



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

MONICA ANTONIETA MAGALHÃES DA SILVA

**A PREVENÇÃO CRIMINAL EM UMA NOVA PERSPECTIVA:
AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDA DE REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE DE
EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Salvador

2014

MONICA ANTONIETA MAGALHÃES DA SILVA

**A PREVENÇÃO CRIMINAL EM UMA NOVA PERSPECTIVA:
AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDA DE REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE DE
EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito Público da Universidade Federal Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof^a. Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

Salvador

2014

S586

Silva, Monica Antonieta Magalhães da,

A prevenção criminal em uma nova perspectiva: ações afirmativas como medida de redução da vulnerabilidade de egressos do sistema carcerário brasileiro / por Mônica Antonieta Magalhães da Silva. – 2014.

130 f.

Orientador: Prof. Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.

1. Direito penal-Brasil. 2. Crime e criminosos 2. Políticas públicas. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 345

TERMO DE APROVAÇÃO

MONICA ANTONIETA MAGALHÃES DA SILVA

**A PREVENÇÃO CRIMINAL EM UMA NOVA PERSPECTIVA:
AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDA DE REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE DE
EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Aprovada em ____ de _____ de 2014.

Nome: Prof^a. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
Instituição: Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA)

Nome: Prof^a. Dra. Maria Auxiliadora Minahim
Instituição: Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA)

Nome:
Instituição:

Dedico este trabalho a meu filho, Matheus Gabriel, sempre. Obrigada por todo amor, toda luz, todo sorriso, toda a alegria de todos os dias. Eu não conseguiria nada sem você.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus! A Ele, toda honra e toda a Glória. Obrigada pela cura de todas as dores, pelos livramentos nas rodovias, por ser infinitamente bom comigo. E, principalmente, por ter ouvido minhas orações – foi tudo muito difícil!

Aos meus pais, agradeço, simplesmente a oportunidade da vida!

Agradeço também a algumas pessoas, usadas por Deus, em momento oportuno, para que decisões cruciais fossem tomadas – Cerqueira, meu amigo, se não fosse você, teria desistido mais uma vez.

À Dra. Livia Sant'Anna, pela contribuição e incentivo quando da elaboração do projeto e, especialmente, à Professora Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, exemplo de integridade, pela pronta disposição, até mesmo nas redes sociais, muito solícita e presente.

Sou muito grata a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelos ensinamentos e, sobretudo, pela compreensão, notadamente, à Professora Doutora Selma Santana pela introdução da Criminologia na minha vida.

Agradeço, em particular, à Doutora Maria Auxiliadora Minahim, exemplo de mérito e dedicação acadêmica, de quem fui tirocinante, pessoa de coração excepcional, obrigada é muito pouco!

Tenho que agradecer muito ao meu irmão, Sócrates Maradona, meu melhor amigo, pelo apoio de sempre. À Anacy Filha, pela ajuda, em momentos importantíssimos.

À Faculdade Anísio Teixeira, e, em especial aos queridos, amigos, advogados do Núcleo de Práticas Jurídicas, por todo o apoio e a colaboração de sempre.

Por fim, termino agradecendo a meu filho, Matheus Gabriel, por ter compreendido as ausências, os feriados e finais de semana de estudo, sempre com sorrisos e beijinhos, meu anjo, obrigada.

“Bem-aventurado o homem que acha sabedoria, e o
homem que adquire conhecimento;
Porque é melhor a sua mercadoria do que artigos de
prata, e maior o seu lucro que o ouro mais fino.”
(Provérbios 3:13-14)

RESUMO

A presente pesquisa, desenvolvida na modalidade de dissertação de mestrado, tem como objeto a análise da prevenção criminal, não sob a perspectiva da finalidade da pena, mas sim, através da concepção da vulnerabilidade dos criminosos, notadamente dos egressos do sistema carcerário, com base na teoria proposta por Zaffaroni, complementada pela concepção jurídico-penal da prevenção de Roxin. Nesse contexto, o trabalho ora desenvolvido pretende tratar mais especificamente da necessidade de promoção de políticas públicas e medidas afirmativas em prol da inclusão social dos egressos, sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Procura-se demonstrar, primeiramente, a prevenção como concebida dentro da questão criminal consoante os discursos legitimadores, abarcando-se as teorias da pena, até a deslegitimação do sistema com base em estudos de criminologia crítica. Aduz-se a condição de vulnerável do criminoso, e, em especial do egresso, enfatizando a multifatorialidade das condutas desviantes e a discriminação social. Por conseguinte, com base em dados estatísticos, traça-se um perfil do egresso, e, atentando-se para o reconhecimento da seletividade das agências de controle penal, evidenciam-se as violações de direitos fundamentais. Descrevem-se, também, as políticas públicas extrapenais e programas de ressocialização, atentando-se para a indispensabilidade de ações coordenadas entre os vários setores da sociedade. Por fim, propõe-se a necessidade de implementação de ações afirmativas como mecanismo de efetividade do princípio da igualdade de condições e da não discriminação, medidas alternativas para a redução da vulnerabilidade do egresso, e, conseqüentemente, da criminalidade.

Palavras-chave: Prevenção Criminal. Egressos. Vulnerabilidade. Discriminação. Ações Afirmativas.

