

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Vítor Bambini Tedde

**A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE  
DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL E DA POLÍTICA CRIMINAL**

São Paulo - SP

2021

Vítor Bambini Tedde

**A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE  
DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL E DA POLÍTICA CRIMINAL**

Projeto de monografia elaborado pelo  
aluno Vítor Bambini Tedde para a conclusão  
do curso de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, sob orientação do  
Prof. Dr. Me. Alexis Augusto Couto de Brito.

São Paulo – SP

2021

Vítor Bambini Tedde

A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE  
DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL E DA POLÍTICA CRIMINAL

Projeto de monografia elaborado pelo  
aluno Vítor Bambini Tedde para a conclusão  
do curso de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, sob orientação do  
Prof. Dr. Me. Alexis Augusto Couto de Brito.

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Me. Alexis Augusto Couto de Brito  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Assinatura: \_\_\_\_\_

Examinador: Ivan Luís Marques

Assinatura: \_\_\_\_\_

Examinadora: Fernanda Rocha Martins

Assinatura: \_\_\_\_\_

Dedico o presente trabalho ao meu pai, Fernando Augusto Nunes Tedde, que me serve de inspiração no ramo profissional, sempre me incentiva a perseguir meus sonhos e me apoia em minhas dúvidas pessoais, acadêmicas e profissionais; e à minha mãe, Paula de Freitas Bambini Tedde, que representa minha guia moral e exemplo de boa-fé e altruísmo, sempre me incentiva a pensar no coletivo e se sacrifica no que for preciso em prol de seus filhos.

## **AGRADECIMENTOS**

À toda minha família e amigos caipiras, que são os maiores responsáveis pela pessoa que sou, por ajudarem na minha construção pessoal e me servirem de inspiração e motivação.

Aos inesquecíveis irmãos, João Vitor Fernandes de Araújo (Barata), Rafael Bussolote Finotti Silva (Geleia), Rafael Jelezoglo Silva (Tucano), Lucas Rosa Dohmen (Sujeira), Nickolas Valentin de Oliveira Risovas (Risoles) e Murilo Zerrenner (Jovelho), que muito me ensinaram pessoal e profissionalmente, que me auxiliaram em todas as dificuldades que passei e comigo vivenciaram os melhores momentos desses cinco anos.

Ao Rugby Direito Mack, por todos os ensinamentos, aventuras e jogos que graças a ele eu vivi, por todas as oportunidades que ele me proporcionou e, principalmente, pela grande família que nele eu tive durante toda a minha estadia em São Paulo.

À Graziella Duarte Najm e à Maria Beatriz Fidalgo Velloso, grandes amigas que pretendo levar por toda a vida, por todas as vivências, ensinamentos e ajudas que se deram ao longo do curso. Aos amigos que me acompanharam durante os cinco anos de faculdade, Enzo Toyoda Coppola, Lucas Gabriel Lanna Pareja (Bin Oráculo) e Pedro Tannus Barcellos, por tudo o que vivemos juntos.

Aos professores Ana Flávia Messa, Andrea Boari Caraciola, Bruno Cesar Lorencini, Eduardo Stevanato, Fábio Ramazzini Bechara, Guilherme Madeira Dezem, Hamid Charaf Bdine Júnior, Humberto Barriounuevo Fabretti, José de Resende Junior, Luiz Guilherme Pennacchi Dellore, Marco Polo Levorin, Maria Patricia Vanzolini Figueiredo, Renata Domingues Balbino Munhoz Soares, Roberto Maia Filho, Rodrigo Arnoni Scalquette, Silvio Luiz de Almeida e Patrícia Vanzolini, por fomentarem discussões e reflexões que contribuíram no meu desenvolvimento crítico em relação à ciência jurídica, por servirem como exemplos de profissionais éticos, por ensinarem o Direito e seus valores com tanto empenho, amor e maestria e por me fazerem acreditar que é possível melhorar o Brasil através do Direito.

À minha namorada Marina e à minha cunhada Cláudia, por todas as reflexões sobre o tema do presente trabalho e pelo material que foi essencial à sua realização.

Ao meu orientador, Alexis Augusto Couto de Brito, por todos os esforços empenhados no auxílio da construção do presente trabalho.

"A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu,  
mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre  
aquilo que todo mundo vê" (Arthur Schopenhauer)

## RESUMO

TEDDE, Vítor Bambini. **A seletividade do Direito Penal Brasileiro e a necessidade de reforma do Código Penal e da Política Criminal.** 2021. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

O presente trabalho visa evidenciar a imperativa necessidade de que sejam realizadas alterações no Código Penal, de modo a torná-lo compatível à realidade brasileira, e que seja reformulado o viés da política criminal adotada no plano nacional, ambos, de forma a combater o caminho natural que o Direito Penal toma acerca da seletividade. Para elucidar tais necessidades, é feita exposição do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária e de outros dados do Sistema Penal brasileiro. São desenvolvidas sucinta e claramente as teorias e os conceitos mais essenciais à fundamentação de tudo o que se aduz. Por fim, são feitas críticas às falhas, do Código Penal e da Política Criminal, que merecem reforma e sugestões de como elas podem ser corrigidas.

**Palavras-chave:** Seletividade Penal. Teoria do Bem Jurídico. Funções da Pena. Teoria do Etiquetamento Social. Teoria da Associação Diferencial. Culpabilidade. Vulnerabilidade. Código Penal. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

## **ABSTRACT**

TEDDE, Vítor Bambini. **The selectivity of the Brazilian Criminal Law and the need to reform the Penal Code and Criminal Policy.** 2021. 78 f. Monograph (Law Graduation) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

The current work aims to highlight the imperative necessity of changes in the Penal Code, by making it compatible with the Brazilian reality, and to reformulate the bias of the criminal policy adopted at the national level, both to combat the path Criminal Law takes on selectivity. To elucidate these needs, the National Plan for Criminal and Penitentiary Policy and other data from the Brazilian Penal System are presented. The theories and concepts most essential to the foundation of everything adduced are developed succinctly and clearly. Finally, criticisms are made of the flaws, the Penal Code and the Criminal Policy, which deserve reform and suggestions on how they can be corrected.

**Keywords:** Penal Selectivity. Legal Good Theory. Penalty Functions. Labeling Approach Theory. Differential Association Theory. Guilt. Vulnerability. Penal Code. National Criminal and Penitentiary Policy Plan.



## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	100
2	<b>CONCEITOS DOGMÁTICOS APLICADOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	12
2.1	TEORIA DO BEM JURÍDICO .....	112
2.2	TEORIAS DOS FINS DA PENA .....	14
2.2.1	<b>Teorias Absolutas ou Retributivas</b> .....	1515
2.2.2	<b>Teorias Relativas ou Preventivas</b> .....	1616
2.2.2.1	Teoria da Prevenção Especial.....	1717
2.2.2.2	Teoria da Prevenção Geral .....	1818
2.2.2.3	Teoria Mista ou Conciliatória .....	1818
2.3	SISTEMA DE PENAS BRASILEIRO .....	1919
2.4	SISTEMÁTICA PENAL NO BRASIL.....	200
2.5	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	2222
2.5.1	<b>Proporcionalidade na Constituição Federal</b> .....	23
2.5.2	<b>Princípio da proporcionalidade relacionado à razoabilidade</b> .....	2323
2.5.3	<b>Proporcionalidade no Direito Penal</b> .....	2525
2.5.4	<b>A pena privativa de liberdade relacionada à proporcionalidade</b> ...	2626
2.6	CULPABILIDADE E VULNERABILIDADE.....	2828
2.7	TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL.....	3232
2.8	TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL.....	3535
3	<b>CONSIDERAÇÕES E CRÍTICAS ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA: A POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA NACIONAL</b> .....	3939
3.1	PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (2020 - 2023) .....	39
39		
3.1.1	<b>Diretrizes, estratégias e ações anteriores ao crime: prevenção</b> ...	4242
3.1.2	<b>Diretrizes e medidas logo após o crime e investigação eficiente nos inquéritos: repressão</b> .....	4646
3.1.3	<b>Diretrizes e medidas em relação ao processamento e julgamento: processos</b> .....	4848
3.1.4	<b>Diretrizes e medidas em relação ao cumprimento da pena, medidas e prisão: execução</b> .....	5050
3.1.5	<b>Diretrizes e medidas em relação ao egresso: reintegração</b> .....	5252
3.2	A RELAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS ESTUDADOS E O PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E CARCERÁRIA.....	544
3.2.1	<b>Da prevenção, da repressão, da vulnerabilidade, dos estereótipos e outras características pretéritas ao crime</b> .....	55
3.2.2	<b>O tráfico de drogas como instrumento seletivo</b> .....	60
3.2.3	<b>A seletividade da prisonização e sua necessidade de substituição</b> . 63	

4	<b>CONSIDERAÇÕES E CRÍTICAS AO CÓDIGO E AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO</b> .....	66
5	<b>REFLEXÕES CONCLUSIVAS</b> .....	70
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	72

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo e a organização da sociedade civil estão em constante mudança e, na era em que vivemos, podemos constatar que essas mudanças ocorrem exponencialmente. Antigamente, uma inovação poderia ser considerada moderna por anos ou até décadas, mas, hoje, em questão de semanas uma inovação pode tornar-se completamente obsoleta.

Essa diferença advém da globalização e do imenso salto tecnológico que ela possibilitou. Desta forma, no campo social, pode-se afirmar que houve a ressignificação de muitos princípios e costumes e a abrangência de liberdades sociais, bem como o surgimento de novas formas de comunicação, relações de emprego e até mesmo de formas de subordinação hierárquica dentre as classes sociais.

O Direito, conceitualmente, pode ser reconhecido como forma de regular o convívio e as interações sociais, devendo funcionar como elemento de harmonização das relações entre os indivíduos ao oferecer mecanismos de resolução de conflitos ou, quando irresolúveis, de trazer justiça e restaurar o bem jurídico violado, tudo isso através de um conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o Direito Penal, que deve ser utilizado como última forma de resolução e, por força do princípio da legalidade, é restringido ao direito positivado, ou seja, às normas legais em sentido estrito, que servem como única fonte primária dessa vertente do Direito.

Interligando as situações expostas supra, é notável que o Direito Penal, por seu caráter escrito, rígido, outorgado e sintético, não é capaz de acompanhar os avanços sociais e tecnológicos, e de se adequar plenamente às transformações e ao avanço da sociedade, de modo que ele deixa de refletir de forma efetiva os componentes sociais, culturais, costumes e tradições. Isso se dá porque, ao tempo em que a sociedade se transforma em cada dia, por cada acontecimento com relevante valor social, o Direito Penal requer aprofundadas análises e discussões que possibilitem a reforma ou nova redação legislativa que, uma vez pronta, requer a devida aprovação do Poder Legislativo e a sanção do chefe do Poder Executivo para, só então, ser colocada em prática e produzir efeitos no dia a dia do cidadão brasileiro.

Nesse sentido, o que se visa no presente trabalho é evidenciar o quão obsoletos e antiquados alguns pontos do Código Penal Brasileiro de 1940 e o quão contraditórios e inúteis os intuitos do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária são, de forma que não mais representam o reflexo da realidade social brasileira ou sequer correspondem às acuradas descobertas e conclusões evidenciadas por estudos criminológicos mais modernos, e oferecer sugestões que poderiam melhorar significativamente a efetivação da justiça.

## 2 CONCEITOS DOGMÁTICOS APLICADOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Direito Penal figura no ordenamento jurídico pátrio como principal instrumento de controle social e, para que não seja utilizado de forma deturpada, o que na prática acontece, ele deve submeter-se à limites formais descritos o mais precisamente possível. A imposição desses limites serve para que o poder outorgado pelo povo ao Estado não sobreponha o interesse público, seja pelo excesso, pela carência ou ainda pela intersecção de interesses privados e escusos.

Ainda que a prática deturpe o controle social do Direito Penal, pode-se dizer que graças aos princípios originados no Iluminismo, conservados e desenvolvidos desde então, o poder do Estado é restringido, em teoria, por princípios valorativos, leis internacionais de direitos humanos e nacionais de direitos fundamentais, de modo que a segurança e liberdade da população seja garantida, assim como o estado democrático de direito. Destarte, faz-se necessário observar que os limites no âmbito penal possuem uma peculiaridade em relação às demais esferas do direito: os limites devem ser, além de dirigidos à instrução de como o corpo magistral deverá interpretar a lei e executar a pena, materiais e derivar de fontes que respeitem os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que protejam o indivíduo de desigualdades e discriminações. Com isso, a tarefa daquele que interage com o Direito Penal subsistirá na exigência de que seja observado plenamente, mas não absolutamente – uma vez que, em situações determinadas, princípios ou direitos podem colidir e, então, deve haver ponderação valorativa entre eles – o objetivo de impulsionar e praticar suas determinações e efeitos.

Nesse sentido, tendo em vista a importância dos princípios e conceitos dogmáticos do Direito Penal para que sejam evitados abusos e distorções que interfiram negativamente em direitos individuais, serão tratados, no presente título, alguns dos princípios, teorias e conceitos relevantes que devem ser considerados para o entendimento da crítica a que se pretende o trabalho aqui discorrido.

### 2.1 TEORIA DO BEM JURÍDICO

Antes de tudo, para pleno entendimento do que se discorrerá a seguir deve-se entender a definição conceitual de bem jurídico e a origem de sua teoria aplicada

na esfera penal. Assim, são bens jurídicos as condições e os valores necessários à convivência livre e segura dentro de uma sociedade civilizada, de forma que, se não respeitados, torna-se impossível o respeito a todos os direitos civis do cidadão concomitante ao convívio pacífico e harmonioso.

Bem como, deve-se entender que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, mas não de todo e qualquer deles, visto que sua atuação é subsidiária e, portanto, só deve exercer efeitos nos casos em que nenhum outro ramo do Direito possua ações suficientes para defender o bem jurídico ameaçado ou violado, de modo que seja preservada a liberdade e a paz de seu titular (BECHARA, 2009).

Entendidos tais conceitos, deve-se apresentar o jurista alemão precursor da teoria do bem jurídico, Johann Franz Birnbaum que, em sua obra "*Über das Erforderniß einer Rechtsgutverletzung zum Begriff des Verbrechens*", de 1834, deu origem à primeira ideia conceitual de bem jurídico (mesmo sem cunhar o termo), ao definir que o crime consistiria não na identificação do detrimento de um direito subjetivo, mas na violação ou colocação em risco de bens atribuíveis aos homens, sendo este bem um objeto real derivado da natureza ou das necessidades da vida social e pertencente a um indivíduo (DÁLBORA, 2010). Essa ideia teve papel fundamental na substituição do entendimento do conceito material de delito que, até aquele momento, influenciado principalmente por Ludwig Feuerbach, filósofo alemão, era visto como a violação de um direito subjetivo baseado no pensamento do contrato social.

Após pacificado esse conceito de crime, deve-se mencionar Claus Roxin, responsável por atribuir tal conceito como meio de contenção ao *jus puniendi* (direito de punir) do Estado, ao entender que a garantia dos cidadãos à existência pacífica, livre e segura seria a função do Direito Penal quando inexistissem medidas diversas, jurídicas ou sociopolíticas, suficientes a garantir a referida existência, considerando ilegal qualquer excesso ou desvio à essa função (ROXIN, 2006). Não menos importante, também contribuiu ao conceito de bem jurídico hoje conhecido Franz von Liszt, que, em síntese, entendeu que o bem jurídico não configura um bem da ordem jurídica ou do Direito, mas sim um bem individual reconhecido e protegido pelo Direito.

Após finda a Segunda Guerra Mundial, a teoria do bem jurídico adentrou o ordenamento jurídico brasileiro com a intenção principal, já comentada anteriormente, de controlar o poder punitivo do estado. Contudo, apesar da adoção da teoria, se perdeu o conceito material do bem jurídico e, somando-se essa ausência à concepção moderna de tipicidade e aos considerados bens jurídicos supraindividuais, muitos legisladores e juristas entenderam, equivocadamente, pela possibilidade de afastar sua observância do ordenamento pátrio.

Desta forma, conclui-se que toda disposição penal que se entenda meramente paternal, moralista ou baseada em costumes deveria ser removida do ordenamento jurídico penal, visto que não ferem nem ameaçam nenhum bem jurídico de terceiros e, portanto, são inadmissíveis.

## 2.2 TEORIAS DOS FINS DA PENA

Antes de iniciadas exposições e discussões acerca das teorias da pena, faz-se necessário entender alguns elementos que caracterizaram a legitimidade punitiva Estatal. Conforme já discorrido em momentos anteriores, a função primordial do Direito Penal se encontra na tutela de bens jurídicos, mas, consoante ao que preceitua Claus Roxin, para a efetiva concretização dessa tutela, o Estado necessita legitimar esse direito punitivo, o que se dá através da concordância dos cidadãos em se absterem das motivações de praticarem fatos delituosos, o que perfaz a segunda função do Direito Penal (SHECAIRA; JUNIOR, 2002).

Destarte, importante salientar que, atualmente, no Brasil, o *jus puniendi* é detido pelo monopólio exclusivo do Estado, ou seja, este é o único titular legítimo do direito de punir. Tal monopólio fundamenta-se na ideia do contrato social, no qual há a renúncia de parte da liberdade individual de cada cidadão que deseje viver coletivamente em favor do Estado e, em contrapartida, o dever deste último de garantir à população sua segurança, independência e autonomia de vontades.

Os efeitos extraídos do contrato social, além da legitimidade punitiva estatal, encontram-se na impossibilidade do indivíduo particular de obter justiça através de seus próprios meios, sendo que tal prática, inclusive, infere em um tipo penal existente no ordenamento jurídico pátrio.

Em conjunto, o contrato social e as duas funções citadas dão base às formas de prevenção do crime, que serão discutidas neste capítulo. Sintetizando a história do Direito Penal, tem-se três teorias que resumem sua legitimidade, que serão esmiuçadas nos subtítulos que seguem.

