso por particulares e pela administração à ficha criminal são necessárias ponderações elencadas em normativa geral, não com definições distintas por cada estado do país. O acesso apenas deveria ser concedido a partir de previsões expressas na legislação penal, como exemplo pode-se citar a autorização prévia do interessado, por determinação judicial fundamentada, por terceiros desde que motivada por justa causa levada a

critério do magistrado a partir daquelas elencadas na legislação, incluindo neste rol a conceção de dados para elaboração de pesquisas científicas, para que então possa-se humanizar e efetivamente controlar a influência do registro em sociedade. A pesquisa não é ingênua ao ponto de acreditar que essa seria a única solução par ao problema, mas é um começo ao menos para o problema social do acesso às informações; o caminho é árduo, mas a limitação do acesso às certidões expedidas sobre os registros criminais desestimula a busca privada pela informação pela simples curiosidade ou rivalidade, possibilitando maior compatibilidade com a reintegração social (COSTA, 1985, p. 267-270).

Importante salientar que a legislação penal e as teorias da pena se preocupam em afirmar a finalidade ressocializadora da pena com sistemas de progressão de regime, saídas temporárias, trabalho e estudo durante o período de cumprimento de pena com benefício de remição. Entretanto referida preocupação não deve se encerrar com a saída do indivíduo do sistema prisional, ademais, deve haver uma preocupação no tocante à sua reintegração social quando ele retorna ao banco dos réus, analisando os impactos e reflexos da atuação estatal neste momento. A existência de um arquivo de dados criminais não deve ser utilizada como barreira para concessão da reintegração ao convívio social, até mesmo por clara observância do repúdio à discriminação feita pela Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV. Diante do que foi exposto é possível até mesmo questionar se realmente o sistema penal brasileiro abandonou a ideia medieval de retribuição e vingança das penas, e tão somente tentou maquiar sua real intenção com frases de efeito, como as ideologias “re”, e uma Lei de Execuções Penais fantasiosa.

Após uma análise pormenorizada sobre sistema penal excludente, os limites da sanção penal e a explicação técnica legislativa sobre a reincidência e os maus antecedentes, compete ao último capítulo amarrar todos os debates trazidos anteriormente para construir a tese de que há, em nosso ordenamento jurídico brasileiro - mais precisamente na forma como a pena é aplicada – a execução por parte do Estado de um etiquetamento social excludente e seletivo altamente prejudicial não apenas aos que cometeram um delito, mas para toda sociedade como um todo passível de fomentar a existência de um ciclo criminoso.

4.1 O descaso legislativo e consequências judiciais

Aa pesquisa já abordou conceitos técnicos e críticos sobre a temática dos maus antecedentes e da reincidência, agora permeará a influência legislativa e as consequências

judiciais que implicarão em um etiquetamento social legalizado diante da ausência de uma estabilidade sobre a dimensão de aplicação e utilização dos maus antecedentes e da reincidência, mesmo que essa última possua um período depurador, será analisada de forma crítica as consequências judiciais prejudiciais e desproporcionais de aplicação dos institutos.

Foi visto que a Dogmática Penal, compreendida como instância interna do sistema penal, acaba por corroborar com ideias oriundas das meta-regras contidas no *second code*, o que a leva a reproduzir o seu discurso, em sua maioria negativo, sobre os institutos dos maus antecedentes e da reincidência criminal, tornando-se assim, mecanismo útil à promoção da seletividade, própria do processo de criminalização. Entretanto, não parece plausível que os antecedentes e a reincidência influenciem na formação de juízo de valor por parte dos operadores do direito, tampouco nas decisões dos magistrados e dos jurados presentes em júri, mas a partir das regras do *second code* e da abrangência da conceituação dos antecedentes criminais tem-se que esses e a reincidência exercem intensa influência na atuação dos diversos agentes do sistema penal, direcionando a decisão. Influência essa que pode ser aferida nas decisões de prisão cautelar, sentenças condenatórias, na análise de provas sobre o dolo do agente, bem como na análise de sua culpabilidade, tudo porque a forma como o indivíduo é visto se altera perante seu registro criminal, tornando-o o inimigo a ser “destruído” pela força do sistema penal (BISSOLI FILHO, 1998, p. 109).

Conforme já afirmado anteriormente, não existe no ordenamento jurídico vigente um limite máximo de duração para que uma condenação conste em Certidão de Antecedentes Criminais, evento este que fomenta excessiva discussão na doutrina e jurisprudência. O Código Penal apenas determina em seu artigo 64, inciso I que não prevalecerá, para efeitos de reincidência, condenação cuja pena fora extinta há mais de 5 anos, mas não menciona um período depurador para os maus antecedentes. Tendo em vista a omissão do legislador infraconstitucional em determinar um limite para sua aplicação, torna-se nítida a necessidade de uma definição jurisprudencial que delimite a questão. Deste modo, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça determinaram seus posicionamentos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no tocante a utilização dos maus antecedentes compreendia que deveria ser utilizado o período depurador da reincidência também para eles, como forma de se evitar o caráter perpétuo da pena. Esclarecia que a aplicação do sistema da temporariedade não encontra respaldo jurídico-normativo expreso, entretanto, deve ser baseada em uma interpretação jurisprudencial constitucional que se intitula guardião da humanização das penas, uma vez que a reprovação de uma conduta específica, não deve tomar

como base, para fins de condenação, todos os aspectos da vida do indivíduo, que jamais se livraria do estigma.

É o pensamento que se infere diante do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 119.200/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, em 11/02/2014, afirmando que “[...] o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes” (BRASIL, 2014, p. 1). Ponderação baseada no mesmo entendimento anterior da Corte no Habeas Corpus (HC) nº 110.191/RJ de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/04/2013, que esclareceu “[...] decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade” (BRASIL, 2013, p. 1).

A base dos julgamentos mencionados permeia a ideia implícita do legislador, pois mesmo que não haja a fixação de um limite temporal para utilização dos maus antecedentes, há para a reincidência, que deve ser utilizada por analogia, bem como entendem que a Constituição Federal vedou expressamente as penas de caráter perpétuo, o que implicaria na inconstitucionalidade da utilização eterna dos maus antecedentes.

Porém, diante das divergências nos tribunais inferiores e do reconhecimento da relevância do tema não somente às partes envolvidas no processo, o STF, ao analisar o Recurso Extraordinário (RE) nº 593.818/SC de 2008, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu a repercussão geral do tema em 26/02/2009, sendo julgado apenas em 18/08/2020, momento em que a Corte consolidou pensamento diverso do anterior, nos seguintes termos:

EMENTA: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida progressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: *Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.* (BRASIL, 2020, p. 2)

A partir de referido julgamento a Corte passou a adotar o entendimento de não ser cabível a aplicação analógica com base no princípio da razoabilidade do período depurador da reincidência para o afastamento de condenações anteriores passíveis de configurarem maus antecedentes, respeitando a decisão legislativa em não se manifestar sobre o tema. É o que se infere de julgados recentes da corte: HC nº 220.901/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 14/10/2022 e HC nº 196.740/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio DJe de 25/03/21. Entretanto, estaria tal posicionamento em conformidade constitucional? A pesquisa abordará tal temática mais adiante.

Diferentemente do STF que passou pelo processo de alteração no seu entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinha entendendo que a omissão legislativa sobre o *quantum* máximo de utilização dos maus antecedentes era a real intenção do legislador, ou seja, não estipular um período depurador para aplicação dos maus antecedentes. No julgamento do Habeas Corpus (HC) nº353.014/SP de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 02/05/2017, o STJ consagrou o sistema da perpetuidade como norteador para aplicação dos maus antecedentes. Afirmou que se o legislador apresentasse interesse na existência de um período depurador para os maus antecedentes, teria estabelecido referido em lei, da mesma forma como foi feito para a reincidência. Neste sentido, trecho do voto do relator:

Ressalta-se, ainda, que, em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal (BRASIL, 2017, p. 7).

O pensamento foi consolidado a partir de precedentes como HC 344.313/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 14/04/2016 e HC 125.252/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 28/04/2016, em que pese tais julgados datarem de 2016 e o pensamento do STF ser de 2014 e 2013, o STJ em decisões monocráticas desde 2006 já seguia a linha de raciocínio a favor da perpetuidade dos maus antecedentes por decorrência lógica da omissão legislativa, como no julgado do Recurso Especial (REsp) nº 821.248, decisão monocrática do Min. Hamilton Carvalhido, publicado em 09/05/2006. Percebe-se que o pensamento anterior do STF era contrário ao entendimento trazido pelo STJ, havendo divergência entre as cortes, porém apenas em 2020 o pensamento foi unificado.

O direito não é uma ciência exata, assim sendo, não há uma resposta única para uma pergunta feita a ele. Seria a utilização perpétua dos maus antecedentes um meio eficaz desestimular a reincidência delitiva? Não é possível afirmar com total certeza que sim, pois há a necessidade de análise do contexto da criminalidade de forma mais ampla, como feito pela presente pesquisa, para se chegar ao ponto de que é a aplicação indiscriminada dos maus antecedentes para majorar a pena de um indivíduo porquanto ache necessário é mecanismo estigmatizante e excludente feito pela própria legislação penal.