ABSTRACT

The present study, developed in the modality of dissertation for master's degree, has as object the study of crime prevention, not from the perspective of the purpose of punishment, but by designing the vulnerability of criminals, especially the egress of the prison system, based on the theory proposed by Zaffaroni, complemented by the criminal legal conception of prevention Roxin. In this context, the work now developed to be treated more specifically the need to promote public policies and affirmative action for the social inclusion of the graduates from the perspective of human dignity. Looking, first, to demonstrate prevention as conceived within the criminal matter depending on the legitimizing discourses, covering up the theories of punishment, to the delegitimization of the system based on studies of critical criminology. Asserts itself the condition of vulnerable criminal, and in particular of egress, emphasizing the multifactorial nature of deviant behavior and social discrimination. Therefore, based on statistical data, we draw a profile of graduates, and paying attention to the selectivity recognition of penal control agencies, it becomes clear violations of fundamental rights. Also described them extrapenais public policies and programs of socialization, attending to the indispensability of coordinated actions between the various sectors of society. Finally, we propose the need to implement affirmative action as a mechanism of effectiveness of the principle of equality and non-discrimination conditions as alternatives to reduce the vulnerability of egress, and therefore crime.

Keywords: Crime Prevention. Egress. Vulnerability. Discrimination. Affirmative Action .

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A PREVENÇÃO E O DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO ESTATAL.....	14
2.1	TEORIAS LEGITIMADORAS DO SISTEMA PENAL.....	14
2.1.1	Teorias Absolutas.....	21
2.1.2	Teorias Relativas.....	24
2.1.2.1	<i>A prevenção geral.....</i>	26
2.1.2.2	<i>A prevenção especial.....</i>	32
2.1.3	As Teorias Mistas Unificadoras.....	36
2.2	A INIDONEIDADE DA PREVENÇÃO COMO LEGITIMADORA DA PREVENÇÃO ESTATAL.....	39
2.3	A LEGITIMAÇÃO SOB A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA.....	45
2.4	A NOVA PREVENÇÃO SOB A PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS SOCIAIS.....	50
3	A VULNERABILIDADE DO EGRESSO EM FACE DA POLÍTICA PUNITIVA ESTATAL.....	54
3.1	ACEPÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	54
3.2	A VULNERABILIDADE DO CRIMINOSO COMO CONSEQUÊNCIA DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PUNITIVO.....	56
3.3	MULTIFATORIEDADE DA CRIMINALIDADE.....	60
3.3.1	Desviação secundária.....	67
3.3.2	A questão da ressocialização dos vulneráveis.....	69
3.4.	A DEFINIÇÃO DE EGRESSO.....	74
3.4.1	O perfil do egresso.....	75
4	AÇÕES AFIRMATIVAS PARA EGRESSOS, COMO MEDIDA DE REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE.....	79
4.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS EGRESSOS.....	79
4.1.1	Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob a ótica do egresso.....	84
4.1.2	Os direitos sociais do egresso.....	88
4.2	A NECESSIDADE DE AÇÕES AFIRMATIVAS:	

IGUALDADE FORMA E DESIGUALDADE MATERIAL.....	93
4. 2.1 A inclusão das minorias.....	99
4. 2.2 Discriminação Positiva e Ações Afirmativas.....	100
4.3 AÇÕES EXTRAPENAIIS DE PREVENÇÃO CRIMINAL.....	104
4.4 AÇÕES AFIRMATIVAS PARA EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	109
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS.....	121

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa volta-se para a questão criminal, em especial, a prevenção, hodiernamente tratada como finalidade da pena, integrando os discursos de legitimação e deslegitimação do poder punitivo estatal, tanto no âmbito jurídico-penal, quanto criminológico, direcionando-se também para a situação do egresso no do sistema carcerário brasileiro.

O trabalho aduzirá inicialmente, as concepções acerca das teorias da pena, que anunciam várias ideias acerca prevenção como fundamento de legitimação da atividade punitiva estatal, atentando-se para as correntes retributivas e funcionalistas, notadamente, sob a ótica de Jakobs e a crítica roxiniana.

Seguidamente, analisa-se a prevenção especial e as ideias de ressocialização, reintegração, e reinserção social, asseverando-se as impropriedades dos mecanismos empregados para a consecução dos fins preventivos no âmbito individual.

Aborda-se, ainda, em face da proposta de Roxin, que suscita a necessidade de cumprimento das prestações estatais de que depende o indivíduo para a convivência no âmbito social, e da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni, a necessidade de uma nova prevenção sob a perspectiva das políticas públicas.

Por conseguinte, cerne-se na necessidade de se reconhecer a vulnerabilidade do criminoso, com base em diretivas, principalmente criminológicas, em face da seletividade perpetrada pelas instâncias de controle estatal, abordando-se, ainda, a multifatorialidade dos comportamentos desviantes, especificando-se as circunstâncias de desvios secundárias.

Dentro desta perspectiva, colhem-se as ideias constantes na teoria da prevenção especial, excluindo-se a indeterminabilidade da pena, mas abarcando conceitos de reintegração e ressocialização, introduzindo-se a necessidade de redução dos fatores determinantes da vulnerabilidade do criminoso.

Neste discurso, faz-se um corte para restringir o objeto da presente pesquisa, qual seja o egresso, marginalizado e estigmatizado, oferecendo dados para a sua

definição e identificação, traçando-se um perfil, com base em índices criminológicos, reveladores das violações a seus direitos fundamentais em face da atuação punitiva estatal.