### 2.2.1 Teorias absolutas ou retributivas

As teorias absolutas são aquelas que entendem que a pena possui fundamentação moral e se reconhece pela retribuição do mal injusto praticado pelo criminoso à sociedade, ou seja, entendem que a função do Direito Penal é que seja alcançada a justiça e, para isso, deve-se apenas castigar o criminoso. Neste sentido, pode-se concluir que as teorias absolutas se justificam nos fatos passados, punindo-se porque é pecado (*quia peccatum*).

Em complemento, é importante ressaltar que apesar de não ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, seus efeitos são resgatados pela prática penal e na visão do cidadão leigo, que enxerga o Direito Penal como uma máquina de devolução do “mal pelo mal”, de vingança.

Como ponto positivo, há de se destacar que diante de governos autoritários, como no poder absoluto de um monarca, considerar que a pena deve retribuir diretamente o mal causado pelo criminoso funcionaria como uma forma de limitar o monarca, de forma que a sanção teria seu limite de rigor arbitrado equivalente ao crime praticado. (OLIVÉ et al., 2017, p. 196).

Por outro lado, as críticas às teorias absolutas possuíam inúmeros vieses. Primeiramente, por se justificar na moral e em atos de fé, nota-se incompatível à ciência e ao estado laico, que possui espectros e valores diferentes dentre as diferentes culturas existentes na sociedade.

Outrossim, como dito antes, entende-se que a função do Direito Penal não é a realização de justiça de vingança, tanto porque esse conceito é subjetivo, quanto porque não seria uma função tangível e que contraria preceitos constitucionais. O fundamento da punição pela retribuição do mal resta incompatível com o estado democrático de direito e, além disso, não possui qualquer racionalidade acerca de seus efeitos, visto que, se o mal é o que se deseja afastar da sociedade, não há sentido em permitir que o Estado o reproduza.



Por fim, mesmo que inexistentes os argumentos supra, as teorias retributivas seriam irracionais pela mera ineficácia delas na busca pelo convívio pacífico e livre que se pretende através do contrato social, sendo que o mero castigo não ajudará no afastamento do comportamento criminoso futuro e muito menos tratará as motivações que levaram o criminoso punido a delinquir. Isso se dá porque:

O formalismo assentado na ética não leva em consideração o homem como um ser social, em convivência com outros homens: pretende-se alcançar a justiça sem se levar em conta o ser humano real [...] do ponto de vista exclusivamente teórico, pode ser uma boa formulação, mas sua perfeição ideal o faz profundamente injusto quando se aplica na realiza de a seres humanos de carne e osso que, como todos, são por natureza imperfeitos. (OLIVÉ et al., 2017, p. 196).

### 2.2.2 Teorias Relativas ou Preventivas

Em sentido oposto às teorias retributivas, as teorias preventivas consideram que a pena possui utilidade prática, qual seja, a prevenção da reincidência ou da mesma prática por terceiros. Estas teorias tiram enfoque da função exclusiva de buscar-se a Justiça e a realocam na necessidade social. Ainda em contraponto às teorias absolutas, pode-se dizer que as preventivas se justificam em fatos futuros (*ne peccetur* ou “não pecarás”).

O utilitarismo, comum em todas as teorias preventivas, exclui completamente as penas socialmente inúteis e configuram uma condição de qualquer doutrina penal que possua intuito de limitar o poder punitivo do Estado. Em contrapartida, notável a necessidade de, em alguns casos, haver a chamada aflição penal, considerada dentro das teorias preventivas como o ônus necessário para se evitar a perpetuação da conduta delincente e, portanto, males piores (distintos das homenagens à moral, religião ou vingança).

Ainda, cumpre ressaltar que, dentro das teorias preventivas, existem duas versões antagônicas. Uma versão do utilitarismo (corrente minoritária) o atribui natureza autoritária e cúmplice do direito penal máximo (*ex parti principis*) e refere-se à utilidade do Estado como sujeito político autônomo e superior aos sujeitos individuais, tendo como objetivo principal o interesse do Estado ou do “príncipe”, defendidos, por exemplo, por Maquiavel e Carl Schmitt.

Outra versão (corrente majoritária) se baseia no utilitarismo *ex parti populi*, que tem como objetivo a utilidade e bem-estar dos cidadãos. Partindo dessa premissa, há ainda uma subdivisão entre duas concepções: a primeira entende como finalidade que o Direito Penal deve buscar causar o menor sofrimento necessário aplicado à minoria desviante; a segunda, em contrapartida, tem como finalidade a máxima utilidade possível à maioria formada pelos não desviantes.

Ademais, no que diz respeito aos destinatários da prevenção, atribui-se a qualidade especial ou geral, e, no que diz respeito à natureza da imposição da pena, negativa ou positiva, a depender, em ambos os casos, do destinatário da prevenção. Em síntese, pode-se dizer que a teoria da prevenção especial negativa (ou da incapacitação) entende que a pena tem como fim a neutralização do criminoso, já a teoria da prevenção especial positiva (ou da correção) atribui à pena a finalidade de correção do criminoso; a teoria da prevenção geral positiva (ou da integração) confere à pena a função de reforçar que os cidadãos não incidam nas práticas proibidas pelo ordenamento jurídico penal, enquanto a teoria da prevenção geral negativa (ou da intimidação) entende que a pena deve desestimular as práticas proibidas através do exemplo ou da ameaça penal.

#### 2.2.2.1 Teoria da prevenção especial

A prevenção especial, resumidamente, defende que a pena deve atuar de forma a desincentivar a reincidência do criminoso e, para tanto, salienta que a pena deve corrigir e intimidar no que possível, buscando a ressocialização/reeducação do criminoso (positiva); ou neutralizar/eliminar o incorrigível e que não possa ser intimidável, afastando-o da sociedade através da prisão (negativa).

Ambas as finalidades da prevenção especial costumam atuar em conjunto na prática do projeto disciplinar, adotando-se aquele que melhor for adequado de acordo com análise a personalidade do condenado.

Apesar de suas qualidades, a teoria da prevenção especial possui algumas falhas pontuais. De início, resta evidente que, dando à pena um caráter de “tratamento do criminoso”, resta indeterminada nos seus meios e na sua duração, de modo que acabaria coadunando práticas de direito penal máximo diante da ausência de limites. Além disso, o maior problema desta teoria é que a experiência acerca do

cárcere basta para demonstrar a impossibilidade de penas corretivas ou terapêuticas que visem a reeducação do criminoso, sendo que a única reeducação efetiva naquela realidade é para o crime (hoje em dia chamadas de “escolas do crime”) e, portanto, demonstra que a educação e a repressão, através da privação de liberdade, são institutos completamente incompatíveis.

#### 2.2.2.2 Teoria da Prevenção Geral

Tendo como característica identificadora a intimidação pela pena, que objetiva infundir temor e afastar o indivíduo que considere a delinquência como possibilidade futura, necessário diferenciar a acepção negativa e positiva da prevenção geral.

Acerca da primeira, necessária ciência da separação que ela faz entre direito e moral, de modo que esta distingue duas formas de intimidação exercidas à generalidade de cidadãos: uma pelo exemplo condenatório (acreditando-se que os cidadãos deixariam de delinquir por restarem intimidados pela condenação de um dos seus – coação material) e outra pela ameaça existente na lei (tendo como verdadeiro que o crime é motivado pela concupiscência, ou seja, pelo prazer que dele advém, o melhor freio ao impulso criminoso é a certeza de que a pena traria um desprazer superior ao prazer – coação psicológica).

Adentrando a análise da segunda, que busca infundir na consciência coletiva a observância de valores essenciais ao bem-estar comum para promover a fidelidade ao cumprimento normativo penal, é notável seu caráter idealista inovador, de modo que, pela primeira vez, a pena não serviria somente ao delinquente fático e eventual, mas sim ao cidadão comum, que confirmaria sua confiança à norma através de seu respeito à mesma.

#### 2.2.2.3 Teoria Mista ou Conciliatória

Por fim, as teorias mistas são aquelas que conseguiram conciliar os pontos positivos das teorias retributivas e preventivas, dando importância ao mesmo tempo à justiça e à segurança social, atribuindo à pena tanto um caráter retributivo quanto o de expiação do crime, de forma a unir o justo ao útil como justificativa do *jus*

*puniendi* do Estado. Pode-se concluir, portanto, que esta teoria busca retribuir ao condenado o mal por ele praticado (retribuição) sem prejuízo ao desestímulo à prática de novos crimes e, por fim, tenta ressocializar o criminoso para que, depois de cumprida a pena, ele possa voltar a integrar a sociedade harmoniosamente. Por fim, cabe destacar que, teoricamente, a teoria conciliatória da pena é que vigora no Código Penal pátrio.

### 2.3 SISTEMA DE PENAS BRASILEIRO

Como já dito, o Estado possui o monopólio do *jus puniendi* e o exerce através do Direito Penal, sendo este a forma mais grave e lesiva que o Estado possui para intervir com legitimidade na vida dos cidadãos.

Visto que o Estado é o único legitimado a punir, o legislador constitucional decidiu, acertadamente, por limitar esse poder. Isso se deu através, entre outras formas, de dispositivos penais que limitam a aplicação da pena, tendo em vista que, se aplicadas penas sem a ordem e o rigor necessário, o Direito Penal restaria incompatível com estado democrático de direito.

Dentre as proibições à aplicação da pena, vale ressaltar que nem todas constam explicitamente na Carta Magna, sendo algumas entendidas através da compreensão de princípios implícitos. Entre os explícitos, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF) foi responsável por limitar as penas que violassem a condição elementar de que o criminoso condenado não deixa de ser humano e, por isso, mantém todos os direitos individuais que a sentença não interferiu.

Entendido que o que se busca através desse princípio aplicado aos condenados privados de liberdade é evitar o tratamento degradante e desumano que fira sua integridade física, moral e psicológica, é incontestável que a condenação criminal significa, sim, a suspensão e supressão de alguns direitos fundamentais. Portanto, se faz importante compreender que mesmo a suspensão e supressão de direitos fundamentais não torna o criminoso menos humano. A limitação de seus direitos se dá por base no contrato social, apenas a fim de possibilitar o bem-estar dos cidadãos não delinquentes, ponderando-se a forma mais

adequada de, concomitantemente, proteger a harmonia social e garantir a dignidade do criminoso, causando-lhe o menor dano possível.

Além dos limites do artigo 1º, o artigo 5º, XLVII, da Carta Magna traz outras limitações à imposição de penas, determinando a proibição de penas de morte, de caráter perpetuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

## 2.4 SISTEMÁTICA PENAL NO BRASIL

De início, cumpre salientar que a hermenêutica jurídica é a ciência de razão interpretativa da lei, que busca conhecer seu sentido e suas pretensões e, para tanto, utiliza fundamentos pré-estabelecidos, a fim de evitar interpretações arbitrárias e destoantes da pretensão real do legislador. De forma mais específica, a hermenêutica jurídica penal se dá através da chamada dogmática jurídico-penal, que consiste em uma ciência em constante mudança e, por isso, não pode ser considerada em princípios imutáveis. Assim, pode-se dizer que a execução da função interpretativa depende de achar-se os fundamentos apropriados, momentaneamente, à dogmática, que devem servir como critérios na interpretação da lei penal. Nesse sentido, conclui-se que esta dogmática deve dar segurança ao criminoso e à sociedade de que a imposição de uma pena se atenha a critérios científicos, e não à arbitrariedades do intérprete da lei, seja ele ocupante de qualquer cargo do judiciário ou executivo.

Justamente devido à exclusividade do *jus puniendi* e à expressiva repressão que esse poder possibilita a quem o detém (leia-se, o Estado), é que a dogmática penal deve ser encarada com rigor técnico e formal, a fim de impedir interpretações distorcidas, sem fundamentos e que contrariem o fim da própria lei interpretada (OLIVÉ et al., 2017, p. 218).

Acerca da teoria do delito e seu debate no Brasil, sabe-se que seus fundamentos advêm praticamente integralmente do finalismo de Hans Welzel, de modo que se faz necessário esclarecer brevemente algumas questões sobre essa corrente. Welzel determinava dois pontos principais à sua teoria do delito: no conceito de ação, o delito não se subordina ao mundo exterior, mas sim ao comportamento humano ligado à uma finalidade específica, que perfaz as ações

finais; e o conceito de culpabilidade, que se pressupõe na existência do livre-arbítrio, ou seja, a possibilidade da prática de conduta diversa (OLIVÉ et al., 2017, p. 143).

Tomando como premissas esses dois conceitos, Welzel fundamentava que o delito advém da realidade e depende apenas de estruturas lógico-objetivas: ação final e culpabilidade. Com isso, permitiu uma inovação à teoria do delito, com o aparecimento do tipo subjetivo: o dolo perfaz a própria finalidade dirigida à realização dos elementos objetivos do tipo e, se a ação é o exercício da atividade final, este deve conter necessariamente elementos subjetivos. Diferentemente do causalismo neokantiano, que considera no dolo o conhecimento do que se faz e da proibição do que se faz, Welzel separa este dolo em dois: o dolo natural e a consciência da antijuricidade, respectivamente. O dolo natural pode se complementar com elementos subjetivos, e a antijuricidade perfaz um injusto pessoal, que exige a finalidade do autor sobre o desvalor da ação e sobre a causa objetiva da lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado). Quanto à culpabilidade, Welzel a entende como uma reprovação pessoal (OLIVÉ et al., 2017, p. 228-230).

Em síntese, pode-se afirmar que o finalismo:

[...] tentou estruturar toda a teoria do delito em torno de conceito ontologicamente fundamentados, como a ação e o dolo. Contudo, esses conceitos não podem escapar de uma valoração, realizada conforme critérios normativos. Como sustenta Hassemer: "Quais os tipos de comportamentos dolosos devem ser diferenciados, quais devem se distinguir dos não dolosos, quais devem ser sancionados penalmente, todas essas perguntas não podem ser discutidas a partir de um ponto de vista ontológico, mas somente a partir de uma perspectiva deontológica, isto é, são questões que permanecem abertas às expectativas de justiça historicamente variáveis" (OLIVÉ et al., 2017, p. 230).

Finalizados os comentários relativos ao finalismo de Welzel, aprofundando-se na sistemática penal brasileira, deve-se lembrar que a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos de forma subsidiária, ou seja, como *ultima ratio*. Além disso, pode-se dizer que o delito é entendido, majoritariamente, em relação à sua estrutura, como tripartida: ação típica, ilícita e culpável; e que o sistema proporciona (ou ao menos deveria) segurança jurídica, ou seja, é garantista. Assim, a dogmática jurídico-penal, teoricamente, conhece precisamente os dogmas doutrinários, visto a essencialidade de tais dogmas ao bom funcionamento do sistema penal.

Denota-se, também, que o Brasil detém uma Constituição de sistema aberto (que pondera entre regras e princípios, não se limitando à uma racionalidade prática, nem se caracteriza como um sistema falho, como o seria se fosse instituído exclusivamente pelas regras ou pelos princípios, exclusivamente) e, conseqüentemente, o sistema penal também é aberto (em oposição às teorias puramente finalistas ou causalistas, por exemplo), podendo-se afirmar que ele determina a si mesmo mediante às necessidades das políticas criminais, possibilitando uma flexibilização do sistema para adentrar a ciência jurídica que for mais conveniente à solução de cada conflito. Em complemento à flexibilização, tem-se que o direito penal serve como mecanismo seguro de interpretação, que coíbe deturpações dos fins dos dispositivos penais ao mesmo tempo que permite a transformação interpretativa destes, a fim de evitar sua carência ou excesso por inconformidade com a realidade social ou com a pretensão do legislador. Ademais, a sistematização do direito penal em relação a pena se realiza através de etapas valorativas, que devem, cada uma, abordar elementos específicos do delito ao mesmo passo que devem se comunicar com a seguinte. Finalizando, se percebe que o Direito Penal vive em congruência com o Processo Penal, de forma que seria inútil estabelecer soluções no âmbito material que não podem ser concretizadas no processo.

Por fim, cabe observar que as características aqui elencadas, muitas vezes são desrespeitadas na prática, seja por ignorância do representante da instituição penal ou por discordância deste, pois, como já mencionado, existem correntes divergentes.

## 2.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, no Direito Penal, tem o papel de proteger o indivíduo dos excessos imperativos do Estado, de modo que limita sua intervenção somente à medida que for indispensável para a devida tutela dos interesses públicos e do bem jurídico particular. Assim, pode-se dizer que este princípio é essencial à existência e garantia dos direitos fundamentais, sendo a balança que sopesa a sanção penal e a gravidade do delito, a justiça e os direitos do condenado, respectivamente.

### 2.5.1 Proporcionalidade na Constituição Federal

Destarte seu fundamental papel no ordenamento jurídico como um todo, o princípio da proporcionalidade resta implícito na Carta Magna. A primeira menção ao termo se deu pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade de uma lei estadual de 1993 (GOMES, 2003, p. 50) e, mesmo antes disso, sempre esteve subentendida a existência deste princípio, tanto por ser inerente ao Estado Democrático de Direito, quanto porque por ser dedutível através do princípio da dignidade da pessoa humana, que exige a ponderação entre o interesse público ou coletivo e o interesse individual. Com isso, apesar de não o elencar de forma expressa, a Constituição Federal, ao reconhecer o indivíduo como ponto principal sobre o qual a legislação se desenvolve (em especial a legislação penal) e ao determinar a ponderação dos valores e princípios constitucionais expressos, fundamentalmente, ela reconhece também a existência do princípio da proporcionalidade.

### 2.5.2 Princípio da proporcionalidade relacionado à razoabilidade

Na prática jurisprudencial e doutrinária penal, dificilmente se encontra menções à proporcionalidade sem que venha acompanhada da razoabilidade. Isso se dá porque pode-se dizer que são princípios que se interseccionam e se completam na busca pelo equilíbrio do poder Estatal e da preservação dos direitos individuais e, devido a tais características, são conhecidos em conjunto como princípios da proibição do excesso.

Tocante às distinções existentes entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cumpre informar que o primeiro pode ter sua estrutura dividida em três elementos principais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; conforme exposto a seguir.