A perpetuidade dos maus antecedentes apenas agrava a situação do sujeito e acaba por ignorar as garantias constitucionais de limitação das penas acabando por não impedir que o réu volte a delinquir, mas podendo exercer efeito contrário, segundo a teoria do *labeling approach*, estimulando a prática de novos crimes ao lembrá-lo de seu passado e impedir que a sociedade também esqueça de sua vida pregressa. Sob a égide das discussões judiciais sobre o tema a doutrina também se manifestou a respeito os critérios da temporariedade e da perpetuidade dos maus antecedentes, a fim de se confrontar as propostas das Cortes, faz-se necessário sopesar as ideias também pelos estudiosos do direito.

Os doutrinadores que defendem esse sistema o fundamentam na ilogicidade da perpetuação dos maus antecedentes quando nem mais a reincidência, instituto de maior significância no tocante a fixação da pena e regime de cumprimento da mesma, pode ser considerada. Neste sentido, imperioso se faz a delimitação de um prazo de escoamento dos efeitos da condenação para fins de maus antecedentes de igual modo ao que se utiliza para os efeitos da reincidência. Segundo Nivaldo Brunoni:

Diferentemente da reincidência, no entanto, os maus antecedentes são cunhados ainda pela característica da perpetuidade, pois para eles inexistente limitação temporal para que sejam considerados pelo magistrado. Assim, aderimos ao setor da doutrina que, sem negar que a Carta Magna não recepcionou os maus antecedentes como fator de aumento de pena (art. 59 do CP), pugna de forma imediata a relativização do instituto para fixar a sua temporalidade nos moldes da reincidência, por meio do recurso da *analogia in bonam partem*. O estigma da condenação criminal não pode ser perene; a perpetuidade é contrária ao princípio da dignidade da pessoa e da humanidade das penas. (2007, n.p).

Concordando com a tese da temporariedade dos maus antecedentes os autores José Antonio Paganella Boschi (2004, p. 205), Salo de Carvalho (2004, p. 52) e Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 112) esclarecem a ausência de sentido de o legislador impor um tempo para utilização da reincidência e ser omissor quanto aos maus antecedentes, de modo que há extrema

necessidade na fixação de um período depurador também para os antecedentes, podendo por hora, ser utilizado o artigo 64, inciso I, do Código Penal por analogia.

Assim, os doutrinadores que adotam esse sistema apoiam-se em princípios constitucionais que vedariam a estigmatização do condenado por um período indefinido no tempo, tendo em vista o texto constitucional vedar a aplicação de penas com caráter perpétuo. Tendo como base que o instituto da reincidência é efeito penal secundário e que a pena é efeito penal primário e que ambos possuem prazo prescricional, inadequado, para esta corrente, que os maus antecedentes possam se perpetuar no tempo para serem utilizados em desfavor do réu por um período infinito.

Os que defendem o sistema da perpetuidade aparece em posição oposta aos que defendem a temporariedade, pois compreendem que os maus antecedentes podem ser considerados para fins de majoração da pena-base a qualquer tempo, até mesmo após o decurso do limite de 5 anos do período depurador da reincidência. A base para essa teoria é justamente a omissão legislativa sobre um prazo prescricional do instituto, compreendendo a impossibilidade de aplicação analógica do período referente à reincidência. Por não ter sido vetado pela constituição, é compreendido como uma permissão excepcional à regra da vedação às penas de caráter perpétuo. Guilherme de Souza Nucci defende que:

Diversamente da reincidência, os maus antecedentes não caducam. Podem ser levados em consideração para a fixação do *quantum* da pena-base a qualquer tempo. O período depurador relativo à reincidência (art. 64, I, CP), de cinco anos, justifica-se porque essa circunstância acarreta vários gravames ao acusado/condenado. Eis o motivo pelo qual há um prazo para caducar. Os antecedentes criminais, para fins penais, só têm um efeito, figurando como circunstância judicial (art. 59, CP), visando a mensurar a pena-base. Por outro lado, comprovada a reincidência, deve o juiz aplicar a agravante (art. 61, I, CP), que pode gerar uma elevação da pena, na segunda fase da fixação da pena, de um sexto ou mais. Quanto aos antecedentes, a sua aplicação depende do critério do julgador, sendo de consideração facultativa. Ademais, os maus antecedentes devem ser avaliados pelo magistrado no caso concreto, justamente para que apresentem alguma conexão com o crime cometido pelo agente. Ilustrando, se o réu apresenta um antecedente antigo de lesão corporal, nem merece ser levado em conta na fixação da pena, caso seja condenado por estelionato. Por outro lado, mesmo passados alguns anos, se o acusado foi anteriormente sentenciado por homicídio e torna a cometer um crime violento contra a pessoa, deve-se levá-lo em consideração (2010, p. 175).

Malgrado a corrente afirme a perpetuidade, o entendimento de Nucci esclarece um ponto importante de análise sobre o tema, a discricionariedade do magistrado durante a ponderação das circunstâncias judiciais, principalmente quanto a análise dos maus antecedentes. Ou seja, o magistrado irá realizar um juízo de valor sobre conexão com o novo crime em julgamento, da necessidade da utilização daquele antecedente e a proporcionalidade

do aumento. Não é uma corrente no todo ruim, mas gera uma insegurança jurídica na utilização do instituto, pois a discricionariedade dos magistrados leva a perspectivas de análises distintas, fazendo com o indivíduo que está sendo julgado se sinta em uma corda bamba diante de seus antecedentes criminais.

Para uma vertente mais radical da teoria, o direito ao esquecimento (respaldado na caducidade da reincidência) é inadequado ao se falar em maus antecedentes, pois a própria legislação definiu que uma condenação transitada em julgado, não sendo reconhecida como reincidência, deverá ser ponderada na fixação da pena-base como maus antecedentes. De acordo com o critério da perpetuidade não se pode confundir reincidência com maus antecedentes. A reincidência é circunstância agravante da pena e será analisada em segunda fase de dosimetria, por outro lado, os maus antecedentes majorarão a pena base em primeira fase de dosimetria, por serem circunstâncias judiciais, não há que se falar em prescrição, tal como é o entendimento da análise da conduta social do agente e sua personalidade, vez que possuem menor potencialidade lesiva ao réu.

A presente pesquisa não compactua com o sistema da perpetuidade, muito embora deva ser respeitado, ainda que se entenda que outras circunstâncias judiciais também podem ser utilizadas de forma favorável perpetuamente, os maus antecedentes nunca servirão para diminuir a pena do réu, e sim para majorá-la, importo um aumento de pena por um crime que já teve a decretação de extinção de sua pena, servindo assim de estigma, apto a perseguir eternamente o sujeito, o que denota confronto direto ao dispositivo constitucional de vedação às penas de caráter perpétuo e à dupla punição pelo mesmo fato. Tendo isso exposto a pesquisa permeará no próximo tópico aspectos relativos à inconstitucionalidade dos institutos dos maus antecedentes e da reincidência.

4.2 Maus antecedentes e reincidência como estigmas sociais

Diante do já dissertado até aqui fica latente a chegada ao estudo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos institutos majorantes da pena. A análise pode ser realizada partindo várias perspectivas principiológicas existentes na Constituição, algumas já anteriormente mencionadas nesta pesquisa. Inicialmente, para compreender a inconstitucionalidade dos maus antecedentes e da reincidência é preciso saber que os Princípios Constitucionais são garantias dadas aos cidadãos para que o Estado, detentor do poder punitivo,

não ultrapasse seus limites ao infligir uma punição a um indivíduo. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal Mínimo e garantista (2013, p. 10).

A partir desse posicionamento observa-se que os Princípios Constitucionais são a base para efetivação de um Estado Democrático de Direito, um Estado em que o indivíduo é respeitado e não expiado como nos tempos medievais. Os Princípios dispostos na Constituição devem orientar o legislador na elaboração de novas leis ou reestruturação das já existentes, constitucionais ou infraconstitucionais, para que não tenham o condão de ferir a integridade individual e garantias mínimas de subsistências. Princípios podem ser explícitos ou implícitos, independentemente da sua forma de exposição são ferramentas de interpretação e coerência para aplicação do direito, pois reforçam o ideal de segurança jurídica, impedindo ou compelindo decisões aleatórias e infundadas, bem como o ideal de segurança social ao protegerem o cidadão ao impor limites ao poder punitivo Estatal (NUCCI, 2010, p.40).

Dito isso, não há como se ter um direito penal justo, íntegro e constitucional se não forem observadas, quando de sua aplicação, as garantias constitucionais. É neste momento que encontra-se o conflito constitucional da utilização dos maus antecedentes e da reincidência. Se as garantias constitucionais incorporadas nos princípios devem ser observadas para aplicação do direito, por qual motivo entendeu correto o legislador em majorar a pena em dois momentos distintos a partir da utilização de condenações anteriormente definidas, ademais, qual o fundamento para o tratamento temporal diferente entre eles? Estes são questionamentos que a pesquisa avaliara neste tópico.

Sabe-se que o único e legítimo ente capaz de exercer a punição para um indivíduo é o Estado, assim tem-se que o direito de punir pode ser entendido como um direito abstrato, pois o Estado o detém mesmo que nenhum fato criminoso seja exercido, fazendo uso dele apenas quando necessário, ou seja, quando um sujeito pratica uma conduta definida, em lei, como crime. Entretanto, no momento em que nasce para o Estado o direito de fato, de poder exercer

seu direito de punição, nasce também um prazo para efetivação desta punição, prazo este que é chamado de Prescrição.