Neste diapasão, passa-se à análise do egresso como sujeito de direitos e de garantias fundamentais, dentre as quais a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Para tanto, evidencia-se a ausência de prestações estatais para a efetividade dos ditos direitos, em face do império do estado de polícia, justificando, pois, a necessidade de práticas reparatórias.

Esta situação do egresso, em evidente vulnerabilidade, gerada principalmente pela inobservância da igualdade material, bem como da seletividade do sistema penal, reclama a efetividade do direito de proteção em face do Estado de direito, através de políticas de inclusão social, conforme ditames do movimento *ecological approach*, pregado por Canotilho, como uma verdadeira opção pelos pobres, neste contexto, pelos vulneráveis.

Para a promoção da inclusão, propõe-se, em face da justificativa da discriminação, a utilização de ações afirmativas, em contraposição às arbitrariedades perpetradas pelos atores do controle social demasiado, para a promoção da igualdade, atentando-se para a necessidade também de conscientização da sociedade, com fins de responsabilidade social.

Evidenciam-se, ainda, algumas políticas públicas e programas sociais voltados aos egressos, com fins de reinserção, em especial, no mercado de trabalho, além de tímidas previsões de ações afirmativas em algumas legislações estaduais e federais.

Por fim, apresentam-se as linhas que se seguem como uma opção pelos vulneráveis, notadamente, os egressos do sistema carcerário brasileiro, propondo-se a implementação de políticas públicas, não apenas para a promoção do trabalho, mas também para diminuição de outras vulnerabilidades determinantes das condutas desviantes, bem como dos males da dor e do sofrimento inerentes ao encarceramento. Por uma nova prevenção criminal.

2 – A PREVENÇÃO E O DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO ESTATAL

[...] com base em que pressupostos se justifica que um grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida? Esta é uma pergunta acerca da legitimação e dos limites do poder estatal; daí que não nos possamos contentar com as respostas do passado, posto que a situação histórico-espiritual, constitucional e social do presente exige que se penetre intelectualmente num complexo com várias facetas, baseado em projectos continuamente em transformação.

(ROXIN, 2004, p.15)

2.1 TEORIAS LEGITIMADORAS DO SISTEMA PENAL

Ao longo da história, várias foram as justificativas para legitimar a repressão da delinquência mediante ação estatal. Logo, necessariamente, a questão criminal é traduzida, em especial, pelas teorias da pena e a inacabada ideia de prevenção, assim como pela função social do Direito Penal.

Neste sentido, como bem assevera Roxin(2013. p. 17),

a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Assim, é imperioso destacar que para a garantia da existência pacífica, o Estado se vale das normas definidoras de delitos, tipifica condutas, ações e comportamentos de modo institucionalizado, consubstanciando os conflitos sociais em situações jurídicas determinadas.

Não obstante a institucionalização do comportamento social desviante, a solução para coibir os conflitos gerados com a sua prática tem se mostrado, na imensa maioria das vezes, inadequada e como um fim em si mesmo, traduzindo uma simples punição em face do desrespeito ao que se tem denominado de discurso legitimador.

Os discursos legitimadores do direito de punir do estado têm se consubstanciado necessariamente nas teorias da pena, dentro de uma concepção dogmática, em contraposição às aceções criminológicas de bases agnósticas. Como salienta Zaffaroni (2004):

Partimos de uma concepção conflitivista de *sociedade* (*sociedade* entendida como *pessoas* que interagem e se agrupam estabelecendo relações de conflito e de cooperação). *Pessoa* é todo ser humano. As *instituições* são entendidas como processos predeterminados ou estabilizados de decisões de conflitos. O *estado* é concebido como uma instituição particularmente importante, porém nitidamente diferenciada da sociedade. O poder de decidir conflitos por parte do estado pode ser exercido de acordo com disposições legais igualitárias (*estado de direito*) ou com decisões arbitrárias do poder (*estado de polícia*). Na realidade não existem estados de direito *puros*, porque sempre encerram um estado de polícia em seu interior, que emerge enquanto se debilita o de direito com o qual estabelece uma relação dialética. A dialética do estado de *direito/ de polícia* se manifesta de forma particular no direito penal: o estado de polícia pretende a ampliação do poder punitivo (seu exercício sempre arbitrário e seletivo debilita o estado de direito) e o direito deve contê-lo.

Como se verifica, a legitimação da pretensão punitiva estatal, com base no conceito de Estado de Direito, padece de verossimilhança, pois, diante do aumento visível da criminalidade, tem se evidenciado uma verdadeira crise da legitimidade do Sistema Penal como um todo, como, em outras linhas, salienta Zaffaroni(2013a. p. 61-62):

Em síntese: ações conflitivas de gravidade e significado social muito diversos se resolvem por via punitiva institucionalizada, mas nem todos os que as realizam sofrem essa solução, e sim unicamente uma minoria ínfima deles, depois de um processo de seleção que quase sempre seleciona os mais pobres; outras ações conflitivas se resolvem por outras vias institucionalizadas e outras carecem de solução institucional; a solução punitiva (eliminatória ou retributiva) é somente uma alternativa que exclui a possibilidade de outras formas de resolução de conflitos (reparatória, terapêutica, conciliatória). Como se não bastasse isso, as ações que abrem a possibilidade de solução penal de maior gravidade são cometidas pelos próprios Estados que institucionalizaram as soluções.