A adequação consiste na pertinência da medida, entendendo-se que o meio utilizado deve ser adequado para se alcançar a finalidade, ou seja, esse elemento visa coibir a adoção de medidas inúteis ou descabidas, que não trarão o resultado desejado. A necessidade, por sua vez, trata da defesa aos direitos individuais, no



sentido em que exige o menor sacrifício de direitos possível para que a finalidade seja atingida, ou seja, deve-se ponderar, dentre as opções adequadas para se atingir o fim pretendido, qual delas será a menos danosa e esta deverá ser escolhida, de modo que o objetivo da necessidade é vedar excessos e arbitrariedades do representante Estatal. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se ao embate (ou aparente embate) entre direitos fundamentais (de cargas axiológicas distintas ou iguais), e devem ser consideradas as circunstâncias concretas de cada caso para se determinar qual direito deverá prevalecer, pois só diante das condições causuísticas é que se dá legitimidade ao detrimento de um pelo outro. Conclui-se, com isso, que a aplicação do princípio da proporcionalidade exige uma relação de causalidade entre o meio e o fim, de modo que através do primeiro se chega ao segundo (MARTINI, 2007).

Sendo tais elementos exclusivos da proporcionalidade, o que se pode dizer da razoabilidade é que sua estrutura é bem menos objetiva do que a da proporcionalidade, de modo que não há consenso doutrinário de quais seriam os seus elementos caracterizadores. Contudo, existem algumas características que podem ser apropriadas ao conceito deste princípio, sendo comum que a razoabilidade adote algumas acepções: de equidade, congruência e equivalência (LEMISZ, 2010).

No papel de equidade, a razoabilidade toma o sentido de algo que normalmente acontece, sendo, por exemplo, razoável presumir a boa fé nos atos jurídicos praticados no curso de um processo. Nesta acepção, toma-se que este princípio atua como razão determinante para determinar se algum ato ou circunstância deve ser considerada razoável, exigindo, portanto, a harmonização da norma geral com o caso individual. Na acepção de congruência, entende-se que a aplicação da razoabilidade vincule a medida a ser tomada à realidade, impedindo a utilização de razões arbitrárias ou a subversão de institutos jurídicos. Portanto, pode-se dizer que há exigência de relação entre o critério e a medida, ou seja, a diferenciação pode ser feita, mas somente se for em congruência com os valores e princípios do ordenamento pátrio, de modo que haja harmonização das normas com suas condições externas. Já a razoabilidade como equivalência trata de fazer um papel semelhante à proporcionalidade, onde deve-se haver um balanço entre o direito e o que deve ser pago, não podendo ocorrer desproporções, havendo

harmonização entre a norma e sua sanção, de modo que sua relação direta seja entre o critério da medida e a própria medida adotada (AVILA, 2006, p. 137-146).

### 2.5.3 Proporcionalidade no Direito Penal

No âmbito do Direito Penal, a aplicação da proporcionalidade possui algumas funções, como a orientação na elaboração dos tipos penais e a fundamentação do tratamento dos institutos penais em relação às modalidades delitivas. Em ambas as funções o princípio da proporcionalidade cumpre seu papel na medida em que limita o legislador e o intérprete do Direito Penal, ao valorar os critérios que verificam a legitimidade da intervenção Estatal nos direitos individuais.

Pode-se dizer, inclusive, que a proporcionalidade sempre esteve atrelada ao direito penal no perfazimento da justiça em suas diversas concepções, por exemplo, na Lei de Talião, no Código de Hamurabi, na Lei das XII Tábuas e até mesmo na Bíblia Sagrada do cristianismo (FERRAJOLI apud GOMES, 2003, p. 41). Entretanto, o conceito do princípio como se tem hoje, apto a nortear o poder legislativo e o poder judiciário, somente foi desenvolvido pelas obras iluministas europeias e, posteriormente, aprofundados pelas doutrinas de direito administrativo. Charles Montesquieu e Cesare Beccaria foram pioneiros no tema, de forma que estabeleceram a importância de haver proporcionalidade entre os crimes e as penas (MONTESSQUIEU, 1748 apud RABELO, 2009), e conceber o termo "defesa social" como reação ao crime (BECCARIA, 1784 apud RABELO, 2009), respectivamente. Ainda, vale destaque que, nesse mesmo período, foi codificada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em seu artigo 8º, limitou a lei ao estabelecimento das penas estritas e necessárias (RABELO, 2009).

O princípio da proporcionalidade, como já dito anteriormente, deve resguardar a intensidade da medida restritiva de direitos individuais estritamente no que for necessário por absoluto, levando em conta seus três elementos (comentados no subtítulo 2.5.2) e reafirmando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal. No Brasil, como já comentado no subtítulo 2.5.1, tal princípio pode ser deduzido a partir da interpretação dos princípios e valores da Carta Magna. Portanto, devido ao lugar da Constituição na hierarquia legislativa, conclui-se que o princípio da proporcionalidade não somente abrange a esfera penal, como todas as outras e,

além disso, pode-se dizer que sua abrangência ultrapassa as situações de normas que foram positivadas deixando de observá-lo para atingir ou até influenciar o legislador no mero pensamento do ato de legislar (RABELO, 2009).

#### 2.5.4 A pena privativa de liberdade relacionada à proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade manifesta diversos efeitos em todas as esferas jurídicas brasileiras, cada qual com suas particularidades. Tratando especificamente do âmbito do Direito Penal, tem-se o consagrado princípio da liberdade como valor supremo do ordenamento penal, que perfaz uma de suas principais manifestações, cujo objetivo é maximizar a liberdade. Até chegar aos moldes que conhecemos hoje, a privação de liberdade passou por diversos estágios, e aqui serão tratados seus principais: de meio útil para execução da penal real à pena proporcional ao crime, bem como suas perspectivas de mudanças.

A prática da privação de liberdade do criminoso ocorre desde Antiguidade e sua função, distinta da atual, se prolongou até a Idade Média. Nesse sentido, ressalta-se que as penas propriamente ditas eram extremamente bárbaras, cruéis, difamantes e geralmente resultavam na morte do apenado. A privação de liberdade servia apenas como meio para manter a custódia do acusado, momento em que havia a tortura psicológica de se aguardar a – praticamente certa – morte através da tortura física (execução da pena) (BITENCOURT, 2009, p. 22).

Somente séculos a frente, a privação de liberdade passou a ser vista como pena, de modo que as prisões possuíam a função de corrigir os apenados através do trabalho e rigorosa disciplina. Nota-se, não coincidentemente, a influência do capitalismo nesse ponto (que tomava força por volta do século XVII), que valorizava qualquer mão de obra ao invés de destruí-la. No mesmo sentido, as penas cruéis, que lesavam a integridade física do indivíduo perderam força, pois o impediam de servir como peça do sistema industrial capitalista. No século seguinte, XVIII, fora disseminada a máxima de que a prisão privativa de liberdade constituía a pena própria de países civilizados (GOMES, 2003, p. 66).

Finalmente, após o Estado tomar para si o *jus puniendi*, podemos perceber os traços da privação de liberdade como a pena que conhecemos hoje, uma vez que ela deixou de possuir o caráter de vingança e composição pessoal para adentrar aos

critérios de justiça e legalidade, de modo que restou imperativo, nesse ponto, o direito e dever punitivo do estado em conjunto à necessidade da pena ser determinada por um juiz imparcial (JUNIOR, 2008, p. 04).

Atualmente, percebe-se o início de um novo estágio da pena privativa de liberdade, na medida em que as doutrinas discutem profundamente e praticamente entram em consenso no sentido de que esta deve ser substituída pelas penas restritivas de direitos ou pecuniárias, de forma que ela somente seria cabível como *ultima ratio*. Assim, como será discorrido em momento oportuno (vide título 4 deste trabalho), a seletividade das penas privativas de liberdade e sua substituição perfazem os dois maiores empecilhos da política criminal moderna.

Adentrando à esfera da proporcionalidade para relacioná-la com o instituto comentado no presente tópico, vale ressaltar que resta extremamente difícil para a doutrina, e quão mais para a jurisprudência, estabelecer penas proporcionais alternativas às privativas de liberdade, restringindo no menor importe possível a dignidade do condenado. Considerando que "a exigência da proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal" (HASSEMER apud BITENCOURT, 2009, p. 27), tem-se como base do princípio da proporcionalidade que o sistema penal somente será integralmente justo quando as violações conferidas pelas penas forem iguais, ou minimamente inferiores, à soma das violações de qualquer crime.

Tomando a premissa do referido princípio como indispensável à aplicação de qualquer pena, tem-se que ela deve ser sempre adequada, necessária e proporcional à violação do bem jurídico ofendido e às finalidades do Direito Penal, conforme preceitua a parte final do artigo 59 do Código Penal Brasileiro. De mesmo modo, vale dizer que a necessidade deve ser qualitativa e quantitativa, e somente se dá quando não houver alternativa melhor de reprová-lo e prevenir o delito (GRECO, 2008, p. 111). Nesse sentido, vale destacar os dizeres de Cesare Beccaria sobre o que considera penas tirânicas:

Toda pena que não derive da necessidade absoluta, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição essa que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da necessidade absoluta é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas

são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos (BECCARIA, 2019).

Por conseguinte, a adequação da pena se relaciona com sua idoneidade e com suas funções preventivas e repressivas, de modo que, somente presentes tais características, ela será adequada e, conseqüentemente, proporcional. Assim, a restrição do direito através da pena deve ser adequada para atingir a finalidade perseguida, que deve se orientar pelas funções da pena supracitadas. Já a proporcionalidade em sentido estrito da pena se vinculará à sua não excessividade, de modo que, se desvinculada, perfaz uma violência do Estado perante o indivíduo.

Por fim, conclui-se, em síntese, que o princípio da proporcionalidade, principalmente, visa balancear o conflito de direitos fundamentais, diminuindo um somente diante da necessidade para que se garanta o outro; limita a intervenção punitiva Estatal em relação aos direitos individuais, orientando as atividades legislativas e judiciais relacionadas ao direito penal; e limita a liberdade como ferramenta adequada e proporcional somente quando estritamente necessária à proteção de outro bem jurídico.

## 2.6 CULPABILIDADE E VULNERABILIDADE

De início, é importante ressaltar que a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, desenvolvida por Raul Zaffaroni, entende, diferentemente da grande maioria das teorias penais, que a noção de livre-arbítrio dentro da culpabilidade é errônea, visto a inexistência de igualdade acerca da consciência da ilicitude e de condições que garantam a mesma liberdade de escolhas dentre as diferentes classes do corpo social, em especial se comparados os estereotipados com os ocupantes de cargos de poder (tanto poder econômico quanto poder político).

Sobre tais premissas, a teoria da coculpabilidade entende que quando o Estado peca em cumprir seus deveres constitucionais em relação aos mais pobres (falta de acesso à escola, ensino de baixa qualidade, falta de assistência médica, afastamento de oportunidades de emprego pela baixa escolaridade, saneamento básico, combate à criminalidade nas favelas ou qualquer outro dever) restam afetadas a liberdade dos indivíduos, de modo que o Estado acaba por limitar suas escolhas. Com isso, a referida teoria determina que, caso esse indivíduo venha a delinquir e seja condenado, sua culpabilidade e sua pena devem ser atenuadas ou

até dispensados em razão da omissão do Estado ter sido a causa para gerar a inserção deste indivíduo no mundo do crime (ALMEIDA, 2016). Nesse sentido, fica a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "cocalpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de cocalpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a cocalpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66 (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 529).

Contudo, a teoria da cocalpabilidade despreza muitos fatores relevantes para tecer suas considerações, como quando associa a prática criminosa diretamente à pobreza, dando a ideia de um determinismo social radical ou quando atribui ao Estado a culpa integral pela pobreza – visto que isso se aplica somente aos crimes patrimoniais. Assim, o próprio Zaffaroni, em oportunidade futura, se incumbiu de criticar a referida teoria, a considerando insuficiente por invocar o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos e por desconsiderar que abastado ou pobre o indivíduo criminoso, ele sempre terá arbitrariedade em seus atos, entre outras críticas.

Pelos motivos supra e outros não mencionados, a teoria da cocalpabilidade restou praticamente extinta das doutrinas penalistas, contudo, as ideias por ela inseridas no escopo do Direito Penal continuaram latejando nas reflexões dos penalistas latino-americanos e, em especial do próprio Zaffaroni. Deste modo, o senso crítico de desigualdade social deu origem a uma teoria consistente e protegida de considerações generalistas ou deterministas: a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade.

Para que se possa compreender a total dimensão desta teoria, faz-se necessária a compreensão do conceito de criminalização primária e secundária

elaborado por Zaffaroni. A criminalização deve ser entendida como a seleção criminalizante que se realiza nas sociedades que institucionalizam o poder punitivo, selecionando um número de indivíduos que serão submetidos à sua coação a fim de que lhes sejam impostas uma pena. Tal criminalização deve ser dividida em duas etapas: a criminalização primária consiste na elaboração e sanção de tipos penais pelas agências políticas (parlamentos e executivos, legisladores em geral), tais tipos acabarão por incriminar e permitir a punição dos indivíduos que incidirem na conduta do tipo, ou seja, a criminalização primária trata das condutas perseguidas. A criminalização secundária, por sua vez, trata do exercício do poder punitivo em relação a indivíduos determinados, e tal etapa é praticada, no primeiro momento, pelas agências policiais e, posteriormente, pelas agências judiciais (defensores públicos, juízes, etc.) (ZAFFARONI et al., 2011, p. 43).

Apesar de serem complementares e necessariamente conexas, há uma disparidade não mencionada entre elas: a criminalização primária tem um programa de dimensão tão imensa que, na prática, não se pretende exercer a maior parte de suas acepções e muito menos a sua integralidade, até porque seria impossível que a criminalização secundária o fizesse. Sobre isso, muito se fala nos jornais e socialmente acerca da diferença existente entre a quantidade de crimes que chegam ao conhecimento das agências penais e a quantidade de crimes que são devidamente punidos, sendo a primeira cristalinamente superior à segunda. Contudo, a verdade é que tal diferença se torna irrisória se analisada a disparidade existente entre a quantidade de crimes que são de fato praticados e aqueles que chegam ao conhecimento das agências. Isso se dá, segundo Zaffaroni, porque as agências de criminalização secundária (policiais e judiciais) possuem limitada capacidade operacional e, se não possuíssem, viveríamos em um estado de polícia. Assim, é complemento natural que o sistema penal acabe por exercer a referida seleção criminalizante apenas de uma parte ínfima do programa primário, não sendo racional exigir das agências de criminalização secundária uma atuação não seletiva, pois perfaria uma exigência impossível de se cumprir. O que decorre de tais constatações é que, incumbe às agências policiais, principalmente, decidir quem serão os indivíduos criminalizados e, conseqüentemente, as vítimas potenciais protegidas (ZAFFARONI et al., 2011, p. 44).

Importante ressaltar que o que se pretende com tais afirmações não é responsabilizar as agências policiais por toda a seletividade existente no sistema penal, até porque sua seleção não advém de arbitrariedades exclusivas. Tal seleção é condicionada pelas agências de comunicação social, afirmada pelas agências judiciais e também passa pelo crivo da própria sociedade. Ademais, pode-se afirmar que todos esses fatores que influenciam a seleção penal são determinados pela agência da comunicação social, que pode compreender os jornais, apresentadores televisivos, influenciadores digitais, líderes religiosos ou qualquer outro indivíduo ou conjunto de indivíduos que exerçam papéis informativos e detenham poder de formar opinião das massas que os acompanham. Tal processo criminalizante decorre de um "fenômeno comunicativo": não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado" (ZAFFARONI et al., 2011, p. 45).

Em complemento, outra característica da criminalização secundária é que sua seleção se dá de acordo com a facilidade de detecção dos crimes, como mencionado no início deste tópico, e com o potencial que o indivíduo tem para criar problemas à agência ou ao seu representante (seja pelo seu acesso positivo ao poder político, econômico ou de comunicação massiva). Constata-se irrefutável que tais características violam diretamente os princípios constitucionais da igualdade e da isonomia, tanto pelas agências policiais, na execução da lei, quanto pelas agências judiciais, na aplicação dela. Deste modo, são os crimes grosseiros (de fácil detecção) praticados por indivíduos sem acesso positivo às agências de comunicação social aqueles que são mais perseguidos pelas agências policiais e mais noticiados pelas agências de comunicação social, de forma a dar a falsa impressão de que tais crimes são os mais recorrentes, ou até os únicos, de modo que os indivíduos que os praticam são estereotipados como os únicos criminosos na visão da sociedade. A consequência geral dessa característica é que "o estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária" (ZAFFARONI et al., 2011, p. 46).

Tais considerações acerca da seleção criminalizante secundária acabam por confirmar a realidade do sistema penal brasileiro, e de muitos países da América Latina, de modo que as agências penais se tornam inoperantes para outros indivíduos que não estejam dentro do estereótipo supracitado. A consequência prática dessa inoperância é a sensação pública de que são privilegiados os agentes



dos crimes de colarinho branco (crimes econômicos, políticos, financeiros, entre outros), de modo que, quando um indivíduo fora do estereótipo – e, geralmente, com acesso positivo às agências de comunicação – é selecionado, o sistema é de certa forma desconcertado, tanto pela pressão exercida pelas agências de comunicação, quanto por advogados de elevado aparato jurídico, que formulam questionamentos e suscitam teses que as agências penais não estão acostumadas a responder ou enfrentar.

Desta maneira, percorridas todas as explicações que se fizeram para introduzir brevemente a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade desenvolvida por Zaffaroni, vale mencionar algumas conclusões acerca da criminalização secundária, que seleciona, basicamente, três tipos de indivíduos: (i) os que se encaixam no estereótipo criminal pelas suas características físicas ou por serem capazes apenas de praticar delitos grosseiros vistos como únicos pela sociedade - criminalização por estereótipo; (ii) em número reduzido, aqueles que tenham atuado com brutalidade tão destoante da média que, mesmo não se enquadrar no estereótipo, se tornam vulneráveis - criminalização por comportamento trágico, e; (iii) os pouquíssimos que se encontram em posições de invulnerabilidade mas que, excepcionalmente, acaba perdendo uma briga política ou de poder e, somente por isso, sofreu uma quebra no seu estado de invulnerável - criminalização devido à falta de cobertura (ZAFFARONI et al., 2011, p. 49).