Entende-se por prescrição o meio pelo qual o Estado perde o poder-dever de punir por não ter exercido a pretensão punitiva ou pretensão executória passo um período determinado período de tempo previsto em lei (ESTEFAM, 2017, p.534; GRECO, 2015, p. 803). Ademais, outro motivo que legitima a existência de um prazo prescricional para o exercício do *ius puniendi* estatal, é o caráter estigmatizante da pena não sendo plausível que se perdure os efeitos da pena indefinidamente.

Para compreender melhor o tema é necessário uma análise ponderativa: o que pode ser considerado mais gravoso, o cometimento de um delito hoje, ou a incorrência delitiva cuja pena já fora extinta há mais de 6 anos? Aparentemente a atualidade do crime possui mais relevância do que o crime que já teve sua pena cumprida e extinta. Com base nessa premissa segue o raciocínio; se o legislador entendeu necessário impor um prazo para que o Estado exercesse seu direito de punir sobre um indivíduo que tenha praticado um ilícito penal, fato este que é muito mais gravoso que um antecedente criminal, por qual motivo não fixou um prazo para utilização dos maus antecedentes? Por mais que se aplique a ideia de individualização da pena para distinguir os reincidentes dos primários, não se mostra eficaz a utilização perpétua dos maus antecedentes diante da lógica da prescrição.

A Constituição Federal aplicou a regra da prescritibilidade como direito individual do sujeito que infringiu a lei. Portanto, deve ser considerado um direito público subjetivo de caráter constitucional de todo réu o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Esta conclusão se extrai do simples fato de próprio texto constitucional ter instituído expressamente quais são os casos extravagantes em que não incidirá a prescrição (art. 5º, XLII e XLIV).

Por se tratar de um direito personalíssimo, é vedado ao legislador ampliar as hipóteses de imprescritibilidade, mesmo que por emenda constitucional, haja vista se tratar de cláusula pétrea, conforme preleciona a vedação material explícita ao poder de revisão imposta pelo art. 60, § 4º, IV, da CF. Deste modo, não serão admitidas emendas constitucionais que visem restringir direitos individuais, dentre os quais o direito à prescrição penal. Pode-se concluir, portanto, que a perpetuidade dos maus antecedentes se trata de matéria inconstitucional, pois viola claramente princípios constitucionais da prescritibilidade e da vedação às penas de caráter perpétuo prevista no artigo 5º, XLVII, da CF.

Para além da análise sob a perspectiva da prescrição e da perpetuidade, tanto os maus antecedentes quanto a reincidência podem ser considerados inconstitucionais diante da violação

ao princípio implícito do *ne bis in idem*, ou seja, a vedação da dupla punição pelo mesmo fato, tese anteriormente mencionada. Sobre o tema Fernando Capez esclarece:

Alguns autores sustentam ser duvidosa a constitucionalidade de tal circunstância obrigatória de aumento de pena. Argumenta-se que o princípio do *ne bis in idem*, que se traduz na proibição da dupla valoração fática, tem hoje o seu apoio no princípio constitucional da legalidade, pois não se permite, segundo essa corrente de pensamento, que o fato criminoso que deu origem à primeira condenação possa servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena em relação a um outro fato delitivo. [...] Em que pese tal discussão, o Código Penal, em sua Parte Geral, manteve a reincidência como circunstância agravante (2012, p.478).

Mesmo que se levante o argumento de que para a reincidência há um período depurador de aplicação, conforme artigo 64, inciso I do Código Penal, esse instituto deve ser considerado inconstitucional por ser capaz de agravar a situação penal do réu por uma condenação anterior extinta e/ou já cumprida, seguindo o mesmo raciocínio deve ser também o entendimento da utilização dos maus antecedentes. A imposição de uma nova pena, mesmo que menor, por um fato que já foi penalizado não encontra respaldo constitucional, no cotidiano jurídico é possível visualizar uma baliza entre princípios e a fala de que nenhum direito é absoluto, mas qual o preço a ser pago neste caso? Deve haver ponderação principiológica quando diante da análise da liberdade de um indivíduo e as consequências que o cerceamento dela causam em sua vida? Este é um questionamento complexo que não possui uma resposta única e certa, mas ele serve de mecanismo fomentador para a modificação legislativa que será abordada na apresentação das propostas conclusivas da pesquisa.

Percebe-se que a utilização dos institutos majorantes (circunstância judicial negativa e agravante) como é feita segundo ordenamento jurídico brasileiro não alcança o objetivo pretendido com a aplicação de uma pena, compelir a prática delitiva do próprio indivíduo e também da sociedade, mas acaba por corroborar com um estigma legalizado. A responsabilidade diante da irresponsabilidade estatal em ressocializar e reeducar um sujeito não deve recair sobre o condenado, ao menos não do modo que está posto atualmente na legislação penal.

Ademais, o ciclo da reincidência já mencionado também carrega consigo a responsabilidade não apenas do Estado, mas também da sociedade segundo a teoria do etiquetamento social (*labeling approach*), pois dificulta, ou até mesmo impede, que o egresso consiga se estabelecer em sociedade novamente promovendo a manutenção de uma vida digna por meio de um trabalho digno. A majoração da pena nesse sentido, não deveria ser apenas

considerada ilegítima e inconstitucional, mas analisada de forma a atenuar a pena com base na teoria do etiquetamento social promovido pelo Estado e pela sociedade.

Por fim, a inconstitucionalidade dos institutos também pode ser compreendida a partir da teoria do Direito Penal do Autor, teoria essa que deve ser rechaçada de um ordenamento jurídico dentro de um Estado Democrático de Direito, pois um sujeito não pode ser punido pelo que ele é, mas sim pelo que ele fez (direito penal do fato), sob pena de legitimação da perseguição, da caça aos inimigos e indesejáveis. “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2008, p. 42).

Para Günther Jakobs, “denomina-se ‘Direito’ o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2008, p. 25). Segundo esse pensamento, seria então o Direito Penal a clara expressão da dominação e perseguição dos inimigos, principalmente quando compreendido com normativas que afrontas as delimitações constitucionais de uma pena humana e não degradante. O autor ainda afirma que não são todos que cometem crimes que devem ser compreendidos como inimigos, pois há uma necessidade de divisão entre o delinquente habitual e o que cometeu um desvio pela primeira vez, permanecendo com seu *status* de cidadão (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2008, p. 43). É o pensamento que também corrobora para aplicação da reincidência de dos maus antecedentes, pensamento este que delimita quem é o ser desviante sem levar em consideração a responsabilidade na criação da conduta desviante, compreensão esta que é trazida pela teoria do *labeling approach*.

Não obstante tais constatações, prevalece o entendimento nos Tribunais Estaduais, nos Tribunais Superiores e na doutrina de que a utilização do agravante da reincidência pela prática de novo delito é meio legítimo de demonstrar àquele indivíduo uma intimidação por parte do Estado frente à conduta praticada, ou seja, é mecanismo de reinserção social do condenado, quase que como um castigo de pai para com um filho com cunho educativo e desestimulante da criminalidade. Nesse sentido, da constitucionalidade da utilização da reincidência, o Supremo Tribunal Federal publicou o informativo nº 700:

Considerou-se que a reincidência comporia consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência e que eventual inconstitucionalidade do instituto alcançaria todas as normas acima

declinadas. Asseverou-se que sua aplicação não significaria duplicidade, porquanto não alcançaria delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorrera sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Asseverou-se que o julgador deveria ter parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto. Nesse contexto, a reincidência significaria o cometimento de novo fato antijurídico, além do anterior. Reputou-se razoável o fator de discriminação, considerado o perfil do réu, merecedor de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito da condenação havida, que deveria ter sido tomada como advertência no que tange à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio. Explicou-se que os tipos penais preveriam limites mínimo e máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da reprimenda. A definição da pena adequada levaria em conta particularidades da situação, inclusive se o agente voltara a claudicar. Estaria respaldado, então, o instituto constitucional da individualização da pena, na medida em que se evitaria colocar o reincidente e o agente episódico no mesmo patamar. Frisou-se que a jurisprudência da Corte filiar-se-ia, predominantemente, à corrente doutrinária segundo a qual o instituto encontraria fundamento constitucional, porquanto atenderia ao princípio da individualização da pena. Assinalou-se que não se poderia, a partir da exacerbação do garantismo penal, desmantelar o sistema no ponto consagrador da cabível distinção, ao se tratar os desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição, denotaria razoável política normativa criminal. RE 453000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 4.4.2013.(RE-453000) (2013, n.p).

A pesquisa não concorda com tal abordagem, pois deixa de colocar em debate a própria responsabilidade do Estado na reiteração delitiva, bem como a ineficiência da ressocialização da pena diante da reiteração delitiva. Entretanto, o direito penal está posto e vigente, o que se pode fazer é estudá-lo, questioná-lo sob diversas perspectivas e então propor soluções ou ajustes para seu melhor funcionamento e minimização dos impactos negativos.