Com efeito, na visão do autor, a atividade punitiva estatal tem uma função seletiva, não refletindo a realidade da criminalidade, recaindo o controle social sobre as camadas mais vulneráveis da sociedade.

Isto demonstra que o poder punitivo estatal se apresenta como instrumento de verticalização social, no qual a questão criminal, ou seja, os conflitos gerados

pela violação de normas de controle, é traduzida através da atividade de um conjunto de agentes estatais que, sob o manto da sua pseudofinalidade, priva a liberdade de outros cidadãos, como retribuição ao mal causado ou com fins de prevenção de novas violações.

Sob esse aspecto, Zaffaroni (2013b. p. 32) ainda aduz que:

Desde a inquisição até hoje os discursos foram se sucedendo com a idêntica estrutura: alega-se uma emergência, como uma ameaça extraordinária que coloca em risco a humanidade, a nação, o mundo ocidental etc, e o medo da emergência é usado para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo, que se apresenta como a única solução para neutralizá-lo. Tudo que se quer opor ou objetar a esse poder é também um inimigo, um cúmplice, ou um idiota útil. Por conseguinte, vende-se como necessária não somente a eliminação da ameaça, mas também a de todos os que objetam ou obstaculizam o poder punitivo, em sua presente tarefa salvadora.

É evidente que o poder punitivo não se dedica a eliminar o perigo de *emergência*, e sim a verticalizar mais ainda o poder social; a emergência é apenas o elemento discursivo legitimador da sua falta de contenção.

Dentro desta seara, surgem as teorias da pena para justificar a atividade punitiva estatal, traduzindo-se em concepções puramente retributivas ou de prevenção, que, *a priori*, valeram-se das concepções iluministas do século XVIII; ora com características empíricas, ora idealistas.

Essas ideias se verificam como uma tentativa de legitimação do sistema penal, tal como parte de um sistema maior, o próprio Estado, Leviatã ou Liberal, para a justificação do controle social. O que, segundo Zaffaroni(2013. p. 32), deu lugar a duas ordens teóricas: o utilitarismo disciplinador e o contratualismo.

São muitas as críticas a esse utilitarismo, principalmente no que tange ao controle das classes sociais quando, necessariamente, todas as atenções são voltadas a uma pseudofunção da pena.

Ademais, a prevenção esperada, e não concretizada, dentro de uma concepção contratualista (Estado Democrático Liberal), desencadeia ainda mais a crise do sistema penal e do discurso da legitimação.

Neste aspecto, Juarez Cirino dos Santos(2012, p.242) afirma que:

de um modo geral, as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão *real* pela qual cumprem a função de reproduzir a

realidade, e uma dimensão *ilusória* pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade produzida.

Em atenção a esta tensão, deve-se também enfatizar que a legislação penal nem sempre coincide com o exercício real do poder punitivo. Neste contexto, assevera também o autor:

no caso da pena criminal, as funções *declaradas* constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; as funções *reais* encobertas pelas funções *aparentes* da pena criminal constituem o objeto de pesquisa da teoria criminológica da pena. (SANTOS, 2012. p. 242)

Destarte, verifica-se que a construção legitimadora do Poder Punitivo Estatal, notadamente no que tange à aplicação de pena privativa de liberdade aos cidadãos infratores do “contrato social”, com esboço no direito penal e não no real exercício do poder punitivo, tem sido apresentada através das correntes retribucionistas, também denominadas de absolutas, bem como das correntes relativas ou de Prevenção.

Hodiernamente, a doutrina tem enfatizado, ainda, a função utilitária da pena, com base nas teorias contratualistas, organicistas e funcionalistas. Todavia, como bem salienta Anabela Miranda Rodrigues(1995, p. 161-2), “aquilo que justifica a pena continua a ser reconhecido na sua justiça, não na sua utilidade”.

Além disso, preleciona a autora:

Na verdade, vem-se comumente entendendo que as teorias da pena dizem respeito ao problema dos fins das penas, quando isto é, de facto, um erro: elas nasceram para responder ao problema da justificação do direito de punir. E, ou a encontrá-la na justiça da punição – que considerações teleológicas ou filosóficas explicavam – , ou na realização de efeitos socialmente úteis que esta mesma punição desencadeava. Em ambos os casos, o problema é de justificação da pena, não o da sua finalidade que está em causa. E, se esse aspecto – o da finalidade – é tomado em conta pelas teorias relativas, enquanto assumem que a justificação da pena depende das finalidades que esta realiza, fica claro com isto que as teorias retributivas nada têm a ver com a finalidade da pena. É por isso que a contraposição, tal como hoje é apresentada, entre as referidas teorias para responder ao problema das finalidades da pena não têm sentido. (RODRIGUES, 1995, p. 154-5)

Para Mir Puig (1982, p. 42-5), a exemplo de outros autores que legitimam a atividade punitiva estatal, o direito não só castiga, mas faz também com que os cidadãos não delinquam. Assim, a eficácia da prevenção depende tanto da ameaça da pena quanto da intimidação e a afirmação da norma na consciência jurídica dos seus destinatários, cumprindo a pena uma função política de regulação ativa da vida em sociedade.

Uma das consequências mais marcantes destes discursos de legitimação se verifica quando da elevação do preceito secundário da norma penal, evidenciando que a quantidade de pena a ser aplicada teria mais importância do que o preceito primário, traduzido na conduta desviante.