## 2.7 TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL

O início desta teoria, também conhecida por "*Labeling Approach*" ou teoria da rotulação/reação social, se deu na década de 1960, nos Estados Unidos, como movimento de contra cultura do pós guerra, como uma crítica à criminologia tradicional. Simbolizada principalmente pelo livro *Outsiders*, de Howard Becker, no qual foi realizado um estudo no meio da criminalidade, e através do qual Becker analisou a forma como era consolidada a imagem de um criminoso, referido na obra como *desviante* (por conta do desvio à norma e, por conseguinte, da conduta esperada pela sociedade para o imaginário de um convívio harmonioso) (BECKER, 2008).

Necessário introduzir que a criminologia tradicional sempre teve como foco as causas do crime, tanto do viés individual (que tentou explicar a causa do crime na figura do indivíduo criminoso) quanto da matriz socioestrutural, tomando partida no ambiente e nas estruturas sociais onde o criminoso estaria inserido, para compreender o crime como um fenômeno social. Assim, a criminologia se limitava em questionar o porquê das pessoas cometerem crimes, quem seriam essas pessoas e como poderiam ser impedidas de voltar a delinquir.

Quebrando o pragmatismo dos estudos criminológicos, Becker voltou seu estudo à construção social do criminoso, analisando não apenas o crime, mas também o indivíduo desviante e sua interação social. Com essa alteração do "material de estudo" surgem novos questionamentos e, por conseguinte, novos pontos de vista. Um deles foi o de tentar descobrir de que forma as instituições de controle social (polícia, juízes, instituições penitenciárias e, fazendo um paralelo aos dias de hoje, seriam incluídos os representantes do Ministério Público) contribuem para que os desviantes não sejam reinseridos na sociedade e fiquem marginalizados, com o rótulo de criminoso estampado em sua persona. Outra relevante percepção de Becker foi a de, ineditamente, identificar o papel da mídia no tema da criminalidade e, considerando seu poder na construção de opiniões públicas, questionar de que forma esse papel colabora com o etiquetamento do desviante, transforma suas características em um estigma para o criminoso e perpetua o rótulo (suas características) como sendo a de um desviante, criando, portanto, um estereótipo.

Entendendo que a sociedade se baseia no constante conflito entre seus indivíduos, e não no consenso, essa teoria possibilitou um salto qualitativo deslumbrante nos estudos criminológicos: a concepção da criminalidade como um dado ontológico e universal cai por terra, tornando-se insustentável, e o crime deixa de possuir uma "essência" (crime natural) e passa a ser entendido simplesmente como aquilo que foi definido como crime pelo legislador – outro indivíduo. Dessa forma, o conceito de crime abandona sua posição de "objetivamente determinável" para ser entendido como "subjetivamente problemático": construído pelo sistema penal através de definições e da reação social. Por conseguinte, os questionamentos da criminologia tradicional perdem seu sentido. O novo conceito de crime traz à tona novas perguntas, questionando-se o que é o criminoso; o porquê

de algumas transgressões à lei serem consideradas crime e outras não; quais são os processos envolvidos na identificação de um criminoso; qual o processo para aplicação de uma pena a um crime; quais as consequências práticas e reais da pena, tanto para o criminoso quanto para a sociedade; entre outras (ALMEIDA; DIETER, 2017).

Outro grande contribuinte de altíssima relevância para a teoria do etiquetamento social como conhecemos hoje foi Edwin Lemert, através de sua obra *Social Pathology*. Tal obra foi responsável pela elaboração dos conceitos de *desvio primário* e *desvio secundário*: o primeiro se perfaz na simples realização de um ato proibido, sem que haja uma rotulação identitária em razão desse desvio, algo que é completamente normal na vida particular de qualquer pessoa. Por outro lado, o desvio secundário pode ser entendido como aquele que faz com que seu agente passe a ser identificado pelo rótulo que lhe foi dado em razão do desvio, assumindo, a partir dele, uma identidade desviante, podendo ser a de um criminoso ou não, como forma de se ajustar as consequências da rotulação (LEMERT, 2012). Em síntese, basta ser entendido que o desvio primário não produz mudanças na identidade pessoal do indivíduo enquanto o secundário compreende os efeitos dessas mudanças na persona do agente.

Em complemento aos conceitos dos desvios primários e secundários, Robert King Merton batizou o que chamou de profecia autorrealizável: um processo que parte da definição falsa de uma situação ou de alguém, evocando um novo comportamento que pode tornar a assunção falsa em verdadeira (MERTON, 1968). Esse fenômeno, de acordo com a teoria do etiquetamento, é o que acontece quando um desviante é rotulado como criminoso, e tal rótulo lhe rouba a possibilidade de tomar um caminho distinto daquele que envolva assumir o rótulo que lhe fora atribuído. Trazendo tal teoria à prática, ao rotular um autor de crime como criminoso, há um erro por parte da sociedade e do sistema penal, não no sentido de que ele seja inocente, por óbvio que não é, mas na forma que, a partir do rótulo, deixam de julgar apenas suas ações como criminosas e estendem tal rótulo à sua persona, o julgando, do crime em diante, não como um indivíduo que cometeu um crime, mas, sim, como um criminoso.

Nesse sentido, a presente teoria entende que o desvio é criado de forma artificial: grupos sociais criam regras por seus próprios interesses – ou pelo de seus

apoiadores – que, quando infringidas, criam um desvio e ensejam a aplicação de sanções, previstas nessa mesma regra, ao desviante que as violou. Assim, o desvio não perfaz uma qualidade natural do ato e, muito menos, do agente do ato, mas é somente uma consequência da aplicação das regras inventada por outro indivíduo. Conclui-se, portanto, que a diferença entre um criminoso para um "cidadão de bem" resulta meramente no rótulo atribuído a cada um – o segundo rótulo é entendido socialmente como aquele cidadão trabalhador, honesto, religioso e de família (e que, na maioria das vezes, "de bem" só tem o rótulo, vive um conflito hipócrita entre o que defende e o que pratica).

Conclui-se, deste modo, que as instituições de controle social, a sociedade e a mídia ao rotular e praticar repreensões hostis aos indivíduos desviantes, apenas corroboram com sua permanência na criminalidade, de modo que a tentativa do processo de controle social, ao invés de diminuir os desvios, resulta no seu aumento. Diante de tal fato, a presente teoria critica a consequência decorrente da etiquetagem do criminoso: a implícita rejeição da função reeducativa da pena, que acaba por consolidar a identidade criminosa do desviante e colocá-lo em uma situação que lhe tira qualquer alternativa senão a de seguir uma carreira criminal.

Ademais, a teoria do etiquetamento social se relaciona diretamente com os crimes de colarinho branco: se existe um rótulo que é atribuído a alguns indivíduos, criando um estereótipo, praticamente sólido e imutável, de quais são as características físicas, sociais e econômicas de um criminoso. Todos aqueles desviantes que não se enquadram no estereótipo e, ao contrário, possuem certo prestígio social, acabam por desorientar a repressão penal de modo a afastá-la tanto de si, quanto de seus semelhantes (que desviam das mesmas regras). Tal relação é tratada detalhadamente na teoria da associação diferencial, o que se fará oportunamente no tópico a seguir (2.8).

## 2.8 TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

A teoria da associação diferencial teve como seu precursor Edwin Sutherland, que a tratou em conjunto com o conceito de "crimes de colarinho branco". Este último conceito perdura até os dias atuais, com algumas adaptações e redefinições, mas com os princípios da associação diferencial ainda precisamente determinantes.

A principal diferença desta teoria, elaborada por Sutherland, é referente às motivações e causas que levam o indivíduo a delinquir. A criminologia da época tinha como base de seus estudos e teses que o crime se dava por condições sociais e/ou pela personalidade do indivíduo (características como a classe social, a instabilidade familiar, a localização urbana ou rural, idade, raça, características físicas, fatores genéticos, distúrbios biológicos, entre outras). Em contrapartida, a teoria da associação diferencial, fugindo da normalidade e desafiando unanimidades criminológicas, considera que nenhuma dessas condições sociais seriam determinantes à prática criminosa, e tampouco seria a personalidade, entendendo que a conduta criminosa, na realidade, resulta de um aprendizado que se dá pela interação social entre indivíduos dentro de um grupo íntimo (SUTHERLAND; CRESSEY; LUCKENBILL, 1991).

Nesse sentido, a conclusão dessa teoria é que a desorganização social serve como base ao aprendizado da criminalidade, de modo que o indivíduo pratica o crime por conta de um excesso de condições favoráveis à violação que se sobrepõem às condições desfavoráveis à sua prática. Deste modo, Sutherland estabelece que a teoria da associação diferencial pressupõe nove considerações estruturais ao estudo da criminologia (SUTHERLAND, 2014).

A primeira trata de entender que o comportamento criminoso não é inerente a nenhum indivíduo, não existindo características genéticas ou físicas que permitam a identificação de um criminoso antes da prática do crime, isso porque a conduta criminosa é aprendida através da interação social, essencialmente dentro de grupos íntimos e privados. Em complemento à primeira, considera-se que a referida interação social se perfaz através da comunicação de indivíduos que convivem entre si, podendo ser tão natural quanto um filho que chega da escola e conta aos pais como foi seu dia, sem preocupar-se com os efeitos ou colocar um objetivo naquela comunicação (SUTHERLAND, 2014).

A terceira consideração é compreendida no tocante à intimidade desse grupo que se comunica, sendo que tal intimidade decorre de interesses em comum e de uma convivência contínua (por força de se tratar de indivíduos da mesma família, de um grupo de amigos, do mesmo bairro ou favela, etc.). Sequencialmente, tem-se que nessa comunicação são compartilhadas informações (ensina-se) que englobam tanto os aspectos subjetivos, quanto objetivos da conduta criminosa, como a

racionalização e a justificativa pessoal do impulso, até as técnicas utilizadas no crime, sejam simples ou complexas, respectivamente. A quinta consideração trata mais especificamente da absorção (aprendizado) dos impulsos ou motivos (aspectos subjetivos) que são aprendidos principalmente na ponderação de condições favoráveis ou desfavoráveis, conforme já citado (SUTHERLAND, 2014).

A sexta consideração é o produto de quando as primeiras excedem as segundas: o indivíduo entende que é mais fácil praticar o crime do que puni-lo e, conseqüentemente sente-se confortável para praticá-lo. Talvez essa consideração seja a principal herança da criminologia de Sutherland e, conseqüentemente, da teoria da associação diferencial, visto que a justificativa da criminalidade, nessa acepção do comportamento criminoso, se traduz na omissão do Estado e da impunidade que dela se origina (desorganização social), constituindo-se uma situação social que insere cada vez mais o criminoso eventual na criminalidade habitual ou profissional (SUTHERLAND, 2014).

A sétima condição perfaz a volatilidade da associação diferencial em relação à frequência, duração, prioridade e intensidade. As duas primeiras dispensam explicações detalhadas, porque, por óbvio, referem-se ao tempo e habitualidade da associação. A prioridade pode ser entendida como a ordem de chegada dos ensinamentos, de modo que se considera que, quanto antes se tem contato com a informação, mais ela persistirá. Assim, tem-se que o comportamento desenvolvido na infância tem mais chance de persistir, seja o comportamento legal ou delinquente, quando chegar o momento de as influências serem selecionadas pelo inconsciente do indivíduo. Por sua vez, a intensidade se relaciona com o prestígio que a fonte tem perante o influenciado, devendo ser considerada a reação emocional daquele que aprende em relação à fonte ou a forma da fonte se associar ao influenciado (SUTHERLAND, 2014).

Finalmente, as últimas duas considerações são determinantes para que se identifique a aprendizagem criminosa e não criminosa como semelhantes, no mesmo sentido de que necessidades e valores gerais podem motivar o indivíduo a delinquir, mas também podem motivá-lo ao comportamento convencional (SUTHERLAND, 2014).

Desta maneira, o que se extrai de todas as considerações da teoria da associação diferencial é que a conduta criminosa é aprendida socialmente como

qualquer outro hábito, profissão ou costume, quebrando o paradigma de que a criminalidade seria herdada ou inerente às condições geográficas, de classe ou de raça. Portanto, tendo-se como verdadeiro que, tanto o comportamento criminoso, quanto o legal, são ensinados, a criminologia deve passar a analisar mais criteriosamente o ambiente em que ocorrem os contatos de aprendizagem (associações), pois todo indivíduo tem determinada vulnerabilidade e propensão a se tornar um aprendiz do crime, bastando um ambiente propício e um grupo íntimo de indivíduos que possam lhe induzir ou influenciar para tanto (SUTHERLAND, 2014).

Conclui-se, portanto, que o fator determinante para formar (ou não) um criminoso é o ambiente em que vive o sujeito e as pessoas com quem ele se relaciona de forma íntima – nesse grupo íntimo serão originadas as interações, trocas de aprendizado e influências sobre como se comportar (reagir aos estímulos do ambiente ou alcançar determinados interesses comuns). Deste modo, a associação diferencial afere o sentido de um resultado da socialização que pode derivar dos mesmos princípios para formar um criminoso ou um conformista (não criminoso, aquele que segue as leis). Assim, pode-se afirmar que o desvio individual representa apenas a concretização da desorganização social proporcionada pela omissão do Estado.

### **3 CONSIDERAÇÕES E CRÍTICAS ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA: A POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA NACIONAL**

Compreendida a teoria dos conceitos examinados no título precedente, chega o momento de trazê-los à realidade social brasileira, de modo que se possa conhecer como se comportam no campo prático da sociedade, adentrando tanto em aspectos de aplicação ou abandono e efetividade ou inutilidade, como também nas consequências de cada um desses aspectos, tudo isso de um ponto de vista crítico e reformador. Em outras palavras, partindo do pressuposto que de nada serve evidenciar um erro se não há solução (ou ao menos perspectiva dela) à vista, o presente título trará ao lado de suas constatações e críticas, ideais de reforma, na tentativa de indicar as falhas do Sistema e da Política Criminal Nacional e iniciar discussões sobre como poderiam ser corrigidas tais falhas, sugerindo medidas de execução imediatas e de longo prazo.

Antes de adentrarmos diretamente às considerações e críticas da realidade social penal, faz-se necessário conhecer, pelo menos de maneira introdutória e sintética, tal realidade. Para tanto, apresenta-se no subtítulo a seguir, alguns pontos abordados pelo Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, estabelecido para os anos de 2020 e 2023.

#### **3.1 PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (2020 - 2023)**

Inicialmente, cabe dizer que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP) é elaborado a cada quatro anos, concomitante com o primeiro ano de cada mandato presidencial, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que é responsável por auxiliar no implemento de políticas de Estado no âmbito criminal e penitenciário através de informações, análises e deliberações para o aperfeiçoamento das políticas públicas. O CNPCP tem como funções fixar as diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, auxiliar a administração da Justiça Criminal e a execução das penas, bem como contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimentos, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária (o que se concretiza



através do PNPCP), conforme preceitua a Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP) em seu artigo 64 (Brasil, 1984).

A Comissão do CNPCP estabeleceu três focos ao Plano de 2020-2023: a criminalidade violenta, a corrupção e o crime organizado. Deste modo, para alcançar seus objetivos referentes a tais focos, elaborou cinco diretrizes a serem seguidas: de prevenção (anteriores ao crime), de repressão/investigação (logo após o crime e investigação eficiente nos inquéritos), de processos (em relação ao processamento e julgamento), de execução (em relação ao cumprimento da pena, das medidas de segurança e da prisão) e da reintegração (em relação ao egresso).

Antes de adentrar nas diretrizes referidas, importa adentrar nas considerações introdutórias constantes no PNPCP, das quais podem ser extraídos sinais que apontam alguns dos contrastes existentes na posição da atual Comissão e do presente trabalho.

O Plano introduz questionamentos referentes a dados publicados pela Organização das Nações Unidas, como o *United Nations Office on Drugs and Crime* de 2019, que contradiz dados do *World Prison Brief* (WPB) e do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) referente ao mesmo ano. Nesse sentido, comenta que os dados legitimados (WPB e SISDEPEN) constataam que "apenas" 34% das prisões no Brasil são "pré-julgamento" ou preventivas e que tal percentual coloca o Brasil em 88ª no ranking mundial, mesmo padecendo de índices alarmantes de criminalidade. Outrossim, o Plano atual apresenta críticas ao Plano que o antecedeu (PNPCP de 2015-2018), indicando que ele careceu de medidas objetivas referentes à política criminal quanto à prevenção do delito e, conseqüentemente, violou o art. 64, I da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), assim, cita quais eram as três linhas de ações identificadas pelo referido Plano que o teriam feito pecar no cumprimento do dispositivo legal citado:

(I) ajustar a arquitetura prisional, no pertinente à estrutura física e quanto à alocação e distribuição de vagas; (II) estruturar mecanismos de combate sistemático, visando à erradicação da "violência institucional" praticada pelo Estado contra os apenados; e (III) aperfeiçoar o processo de investigação e punição por mortes dentro dos estabelecimentos, com monitoramento das ações. (MACHADO; SANTOS, 2018).

Ainda na introdução, agora sobre as cinco diretrizes que auxiliarão na concretização dos objetivos, tece comentários no sentido de que as garantias dos direitos fundamentais não devem ser vislumbradas somente na perspectiva subjetiva

(garantias que limitam o Estado na persecução penal), mas devem adentrar também a perspectiva objetiva (dever do Estado de proteção dos cidadãos), pois a maior angústia do cidadão brasileiro é a sensação de insegurança decorrente do vacilo do Estado no seu dever de proteção. Assim, as diretrizes de prevenção comprometem-se a diminuir tal sentimento e a percepção de impunidade. Para tanto, além de citar os três focos principais do Plano atual, é acrescentado como foco de tais diretrizes o tráfico ilícito de entorpecentes. Além disso, expõe que, no seu entendimento, o insucesso da repressão criminal decorre da baixa interação entre os órgãos penais repressivos (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) e, portanto, executará medidas a fim de maximizar a interação e integração entre eles e, entre outras, qualificar da melhor maneira possível os responsáveis pela repressão.