4.3 Da inconstitucionalidade da aplicação

Superado o estudo dos institutos dos maus antecedentes e da reincidência a partir da perspectiva legislativa vigente e a sua influência judicial sobre o tema, a pesquisa passará a analisar de forma correlacionada os institutos de majoração da pena com a teoria do etiquetamento social e seus reflexos no convívio em sociedade. Quando a comunidade e a legislação definem quem são os estereótipos puníveis, o inimigo a ser perseguido, há uma tendência de retirar daquele indivíduo a sua personalidade, a sua humanidade, o que enseja na mitigação justificada de direitos.

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização do ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma. (ZAFFARONI, 2011, p. 21).

Os considerados desviantes, pelo cometimento ou não de um crime, possuem um modo de vida que não segue os padrões da classe dominante que se autointitula normal, o padrão a ser seguido. A diferenciação e severidade no tratamento legal à eles é considerada medida legítima do Estado promover a segurança e o controle dos indesejáveis, o que acaba por promover mais exclusão e segregação dentro da comunidade. Nesse sentido, o sujeito que recebe esse tratamento degradante pode começar a sofrer, devido as influências externas (sociais e legais), alterações comportamentais e psíquicas quanto a sua autodeterminação.

O indivíduo estigmatizado, assim, se vê numa arena de argumentos e discussões detalhados referente ao que ele deve pensar de si mesmo, ou seja, à identidade de seu eu. A seus outros problemas, ele deve acrescentar o de ser simultaneamente empurrado em várias direções por profissionais que lhe dizem o que deveria fazer e pensar sobre o que ele é e não é, e tudo isso, pretensamente, em seu próprio benefício (GOFFMAN, 2021, p. 135-136).

Mesmo que digam que o sujeito estigmatizado pertence à comunidade geral, também lhe é afirmado que ele pertence a outro grupo, o grupo dos segregados, excluídos pela conduta criminosa e que, de certo modo, deve permanecer ali. Quando convém ele é trazido para dentro do grupo autodeterminado como normal, cidadão de bem, mas quando não, volta rapidamente ao seu posto original de etiquetado, “seu grupo ‘real’, na verdade, é a categoria que pode servir para o seu descrédito” (GOFFMAN, 2021, p. 124). Assim, após passagem pelo sistema de justiça criminal, o indivíduo perde o seu caráter de pertencimento a sociedade dita normal e passa a englobar também aquele outro grupo, de punidos, sendo esse última sobressalente ao anterior.

O *status* do egresso faz com que ele seja automaticamente reconhecido como marginal, o que por vezes diz respeito a sua geocalização, haja vista estudos sobre a reincidência demonstrarem que a grande parcela da população carcerária pertence à comunidade mais carente e deste modo marginalizadas. Mesmo que o Estado tente demonstrar a partir de suas finalidades da pena que o indivíduo que cumpriu sua sentença está reabilitado e foi reinquirido na sociedade, essa afirmação não se mostra factível no mundo real, a própria população não acredita nessa ideia, e de certo modo o Estado também não, a ideia das teorias “re” não passa de um mantra rotineiro que se presta apenas a ser proclamado ao vento. O próprio Estado não

acredita, pois pune ainda mais severamente aquele que volta ao banco dos réus, o que demonstra o fracasso da pena anteriormente imposta.

O etiquetamento causado pelos antecedentes criminais⁶ visto pela sociedade acaba por assumir função implícita, para além da imposição de um rótulo, definida pela construção de uma barreira social entre o cidadão de bem e o criminoso, funcionando como uma forma de controle social. A integração social é posta em risco, a participação em determinados grupos de uma comunidade se torna restrita, o que apenas reforça a intenção do egresso em esconder seu passado (GOFFMAN, 2021, p. 105). Contudo, tal missão resvala em burocracias dentro do sistema de justiça criminal, como é o caso do pedido de reabilitação criminal, que já sabe-se que funciona apenas para omissão de informações criminais anteriores da sociedade civil e não do poder judiciário, que acaba por ser propagador da informação sigilosa quando utilizada.

A resposta dramatizada e ritualizada à delinquência desencadeia dois tipos de conseqüências, convergentes nos seus efeitos últimos. Em primeiro lugar e no plano dos outros significantes, potência a distância social em relação ao delinqüente, estreitando a sua margem de oportunidades legítimas e induzindo a procura de oportunidades ilegítimas [...]. Em segundo lugar e no que respeita ao delinqüente, provoca a conformação às expectativas estereotipadas da sociedade a auto-representação como delinqüente, e o respectivo *role-engulfment*⁷ que, muitas vezes, será irreversível (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 352-353).

A visão da sociedade dita normal perante os estigmatizados é de inferioridade, periculosidade e de repulsa, ao ponto de tratá-los com termos pejorativos, de propagarem a informação sobre seu passado sob a falsa pretensão de promoção da segurança dos demais, como se houvesse a certeza de que aquele indivíduo irá novamente delinquir. O sujeito passa então a se posicionar de duas formas, tentando se esquivar dos seus antecedentes para ser aceito novamente no corpo social, ou assumindo para si o rótulo que lhe foi imposto e exercendo mecanismos de fuga daquele padrão de normalidade comportando-se de modo combativo e aproximando-se dos outros sujeitos pertencentes ao grupo etiquetado.

Segundo a teoria do *labeling approach*, para Edwin Lemert (1951, p. 57), há uma ordem de interações que culminam na reincidência delitiva, delimitada como desviação primária e secundária. A desviação primária ocorre a partir da utilização de leis mais severas e rigorosas, o que enseja uma crise do nível de tolerância social, ou seja, a população passa a delimitar novas regras, tratamentos mais severos para os que delinquem, elevando a força do

⁶ Antecedentes aqui compreendidos como os institutos da reincidência de dos maus antecedentes conhecidos pela sociedade civil.

⁷ Termo criado pela teoria do *labeling approach* que significa o mergulho do sujeito no rótulo desviante atribuído a ele, é considerado um processo vinculado a formação do caráter criminoso.

etiquetamento social. Em fase de desviação secundário tem-se o sujeito que já praticou um ilícito e foi submetido às regras severas criadas anteriormente, e a partir de então estará sob o julgo não apenas da lei rigorosa, mas do efeito dessa lei na sociedade que passará a etiquetá-lo e segrega-lo com mais intensidade; como resposta a isso o sujeito passa a assumir o *status* criminoso que lhe foi imposto diante das consequências ocasionadas pelo seu etiquetamento.

Percebe-se então que existem dois momentos propulsores do ciclo criminoso, a elaboração de leis com maior rigor que geram a necessidade social de agir mais severamente com o delinquente e a consequência dessa estruturação ao egresso que passa a exteriorizar exatamente aquilo que inculcaram nele. Pode-se, dentro dessa perspectiva de análise, traçar um paralelo entre a teoria do etiquetamento social (*labeling approach*) e os institutos dos maus antecedentes e da reincidência, como meios legais de etiquetamento social e promotores de exclusão de minorias. Referidos institutos majoram a pena do autor em virtude da sua vida pregressa, ou seja, condenação anterior, o que demonstra para a sociedade o grau de severidade de reiteração delitiva pois em dois momentos distintos elas serão analisadas, de modo a promover na sociedade uma maior repulsa ao autor de um delito que já cometeu outro anteriormente, independentemente da natureza do ilícito ou as razões pelas quais cometeu.

Se o próprio Estado, por meio do sistema de justiça criminal, etiqueta o egresso, por qual razão a sociedade não faria o mesmo? O problema desse pensamento é que ele não leva em consideração os erros promovidos pelo Estado durante todo o julgamento e principalmente na execução da pena, bem como exclui as características particulares da vida do sujeito, que podem ter influenciado na sua conduta desviante, como por exemplo preconceitos anteriores, exclusões que não as oriundas do crime, mas da própria segregação de raça, classe social e localização espacial. Já foi abordado pela pesquisa os mecanismos de exclusão dos indesejáveis socialmente, neste ponto ressalta-se a responsabilidade do Estado em promover essa exclusão e fomentar, com isso, a reincidência criminal⁸.

Se o etiquetamento é o processo de criação e classificação de qualidades negativas à indivíduos determinados, é possível afirmar que os maus antecedentes e a reincidência são meio eficazes de etiquetamento promovidos pelo Estado. Além se fomentarem desviação primária, ou seja, mostrarem para sociedade que o sujeito que comete um delito deve ser tratado diferente, também participa do processo de desviação secundária, pois para além da comunidade ter ciência do passado criminoso de um sujeito a partir dos meios de comunicação de massa e do

⁸ O termo reincidência não deve ser compreendido aqui como o instituto penal passível de majoração da pena, a agravante, mas sim como o ato de voltar a delinquir.

acesso aos antecedentes por pesquisa própria, o sujeito não apenas é relembrado do crime pela sociedade, mas pelo próprio Judiciário, quando do seu julgamento e dosimetria da pena o que estimula a sua autoidentificação como criminoso e o seu enquadramento no rótulo de criminoso imposto à sua personalidade, sem esquecer de mencionar o fato do caos instalado no sistema prisional, tendo sua estadia na prisão aumentada por crimes anteriores.