Logo, a constatação de que a imposição de pena tem sido promovida como fim último do Direito Penal, em atenção aos ditames do Estado pós-moderno, abre justificativa para a crescente manobra legislativa, que, para incutir na sociedade a falsa ideia de segurança pública, abusa do poder de legislar.

Neste sentido, para alcançar tal fim, aumenta-se, cada vez mais, a pena abstratamente cominada em determinados delitos, diante de situações de risco e comoções sociais, acarretando, muitas vezes, violações a direitos fundamentais, em especial, à liberdade dos cidadãos mais vulneráveis à seletividade do sistema social.

Ademais, constante ameaça à liberdade do indivíduo se traduz em violação a direitos fundamentais, como bem salienta Alexy(2012):

partindo-se de uma perspectiva superficial, a liberdade é uma qualidade que pode ser atribuída a pessoas, ações e sociedades, sendo a base do seu conceito constituída por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.

Logo, sendo a pena privativa de liberdade violadora da liberdade do cidadão, que, castigado, passa a viver em situação de não liberdade, haverá restrição de um direito fundamental, ou, em caso de ameaça, um obstáculo ao seu exercício, gerando como principal consequência o aumento da vulnerabilidade dos cidadãos ao sistema penal.

Por outro lado, esta mesma ameaça de pena tem representado um asseguramento da liberdade para os demais cidadãos que não infringiram a norma, ou não pretendem infringi-la. Isso se verifica, pois, quando reconhecem a limitação

da liberdade de um infrator, conseguem erroneamente enxergar um aumento da possibilidade de exercício de suas liberdades.

Assim, dentro desta tensão acerca das teorias da fundamentação das penas e legitimação do direito penal e conseqüente violação de direitos fundamentais, tem se apresentado o debate político-criminal moderno, como destaca Salo de Carvalho(2013a, p.32):

Nesse sentido, desde o ponto de vista da teoria política, duas conclusões são possíveis sobre a forma moderna de percepção e de representação da sanção penal. A primeira é a de que o uso da força e a reivindicação de sua legitimidade instauram a ordem jurídica-política; a segunda é a de que a pena imposta pela autoridade constituída é, inevitavelmente, um ato de violência programado pelo poder político e racionalizado pelo saber jurídico. Exatamente por caracterizar-se como ato de violência, o discurso jurídico impõe que o exercício da força interior da ordem política seja *limitado por regras e legitimado por discursos (teorias da pena)*.

Desta forma, a pena vem sendo cada vez mais utilizada como garantia de manutenção do próprio Estado, e não do cidadão, e o direito penal confundido com a legislação penal, o estado de direito com o de polícia, ultrapassando-se conceitos da teoria do delito que levaram séculos para serem consubstanciados e incorporados aos Ordenamentos Jurídicos, resumindo-se tudo em uma mera legislação penal, a serviço do exercício do poder punitivo.

Deve-se ainda acrescentar que a prevenção de criminalidade, tal como vem sendo apresentada, não justifica a normativa penal do atual Estado Social de Direito. Muito mais evidente é o seu utilitarismo fulcrado na imposição da dor e do sofrimento. Neste sentido, Minahim¹:

A legitimação da pena esbarra em argumentos de toda a sorte, já conhecidos, afirmando-se, inclusive que constitui, sobretudo, estratégia utilizada pelo estado para conter problemas sociais não resolvidos através das ações sociais adequadas.

Esta, como outras objeções feitas à pena, não têm sido capazes de oferecer alternativas que satisfaçam a todos os grupos sociais e que possibilitem neutralizar o crime, aplacando a perturbação por ele provocada, respeitando ao mesmo tempo o autor em sua dignidade.

¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e Sofrimento. Revista de Direito n. 17. Disponível em <www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista17.pdf>. Acesso em 02 fev. 2014.

Quais seriam, como se tem indagado com frequência as alternativas para lidar com o criminoso, além daquelas já aprendidas e tantas vezes repetidas, que acabam por parecerem as únicas possíveis?

Assim, observa-se que a punição penal não tem conseguido alcançar fins preventivos, cumprindo apenas uma função simbólica, utópica, de garantia da segurança pública e confirmação do poder das instâncias de controle do Estado.

Por outro lado, a legitimação da punição estatal se encerra na questão da própria legitimação do Estado moderno, como salienta Hassemer²:

As intervenções no patrimônio e na liberdade dos cidadãos – inclusive dos cidadãos que se tornam puníveis – necessitam de uma justificação, a qual, com alguma dificuldade, pode ser fornecida. Esta justificação, em uma cultura orientada empiricamente não pode mais ser conduzida normativamente, por exemplo, jusnaturalisticamente. Ela deve ser orientada muito mais pelas consequências, enfim, ela deve comprovar que as intervenções incriminadoras produzem consequências favoráveis, que elas também se importam com os interesses mais relevantes dos afetados, para uma justificação desta espécie é sobremaneira apropriada a ideia de ressocialização.

Neste contexto, é que se inserem as diversas teorias para justificar ou, até mesmo, legitimar a atividade punitiva do Estado, tentando, cada uma delas, ser mais adequada que a outra. Como salienta Zaffaroni(2004):

Toda teoria do direito penal e, como parte dela, toda teoria do delito, é tributária de uma teoria da pena, conservando esta seu nome ou ainda mudando por outro que amenize seu sentido penoso. Justamente a referência a uma teoria da pena dota de unidade conceitual e sistemática a uma teoria do direito penal.