Em relação ao processamento e julgamento, tendo em vista aos quase oitenta anos de existência do Código de Processo Penal e o ambiente de desconfiança contra e entre os atores do sistema penal (por conta da possibilidade de imediata revisão dos atos e autores do processo penal), o Plano propõe sejam adotadas mais soluções negociadas (acordo de não persecução penal, por exemplo), execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância, efetividade do Tribunal do Júri (cumprimento imediato da pena) e expansão do processo eletrônico e de videoconferência (que deve ser adotada como regra quando necessária manifestação de pessoa presa).

Quanto à execução da pena, entende necessária uma completa revisão do sistema de execução de penas (citando alguns Projetos de Lei que se adequam ao que entende razoável), a realização de um censo penitenciário para conhecimento da realidade, a criação de um Sistema Nacional Eletrônico de Informações que permita a gestão dos dados alimentados pelas instituições (cabendo sanção àquela que não o alimentar) e uma revisão dos parâmetros de progressão de regime (que entende falidos os critérios atuais de progressão).

No tocante ao egresso, aduz que o sucesso das diretrizes depende de da construção de um tripé: a pessoa deve sair da prisão com a convicção de que o crime não compensa, o Estado precisa construir um sistema que prepare o encarcerado para novas possibilidades de convivência social pacífica e a sociedade deve contribuir com o processo de reinserção social do ex-presidiário por meio de instituições empresariais ou organizações da sociedade civil. Nesse contexto,

também sugere que o SISDEPEN adicione dados e informações sobre egressos do sistema prisional ou que seja criado um "observatório do egresso" que monitore as ações voltadas à reintegração em cada órgão de execução penal e que sejam criados mecanismos de incentivo àqueles municípios que estruturarem programas e projetos voltados ao egresso. Por fim, ainda referente ao egresso, deduz necessário pensar e executar políticas voltadas aos direitos e interesses das vítimas de crimes e atos infracionais.

### **3.1.1 Diretrizes, estratégias e ações anteriores ao crime: prevenção**

Além de mencionar a duplicidade de perspectivas (subjéctiva e objectiva) das garantias fundamentais, entende que o Estado possui dever de protecção, devendo estruturar planos políticos institucionais com diretrizes e estratégias para esse fim, desenvolvendo políticas que previnam o crime na tentativa de reduzir a criminalidade violenta ao máximo. Acerca desse dever de protecção, por força dos artigos 5º e 144 da Carta Magna, expõe que não se trata de dever exclusivo da União, devendo tal tarefa ser desempenhada, de forma harmónica, tanto pela União, quanto pelos Estados-membros e municípios, tendo os últimos muito a contribuir, através da Guarda Municipal, na protecção de grupos de risco e na redução da violência. Com esse fito, indica como boa medida a disseminação do projeto Prevenção da Violência Doméstica com a Estratégia de Saúde da Família (PVDES F), cita a importância da Lei n. 13.675/2018, responsável por criar a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), a qual resta em harmonia com o presente Plano, e instituir o Sistema Único de Segurança Pública, que corrobora à atuação conjunta dos entes federativos nas ações de segurança pública (Brasil, 2019).

O PNPCP, em determinado ponto, conclui que a privação do direito do cidadão de se sentir em segurança, que o faz ter receio de sair de casa e não mais voltar, emerge da criminalidade violenta (representada pelos crimes de homicídio e roubo), tendo em vista, por exemplo, que em 2017 o Brasil registrou 65.602 homicídios, a maior taxa história de letalidade violenta já registrada. Como responsável por tamanha violência, o Plano atribui culpa ao tráfico de drogas, que permite a arrecadação de quantias absurdas de dinheiro e, com isso, possibilita o

surgimento de organizações sofisticadas e com poderio que lhes capacita de desafiar o próprio Estado, desenvolvendo o crime organizado a níveis inimagináveis (Brasil, 2019).

Complementa, também, trazendo dados que apontam que a população carcerária brasileira é formada, em sua grande maioria, por jovens, o que demonstra a necessidade e urgência de que sejam implementadas políticas adequadas à ressocialização, a fim de evitar que esses jovens voltem a delinquir (Brasil, 2019).

Constata como fato que os governos estaduais falharam em construir unidades prisionais na mesma medida em que houve aumento da população carcerária, de modo que, em 2016, a taxa de ocupação média das unidades prisionais brasileiras era de 197,4%. Assim, o Plano afirma que o maior problema do sistema penitenciário nacional é a superlotação, indicando, inclusive, que em todas as unidades prisionais há déficit de vagas. Nesse sentido, há uma patente necessidade de investimentos em políticas que auxiliem na diminuição do encarceramento, organizando estruturas para o cumprimento de medidas e penas alternativas, e de cursos na magistratura e no Ministério Público que incentivem a aplicação de institutos da transação, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal (Brasil, 2019).

Em relação aos dados coletados e expostos no texto do Plano, ele entende que é preciso, no Brasil, “prender melhor”, visto que as pessoas presas pelo crime de tráfico de entorpecentes – que perfaz o maior percentual entre a população carcerária – não são grandes traficantes, mas sim operários ou mulas do tráfico, geralmente representados por jovens presos em flagrante, primários, de classe baixa, desempregados e negros. Complementa, ainda, que 88,75% das prisões deste tipo penal decorrem de flagrante em que a pessoa portava pequena quantidade de droga, sendo que essa prisão apenas dará lugar no mercado do tráfico a outro jovem que eventualmente acabará preso ou será vítima da criminalidade na qual ele é coadjuvante. Do mesmo modo, tece críticas à Lei n. 11343/2006, no tocante ao não estabelecimento de critérios objetivos que permitam distinguir o mero uso e o tráfico de entorpecentes, de modo que essa ausência acaba por ensejar a prisão de usuários como traficantes e até de traficantes que poderiam ser apenados de outras maneiras que não a pena de prisão. Ademais, o Plano também aduz sobre as taxas de homicídios de jovens e mulheres, que

aparecem como maiores vítimas do referido crime, e sobre as taxas em que a extinção da punibilidade nos casos em que há identificação do autor do crime. Em todas essas taxas, evidencia-se diferenças gritantes entre cada estado, demonstrando que é possível cada um deles melhorar, a fim de se chegar ao índice do melhor deles em cada gráfico (Brasil, 2019).

Por fim, o Plano atual sugere, como diretrizes, estratégias e ações na área da prevenção a serem desenvolvidas por todos os entes federativos e nas três esferas do poder, com participação e cooperação dos cidadãos, de modo coletivo ou individual:

- Criar fórum permanente e plural para sentar-se à mesa periodicamente e discutir as estratégias, as ações desenvolvidas e os resultados obtidos referentes às políticas públicas adotadas para a redução da violência. Sem prejuízo de reuniões mais amplas com a participação dos diversos atores mais diretamente ligados às ações relacionadas à criminalidade, devem ser promovidos debates entre órgãos públicos e entes privados conforme o tema a ser debatido, colhendo suas contribuições e fomentando suas participações na diminuição da violência.
- Monitorar e avaliar as ações e os resultados, a partir da produção qualificada de relatórios e dados.
- Difundir a cultura da vida em paz e da responsabilidade de todos em propagar e defender a segurança pública como bem jurídico inerente à dignidade da pessoa humana, por meio de propaganda massiva nos meios de comunicação, seminários em escolas, empresas, órgãos públicos, conselhos comunitários, associações de bairros etc.
- Atuar com base na identificação dos fatores da violência, concentrando estratégias em locais, grupos e comportamentos de risco, notadamente em relação aos jovens e mulheres passíveis de violência doméstica.
- Pautar a atuação com suporte em dados e evidências, produzidos em pesquisas qualificadas e confiáveis, com atenção especial para as boas práticas existentes.
- Estimular e cooperar com pesquisas acadêmicas desenvolvidas no estudo do fenômeno da criminalidade, aproveitando os dados para a atuação nessa área.
- Incentivar e participar da criação de cursos nas escolas da magistratura e do Ministério Público específicos para o estudo de políticas criminais e de segurança pública.
- Especializar e qualificar equipes policiais em inteligência financeira, com criação de grupos multidisciplinares, a fim de investigar crimes praticados por organizações criminosas e de lavagem de dinheiro e corrupção.
- Identificar as organizações criminosas e estudar a regra de negócio do mercado da criminalidade em que elas atuam.
- Instaurar procedimento investigatório específico para investigar cada uma das organizações criminosas, priorizando a desconstrução financeira de suas estruturas como estratégia mais eficiente do que a aplicação da pena de prisão.

- Alterar a Lei 11.343, de 2006 (BRASIL, 2006), a fim de estabelecer critério objetivo para a distinção entre o usuário e o traficante de drogas, afastando o subjetivismo dos operadores jurídicos quando da tipificação das condutas.
- Cumprir o que determina o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.343, de 2006 (BRASIL, 2006), a fim de que seja regulamentado, exclusivamente para fins terapêuticos, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais dos quais possam ser extraídas substâncias com este escopo.
- Estabelecer estratégia para coletar perfil genético da população carcerária, para fins de formação de banco de dados para a identificação da autoria em crimes praticados com violência.
- Definir protocolo rígido para a preservação do local do crime, capacitando os policiais quanto à preservação de vestígios para fins de exame de DNA.
- Mapear as manchas criminais, a fim de realizar patrulhamento estratégico, conforme os locais e horários de maior risco para a ocorrência de crimes com violência e desenvolver ações públicas como incrementar a iluminação, colocar câmeras de vigilância etc.
- Estruturar a adoção da política da despenalização, com incentivo e qualificação por meio de cursos das escolas da magistratura e do Ministério Público quanto à implementação da transação, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução criminal, além da defesa da inclusão no sistema nacional do *plea bargain* previsto no chamado Projeto Anticrime.
- Aprimorar a efetividade do funcionamento do tribunal do júri, tendo como uma das orientações o exemplo dos Estados Unidos, em que mais de 90% dos crimes são resolvidos por meio de acordos. Isso não quer dizer ser leniente com crimes graves, na medida em que, em consonância com dados divulgados no documentário a 13ª. Emenda, mais de 97% da população carcerária estadunidense decorre dos acordos criminais.
- Promover o cadastramento de organizações da sociedade civil e capacitá-las para a participação no programa de cumprimento de medidas e penas alternativas (Lei nº 13.019, de 2014).
- Desenvolver sistema eletrônico de monitoramento do cumprimento de medidas e penas alternativas.
- Disseminar e fomentar política no sentido de os órgãos públicos da administração direta (do Legislativo, Executivo, Judiciário e Ministério Público) e indireta efetuarem a contratação de presos nos termos do art. 28, § 2º, da Lei de Execução Penal, com a retenção entre 25% a 30% da remuneração paga para fins de recolhimento ao fundo penitenciário do respectivo estado, aplicando a mesma estratégia em relação à iniciativa privada.
- Reduzir a reincidência, por meio de melhor governança do sistema penitenciário, especialmente, mediante a implementação de ações no sentido de promover o ensino, a integração dos presos com a família e a oferta de trabalho.
- Aprimorar a legislação criminal tendo como norte as diretrizes deste Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – PNPCP e do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social – PNSPDS.
- Criar mecanismos para promover estratégias e ações anteriores ao crime, mormente no tocante à prevenção, visando a aprimorar a segurança das regiões fronteiriças brasileiras – afetadas pela criminalidade peculiar ao território de fronteira, marcada pela entrada ilegal do contrabando e

descaminho, bem como pelo tráfico de drogas, acarretando o aumento da criminalidade e violência. (Brasil, 2019, p. 37-39).

### **3.1.2 Diretrizes e medidas logo após o crime e investigação eficiente nos inquéritos: repressão**

De início, o PNPCP define repressão como apuração ou persecução e iguala sua importância à da prevenção, trazendo a reflexão de que se as medidas preventivas funcionassem, pouco restaria a ser feito no tocante à apuração dos crimes. Ressalta, entretanto, que esse ideal está distante da realidade e que, nos modelos atuais, a repressão é protagonista nas políticas de segurança pública e de justiça criminal (Brasil, 2019).

Diante de tal fato, entende ser imprescindível a adoção de medidas para qualificar os operadores do Sistema de Segurança e Justiça e os órgãos onde atuam a fim de melhorar a performance da repressão, para tentar inverter a escala de elucidação dos crimes praticados com a responsabilização penal de seus autores e, desta maneira, dar alguns passos em direção da redução da criminalidade (Brasil, 2019).

Além do problema da baixa taxa de elucidação de crimes (observando que alguns estados sequer computam a elucidação de homicídios, por exemplo), o PNPCP destaca que em alguns estados há um baixo índice de denúncias oferecidas pelo Ministério Público e de julgamentos pelo Poder Judiciário se comparados à quantidade de ocorrências apuradas pela polícia, o que evidencia a precariedade do relacionamento desses três pilares da repressão (Brasil, 2019).

Posto isso, o PNPCP propõe:

A intensificação da interação e integração dos órgãos e atores do sistema de segurança e justiça; a capacitação dos responsáveis pela repressão; a qualificação e aparelhamento dos órgãos do sistema de segurança e justiça; sistemas de informações criminais; bens e valores apreendidos, bloqueados ou confiscados; condenação à prisão e penas; e cumprimento dos mandados de prisão (Brasil, 2019, p. 41).

Nesse sentido, para a referida interação e integração o PNPCP propõe que haja uma união de forças para que a legislação seja aprimorada e para que os três níveis do governo (federal, estadual e municipal) direcionem esforços aos três ramos

da macrodelinquência que vem sendo pauta do Ministério da Justiça e Segurança Pública (crimes violentos, organizações criminosas e corrupção). Para tanto, expõe que todas as autoridades que se relacionam de alguma forma com a segurança pública devem constituir normativos internos, leis, decretos e portarias que regulamentem como se dará a ação integrada dos três órgãos (obviamente respeitando a ética, o devido processo legal e a independência dos autores) (Brasil, 2019, p. 42).

Outrossim, para a capacitação dos atores responsáveis pela repressão, o Plano entende como melhor opção a adoção de programas de fortalecimento das polícias judiciárias, que visam fortalecê-las através da transmissão de experiências e conhecimentos e têm como objetivos o aprimoramento da técnica e gerenciamento policial, auxiliando na promoção do amadurecimento institucional e consolidando sua autonomia funcional, e a apuração da capacidade investigativa e de resolução de crimes, tudo isso com enfoque principalmente na investigação de inteligência e seus institutos (interceptação telefônica, agente infiltrado, ação controlada, colaboração premiada, investigação financeira/fiscal e quebra de sigilo bancário, fiscal, comunicações telemáticas e ambiental) (Brasil, 2019, p. 42-45).

Na sequência, para a qualificação e aparelhamento dos órgãos, que aduz serem essenciais ao sucesso investigativo do operador treinado e qualificado, entende pela necessidade de investimentos em um ambiente de trabalho saudável, equipamentos tecnológicos de ponta, meios materiais eficazes (viaturas e armamentos seguros e compatíveis com o grau de enfrentamento) e recursos financeiros de rápida alocação. Em conjunto, visando equiparar o poder de coalizão das organizações criminosas, o Plano cita como aliados do investigador vídeo de monitoramento com reconhecimento facial, laboratório multibiométrico e de impressões digitais, laboratório de perfis balísticos e banco de dados de perfis genéticos (Brasil, 2019, p. 45).

Em suma, acerca dos sistemas de informações criminais e bens e valores apreendidos, bloqueados ou confiscados, respectivamente, o Plano propõe "a criação de unidades estaduais e, pelo menos uma em âmbito nacional, destinadas a administrar e zelar pelos bens e valores apreendidos" (Brasil, 2019, p. 46) e a inclusão no rol dos beneficiários da destinação dos valores apreendidos, bloqueados ou confiscados os órgãos integrantes do Sistema de Segurança e Justiça,



especialmente as polícias e o sistema prisional que são mais carentes e precisam urgentemente de reestruturação (Brasil, 2019, p. 47).

Do mesmo modo e em consonância com o Plano Nacional de Segurança Pública, elaborado pelo Ministério da Segurança Pública em 2018, o PNPCP elabora sugestões na investigação criminal, no banco nacional de perfil genético e no banco nacional multibiométrico, na interceptação telefônica, no instituto do agente infiltrado, no caso de informante do bem (*whistleblower*), no combate às organizações criminosas, nos crimes de homicídio, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, no caso de sonegação fiscal e sobre as polícias técnico-científicas (Brasil, 2019, p. 51-68). Apesar da inegável importância das referidas constatações e sugestões, por força de sua extensão e incompatibilidade com o tema do presente trabalho, se dispensa a necessidade de citá-las.

### **3.1.3 Diretrizes e medidas em relação ao processamento e julgamento: processos**

O PNPCP entende que o Código de Processo Penal e suas alterações não atendem às necessidades atuais, deste modo, a lentidão e indefinição restam como características marcantes do processo penal brasileiro e resultam na sensação de que a ação penal nunca tem fim, tanto na condenação do culpado quanto na absolvição do inocente. Posto isso, o Plano considera que a Justiça Criminal carece de mecanismos que viabilizem o processamento da ação penal com mais eficácia, maior efetividade e menor custo aos tribunais, ao mesmo tempo que respeitem os direitos e garantias do investigado. Para isso, reforça a necessidade de adaptações legislativas e reflexivas acerca da administração da Justiça Criminal, principalmente em relação à tríade objeto do PNPCP (criminalidade violenta, corrupção e crime organizado).