Ademais, a utilização perpétua dos maus antecedentes escancara para sociedade a intenção do Estado em punir ainda mais os egressos. A reincidência possui um prazo de validade, mas, não suficiente poder utilizar as condenações por até 5 anos da sua extinção, o Estado fez com que os processos que não mais configurassem referido instituto passasse a ser analisado como outro, os maus antecedentes e esses possuem validade eterna, pois a lei, como já explanado, não se ateve a limitá-lo. E o que isso revela à população? Uma forte tendencia punitiva seletiva aos que são considerados “dedicados à vida criminosa”. Não se quer aqui excluir a ideia de individualização da pena no tocante aos primários e não primários, mas não se mostra legítima a ponderação das diferenças do modo como é feita pelo legislador com a utilização dos elementos de majoração da pena, ademais, não se mostra constitucional, como será explanado no próximo tópico.

Uma vez estigmatizado, seja pela sociedade, seja pelo Estado, o indivíduo passa a vivenciar desafios diários na sua consolidação em comunidade. A saga pela busca de empregos leva o sujeito à procura de trabalhos informais, por vezes sem registro e direitos trabalhistas a rotina é árdua e as portas não se abrem com tanta facilidade, principalmente se o crime tomou proporções midiáticas, seja nacional ou até mesmo regional, uma vez ciente do seu passado com o sistema penal o convívio não será o mesmo.

Segundo a teoria do *labeling approach* toda essa dinâmica excludente promovida pela legislação e pela sociedade passam a ser uma voz indutora na cabeça do indivíduo, o sujeito não é valorizado no seu trabalho informal, não possui garantias e segurança, isso quando consegue um trabalho, vê-se diante de laços de amizades e familiares rompidos, da necessidade de se sustentar, bem como sustentar sua família, qual alternativa ele teria já que todos o julgam como um eterno criminoso? A sociedade não acredita na ressocialização do sistema, não acredita na mudança de mentalidade, o que apenas fomenta a exclusão, fazendo com que o indivíduo volte a delinquir, já que ele é isso, um criminoso não apenas um sujeito que cometeu um crime, essa qualificação pertence ao seu ser e como tal irá agir. De modo que, “sendo mau, por ter sido definido como tal, o enfeitado sente que cumpriu uma ordem: foi submisso,

conformou-se com a imagem com a qual foi rotulado e a sociedade deve a ele, senão aprovação, ao menos, aceitação” (AMAR, 1982, p. 86).

Não fosse isso, o estudo já mencionado feito pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), representada pelo seu Grupo de Análise e Pesquisas Econômicas (GAPPE), em 14 de novembro de 2022, não demonstraria uma taxa crescente de reincidência com o passar do tempo. Os egressos tentam se estabelecer em sociedade após a saída do sistema prisional, mas por uma falha de políticas públicas inclusivas, como por exemplo parceria público privada de fomento ao trabalho, os indivíduos desistem de tentar ir contra ao rótulo que lhes foi imposto, e diante de todas as adversidades acabam por retornar ao crime.

Claro que não se pode ser ingênuo ao ponto de pensar que todos os casos dizem respeito a reiteração delitiva por falta de oportunidades e etiquetamento nos moldes da teoria do *labeling approach*, não existem pesquisas precisas para tal afirmação, mas é possível ignorar o fato de que a teoria também se encaixa nos padrões de reincidência a partir dos estudos estatísticos já realizados. Além disso, existem aqueles que não se autodefinem a partir do rótulo que lhe foi imposto e não voltam a delinquir em decorrência disso, pode haver uma negação ao rótulo, mas também o pertencimento a outro grupo a partir do etiquetamento, ao grupo dos desviantes que pode facilitar o caminho no crime. A autodeterminação é uma questão interna e subjetiva que pode ou não condicionar sua atividade criminosa, mas que merece espaço para análise, como feita pela presente pesquisa.

4.4 Moderações dos efeitos da reincidência e maus antecedentes

O início do século XX, no Brasil, foi marcado por movimentos liberais, entretanto, ao final da década foi possível constatar movimentos de expansão e enrijecimento da norma penal, conforme ocorria nos Estados Unidos, o denominado “movimento de lei e ordem”, bem como na Europa. É nesse contexto que começa a surgir a ideia de direito penal do inimigo (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2008, p. 55-56; ROSA; KHALED JR., 2020, p. 21).

A explicação para a expansão do direito penal pode ser compreendida a partir do surgimento de novos interesses a serem tutelados. A sociedade evolui e o que deve ou não ser protegido pelo direito também, porém esse processo de criminalização deve ser realizado com cautela haja vista a potencialidade lesiva do direito penal. Já foi explanado que a criminalização é um processo de dominação exercido pelos detentores do poder, o recrudescimento da norma

afeta apenas os subalternos, os excluídos, ou seja, aqueles que foram definidos como inimigos. Ademais, o processo de definição do desviante também se utiliza da estratégia de propagação do medo e temor social, a insegurança sentida a partir do sistema vigente faz com que se torne necessária e legítima a imposição de normas mais severas. No entendimento de Jesús-María Silva Sanchez:

[...] nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da 'insegurança sentida' (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma extremamente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os 'novos riscos' – tecnológicos e não-tecnológicos – existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança. (2002, p. 33)

A mídia utilizando-se de discursos emotivos, sensacionalistas e sem respaldo científico, propaga a sensação de insegurança, medo e a própria cultura do pânico que fomenta o discurso da necessidade de defesa social, alimentando o imaginário social na definição do estereótipo de criminoso e serve de estímulo à movimentos de expansão do direito penal (ROSA; KHALED JR., 2020, p. 21). A materialização do direito penal do inimigo se encontra no adiantamento da punibilidade, em penas desproporcionalmente altas e garantias processuais relativizadas ou suprimidas; é a partir do terceiro efeito que pode-se encontrar o estudo paralelo a aplicação dos maus antecedentes e da reincidência, pois as garantias constitucionais acabam por ser relativizadas em prol do objetivo maior, a condenação (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2008 p. 67).

Referido movimento passa por algumas etapas e consequências que o tornam cíclico, observe: a sociedade é incitada a odiar e desprezar o desviante ou aquele que age fora dos padrões determinados de normalidade, sentimento esse que aflora a coisificação do indivíduo, retirando sua personalidade humana; importante mencionar aqui que a sociedade a que se refere são todos os cidadãos, até mesmo aqueles que ocupam cargos de poder como magistrados e legisladores. A partir desse sentimento surge o anseio por leis mais severas, que resvala na ponderação de valores internos e externos por parte dos membros do legislativo, o que pode ensejar na criação de legislações populistas, ou seja, aquelas promulgadas pelo clamor popular. Diante das leis sancionadas os membros do judiciário, também fazem uma ponderação entre as normas, seus valores pessoais e sociais; ao tomarem a decisão no julgamento de um indivíduo determinado, o sujeito no banco dos réus já era esperado, imaginado, pois anteriormente havia

se definido quem seria atingido pela lei penal, tornando mais fácil decidir com base nos preceitos já incutidos em seu ser e respaldados pela legislação mais severa.

Dentro de tais parâmetros, não surpreende que prospere em grande parte dos juízes um imaginário de magistrado como agente de segurança pública, como se fossem xerifes convocados para fazer parte de táticas de combate à criminalidade. Afinal, o controle social faz parte do arsenal de competências do Judiciário? Se a definição de lugares e atribuições deve ser extraída da Constituição, certamente que não (ROSA, KHALED JR., 2020, p. 22)

Afinal, de quem é a responsabilidade por todo esse sistema seletivo que em vez de procurar meios de solucionar o problema apenas fomentam a seletividade? O déficit de efetividade da Constituição é visível quando estudado no aspecto ressocializador da pena e na própria legislação sobre a formulação e aplicação da pena. Já foi mencionado o posicionamento das cortes superiores no tocante a constitucionalidade da utilização da reincidência e dos maus antecedentes e percebe-se que a discussão maior gira entorno da ponderação entre um sujeito merecer mais punição por ter um passado criminoso e observar direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas. Quem vence a batalha, ainda hoje, é o sentimento de vingança e necessidade de uma pena mais severa sob justificativa de coibição à prática delitiva, posicionamento esse que deixa a beira do abismo a ineficiência contida no próprio sistema punitivo.

Por certo que não é correto atribuir a função legislativa ao judiciário, afinal, ele apenas está aplicando a norma como esta posta na legislação, mas o quanto disso revela seu sentimento intrínseco em concordância com a teoria do direito penal do autor, do inimigo contida na norma? Sim, ao judiciário cabe tão somente julgar, mas por vezes a sociedade se depara com decisões sobre interpretações e hermenêuticas jurídicas para justificar seu pensamento sobre um determinado assunto, por qual motivo isso não acontece quando o assunto são os antecedentes criminais de um indivíduo? Não há como ignorar o fato de que todos os sujeitos são influenciados por um pensamento coletivo maior, pensamento este que coaduna com a exclusão e segregação dos indesejáveis, afinal, é mais fácil fechar os olhos para o problema do que tentar solucioná-lo.

[...] não se pode estudar a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (policiais, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia pela ação das instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela

sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instancias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob esse ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes (BARATTA, 2020, p. 86).

Por tal motivo a pesquisa desempenhou esforços em atrelar ao estudo dos maus antecedentes e da reincidência a teoria do etiquetamento social (*labeling approach*) como um meio de visualizar a questão de maneira legislativa-social, balizando não apenas as definições constitucionais dos institutos, mas as consequências fáticas de sua aplicação na reiteração delitiva. Não se pode abandonar a perspectiva de responsabilização estatal ante aos maus antecedentes do indivíduo, afinal é objetivo da imposição de uma pena e sua execução o estímulo ao cumprimento das normas e a promoção de integração social do condenado, conforme se infere da leitura do artigo 1º da Lei de Execuções Penais (LEP).