[...]

Nenhuma teoria do direito penal pode prescindir de uma conexão punitiva, ou seja, não pode pretender que o conteúdo do antijurídico de um ilícito indique diretamente a quantidade de pena, porque pressuporia a falta de humanidade, ou seja, a igualdade e imutabilidade de todos os seres humanos. Por isso, todas se valem de uma conexão punitiva.

Todavia, deve-se ter em mente que, consoante se pretende demonstrar neste trabalho, tais concepções não se esgotam, não se excluem, complementam-se e, à

²HASSEMER. Winfried. Ressocialização e Estado de Direito. Artigo publicado originalmente sob o título "Resozialisierung und Rechstaat" em Kriminologisches Journal, 14. Jahrgang, 1982, p. 161 e SS. Tradução do alemão por Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Luterana do Brasil, Mestre em Ciências Criminais, advogado Criminal. Tradução autorizada expressamente pelo autor. **Revista de Estudos Criminais**, p. 9-13, 2006.

medida que surgem novas interpretações, outros paradigmas vão sendo construídos.

Há necessidade, pois, de um novo paradigma central para a diminuição da vulnerabilidade dos agentes de infrações penais que supere a pena privativa de liberdade. Este é o obstáculo maior e o fim último da nova ideia de prevenção criminal.

Como bem salienta Thomas Kuhn(2006, p. 17):

A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade num determinado momento revela um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação. Essas são os paradigmas da comunidade. (...) Todas as crises iniciam com o obscurecimento de um paradigma e o conseqüente relaxamento das regras que orientam a pesquisa normal³. (...) As crises podem terminar de três maneiras. Algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar do problema que provoca crise, apesar do desespero daqueles que o viam como o fim do paradigma existente. Em outras ocasiões o problema resiste até mesmo a novas abordagens aparentemente radicais. Nesse caso, os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área de estudo. O problema recebe então um rótulo e é posto de lado para ser resolvido por uma futura geração que disponha de instrumentos mais elaborados. Ou, finalmente, o caso que mais nos interessa: uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma e com uma subseqüente batalha por sua aceitação⁴.

Posto isto, as teorias que se seguem apresentam-se como paradigmas construídos e desconstruídos dentro de um círculo hermenêutico, na iminência da superação, em busca da melhor resposta para os problemas da criminalidade.

2.1.1 Teorias Absolutas

De acordo com a teoria da retribuição, a pena é vista como forma de retribuir o mal causado pelo sujeito autor da violação à norma institucionalizada. Assim, o fim da pena seria a sua simples aplicação.

³ KUHN, Thomas S. op. cit., p. 115.

⁴ KUHN, Thomas S. op. cit., p. 116.

Malgrado várias críticas a esta vertente, é de se verificar, entretanto, que por mais que se negue ou se tente camuflar, a ideia de retribuição corresponde aos os anseios sociais, ainda sob a clara face da vingança privada, agora pública, representada pelo Estado de Direito, consagrando, a vontade geral.

Neste sentido, quando se aduz à circunstância de pagar o mal causado com o mal da pena, há que se observar, dentro de uma visão kantiana, uma tentativa de restabelecimento da ordem moral, em que pese longe da ética e da justiça.

Kant elaborou sua concepção retributiva especada na ideia de que a lei penal era um imperativo categórico. Para o filósofo, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a justiça, porque, “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a terra”.⁵

Neste sentido, informa Kant (2004, p. 167):

se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, se os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime, e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice dessa violação pura da justiça.

Esta concepção não legitima a ação estatal, pois não se pode conceber, em um Estado Social, no qual impera a ideologia do neoconstitucionalismo, que se intitula pós-moderno, fulcrado não apenas em normas-regras (positivismo), mas também em normas-princípios, que as reprovações às condutas desviantes sejam aplicadas violando direitos fundamentais do cidadão, notadamente a liberdade, diante da pena privativa. Nesse sentido, esclarece Paulo Queiroz (2012, p. 392):

Se déssemos razão a Kant, não faria sentido algum a previsão, entre outras situações, de causas de extinção de punibilidade (prescrição etc.), nem de causas especiais de isenção de pena (v.g., alguns crimes patrimoniais praticados contra ascendente e descendentes), por implicarem a renúncia à punição do autor (em tese, culpado de crime). E uma teoria que veja a pena como retribuição jurídica pura e simples não tem como explicar tais casos.

[...]

⁵ KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Parte 1. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 167.

Ferrajoli tem razão, porquanto, quando assinala que as teorias retribucionistas confundem *razão legal* (*por que castigar*), que se refere à legitimação externa da intervenção penal, com *razão judicial* (*quando castigar*), que tem a ver com a legitimação interna, e que consiste precisamente na retribuição. E Kant só se ocupou, em verdade, desse segundo problema.

Ademais, para Hegel(1997, p. 89.), a pena seria uma exigência da razão, a negação da negação do direito. Assim:

A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. [...] esta implica na sua própria vontade, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesma o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.