Nesse sentido, tece comentários acerca do Projeto de Lei n. 882/2019 (que atualmente encontra-se arquivado, após declarado prejudicado em face da aprovação do Projeto de Lei n. 10.372/2018) que propunha a introdução de duas soluções negociadas no processo penal: o acordo de não persecução penal (inclusão do art. 28-A do Código de Processo Penal) e o acordo penal (inclusão do art. 395-A do Código de Processo Penal). Como se sabe, o acordo de não

persecução penal foi incluído na legislação processual penal por força da Lei n. 13.964/2019, enquanto o acordo penal acabou sendo retirado daquele projeto (apesar de que ainda se encontra presente em projetos que pendem de votação). Ademais, ao lado do acordo de não persecução penal, pode-se encontrar a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995). O PNPCP constata que as soluções negociadas, além de prevenirem o incremento da população carcerária, permitem que o Poder Judiciário destine tempo e recursos financeiros à outras demandas, o que é de suma importância, tendo em vista que ingressam cerca de 3 milhões de novos casos criminais (em fase de conhecimento e fase de execução no 1º e 2º graus, bem como nos tribunais superiores) por ano. Como vantagens da ampliação da justiça consensual no sistema processual penal brasileiro, o Plano cita a celeridade processual, descongestionamento da Justiça Criminal, tratamento mais adequado para os casos relativos a uma criminalidade que não é alcançada pela transação penal ou pela suspensão do processo, redução da prescrição, melhor equacionamento do caso para o próprio acusado e execução imediata da pena. (Brasil, 2019, p. 71-73).

Em complemento e com os mesmo objetivos, tendo em vista que uma pesquisa realizada pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ apurou entre 2015 e 2017 que, em 68.944 recursos, 0,62% resultaram em absolvição do acusado, 1,02% substituíram a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 0,76% decidiu pela prescrição do objeto da ação, 6,44% diminuíram a pena, 2,33% diminuíram a pena de multa e 4,54% alteraram o regime prisional, o PNPCP propunha (também com base no Projeto de Lei n. 882/2019) a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância, ressalvada a possibilidade do tribunal, excepcionalmente, suspender o início do cumprimento da pena quando existir questão constitucional ou legal que possa importar na revisão do julgado (Brasil, 2019, p. 74). Neste ponto, cabe dizer que no dia 7 de novembro de 2019 o plenário do STF finalizou o julgamento que discutia a possibilidade de prisão após condenação em 2ª Instância, decidindo (com 6 votos contra 5) que tal possibilidade não pode ser admitida, devendo-se aguardar o trânsito em julgado. Assim, mais uma vez restou prejudicada a pretensão exposta no Plano e objeto do Projeto de Lei n. 882/2019.

Do mesmo modo, outros intentos pretendidos pelo Plano, referentes ao processamento e julgamento, são: trazer maior efetividade ao tribunal do júri (estabelecendo como regra o imediato cumprimento da pena por ele imposta); tornar regra o interrogatório por videoconferência e estabelecer essa possibilidade a outros atos processuais que dependam de participação de pessoa que esteja presa; e a implementação de um modelo de justiça especializada em transtornos mentais e dependentes químicos (união de critérios da saúde e jurídicos) (Brasil, 2019, p. 75-79).

#### **3.1.4 Diretrizes e medidas em relação ao cumprimento da pena, medidas e prisão: execução**

O Plano afirma que a reorganização do sistema prisional é urgente para readequar as unidades prisionais em relação às suas capacidades físicas, para separar os presos em relação a natureza dos crimes, pertencimento à organizações criminosas, identidades de gênero, entre outras divisões. Do mesmo modo, entende pela necessidade de polícias públicas que visem assegurar os direitos dos presos (à saúde, à assistência jurídica e à assistência social), almejando reverter esse caótico retrato do sistema penitenciário brasileiro (Brasil, 2019, p. 80).

Como um dos maiores obstáculos da gestão penitenciária, o Plano vislumbra a imprecisão e incapacidade de reunir dados estatísticos e informações que permitam o planejamento e desenvolvimento de políticas penitenciárias eficazes e equilibradas. A fim de sanar essa falha, o Plano sugere seja elaborado um "censo prisional" mediante uma cooperação técnica institucional que englobe órgãos públicos e a sociedade civil organizada. Esse censo seria responsável pelo cadastramento e identificação biométrica dos presos, pelo levantamento de dados e implantação de medidas na área da saúde, da educação, de engenharia e da segurança (Brasil, 2019, p. 81-82).

Entre outras medidas que o Plano também entende importante, vale ressaltar: a formação de um Banco Nacional de Perfil Genético, que se daria pelo colhimento e identificação do perfil genético dos presos; e a criação de um Sistema Nacional Eletrônico de Informações pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com possibilidade legal de compartilhamento e interoperabilidade, e que garanta

qualidade, atualização e padronização dos dados e informações registrados (Brasil, 2019, p. 82).

Paralelamente às reformas estruturais do sistema penitenciário, aduz ser de suma importância a realização de revisões e readequações na Lei de Execução Penal: a eliminação do critério objetivo de 1/6 (um sexto) para a progressão de regime, ou sua substituição para 1/2 (um meio) ou 3/5 (três quintos); a alteração do art. 59 do Código Penal para conferir ao juiz o poder de "modular" o requisito objetivo de cumprimento da pena quando da prolação da sentença condenatória; a reavaliação do limite máximo de cumprimento de pena, porque a expectativa de vida é muito superior àquela existente quando promulgado o Código Penal; modificação estrutural no sistema progressivo (visto que não foram implantadas de forma suficiente as colônias agrícolas e industriais, casas de albergado, etc., como pretendia o legislador) (Brasil, 2019, p. 83).

No tocante a progressão de regime, o Plano o considera um sistema falido e inoperante e observa existirem presos insuscetíveis de reeducação por aspectos subjetivos e outros que não precisam ser educados porque já o são, bem como, reconhece que a ressocialização pelo sistema progressivo não passa de uma utopia e que ele subtrai do juiz a possibilidade de individualizar a pena. Por tais motivos, entende pela necessidade do redesenho do sistema progressivo, enfatizando a individualização da pena com base na autodisciplina, senso de responsabilidade e vontade do apenado, exigindo sua participação nos projetos de estudo e trabalho ofertados pela unidade prisional como condição para a obtenção de benefícios. Ademais, por conta dos baixos números de estabelecimentos de cumprimento de pena em regime semiaberto e regime aberto (que totalizam 118), propõe a extinção do regime semiaberto como etapa, de modo que o sistema progressivo teria apenas os regimes aberto e fechado. Assim, os estabelecimentos de regime aberto poderiam ser utilizados para eventuais sanções decorrentes do descumprimento do regime aberto (substituindo, em alguns casos, a regressão) ou para projetos destinados ao egresso. Outrossim, o Plano considera necessária e útil a pena de prisão, de modo que propõe que os regimes fechados contemplem estabelecimentos de segurança máxima, média e mínima, nos quais seriam separados os presos pela gravidade dos crimes cometidos. Os estabelecimentos de segurança média seriam compostos pelos atuais estabelecimentos prisionais e indicados aos agentes de

crimes graves e violentos que por algum motivo não se recomende a inclusão em presídio de segurança máxima; os de segurança mínima seriam compostos pelos atuais estabelecimentos de regime semiaberto e indicados aos condenados por crimes não violentos ou cujo perfil não recomende maior vigilância; e os de segurança máxima continuariam nos parâmetros atuais. O PNPCP, destaca que a separação dos presos da forma descrita: minimizaria o recrutamento de presos pelo crime organizado e submissão de presos primários ao jugo de presos profissionais; permitiria a adoção de políticas específicas (trabalho, educação e lazer) para cada uma das unidades, focando a individualização da pena (Brasil, 2019, p. 86-89).

Entre várias outras proposições do Plano, destaca-se: a estruturação de Centros de Observação Criminológica; estruturação de "escolas ou academias" de formação multidisciplinar; a premiação, como estímulo e incentivo, das melhores unidades prisionais (cm elaboração de *ranking* entre elas); alterações no regime inicial dos criminosos reincidentes; impossibilidade de progressão de regime ou de obtenção de benefícios dos condenados que integrem organização criminosa enquanto houver indícios da manutenção do vínculo associativo; delimitação de novos requisitos para obtenção de benefícios, como reparação do dano, uso de monitoramento eletrônico, bom comportamento, entre outros; hipóteses de vedação às saídas temporárias; alterações na tipificação, prazos e características do regime disciplinar diferenciado; implementação de monitoramento de áudio e vídeo, automação, uso de recursos tecnológicos, como *body scan* e videoconferência, nas unidades prisionais; implantação obrigatória de ambulatórios e área destinada à saúde dos presos, com quadro de servidores compatível sem que haja terceirização; e fortalecimento do Programa de Proteção à Vítimas e Testemunhas (Brasil, 2019, p. 90-95).

### **3.1.5 Diretrizes e medidas em relação ao egresso: reintegração**

De início, o Plano indica que as diretrizes e medidas de reintegração dever envolver tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário, bem como que elas dependem de um tripé: o preso deve retomar sua liberdade com a convicção de que o crime não compensa, o estado deve preparar o preso e apontar novas

possibilidades de convivência social pacífica e a sociedade não deve alimentar a propensão do ex-presidiário para o crime (Brasil, 2019, p. 96).

Na sequência, mesmo ciente da não existência de consenso sobre o tema, o Plano entende que o preso precisa, no ambiente do sistema prisional, de medidas que favoreçam a recuperação de sua bússola moral, de modo que sejam reestruturadas suas noções de família, escola, trabalho e religião e que funcionem como variáveis dissuasórias da criminalidade (Brasil, 2019, p. 98).

Nesse sentido, indica que deve haver um planejamento e posterior gestão das medidas de reintegração, delineando-se objetivos, metas, ações, recursos e formas de monitoramento. Para tanto, o Plano entende necessário que haja uma reestruturação de órgãos, adequação de estruturas físicas, formação de pessoal e aquisição de equipamento. Destarte, também considera importante que as medidas acompanhem o preso desde o início da execução penal até a prisão e continuando após a soltura (Brasil, 2019, p. 101-102).

Além disso, o Plano destaca que deve haver certa individualização das medidas de reintegração, pois há egressos que estiveram presos apenas provisoriamente e se encontram em liberdade condicional; há casos de sentenciados, que têm seus próprios modelos progressivo de execução de pena que devem ser considerados, entre outros; há egressos por força de livramentos condicionais, ainda com vínculo com a justiça; há egressos que já cumpriram sua pena integralmente; entre outros. Outrossim, em determinadas situações entende que o egresso se desvincula da prisão e seu acompanhamento pelo Estado resta dificultoso, abrindo-se a possibilidade de efetiva participação da sociedade civil e de empresas parceiras do poder público. Contudo, nessas hipóteses é difícil convencer a sociedade a pactuar com essa participação, visto que ela mesma é a vítima dos crimes praticados e que ela vislumbra o egresso ainda como criminoso (por desacreditar na ressocialização e acreditar que a prisão deve ser definitiva a ele) (Brasil, 2019, p. 103-104).

Como se não bastasse as dificuldades externas à prisão e subjetivas do egresso, o Plano considera, também, que o ambiente prisional, na realidade, serve de local para recrutamento de novos membros para facções criminosas. Posto isso, entende que o Estado deve fomentar programas e projetos que desfavoreçam o avanço das facções criminosas (Brasil, 2019, p. 104-105).

Destarte, entre outras medidas, o PNPCP sugere como medidas e diretrizes voltadas ao egresso:

- Incluir no Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (SISDEPEN) dados e informações sobre egressos do sistema prisional.
- Construir um pacto interinstitucional entre os Poderes Executivo e Judiciário e definir programas e projetos de âmbito nacional com metas e recursos definidos, objetivando a reinserção social do egresso.
- Fomentar, por meio do DEPEN, a criação de estruturas institucionais voltadas para o atendimento/orientação e assistência ao egresso do sistema prisional nos órgãos de gestão dos Sistemas Prisionais locais.
- Realizar levantamento nacional sobre existência de patronatos e conselhos da comunidade e incentivá-los a desenvolver ações voltadas para o atendimento do egresso.
- Criar o observatório do egresso, com o objetivo de monitoramento de ações voltadas para a reintegração social em cada órgão de execução penal.
- Formar parcerias com instituições públicas e privadas e organizações da sociedade civil para a oferta de trabalho e educação para egressos do sistema prisional, bem como para a implementação de patronatos na forma privada como previsto na Lei de Execução Penal.
- Criar e divulgar junto com as varas federais e estaduais de execução penal um manual de gestão e boas práticas com o fito de organizar e maximizar as penas de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, para que a ressocialização desses apenados seja potencializada.
- Fazer cumprir o preceituado na Lei 8.666, de 1993, em relação à contratação de egressos em obras públicas.
- Incentivar os municípios na estruturação de programas e projetos voltados para o egresso com foco na diminuição da reincidência criminal – a formação de parcerias com instituições públicas e privadas e organizações da sociedade civil para a oferta de trabalho e educação para egressos do sistema prisional pode ser estimulada mediante cadastramento no programa de cumprimento de medidas e penas alternativas (Lei nº 13.019/2014)
- No tocante às APAC's (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), estimular políticas públicas objetivando auxiliar este tipo de humanização das prisões sem, contudo, deixar de lado a função punitiva da pena.
- Instituir mecanismos de monitoramento e avaliação de programas e projetos voltados para o egresso com foco na diminuição da reincidência criminal.
- Criar um banco de dados referentes a egressos em cada órgão dos Sistemas Prisionais locais, devendo mantê-lo acessível aos órgãos policiais. (Brasil, 2019, p. 108-109).

### 3.2 A RELAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS ESTUDADOS E O PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E CARCERÁRIA

Entendida a síntese das pretensões do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tem-se entendido também as pretensões do governo federal atualmente no poder e, conseqüentemente, para qual direção suas políticas e medidas serão voltadas. Destarte, facilmente constata-se a existência concomitante de desígnios admiráveis, utópicos e equivocados, de maneira que, invariavelmente, tais desígnios se contradizem e colidem entre si, seja na própria teoria, na execução empírica ou em ambas as esferas.

Todavia, serão aproveitados no presente trabalho apenas aqueles intentos do Plano que se relacionam com o tema aqui proposto, seja pela concordância, seja pela discordância ou até pela ausência de determinado intento. Em complemento à análise das pretensões referidas, para formação da opinião que será exposta no subtítulo subsequente, deve-se saber que a fundamentação, quase que integralmente, se fará com base nos conceitos dogmáticos discorridos no título 2.

### **3.2.1 Da prevenção, da repressão, da vulnerabilidade, dos estereótipos e outras características pretéritas ao crime**

Do conceito de vulnerabilidade já abarcado no subtítulo 2.6, deve ser retomado que "o estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária [...]" (ZAFFARONI et al., 2011, p. 46) e que, por isso, perfazem causas da criminalização e não do crime, podendo se tornar a causa do segundo quando o indivíduo assume o papel do rótulo que lhe foi dado (profecia autorrealizável - subtítulo 2.7).

A comunicação social, por instinto, tende a divulgar, majoritariamente, os crimes grotescos praticados por indivíduos estereotipados que não têm acesso positivo (influência) à essa comunicação e, a consequência mais notória desse fenômeno da criminalização secundária é a prisão, de modo que a sociedade supõe, com base no que é noticiado, que as prisões são compostas por autores de crimes graves, tais como homicidas e estupradores. Contudo, conforme se extrai do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de janeiro a junho de 2020, elaborado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), os crimes contra pessoa e contra a dignidade sexual somam 20,23%



do total de incidências (excluindo-se os presos que não estão sob tutela dos sistemas penitenciários), enquanto, na realidade a grande maioria dos prisioneiros são por delitos grosseiros com fins lucrativos, tais como os crimes patrimoniais e tráfico de drogas (*a obra tosca da criminalidade*), que integralizam a incrível marca de 71,07% do total (ZAFFARONI et al., 2011, p. 47, com adaptações).

Realizando um paralelo com as disposições do subtítulo 2.8, sabe-se que o indivíduo desenvolve suas aptidões de acordo com o grupo que se relaciona (principalmente de forma íntima) e com a camada e posição social que se encontra. Como o estereótipo criminal é composto por indivíduos em posição social desvantajosa (com educação elementar e oportunidades escassas), somada tal posição à urgência e desespero (e conseqüente falta de planejamento) que muitas vezes dela decorre, eventuais delitos praticados por esses indivíduos, majoritariamente, são obras toscas, que facilitam a persecução penal pelos agentes responsáveis e serve de conteúdo à comunicação social, o que, ciclicamente, reforça ainda mais o estereótipo e os preconceitos racistas e de classe.

Ainda, faz-se importante ressaltar que não se pretende dar a entender que as agências de criminalização secundária (policiais e judiciais) e de comunicação social (mídias televisivas, jornais, etc.) operam seletivamente de forma intencional ou porque o sistema é manejado de forma harmônica por alguém; elas o fazem porque é o caminho natural do exercício de suas funções, tanto pela facilidade, quanto pela ausência de complicações ou por inúmeros outros motivos que expliquem (mas que não justificam) a seletividade. Tal ideia conspiratória é regularmente reproduzida porque, notadamente, a cultura brasileira tem o infeliz hábito de identificar inimigos (e heróis) nacionais, que acabam por servir para amenizar a ansiedade provocada pela sensação de impotência decorrente da complexidade do problema. Contudo, resta evidente que, na prática, a seletividade e a distribuição desigual do poder punitivo favorecem determinados grupos que, conscientemente, dele se aproveitam e oferecem resistência diante de sinais de mudança dessa realidade (ZAFFARONI et al., 2011, p. 48-49).