Embora a LEP demarque visivelmente a finalidade da pena, esta não vem cumprindo a sua função ressocializadora, sendo prova de tal declaração os altos índices de reincidência já estudados anteriormente. O descuido do Estado em preocupar-se com atitudes preventivas relacionadas ao combate às condutas desviantes, a carência na criação e implementação de políticas públicas que atenuem as desigualdades sociais, a marginalização, bem como o fato de não propiciar ao egresso um meio de inclusão social honrada, são alguns dos motivos pelos quais a teoria se torna utópica e fantasiosa, não funcionando na prática.

A realidade encontra mais conformidade com a ideia de que a sanção penal é imposta ao desviante, pelo Estado, por intermédio de uma ação penal, tendo como finalidade a pura e simples retribuição pelo delito praticado, a tentativa de justificar a punição isoladamente com a prevenção de novos delitos não consegue se mostrar factível, pois a reeducação do apenado não ocorre pela pura e simples aplicação de uma pena e segregação em estabelecimento prisional determinado. A ideia de intimidação coletiva e social é o termo maquiado para o etiquetamento social, pois a partir da ciência da condenação de um indivíduo a sociedade passa a tratá-lo de modo diverso, tal como a própria legislação o faz.

Não se mostra possível a ressocialização diante de um sistema prisional superlotado, com ausência de condições dignas de higiene, saúde, educação e trabalho. A precariedade do sistema no qual o sujeito cumpre a pena leva ao questionamento sobre a efetividade da majoração pelo cometimento de outro delito, pois se da primeira vez não deu certo, porque agora daria? O sistema passa a ser utilizado como mecanismo de dominação e manutenção dos indesejáveis saciando o anseio social punitivo-vingativo, sem se preocupar com as consequências e desdobramentos, passando a configurar a própria retroalimentação do sistema.

Nessas condições não é admissível que a responsabilidade da reincidência no crime recaia única e exclusivamente no condenado. Não fosse suficiente a total inaptidão da pena privativa de liberdade promover a sua ressocialização⁹ a reincidência e os maus antecedentes, são empregados como majorantes da pena. No momento em que o Estado deixa de exercer seus deveres como garantidor de direitos individuais a todos os cidadãos, sejam eles apenados ou não, dissemina a marginalização dos considerados desviantes ou potenciais desviantes, estigmatizando-os e etiquetando-os como criminosos, fazendo com que a reabilitação daqueles que passaram pelo sistema penal esteja fadada ao fracasso.

Assim sendo, emerge da pesquisa a necessidade de viabilizar um caminho para ponderação dos efeitos da aplicação dos maus antecedentes e da reincidência como meios legais de etiquetamento social e exclusão de minorias, haja vista o Estado utilizar-se desses institutos para aplicar uma punição mais gravosa ao sujeito em razão de seus antecedentes criminais, deixando de lado o seu papel de garantidor de direitos fundamentais. Quais seriam as possíveis soluções para o problema do etiquetamento social causado pela utilização dos maus antecedentes e da reincidência? Como forma de fechar o ciclo da pesquisa, mas não buscando esgotar seus estudos, tampouco delimitar hipóteses únicas e exclusivas, abordará as soluções encontradas e sugeridas para mudança do sistema de aplicação de pena, corroborando com as reflexões críticas anteriormente levantadas.

Inicialmente, a partir da compreensão de flagrante inconstitucionalidade por configuração de *bis in idem* tem-se que tanto o instituto dos maus antecedentes e da reincidência deveriam ser retirados do Código Penal, entendimento este que é contrário ao posicionamento firmado pelo STF. Se o motivo ensejador da exasperação é a existência de um processo anterior cuja pena já foi cumprida ou está sendo cumprida, o quantum de pena ali majorado configura nova sanção por fato já sentenciado, o que significa dupla punição pelo mesmo fato, ou seja, é uma violação o princípio constitucional, devendo ser retirado do ornamento jurídico vigente.

Entretanto, sabe-se que a proposta cima descrita encontra entraves quando confrontada com o princípio a individualização da pena, haja vista necessidade quase que uníssona de diferenciar o réu primário daquele que já possui condenação anterior. Porém ao se analisar o texto do artigo 59 do Código Penal é possível verificar a existência de outras descrições passíveis de majorar a pena que não a utilização dos maus antecedentes e da reincidência, tal

⁹ Aqui abre-se um parêntese, pois o termo ressocialização deve ser visto com outros olhos, não de modo explícito linguisticamente. Na grande maioria dos casos os indivíduos jamais pertenceram ao grupo social considerado normal aos padrões sociais, mas sim ao grupo marginalizado e segregado, deste modo não é correto falar em ressocialização para um indivíduo que jamais pertenceu ao grupo social que a lei pretende incluí-lo.

como a circunstância judicial da personalidade do agente, ou seja, existem outros meios que avaliação do caráter criminoso do sujeito que não pelo uso dos maus antecedentes e da reincidência, mas sempre ponderando a ideia de um direito penal do autor versus o direito penal do fato, afinal se julga a pessoa ou a sua conduta? Se compreendido que o julgamento deve versar única e exclusivamente sobre o fato, tampouco sua personalidade deve ser avaliada, porém se admitida a aplicação de um direito penal do autor, a utilização, mesmo que inconstitucional, dos institutos se mostraria plausível.

Uma segunda proposição se baseia na proporcionalidade, analogia e na vedação constitucional às penas de caráter perpétuo. Assim, como já definido pela súmula 241 do STJ de que as condenações anteriores não podem configurar ao mesmo tempo reincidência e maus antecedentes, ter-se-ia então que as delimitações temporais de reincidência deveriam também ser aplicadas ao instituto dos maus antecedentes. Deste modo, estar-se-ia diante da aplicação de um período depurador de 5 anos para utilização dos maus antecedentes quando findo o prazo para utilização como reincidência, ensejando assim em um período de utilização de 10 anos para a condenação.

Como terceira proposição, tem-se a unificação da reincidência e dos maus antecedentes como circunstâncias judiciais a serem valoradas negativamente em primeira fase de dosimetria da pena, porém com a incorporação do período depurador existente para reincidência de 5 anos. Tal tese se baseia na ideia de proporcionalidade, razoabilidade e ponderação das intenções e efeitos da reincidência e maus antecedentes, ambos os institutos majoram a pena, em que pese em momentos valorativos distintos, se prestam a aumentar a pena de um indivíduo pela prática delitativa anterior, sendo plausível sua unificação. O momento de aplicação se justifica pela reduzida lesividade, haja vista ser possível reduzir a pena em segunda fase de análise da pena com alguma atenuante, retornando esta em patamar mínimo, o que pode não ocorrer quando a majoração é feita em segunda fase, pois a compensação entre agravantes e atenuantes fica a critério do magistrado seguindo o que preleciona o artigo 67 do Código Penal. Posicionamento este que coaduna a finalidade ressocializadora da pena sem ignorar a individualização da pena.

Tal como o ditado popular de que “uma andorinha só não faz verão”, por óbvio que as proposições trazidas pelas pesquisas não serão, sozinhas, a resposta milagrosa ao problema do etiquetamento social legalizado, mas são o começo de uma nova jornada, a reflexão para um novo ao sistema de dosimetria da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do etiquetamento social (*labeling approach*) trouxe à luz o elemento que propulsiona o funcionamento do sistema de justiça criminal, qual seja, as relações de poder e a sua manutenção, exercidas por meio do tratamento desigual no processo de criminalização, bem como os problemas oriundos da intervenção Estatal na delinquência e reiteração delitiva. Ou seja, por meio da teoria revelou-se a falácia do discurso de necessidade de intervenção jurídico-penal, por sua própria ineficiência no combate à criminalidade e ressocialização do indivíduo.

Referido estudo criminológico proporciona a análise do sistema de justiça criminal sob outra perspectiva, a de sua consequência. A figura típica passa a ser avaliada como uma conduta assim definida em virtude das relações de poder que permitem aos detentores dele definirem seu posicionamento sobre qual conduta deve, ou não, ser considerada um ilícito penal a partir de suas dores e avaliações de bens jurídicos a serem tutelados. A definição do alvo passível de imposição do rótulo de criminoso é selecionada por parcela da comunidade que é representada por membros do legislativo, quase que como uma lógica natural da sociedade, haja vista ser uma reação considerada normal diante do comportamento desviante. De modo que, a própria legislação passou a reproduzir tal posicionamento, o que configura a desviação primária trazida pela teoria, reforçando o sentimento social e acabando por não exercer sua finalidade repressora e ressocializadora da pena, limitando-se a impulsionar a sua reiteração a partir do uso dos mecanismos de majoração, os maus antecedentes e a reincidência.

Diante da pesquisa, a partir da desviação secundária proposta pela teoria, é possível afirmar que a utilização dos aludidos institutos pelo sistema penal possui competência de modificar a autoimagem do indivíduo, pois acabam por afetar as esferas mais particulares do ser, sua própria compreensão e definição, alterando seus valores, crenças e até mesmo sua personalidade. O etiquetamento legalizado se propaga por todos os espaços afetando o corpo social, o que resulta em uma transformação radical na vida dos que a ele foram submetidos. Tal inferência é imperiosa para que se reveja e reestruture o sistema de dosimetria da pena tentando eliminar ou ao menos minimizar os prejuízos causados na vida dos indivíduos.