Merece ainda destaque a posição de Jakobs(2009, p. 34.) que, malgrado não seja um retribucionista clássico, sua concepção sistêmica se aproxima de Hegel:

No momento atual, com efeito, pode-se considerar demonstrado que a punição não tem outro intuito senão o de manter a ordem social, de forma que todas as teorias se situam no *ne peccetur*, ou, mais precisamente, no interesse para a estabilização da norma. A polêmica apenas ainda diz respeito à questão sobre se, e em que medida, a pena deve ser determinada segundo essa função ou se tem, todavia, um conteúdo independente dessa função. Consequentemente, faz-se aqui a seguinte distinção: numa teoria da pena, denominam-se absolutos todos os elementos cujo conteúdo resulta apenas da circunstância de ter sido uma norma violada, independentemente da contribuição da pena para a manutenção da ordem social; esses podem ser também, além do “se” da pena, a sua medida ou limite máximo.

Neste sentido, nas teorias absolutas recentes, a pena se encontra totalmente submetida à reserva da necessidade social. Destarte, para Jakobs(2009, p. 39-40):

Desde o fim definitivo da pena do talião, na transição de Kant para Hegel, não se pode mais afirmar que o peso de uma pena pode ser determinado independentemente da experiência valorativa social concreta, ou seja, do estágio de desenvolvimento da sociedade. Não é possível compreender de onde a experiência valorativa, senão das suposições sobre “a periculosidade da conduta para a sociedade” (Hegel); e, mais ainda, qualquer outra orientação conduz a valorações que não encontram lugar legítimo no âmbito da punição estatal. Em terceiro lugar, torna-se impossível verificar a atribuição da pena. No entendimento esboçado, não é possível distinguir se os limites superiores das margens penais apresentam essa medida, porque seu aumento seria necessário do ponto de vista preventivo.

Consequentemente, em todo ato de atribuição, não se sabe qual medida cabível à culpabilidade e à prevenção.

Logo, percebe-se, claramente, diante da conjuntura atual do sistema jurídico penal, em face da chamada entropia do Direito Penal, caracterizada com o surgimento de novas figuras delitivas e o aumento desarrazoado do *quantum* de pena, que a intenção do legislador é a intimidação e a consequente punição do infrator da norma proibitiva.

Todavia, malgrado haja esta afirmação da lei e ordem⁶, o controle social não se verifica, deslegitimando os fundamentos e consequentemente as medidas de punição estatal, bem como a política preventiva. Logo, independentemente da interpretação que se adote acerca da funcionalidade das diversas correntes teóricas, a crise na política criminal é evidente.

Posto isto, a teoria da retribuição não restringe a atividade punitiva estatal. Logo, dentro deste contexto, não impede a expansão das prescrições punitivas, ao contrário, permite que qualquer conduta possa ser penalizada e introduzida no ordenamento, baseada na compensação de culpa. Passa-se, pois, para a necessidade da análise das teorias prevencionistas ou relativas, sob uma perspectiva jurídico-penal finalística.

2.1.2 Teorias relativas

Em relação às teorias absolutas, as teorias relativas têm como objeto principal a ideia de prevenção, com base na intimidação dos agentes infratores que servem também de instrumentos para coibir a prática de crimes pelos demais cidadãos.

Criticam-se as teorias absolutas pela sua justificação da pena como retribuição. Logo, dentro desta perspectiva, a punição sem finalidade se encaixa perfeitamente nas palavras de Durkheim(2006, p.106.), quando afirma que:

⁶ Lei e ordem – a substituição do Estado social pelo Estado penal. São políticas baseadas na repressão a certos locais, setores sociais, geralmente regiões periféricas, onde há uma maior repressão a cabo da atividade da polícia ostensiva. É uma das facetas da política de “tolerância zero”, que se funda mais nas consequências da criminalidade e não nas suas causas.

Um fato pode existir sem servir a nada, seja porque jamais esteve ajustado a algum fim vital, seja porque, após ter sido útil, perdeu toda utilidade e continuou a existir pela simples força do hábito.

Dentro deste contexto, é imperioso lembrar, em face da perspectiva do contrato social, que a função mais marcante da pena seria a proteção da sociedade por meio da prevenção de delitos.

Ademais, analisando-se a legislação vigente, o tema da prevenção se verifica no contexto da dosimetria da pena, na interpretação do Artigo 59, do Código Penal Brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Neste sentido, o tema *prevenção* também é citado quando os tribunais analisam as questões atinentes à prisão cautelar, notadamente a prisão preventiva.

Em seguida, fazendo-se uma análise profunda da normatização e da jurisprudência brasileiras, pode-se, perfeitamente, concluir que toda a sistemática prisional gira em torno da ideia de prevenção. Destarte, trata-se do epicentro das teorias relativas, sendo a finalidade da pena privativa de liberdade, e do discurso legitimador do Direito Penal.

Esta concepção prevencionista é apresentada sob a ótica da prevenção geral e da prevenção especial. Tendo estas concepções se ramificado em hipóteses de prevenção geral positiva e negativa, assim como prevenção especial positiva e negativa.

2.1.2.1. A Prevenção geral

Teoricamente, a prevenção geral se consubstancia na tentativa de evitar a prática de crimes futuros mediante uma forma negativa, a intimidação, e outra positiva, a pacificação social através da estabilização da norma penal.

Esta concepção de fim da pena destinada à generalidade de pessoas, principalmente no que tange à intimidação para a prática de crimes, tem se apresentado como principal fundamento para a entropia do Direito Penal atual.

Neste sentido, observa-se, cada vez mais, a instituição de novas figuras delitivas, na tentativa desenfreada de coibir a criminalidade, bem como o aumento exacerbado das penas privativas de liberdade, constituindo-se o Direito Penal em elemento de terrorismo estatal.