Destarte, antes de se pensar em medidas e políticas voltadas à prevenção, deve-se ter conhecimento de cinco lições: (i) o estado de vulnerabilidade do indivíduo é diretamente ligado à sua correspondência ao estereótipo (imagem pública do criminoso), este último, por sua vez, é inversamente proporcional ao

esforço que o indivíduo deverá empenhar para se colocar em uma situação de vulnerabilidade (posição de risco criminalizante) - o indivíduo estereotipado precisa de um mínimo ou nenhum empenho para se colocar em situação de vulnerabilidade, muitas vezes, inclusive, precisa se empenhar para que possa sair dessa situação; em contrapartida, o indivíduo de baixo estado de vulnerabilidade (por exemplo, um empresário branco, rico e de renome) precisará de esforço para que se encontre em situação risco criminalizante (de vulnerabilidade) (ZAFFARONI et al., 2011, p. 49-50, com adaptações); (ii) da mesma forma que o rótulo de criminoso imposto a um indivíduo serve para mantê-lo na criminalidade, produzindo efeitos nele mesmo (profecia autorrealizável), e para manter maus olhos da sociedade sobre ele, produzindo efeitos na própria sociedade que não consegue enxergar o indivíduo sem ser pela lente do rótulo, o inverso também pode ser percebido, ou seja, aquele indivíduo que corresponde ao padrão oposto do estereótipo (com o rótulo de cidadão de bem, por exemplo) se compreenderá e será compreendido pela sociedade como honesto, trabalhador, bondoso e responsável, mesmo quando transgredir alguma lei (o que certamente ocorrerá, visto que todos, em algum momento, o fazem – mas nem todos são rotulados como criminosos), pois estará sendo visto através da lente do rótulo de cidadão de bem, sendo beneficiado por isso; (iii) se o indivíduo de alto estado de vulnerabilidade, inconscientemente, associa-se ao seu meio íntimo para aprender seus costumes, determinar objetivos, desenvolver aptidões e justificar (para si mesmo) seus meios, sejam regulares ou voltados ao crime, o mesmo se aplica ao indivíduo de baixo estado de vulnerabilidade. Considerando-se que todos praticam crimes, cada qual na medida e situação que sua bússola moral permite, é cediço que os indivíduos de baixo estado de vulnerabilidade incluem-se nesse total. Destarte, resta inegável que a associação diferencial se aplica perfeitamente a estes últimos indivíduos, com a diferença de que eles ocupam privilegiadas posições sociais (elevado poder econômico e/ou político, alto nível de escolaridade, com acesso positivo às agências de comunicação) e, portanto, conseguirão praticar crimes mais rebuscados, complexos e difíceis de serem percebidos (crimes de colarinho branco), até porque, na maioria das vezes, tais indivíduos passam despercebidos sob o farol das agências penais; (iv) os crimes de colarinho branco sempre estiveram presentes na história nacional e internacional, entretanto, tendo em vista que seus autores ocupam cargos de poder na sociedade (estado de

baixíssima vulnerabilidade ou até de invulnerabilidade), a complexidade que eles envolvem e que seus resultados são discretos, diferentemente dos crimes patrimoniais, violentos e grosseiros, eles nunca foram perseguidos com a mesma voracidade que os outros crimes e, muitas vezes, nem sequer foram perseguidos, ficando sempre na cifra negra da criminalidade (aqueles crimes que passam despercebidos nos radares das agências penais – não chegam a ser registrados ou não são levados a julgamento porque os inquéritos policiais, quando existem, não conseguem, sequer, apontar a autoria), e; (v) apesar de serem discretos, de não empregarem violência, de serem praticados, muitas vezes, por pessoas públicas tidas como benfeitores e de todas outras características a eles imputadas, o prejuízo causado pelos crimes de colarinho branco são mais impactantes à sociedade do que os crimes grosseiros, patrimoniais e até que os grotescos, individualmente. Essa realidade tem tido maior visibilidade no Brasil desde que os resultados das investigações aos políticos e seus gabinetes começaram a surgir, mostrando cifras milionárias (e, por vezes, bilionárias) que foram subtraídas dos cofres públicos. Pior do que a subtração em si, são as consequências delas, quais sejam, a falta ou insuficiência de investimento público em serviços essenciais decorrentes de desvios de verbas, que provocam, em determinadas situações, colapsos no setor da saúde, do abastecimento de energia, da segurança pública, do saneamento básico, entre outros. Contudo, os políticos não são os únicos a praticar os crimes de colarinho branco, eles apenas figuram, atualmente, por força das agências de comunicação, como alvos da sociedade, na figura do inimigo nacional supracitada.

Acerca das pretensões relacionadas à prevenção e repressão do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, não obstante algumas delas serem superficiais e outras terem perdido seu objeto por conta da votação dos projetos de lei que se deram entre a publicação do plano e a elaboração do presente trabalho, as de maior relevância, sem sombra de dúvidas, são: a que visa maximizar a integração e interação entre os órgãos penais repressivos (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário - chamados nesse trabalho de agências penais) e a que visa qualificar da melhor forma possível os operadores do Sistema de Segurança e Justiça. Contudo, devem ser feitas três observações acerca de tais pretensões: à uma, que a tríade que figura como foco do Plano não se trata do maior problema criminal enfrentado pela sociedade. A tríade apenas ganha maior destaque pelas

agências de comunicação social por serem os crimes mais grosseiros, em razão de seus resultados, e porque são os que tem sido mais identificados pelas agências policiais (essa situação compreende perfeitamente a história da impressão social de que são os *únicos delitos* e que seus autores são os *únicos criminosos*, conforme exposto no subtítulo 2.6). Apesar dessa impressão, sabidas as condições da realidade penitenciária brasileira, há de se convir que existe uma imperativa necessidade, extremamente útil à prevenção, de se ajustar a estrutura prisional, de modo que possibilite uma separação dos presos por gravidade do crime praticado, idade, habitualidade delituosa, entre outros critérios. Do mesmo modo, considerando que mais da metade da população carcerária foi condenada pela prática dos crimes que compõem a tríade do Plano (vide Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020) – o que demonstra que as agências penais já possuem expertise em elucidá-los –, muito mais útil seria o enfoque dos planos de políticas criminais na elucidação dos crimes de colarinho branco (além dos crimes de corrupção), que dificilmente são investigados e, menos ainda, condenados; à duas, que a maximização da integração e interação deve se dar, não somente entre as agências penais, mas sim entre Ministério da Justiça e Segurança Pública e outros ministérios do governo federal que podem auxiliar muito na prevenção da criminalidade (como, por exemplo, o Ministério da Educação, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a Secretaria do Governo e o Ministério das Comunicações); à três, que a qualificação dos operadores não deve se dar somente através de programas de inteligência, técnicos e especializantes, voltados aos crimes de colarinho branco, aos responsáveis pelas investigações, programas de gestão aos responsáveis pelos estabelecimentos policiais, ou até de alterações legislativas que possibilitem a bonificação às melhores divisões policiais – por exemplo, sob critérios de ética e transparência, de elucidação de crimes, de efetividade (não só de elucidação e prisão, mas de identificação e restauração dos proveitos do crime), entre outros.

Em complemento, referente à repressão e à qualificação dos operadores das agências penais, conforme já foi explicado neste subtítulo, o caminho natural da criminalização secundária é a seleção pela vulnerabilidade e pelo estereótipo, entretanto, sabendo-se dessa realidade, se faz imperativa a necessidade de que esse caminho seja alterado, pela vontade e esforço do homem, para que a criminalização secundária passe a selecionar, também, os criminosos que possuem

baixo estado de vulnerabilidade. Para tanto, como essa experiência não advém de maneira natural, deve ser adquirida de maneira forçada, através de programas de técnicos e de inteligência voltados aos crimes de colarinho branco (fiscais, econômicos, empresariais, de corrupção, entre outros), a fim de evitar o uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar essas falhas das agências penais (como a banalização da legislação penal, destruição do conceito limitativo de bem jurídico, crise da concepção de dolo, responsabilização objetiva penal, etc.)

### **3.2.2 O tráfico de drogas como instrumento seletivo**

Tratando de tráfico de drogas, fatalmente chega-se ao tema da descriminalização e legalização das drogas. Contudo, por força das extensas discussões acerca do tema, que abrange inúmeros argumentos prós e contras, o presente trabalho tentará contornar o mérito do assunto para indicar que, no mínimo, requer-se uma readequação da política do combate às drogas e uma reforma legislativa sobre o tema, pelos motivos dispostos a seguir.

Conforme ensinado por Bechara, Birnbaum e Roxin (e exposto nos subtítulos 2.1 e 2.2), o Direito Penal possui como função a proteção de bens jurídicos e deve agir somente quando nenhum outro instituto puder tutelar adequadamente o bem jurídico que se encontra em perigo ou violado. Dessa maneira, o legislador penal deve sempre ater sua labuta à tipificação de condutas ou omissões que violem ou ameacem bens jurídicos de terceiros que não possam ser protegidos por outros ramos do direito.

Relacionando-se a teoria do bem jurídico ao crime de tráfico de drogas, as jurisprudências brasileiras reconhecem que o bem jurídico tutelado pela proibição do tipo é a saúde pública, de modo que o sujeito passivo protegido é a coletividade. Dessa maneira, o bem jurídico perde seu caráter objetivo e material e passar a ser entendido como abstrato. Contudo, quando se fala em atuação penal nos tipos de perigo relacionados a bens jurídicos abstratos, há que se tomar cuidado para que o tipo não sirva apenas como instrumento de poder, de modo que o Direito Penal acabe por proteger a própria norma.

Em complemento, pode-se afirmar que é impossível utilizar a teoria da imputação objetiva para responsabilizar o agente do tráfico de drogas. Trazendo à

conhecimento as condições da referida teoria, tem-se que, para tornar possível a responsabilização penal, o agente deve criar um risco proibido a um bem jurídico e tal risco deve se realizar no resultado, sendo esse resultado tipificado. Tentando relacionar regressivamente esta teoria ao crime em comento, entende-se: o tráfico de drogas como resultado, a saúde pública como bem jurídico, ora abstrato, e o risco pode ser compreendido como dano à saúde. Contudo, o risco criado pelo agente não se vincula à saúde pública, porque o dano possivelmente provocado afetaria somente o usuário (que se autocoloca em perigo, afastando a responsabilização do traficante (HELENE, 2020)) e não a coletividade, e ele tão pouco é proibido, na medida em que a maioria, se não todas, drogas lícitas também provocam danos à saúde.

Como se não bastasse a ausência de justificativas conceituais que legitimem a criminalização do tráfico de drogas, a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), que estabelece para a repressão e define o tráfico de drogas, deixou de dispor critérios objetivos que permitam a distinção do traficante e do usuário, de modo que esse tipo penal serve como a perfeita ferramenta para a seletividade do controle social. Neste mesmo sentido, Alessandro Baratta acrescenta que a falta de critérios para a diferenciação possibilita discricionariedade às agências penais e, por conseguinte, a discriminação e a seletividade da guerra às drogas, o que torna evidente a desigualdade presente na referida lei, visto que o status de criminoso decorrente da relação do indivíduo com a droga é difundido desigualmente entre os indivíduos, de acordo, principalmente, com a classe social a que são pertencentes (BARATTA, 2002, p. 162).

A Lei de Drogas acaba deixando na mão das agências penais, e principalmente das agências policiais, a escolha de imputar a alguém a pena de um crime equiparado a hediondo ou a pena de um delito de menor potencial ofensivo, que nem crime é. Como se sabe e extensivamente se argumentou no presente trabalho, a permissão de discricionariedades, no Brasil, enseja que a violência policial (poder punitivo) e a ira social advindas do estigma que associa o crime à pobreza, recaiam sobre os indivíduos que se compreendem em estado de maior vulnerabilidade, ou seja, sobre os estereotipados e as classes subalternas.

A discricionariedade do artigo 28, §2º da Lei de Drogas, a depender do posicionamento social de quem analisa, pode ser considerada de forma que se

estenda, inclusive, na própria redação da legislação. Ciente da inexistência dos *delitos naturais* (não há uma natureza própria do crime) e que o crime deriva dos interesses de um indivíduo ou grupo que se encontra em posição de poder, a discricionariedade se compreende na determinação, feito por esse indivíduo, do caminho a ser seguido por todos aqueles que o tipo penal imposto afetará.

Vale citar, em concordância ao exposto, Pedro Abramovay, ex-secretário nacional de justiça, que em entrevista dada ao G1, constatou que "o resultado prático é que pessoas pobres são presas como traficantes e os ricos acabam sendo classificados como usuários. Um sistema assim não é bom para ninguém" e complementou "as prisões por drogas hoje são uma fonte perversa de criminalização da pobreza" (D'AGOSTINO, 2015).

Relacionando tudo o que aqui foi dito, com a inclusão do crime de tráfico de drogas como um dos focos do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, só corrobora com a afirmação, feita no subtítulo 4.1.1, de que o Plano foi praticamente todo formado pela ilusão dos *únicos delitos* conceituada pelo Zaffaroni. Apesar do Plano sugerir a retificação da Lei de Drogas, o que realmente deve ser feito, ele indica que o poderio econômico das facções criminosas advém, principalmente, do tráfico e, por isso, conclui que a solução para diminuir o poder das facções é reafirmar a guerra às drogas, aumentando ainda mais a repressão no seu combate. Contudo, em superficiais análises à realidade penitenciária do Brasil resta mais do que evidente que a guerra às drogas é imprestável, à uma porque prender um pequeno traficante não causa nenhum prejuízo à facção que, no mesmo dia substituirá o jovem detido por outro jovem iniciante do crime (não raramente menor de idade); à duas porque a quantidade de droga que cada vendedor carrega consigo é ínfima perto do estoque total das facções e o prejuízo causado pela apreensão será facilmente recuperado nas próximas vendas; à três porque a prisão não afasta nem um pouco o indivíduo da facção, que também se estabelece dentro das penitenciárias, de modo que, se antes o indivíduo vendia por conta própria e não tinha contato com facções, depois de preso, certamente o terá; à última, mas não menos importante, porque se o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do tráfico é a saúde pública, resta ainda mais injustificável a guerra às drogas que, indiscutivelmente, causa prejuízos maiores (e nada abstratos) à saúde pública e

ainda mais concretos à saúde individual de todos aqueles que atuam nessa guerra, nesse sentido, inclusive, vale citar Nilo Batista:

Imaginemos a surpresa do pesquisador que um dia comparar o número de pessoas mortas pelas drogas, por overdose, debilitação progressiva ou qualquer outro motivo, com o número de pessoas mortas pela guerra contra as drogas. (BATISTA apud FILHO, Orlando Zaccone D'Elia, 2007, p. 36-37)

### 3.2.3 A seletividade da prisonização e sua necessidade de substituição

Apesar do presente trabalho já ter demonstrado de diferentes maneiras a indiscutível seletividade do sistema penal brasileiro, a fim de elucidar ainda mais e tornar indiscutível tal constatação, o presente subtítulo trará algumas informações retiradas do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 (REINACH, 2020).

Inicialmente, deve ser constatado que, em 2019, o Brasil foi cenário de 47.796 mortes violentas intencionais, 74,4% (algo em torno de 35.560) das vítimas dessa violência são pessoas negras. Ademais, dentre o total indicado, 13,3% (6.357) das mortes foram provocadas por intervenções policiais - nas capitais e Distrito Federal esse percentual é ainda maior, 17,2% - e, nesse espectro, a seleção fica ainda mais evidente, sendo 79,1% (por volta de 5.028) das vítimas das intervenções, pessoas negras. Outra prova imperativa da seleção do poder punitivo estatal, e da desigualdade racial, é que das 755.274 pessoas privadas de liberdades em 2019, 66,7% (mais de 503.700 pessoas) delas eram negras (REINACH, 2020).

Apesar da seleção vitimizante e criminalizante não se dar, exclusivamente, acerca da cor do indivíduo, ela é determinante. Dessa forma, assume-se que nem todos os números acima tratem de todos os indivíduos estereotipados, visto que alguns não negros também fazem parte do estereótipo (por conta da localidade, classe social, companhias) mas, por outro lado, pode-se considerar que todos os negros o fazem, independente de sua localidade, classe social ou qualquer outra característica. De toda forma, os dados supracitados e o referido Anuário, como um todo, dirimem qualquer dúvida acerca da seleção referida.

Diante de tais fatos, a maior indignação voltada ao Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária é no sentido de que não são tratadas, nem ao menos superficialmente ou de modo contraditório, como ocorre com alguns temas (à exemplo do tráfico de drogas), de medidas impositivas que objetivem diminuir a



seletividade da repressão exercida pelas agências penais ou que objetivem diminuir a prisonização em geral, de modo a reduzir maior problema das penitenciárias brasileiras, qual seja, a superlotação.

Não bastasse todas as questões levantadas no presente trabalho, vale destacar que a situação retratada neste subtópico, mas principalmente a pena privativa de liberdade, viola outros dois importantes institutos: a proporcionalidade e a função da pena. Sabe-se, em concordância aos dizeres dos subtítulos 2.2 e 2.5, quais são os três elementos da proporcionalidade da pena (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e quais são as funções da pena (preventiva e repressiva). Destarte, na realidade penal brasileira percebe-se que a pena aplicada não é adequada, porque não é pertinente para cumprir as funções da pena, visto que o legislador que a previu não considerou o caos penitenciário brasileiro; não é necessária, porque, na maioria dos crimes (inclusive no tráfico de drogas), a privação de liberdade, ainda mais da forma que ocorre, não perfaz a opção menos danosa ao apenado que repara o bem jurídico violado pelo crime; e nem proporcional em sentido estrito por conta do caos penitenciário que, além de violar os direitos fundamentais do acusado previstos (como o direito à liberdade, direito de ir e vir, entre outros), viola as mínimas condições da dignidade humana, o que não se admite em nenhuma circunstância. Da mesma forma, nas condições que são impostas, é cedo as penas não cumprem suas funções corretamente, visto que não mantêm equilíbrio entre si (a função repressiva suprime quase que integralmente a função preventiva) e, conseqüentemente perfazem uma mera violência do Estado perante o apenado.

Discorridas tais considerações, através de estudo e análise da realidade penal e penitenciária do Brasil, entende-se que o sistema estabelecido é extremamente falho e fere diretamente as premissas constitucionais do condenado. Isso pode ser percebido de forma cristalina, por exemplo, na medida em que: há ofensa à presunção de inocência e ao devido processo legal no ponto em que a prisão preventiva perfaz parcela significativa da população carcerária e, uma vez presos, seus processos enfrentam imensa ineficiência e demora do juízo penal; a pena cruel é constatada na superlotação dos presídios que comportam mais do que o dobro de presos do que deveriam, nas péssimas condições sanitárias dentro das celas, na falta de preparo dos agentes penitenciários e até mesmo na própria

carência de agentes penitenciários; há violação à integridade física e moral do apenado diante da realidade violentíssima que assola a vida de qualquer presidiário e na educação criminosa existente no sistema carcerário; e, por fim, pode se considerar que a pena tem caráter perpetuo ou de banimento quando o Estado deixa de proporcionar condições de ressocialização ao preso e quando a sociedade ignora que, após cumprida a pena, o ex-presidiário deve ser tratado de forma receptiva e receber oportunidades para que não volte a delinquir – o que praticamente não ocorre na prática.