Não se buscou aqui excluir a responsabilidade social do etiquetamento, mas sim fazer um recorte teórico de análise da responsabilidade Estatal a partir do uso da legislação penal como meio de promover um pensamento evolutivo sobre a finalidade e severidade do uso do direito penal, principalmente no que concerne à dosimetria da pena, como recurso de combate à criminalidade. Um Estado que não se preocupa com as consequências da utilização de suas

normas tanto em sociedade, quanto nos indivíduos sobre os quais ela recai, não cuida do saudável desenvolvimento de uma comunidade, não proporciona condições dignas de promoção da própria subsistência. O cerceamento de direitos, a inobservância de princípios constitucionais para a aplicação mais severa de uma pena, o etiquetamento utilizados em prol de um discurso vazio de tentativa de correção pessoal e social apenas gera, mais tarde, maior incidência e probabilidade de um comportamento considerado desviante, nutrindo um ciclo criminoso.

A exposição de um indivíduo ao sistema de justiça criminal e ao sistema carcerário declarado desumano, a partir da decretação do Estado de Coisas Inconstitucional, já provou os frutos que pode produzir: a criminalização dos excluídos, a institucionalização do sujeito a ele submetido, o sentimento de impunidade social que apenas fomenta o enrijecimento da norma que culmina no etiquetamento daquele que já passou pelo sistema, na propagação do medo do egresso, no constante estado de alerta diante da mídia sensacionalista e do descaso com o sigilo das informações pregressas da pessoa diante do seu impacto social.

Segundo os ensinamentos promovidos pela teoria do *labeling approach*, a intervenção Estatal pode ser considerada, na maioria das vezes, danosa e por isso deve ser evitada, especialmente quando diante de uma sociedade estruturada em bases precárias de políticas públicas inclusivas para os egressos do sistema prisional. Não se mostra plausível a crença de que a intervenção do Estado com a utilização de legislações, que etiquetam e segregam ainda mais um indivíduo, é mecanismo hábil para combater a criminalidade e pôr fim à reincidência e de que tais medidas não ensejarão consequência alguma na conformação de sua identidade.

O que se pretendeu com a pesquisa foi analisar as consequências da legislação sobre os antecedentes do sujeito e desmistificar a ideia de que a sua utilização são meios efetivos de contenção do desvio. Não se buscou aqui trazer propostas mirabolantes e utópicas ao ponto de não cogitarem o mínimo de aplicação, em nada adianta criticar o sistema sem construir uma proposta adequada ou minimamente adequada para sua real modificação. Não existe milagre diante de tantos pontos controvertidos quando o assunto é o sistema penal, mas a pesquisa e o debate, a construção de raciocínios coesos para propositura de reformas estruturais e legislativas podem ser o começo de uma longa jornada de mudanças internas e externas para o sistema, tanto para aqueles que passam por eles, quanto para aqueles que o desacreditam.

A incumbência pretendida pela pesquisa foi a de sair da zona de conforto do mero apontamento de defeitos, partindo para a propositura de possíveis caminhos a serem seguidos por um olhar criminológico do tema, mensurando a danosidade da utilização dos antecedentes

criminais como majorantes da pena, da sua ineficiência, quanto ao caráter ressocializador, e da contradição a partir da análise constitucional, ressaltou assim a necessidade de modificação legislativa sobre o tema. Ao encerrar a pesquisa sobre a possibilidade dos maus antecedentes e da reincidência serem considerados meios legais de etiquetamento social e exclusão de minorias sob a ótica da teoria do *labeling approach*, pode-se chegar a algumas conclusões passíveis de minimizar o efeito estigmatizante da legislação penal, modificando assim paradigmas seguidos por magistrados, profissionais do direito e até mesmo pela sociedade ao depararem-se com a informação de condenações anteriores.

Em que pese a importância e riqueza do tema não ser finalizado com o presente estudo, tampouco esse era o objetivo, a título de consideração final temos que a celeuma da utilização dos maus antecedentes e da reincidência encontra fundamento na responsabilidade Estatal no fomento ao ciclo criminoso a partir da criação de um caráter perpétuo da pena na legislação penal e a consequente estigmatização de classes minoritárias, ademais a utilização de condenações anteriores também podem ser compreendidas como dupla punição pelo mesmo fato.

Confirmando a hipótese, tem-se como possíveis soluções ou ainda amenização do problema, partindo da mais drástica à mais atenuada, concluindo que não há possibilidade constitucional para que o indivíduo seja novamente taxado e punido por um delito definido como maus antecedentes ou reincidência, ter-se-á que ambos os institutos deverão ser retirados do código penal, a fim de observar o princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato e como forma de amenizar o etiquetamento e seletividade penal.

Por outro lado, se entender pela constitucionalidade dos institutos sob a perspectiva do princípio da individualização da pena, a majoração da pena com base pelo uso dos maus antecedentes, deverá ser limitada, ou seja, há necessidade de criação de um dispositivo que determine o prazo de duração da constatação dos maus antecedentes em ficha criminal e sua utilização, tal como é definido o período depurador de cinco anos para constatação da reincidência, gerando uma lógica na aplicação dos maus antecedentes e não meramente um motivo pelo qual o magistrado pode agravar a situação do réu e o rotular como um criminoso contumaz.

Por fim, se concluir que não há como ignorar o fato de a ocorrência de um crime anterior ser analisado em um novo julgamento, tal possibilidade deve ser utilizada não de forma desconexa em dois momentos distintos, maus antecedentes e reincidência, mas com a união dos institutos como circunstâncias judiciais únicas a serem valoradas negativamente na fixação da

pena-base. Para autora essa opção seria a mais adequada neste momento, pois não provocaria tanta estranheza ao judiciário e à população, haja vista a continuidade da consideração do passado delitivo do agente, sendo uma evolução do pensamento jurisprudencial sobre o assunto, porém ressalta-se que este não seria o ponto final do tema, mas o início para a consolidação do entendimento sobre a inconstitucionalidade dos institutos a partir da vedação do *bis in idem*.

Como já mencionado, podem haver outras perspectivas de análise que ensejarão em novas proposituras de soluções ou amenização do problema, mas a presente pesquisa cumpriu seu papel proposto no início, analisar os institutos dos maus antecedentes e da reincidência sob a égide da teoria criminológica do etiquetamento social (*labeling approach*) comprovando sua capacidade estigmatizante e excludente, propondo ao final medidas para sua contenção.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudanças e permanências de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. v.4, n. 14, p. 276-287.
- AMAR, Ayush Morad. **Temas de Criminologia**. São Paulo: Resenha Universitária, 1982. v. II.
- BAIGÚN, David et al. **Estudios sobre Justicia Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 7 ed. 2020.
- BARBOSA, Bibiana Paschoalino; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. A importância da comunicação da prisão em flagrante aos familiares do preso como medida de contenção ao abuso de autoridade. In: **Revista Prisma Jurídico**, v. 21, n. 1, jan./jun. 2022, p. 196-217. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/21828>. Acesso em: 24 de jul. de 2022.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BECKER, Howard Saul. **Outsider**: estudo de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.
- BELING, Ernst Von. **A ação punível e a pena**. Tradução Maia Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007.
- BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme: Edijur, 2002.
- BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 8, n. 30 abril-junho de 2000, p. 51-64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BOURDIEU, Pierre; EAGLETON, Terry. A doxa e a vida cotidiana: uma entrevista. In: ZUZEK, Slavoj (org). **Um mapa da ideologia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 265-278.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, nº1, julho-dezembro de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Atualização Junho de 2017. Org. Marcos Vinícius Moura. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança, Departamento Penitenciário nacional, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 04 de jun. de 2022.

BRASIL. **Reincidência Criminal no Brasil**. Departamento Penitenciário Nacional, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view>. Acesso em 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.716.968/RN. Agravo regimental em recurso especial. Suficiência da prova para condenação. Reexame de prova. Súmula 7/stj. Reincidência. Deficiência das razões recursais. Súmula 284/stf. Agravante: Thiago Borges de Andrade. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 mai. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703337940&dt_publicacao=16/05/2018 . Acesso em 14 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 353.014/SP. Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Exasperação da pena-base. Quantidade e natureza da droga, culpabilidade e maus antecedentes. Condenação alcançada pelo tempo depurador. Fundamentos válidos. Reincidência. Condenação alcançada pelo tempo depurador. Agravante afastada. Bis in idem não verificado. Condenações distintas. Regime prisional. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Modo fechado. Manifesta ilegalidade verificada. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Paciente: Jonas Gomes Heleno. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília 02 mai. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600900700&dt_publicacao=02/05/2017. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 158.580-BA. Tráfico de drogas. Busca pessoal. Ausência de fundada suspeita. Alegação vaga de “atitude suspeita”. Insuficiência. Ilicitude da prova obtida. Trancamento do processo. Recurso provido. Recorrente: Matheus Soares Rocha. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 abr. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910®istro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF. Acesso em 06 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 821.248/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Jardir Medeiros Aquino. Relator Min. Hamilton Carvalho. Decisão Monocrática. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 abr. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=2378646&num_registro=200600345407&data=20060509. Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 241. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 set. 2000. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em 06 jan. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. **Diário de Justiça Eletrônico**. Terceira seção. Brasília, 13 mai. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em: 06 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 636. **Diário de Justiça Eletrônico**. Terceira Seção. Brasília, 27 jun. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+636&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&tp=T>. Acesso em 14 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº593.818/SC. Direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente: Ministério Público do estado de Santa Catarina. Recorrido: Odair José Pinto. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**. Plenário. Brasília, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754448246>. Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº119.200/PR. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações extintas há mais de cinco anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Admissibilidade. Precedente. Writ extinto. Ordem concedida de ofício. Paciente: Pedro Lemes. Impetrante: Defensoria Pública da União.

Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**. Primeira Turma. Brasília, 12 mar. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>. Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110.191/RJ. Habeas Corpus. Paciente: Carlos Eduardo de Vasconcelos Ferreira. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Segunda Turma. Brasília, 06 mai. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741491>. Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 700. **Reincidência e recepção pela CF/88-2**. Plenário, Brasília, 1º a 5º abr. 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo700.htm>. Acesso em 22 jan. 2023.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, dez. 2007. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora. 2008.

CAPEZ, Fernando. Direito penal simplificado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARRARA, Francesco. **Direito criminal**. Parte Geral. V.II. Tradução Ricardo Rodrigo Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2002.

CARMO, Paulo Sérgio do. **Sociologia e Sociedade pós-industrial: Uma introdução**. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2007

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Sorocaba, SP: Editora Minelli, 2006.

CARVALHO, Amilton Buendo de. **Magistratura e direito alternativo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARI, Camila Maria Rosa; GIACÓIA, Gilberto. “A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [s.l.], v. 11, n. 1, p.249-274, 28 jun. 2016. Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369420816>. Acesso em: 29 out. 2022.

CASTRO, Lola Aninyar de. A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. In: **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro: Forense, n. 34, 1982.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 13ª ed. 6ª impressão. São Paulo: Editora Ática, 2006.

COELHO, Thales Cavalcanti. **Livre-arbítrio e culpabilidade**: a responsabilização penal em face das contribuições da neurociência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

COSTA, António Manuel de Almeida. **O registro criminal**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985.

DEL TESO, Ángeles de Palma. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. 2 reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito penal parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

EXCLUIR. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos tribunais. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional”. In: **Revistes científiques de la Universitat de Barcelona**. Crítica penal y poder, núm. 11. Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona: 2016. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783>. Acesso em 29 out. 2022.

FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 12**. Introdução ao narcisismo. Ensaio de metapsicologia e outros textos (1914-1916). Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GARCIA, Luiz M. **Reincidência y punibilidad**: aspectos constitucionales e Dogmatica penal desde la teoria de la pena. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impétus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 3 ed. Niterói: Impétus, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Responsável pelos próprios atos?** O direito penal e o conceito de culpabilidade – uma velha discussão com novos impulsos. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. In: Forschung Frankfurt 4/2005.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIRICHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HORTA, Ricardo Lins. A desalentadora função das punições: revisitando as teorias da pena à luz da psicologia experimental. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Pontifícia universidade Católica do Rio de Janeiro, n.60, p. 265-309, jan/jun 2022. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1346>. Acesso em 06 dez. 2022.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal, parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução: Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: M. Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Traducción para el castellano: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzales y Manoel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

KANT, Emmanuel. **A doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Emmanuel. **A Metafísica dos costumes**. Tradução de Célia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, n. 6, abr.-jun. 1994, p. 117-132.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Por um sistema penal não excludente**: uma releitura constitucional do direito penal. Orientador: Valter Foletto Santin. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Estadual do Norte do Paraná. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Jacarezinho/PR. 2009. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1937-luiz-fernando-kazmierckzak/file>. Acesso em: 04 de jun. de 2022.

KHALED JR., Salah H. **Direito penal e liberdade**: ensaios sobre castigo, culpabilidade e poder punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

KRÜGER, Klaus Jürgen. Neurociência e livre-arbítrio: sobre a vinculação entre a consciência e seus fundamentos neurológicos. Trad. Pablo Rodrigo Alfen. In: **Politische Meinung**, 2004, nº420.

LEMERT, Edwin M. **Social Pathology**: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior. 1. ed. Nova Iorque: Toronto: Londres: McGraw-Hill, 1951.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MARQUES, Fábio Cardoso. Uma reflexão sobre a espetacularização da imprensa. In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (Org.). **Comunicação e sociedade do espetáculo**. São Paulo: Paulus, 2006, p. 33-60.

MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Editora Paulus, 1997.

MELGAÇO, Lucas de Melo. **Securização urbana**: da psicoesfera do medo à tecnoesfera da segurança. Orientadora: Maria Adélia Aparecida de Souza. Tese (Doutorado em Geografia Humana). Universidade de São Paulo. Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo/SP. 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-04022011-105832/pt-br.php>. Acesso em: 26 de jul. de 2022.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general**. Traducción Pedro Dorado Montero. Buenos Aires. IB de F, 2004.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 39, n. 1, p. 49-58, 1986.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006.

NOGUEIRA, Carlos Frederico. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava insegurança** (entrevista). Folha de São Paulo, São Paulo, 31/08/2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>. Acesso em 24 out. 2022.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. Nova Friburgo: Imagem virtual, 2002.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; FERREIRA, Renan Azevedo Leonessa. Um diálogo entre os fins da pena e a justiça restaurativa. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 49, p.64-90, ago. 2022. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/113293>. Acesso em: 24 out. 2022.

PILATI, Rachel Cardoso. Análise crítica do direito penal do inimigo de Günther Jakobs. In: **Revista Jurídica (FURB)**, [S.l.], v. 13, n. 25, p. 23-44, nov. 2009. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1333>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

PINA, Sara. **Media e leis penais**. Coimbra: Almedina, 2009.

PLATÃO. **Diálogos**. Belém: UFPA, 1980.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RENZIKOWSKI, Joachim. Pena e direito penal em Kant: nove teses. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. In: **Revista do Instituto de Ciências Penais**. Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 1-23, 2022. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/114>. Acesso em: 13 set. 2022.

ROMANO, Pedro Machado; SILVA, Braulio Figueiredo Alves. Sujeição ou evidência: a excepcionalidade do flagrante por tráfico de drogas. In: **Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 711-730, set./dez. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/33106>. Acesso em 06 dez. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**. 1755. Disponível em: http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action&co_obra=2284. Acesso em 21 jun. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JR, Salah H. **Indubio pro hell 1**. Profanando o sistema penal. 4. ed. Florianópolis/SC: Emais, 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ROXIN. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Veja, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade, In: **Revista da Es-ma-pe Recife**, v. 5, nº 11, jan./jun. 2000, p. 25-70.

SABINO HÚNIOR. Vicente. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “Garantia”, “Eficiência” e “Funcionalidade”. In: **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana. Organizador: Gamil Föppel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena**. Fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SANTOS, Marino Barbero. La delincuencia juvenil en España: imagen y realidad. In: **Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, v. 6, n. 21-24, p. 417-436.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimentos nº 50/1989 e 30/2013**. Normas de serviço. Ofícios de Justiça. Tomo I. Desembargador Milton Evaristo dos Santos e Desembargador José Renato Nalini. Atualização e Consolidação em 2013. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/ConhecaTJSP/NormasJudiciais/nscgjtomoidje_19-06-2017.pdf. Acesso em 11 jan. 2023.

SÉRGIO SOBRINHO, M. **Registro criminal**. Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob enfoque da eficiência e do garantismo. 2009. 257 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-090016/publico/TEXTOS_FINAL_revisado.pdf. Acesso em 07 jan. 2023.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SILVA, Lucas Soares e. HANSEN, Thiago Freitas. Heranças da “Era da Ciência”: a seletividade penal disfarçada (1870-1938). In: **Argumenta: Revista do programa de mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná**, n. 13 (julho/dezembro). Jacarezinho, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosh, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

STRATENWERTH, Günther: **El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 28 out-dez de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. In: **Revista de Estudos Criminais**. n.º 31, out-dez 2008. Porto Alegre: Notadez, 2008.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Democracia na gestão da segurança pública. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais ano 18, n. 87, p.233-276, nov-dez. 2010.

TANNEMBAUM, Frank. **Crime and the community**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1951.

TASSE, Adel El. **Teoria da Pena**. Curitiba: Juruá, 2003.

TORON, Alberto Zacharias. A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade'. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, do IBCCrim, ano 1 - n. 4, outubro/dezembro - 1993.

VADE MECUM SARAIVA. **Vade Mecum**: Saraiva 2016. 21º ed. São Paulo: Saraiva S.A, 2016.

VÉRAS, Maura Pardini Bucudo. Exclusão social – um problema de 500 anos. In: SAWAIA, Bader (Org.). **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 27-46.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Pau: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructura básica del derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 9 ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires. Ediar, 2006.

ZALUAR, Alba. **Da revolta ao crime S.A.** 2 ed. São Paulo: Moderna, 1996.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). **As artimanhas da exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 19-23.

WILLASCHEK, Markus. **A vontade livre** – um fato da vida prática por que a pesquisa cerebral não pode colocar em questão o livre-arbítrio? Tradução Pablo Rodrigo Alflen. In: Forschung Frankfurt 4/2005.