#### 4 CONSIDERAÇÕES E CRÍTICAS AO CÓDIGO E AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Na prática penal brasileira o poder punitivo serve como instrumento de controle social discricionário e excessivo e não somente como *ultima ratio*, de modo que determinados grupos e classes sociais são marginalizados após a prisão (e as vezes até antes dela), sem qualquer possibilidade efetiva de reinserção social mesmo após cumpridas as penas, sofrendo o estigma de serem controlados e afastados permanentemente do convívio social harmônico prometido pela Constituição, principalmente devido à desmedida aplicação de penas privativas de liberdade, vislumbrando-se seu caráter meramente punitivo e deixando-se de lado a função preventiva.

Outra conclusão negativa que se abstrai é acerca dos estigmas do criminoso nato – hoje relacionado à pobreza e a cor do indivíduo – que, apesar de hoje em dia terem significados evidentemente preconceituosos e racistas, fortalecem inconscientemente, através, por exemplo, do racismo estrutural e do etiquetamento social, a compreensão equivocada que justifica a predominância de indivíduos de classes sociais mais baixas nos cárceres do Brasil, visto que a legislação trata com extrema e distinta rigidez os crimes contra o patrimônio enquanto que os crimes penais econômicos, majoritariamente praticados por classes econômicas altas e cargos de poder, vislumbram benesses e maleabilidades extravagantes.

Deste modo, pode-se concluir incontestavelmente, tanto pela análise jurisprudencial, quanto pela própria valoração que o legislador fez no momento em que foram definidas as penas de cada tipo penal, que a punição se baseia em quem costuma praticar e em quem o crime atinge (se faz ou não parte do estereótipo), de forma – preconceituosa – que atribui penas privativas de liberdade (e graves, em relação ao tempo de privação) ao crimes praticados majoritariamente pelos estereotipados em face da elite (patrimoniais, violentos e tráfico), em prol de uma suposta defesa social da ordem pública, enquanto relaxa o tratamento de crimes praticados pelos indivíduos que compreendem estado de baixa vulnerabilidade (econômicos, financeiros, de corrupção e contra a administração pública). Apesar de, num primeiro momento, os crimes patrimoniais e violentos parecerem mais graves do que os de colarinho branco, deve ser levado em consideração os efeitos

reais do segundo (que costumam ser vistos de forma abstrata), de modo que, por exemplo, um desvio de verba pública que se destinaria à saúde não provoca dano à coletividade, a administração pública ou qualquer abstratismo do gênero, mas sim ao doente contaminado pelo coronavírus que morrerá porque a verba destinada à compra de seu respirador nunca chegou; ou, ainda, na sonegação empresarial de impostos, como uma das possíveis soluções, poderia ser verificado qual seria o destino daquele imposto para se medir o dano provocado pela sonegação e atribuir-se uma pena à ela.

Ressalta-se que a pretensão aqui não é defender que as penas dos crimes de colarinho branco sejam aumentadas, nem que as dos crimes violentos devam ser diminuídas, mas sim que haja uma completa reanálise de todas as penas e tipos penais, em conformidade com a proporcionalidade e razoabilidade, com a teoria do bem jurídico, com as funções da pena, com os princípios constitucionais e, principalmente, com a realidade brasileira, para que a justiça seja alcançada de uma forma que a pena seja benéfica para a sociedade e seja reeducativa e retributiva ao condenado. Notável que, para tanto, o brasileiro deverá renunciar à sua infeliz necessidade de ver o condenado atrás das grades para acreditar que a justiça foi feita, até porque a história já comprovou de várias maneiras que a privação de liberdade de nada, ou muito pouco, adianta, devendo urgentemente ser substituída por penas alternativas que perfaçam a chamada Justiça Restaurativa - que priorize "restaurar" o bem jurídico violado pelo crime antes de qualquer coisa.

A seletividade também pode ser constatada nos requisitos atribuídos às medidas de segurança, como a prisão preventiva (artigos 311 a 316 do Código Processual Penal) que foi convertida como instrumento de neutralização de indivíduos indesejáveis em alegada função da defesa da coletividade - o mesmo ocorre com a prisão provisória. Não são poucos os casos em que a condição financeira do réu é levada em consideração pelo juiz para determinar a possibilidade de que ele volte a delinquir e eventual necessidade de mantê-lo preso provisoriamente, principalmente quando o crime processado é o tráfico de drogas. O entendimento de alguns juízes de custódia e de origem é que, se o réu tem trabalho e patrimônio, ele não precisará voltar a delinquir, mas se não o tem, assim que for solto voltará a vender drogas, por não ter outra forma de subsistência. Contudo, além do preconceito que se encontra nessa linha de raciocínio, se ele fosse

realmente factível, o indivíduo que trabalha e tem patrimônio não teria delinquido nenhuma vez – visto que o flagrante em nada modifica essa situação.

O tema da neutralização de indivíduos indesejáveis, além de atingir o campo carcerário, pode ser ainda mais evidenciado quando os réus que acabam internados em hospitais psiquiátricos, sem qualquer estipulação de tempo de permanência, sem laudo psiquiátricos mensais como deveria ser feito, restando cristalino que o único intuito do instituto legal que permite essa prática é afastá-lo da sociedade, não importando-se com sua ressocialização ou com o que acontecerá com ele a partir de sua marginalização.

Em complemento, a despeito da marginalização de delinquentes condenados ao cárcere, conforme preceitua Zaffaroni e Pierangeli, o contrato social entre cidadão e Estado exige que o primeiro siga as leis e princípios do ordenamento jurídico e, em contrapartida, o Estado proporcione oportunidades iguais a todos, bem como forneça condições mínimas existenciais e dignas. Ao deixar de cumprir seu papel, seja pela carência de recursos ou pela marginalização pela pobreza ou pelo estereótipo, em tese, o Estado fica impossibilitado de exigir o cumprimento do referido contrato pelo indivíduo (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 1997). Nesse sentido, é importante a ressalva de que o defendido aqui não é a impunidade, mas sim o efetivo cumprimento do Estado para com seus deveres constitucionais.

Outrossim, uma alteração interpretativa da legislação que poderia ser útil no sistema penal brasileiro, à luz da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade de Zaffaroni, seria em relação aos artigos 59 e 66 do Código Penal. Enquanto o art. 59 determina que o juiz atenda à culpabilidade para fixar a pena (na primeira fase da dosimetria), tal culpabilidade poderia ser interpretada, em complemento ao sentido atual, como o esforço do indivíduo para se colocar na situação de vulnerabilidade que ensejou o alcance do poder punitivo. Já o art. 66, que se refere à segunda fase da dosimetria e prevê uma atenuante praticamente genérica – “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” –, poderia ser interpretado de forma que possibilitasse a aplicação dessa atenuante aos indivíduos que se encontram em estado de vulnerabilidade muito alto.

No tocante à existência de numerosas leis esparsas que servem de complemento e muleta ao Código Penal de 1940, pode-se entender que o código,

por si só – e até mesmo com as leis esparsas –, não compreende a realidade social e penal como deve ser encarada, deixando de buscar a efetividade das leis, a concretização das políticas de segurança pública e a correção das desigualdades, o que deve se dar através do combate à pobreza, e não ao pobre, somado a valorização da educação e das políticas de incentivo ao esporte, iniciação científica, etc. Para suprir a deficiência do Código Penal, vemos a atividade legislativa, principalmente no ramo do Direito Penal, determinando-se a apagar incêndios de clamor social, geralmente provocados pela divulgação de casos emblemáticos pela mídia, através da criação de legislações de emergência – geralmente eivadas de lacunas ou até mesmo falhas.

Tal deficiência serve como farol à noção popular de que as leis são ineficazes, de modo que corrobora com o sentimento de que a impunidade persevera no Brasil, sendo que essa afirmativa só é verdadeira quando o agente do crime se encontra nos altos escalões da sociedade ou quando é afortunado financeiramente.

Infelizmente, o direito penal emergencial é tão recorrente que já é tratado pelas doutrinas penais. Por sua vez, estas, majoritariamente, entendem que todo sistema jurídico que se pretenda razoável e seguro, deve rechaçar determinada situação, visto que a construção legislativa exige ponderação aprofundada e minuciosa em cada tema que atuará, o que evidentemente não ocorre quando há pressão popular acionada pela mídia na opinião política dos legisladores pátrios, causando desespero e imediatismo na atividade legislativa.

Outro mal bastante comum que assola o Direito Penal brasileiro é que, diante da ineficiência e comodismo do Poder Legislativo, cada vez mais, as cortes superiores têm se incumbido do trabalho legislativo, tanto para legislar sobre direitos individuais polêmicos, quanto para solucionar lacunas e contradições encontradas no ordenamento jurídico, o que também não deve ser admitido.

## 5 REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Em virtude de todo o exposto no presente trabalho, levando-se em consideração o contexto histórico nada louvável que se deu a elaboração do Código Penal e suas principais influências, é impreterível que seja elaborado um novo Código Penal, adequado a realidade brasileira atual - que considere as particularidades desta nação (a corrupção enraizada no "jeitinho brasileiro", a seletividade intrínseca às agências penais por força do racismo estrutural e do etiquetamento social, o caos penitenciário, etc.) - e que reformule e reorganize todas as disposições do código que hoje vigora, de forma que corrija suas falhas dogmáticas, compatibilize suas contradições, revise todas as penas, preencha suas lacunas e unifique, de forma coesa, as leis esparsas.

Da mesma forma, é necessário uma reforma no foco e pretensões da política criminal e que as leis que visam concretizar as pretensões dos planos de política criminal e penitenciária sejam levadas a sério, visto que muitas das existentes não são postas em prática. Para tanto, é imperativo que a elaboração do plano seja feita de forma mais associada a realidade, que seus autores se aprofundem e se dediquem a entender a realidade social, criminal e penitenciária, e que proponham medidas que produzam efeitos não só no curto prazo, voltadas à agrandar uma pequena parcela da sociedade e/ou emergenciais, mas que cuidem dos indivíduos mais vulneráveis, que combatam as deficiências naturais da máquina estatal e as injustiças sociais, e que corroborem, no curto e longo prazo, com o desenvolvimento da nação como um todo.

Destarte, pode-se concluir que a reforma do Código Penal e da Política Criminal deve ser realizada, em extrema síntese, para: (i) revisar e adequar as penas de acordo com a violação do bem jurídico; (ii) priorizar a justiça restaurativa ao invés da função punitiva da pena; (iii) diminuir a prisonização deixando a aplicação da pena privativa de liberdade somente nos tipos em que ela seja essencial; (iv) adequar as disposições do Código Penal e os elementos de seus tipos às teorias e conceitos dogmáticos; (v) unificar as leis esparsas e elaborar tipos penais que combatam os novos crimes originados a partir dos avanços tecnológicos; (vi) concentrar os esforços da política criminal na elucidação dos crimes de colarinho branco, visto que os crimes grosseiros (violentos, tráfico de drogas e de

organizações criminosas) já são repreendidos de maneira efetiva; (vii) encarar que a seletividade penal se dá naturalmente na persecução penal e que, por isso, a política criminal deve agir de modo pensado e crítico com o intuito de alterar essa realidade; (viii) permitir que o egresso possa ser reinserido na sociedade, de forma plena, após cumprida sua pena e; (ix) que sejam realizados estudos de viabilidade que tentem aumentar a destinação de verbas públicas voltadas ao Sistema Penal e, principalmente, ao Sistema Penitenciário.

Não se pode esquecer, também, que todas as áreas de atuação do Estado estão interligadas e, nesse sentido, para se combater o problema em uma delas, todas devem se unir esforços, à exemplo de um corpo infectado por um vírus que dispõe de toda sua energia e empenho para combater esse vírus, independente de qual parte do corpo ele afetará ou de onde precisará ser tirada a energia, ressalvadas as funções essenciais. Nesse sentido, há uma disposição de Sutherland que teoriza o problema da criminalidade em uma analogia semelhante:

“A função social do crime é de mostrar as fraquezas da desorganização social. Ao mesmo tempo que a dor revela que o corpo vai mal, o crime revela um vício da estrutura social, sobretudo quando ele tende a predominar. O crime é um sintoma da desorganização social e pode sem dúvida ser reduzido em proporções consideráveis, simplesmente por uma reforma da estrutura social” (SUTHERLAND; SCHUESSLER, 1973, p. 41).



## REFERÊNCIAS

ABREU, Iduna Weinert. A teoria da ação finalista de Hans Welzel. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 13, n. 51, p. 179/198, jul./set. 1976. Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180958>. Acesso em: 30 mar. 2021.

ALMEIDA, Caio Patricio de; DIETER, Mauricio Stegemann (Coord.). **A crítica da crítica acrítica**: limites e contribuições da criminologia do conflito. Dissertação (Direito Penal) - Faculdade 28 de Agosto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-19022021-172210/pt-br.php>. Acesso em: 14 mai. 2021.

ALMEIDA, Túlio Ponte de. **A Culpabilidade por Vulnerabilidade na prática penal brasileira**. Âmbito Jurídico. Ceará, 11 de maio de 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-culpabilidade-porvulnerabilidade-na-pratica-penal-brasileira/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, f. 120, 2006. 239 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, f. 127, 2002. 254 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. WMF Martins Fontes, f. 72, 2019. 144 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. EDIPRO, v. 2, f. 64, 2019. 128 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Martins Fontes, f. 72, 2019. 144 p. Disponível em: <https://listadelivros-doney.blogspot.com/2010/06/dos-delitos-e-das-penas-cesare-beccaria.html>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 232 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, 31 de janeiro de 1941.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária n. 2020-2023, de 01 de novembro de 2019. **Diário Oficial**. Brasília/DF, 01 de novembro de 2019. Disponível em: [https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/plano\\_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf](https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf). Acesso em: 29 abr. 2020.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. 207 p.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Com Lei de Drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país**: tráfico é crime que mais encarcera; aumento foi de 339% desde lei de 2006. Para especialistas, aplicação é falha e teve efeito perverso sobre usuários. G1. São Paulo, 24 jun. 2015. Política. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>. Acesso em: 1 mai. 2021.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. Rio de Janeiro, f. 69, 2007. 137 p. (Revan).

DÁLBORA, José Luis Guzmán. **Zwei Aufsätze**. LIT Verlag Münster, v. 1, f. 59, 2010. 117 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Editora Revista DOS Tribunais, f. 123, 2002. 246 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, f. 123, 2003. 246 p.

GRECO, Luis. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**: prefácio Juarez Tavares. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, f. 88, 2014. 176 p.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, f. 106, 2008. 212 p.

HELENE, Paulo Henrique. **Direito penal**: teoria da imputação objetiva. **Youtube**. 2020. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=kA\\_QtQBHhKs](https://www.youtube.com/watch?v=kA_QtQBHhKs). Acesso em: 2 abr. 2021.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, v. 1, f. 365, 2008. 730 p.

LEMERT, Edwin McCarthy. **Social Pathology**: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior. Literary Licesnsing, LCC, f. 234, 2012. 468 p.

LEMISZ, Ivone Ballao. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. **DireitoNet**. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5634/Os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MACHADO, Bruno Amaral; SANTOS, Rafael Seixas. **Constituição, STF e a política penitenciária no Brasil**: uma abordagem agnóstica da execução das penas. Brasília (DF): Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, 2018, p. 89-112.

MARTHA, Grazielle. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Presidente Antônio Carlos, 2014.

MARTINI, Bruno. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção ao cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo**. Jus.com.br. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9708/o-principio-da-proporcionalidade-como-instrumento-de-protecao-do-cidadao-e-da-sociedade-frente-ao-autoritarismo>. Acesso em: 2 mai. 2021.

MERTON, Robert King. **Sociologia**: teoria e estrutura. Mestre Jou, 1968. 758 p.

METTZER. **O melhor editor para trabalhos acadêmicos já feito no mundo**. Mettzer. Florianópolis, 2016. Disponível em: <http://www.mettzer.com/>. Acesso em: 21 ago. 2016.

MONTESQUIEU, Charles Luis de. **Do Espírito Das Leis Vol. 1**. Nova Fronteira, v. 2, f. 100, 2010. 200 p.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte general; princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, f. 398, 2017. 795 p.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos.

REINACH, Sofia. **Anuário de Segurança Pública 2020**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2020. 332 p. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 1 mai. 2020.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, f. 32, 2006. 64 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, f. 238, 2002. 476 p.

SUTHERLAND, Edwin. A criminalidade de colarinho branco, 1940. *REvista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS, Rio Grande do Sul*, v. 2, n. 2, p. 93-103, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251/33980>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SUTHERLAND, Edwin Hardin; CRESSEY, Donald Ray; LUCKENBILL, David F.. **Principles of Criminology**. Rowman & Littlefield, v. 1, f. 348, 1991. 696 p.

SUTHERLAND, Edwin Hardin; SCHUESSLER, Karl. **On Analyzing Crime: the heritage of sociology**. Chicago: University of Chicago Press, f. 142, 1973. 284 p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, f. 202, 2003. 403 p.

TEORIA da Imputação Objetiva: Direito Penal. Produção de Paulo Henrique Helene. 05/05/2020 (53min). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=kA\\_QtQBHhKs](https://www.youtube.com/watch?v=kA_QtQBHhKs). Acesso em: 2 abr. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, f. 445, 1997. 890 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, f. 329, 2011. 658 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. **Discursos sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 38-48, 2004.

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Vitor Bambini Tedde, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41648641, período matutino, turma 10º D, tendo realizado o TCC com o título: A seletividade do Direito Penal Brasileiro e a necessidade de reforma do Código Penal e da Política Criminal, sob a orientação do Professor Alexis Augusto Couto de Brito, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 17 de maio de 2021



Assinatura do discente