No Brasil, as principais normas que demonstram claramente este paradigma são a Lei 8.072 de 1990, Lei de Crimes Hediondos e a Lei 11.343 de 2006, conhecida como Lei de Drogas.

Essas normas, como já explanado, com o intuito de intimidar criminosos potenciais acabam por violar drasticamente os direitos fundamentais dos criminosos reais, vez que, em nenhum momento, leva em consideração o indivíduo, apenas enfatiza a ideia preconcebida da prevenção geral.

Neste cenário, em evidente sintonia com uma das ideias de prevenção geral positiva, notadamente a concepção funcionalista sistêmica de Jakobs, a jurisprudência pátria dos Tribunais de Justiça tem se manifestado pelo indeferimento dos pedidos de revogação de prisões preventivas, com fundamento apenas na vedação legal, opção do legislador, sem considerar o status da pessoa, mas apenas o objeto da norma.⁷

⁷ Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIMENTO. DECISÃO BASEADA, APENAS, NA VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 44 DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DENEGAÇÃO. FALTA DE MOTIVAÇÃO. PENA. REGIME. LEI 8.072/1990. DISPOSITIVO QUE IMPUNHA O REGIME FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. INCONSTITUCIONALIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. I – Não obstante a vedação prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, o Plenário desta Corte, ao apreciar o HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, declarou, incidendo tantum, a

Além disso, as prisões cautelares⁸, verdadeiras antecipações punitivas cruéis, em evidente afronta à previsão constitucional: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII), tem sido constantemente utilizada com fundamento em concepção de prevenção geral.

Neste contexto, ratificando a afirmação acima, é imperioso salientar que, malgrado haja previsão de outras medidas alternativas diversas da prisão cautelar, consoante art. 319 do Código de Processual Penal Brasileiro⁹, a prática forense tem ignorado tais disposições e acentuado ainda mais a aplicação da prisão preventiva

inconstitucionalidade da proibição de concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do crime de tráfico, por ser incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. II – Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, sem prejuízo de que o magistrado de primeiro grau, caso entenda necessário, fixe, de forma fundamentada, uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. III – Concessão da ordem de ofício para determinar ao juízo de piso que: i) superada a obrigatoriedade de imposição do regime fechado aos condenados por tráfico de drogas, avalie se o paciente preenche os requisitos para a fixação do regime aberto, ou, caso entenda pela imposição de regime mais grave do que o previsto para o quantum de pena, que o faça de forma fundamentada, e ii) afastado o óbice à conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, analise se o paciente preenche os requisitos para a referida substituição. (STF - HC: 114029 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 21-02-2013 PUBLIC 22-02-2013).

⁸ Aquelas perpetradas no curso da investigação ou instrução criminal bem como antes do trânsito da decisão penal definitiva, no ordenamento jurídico brasileiro são quatro: a prisão temporária, Lei n. 7.960/89; a prisão em flagrante e a prisão preventiva, estas previstas no Código de Processo Penal, nos artigos 301 e 312, e seguintes, respectivamente; e a prisão domiciliar, medida cautelar pessoal, recentemente alterada pela Lei 12.403 de 2011.

⁹ **Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão: (Alterado pela L-012. 403-2011.)

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Alterado pela L-012. 403-2011.)

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Alterado pela L-012. 403-2011.)

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Alterado pela L-012. 403-2011.)

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Acréscitado pela L-012. 403-2011.)

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

como única medida cautelar, sempre com fundamento na ideia de prevenção geral positiva.

A Lei n. 12.403/2011 alterou o título IX do Código de Processo Penal, surgindo novas opções diversas da prisão, como medida acautelatória. Todavia, trouxe também uma alteração substancial acerca dos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar, inerentes às disposições legais e principiológicas da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, com a possibilidade de decretação de prisão preventiva, em caso de descumprimento de medida protetivas anteriormente determinada¹⁰, com base também na necessidade de prevenção geral.

Por outro lado, há que se evidenciar também, dentro deste contexto, fazendo-se uma conexão com os ideários de penitência e suplício, em face da necessidade de isolamento, a instituição no ordenamento pátrio, do Regime Disciplina Diferenciado, doravante RDD¹¹, que atenta à perspectiva constitucional, atinente ao princípio da individualização da pena, com fundamentos eminentemente preventivos.

Neste sentido, impera também no cenário normativo positivado, as vedações legais às penas alternativas, especialmente quando da prática de crimes hediondos,

¹⁰ **Art. 313.** Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Alterado pela L-012.403-2011)

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Alterado pela L-012.403-2011)

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Alterado pela L-012.403-2011)

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Alterado pela L-012.403-2011)

¹¹ Três são as hipóteses de RDD previstas na LEP (art. 52 e ss.). A primeira está prevista no *caput* do art. 52, que diz o seguinte: "A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado".

As características de RDD são: "I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol."

Nos §§ 1º e 2º do art. 52, que se fundam em suposições ou suspeitas (ainda que fundadas), de que se trata de agente perigoso ou de que o agente participe de organização criminosa. Nenhum ser humano pode sofrer tanta aflição por suspeitas. Viola o princípio da presunção de inocência agravar as condições de cumprimento de uma pena em razão de suposições ou suspeitas. E se o agente efetivamente integra alguma organização criminosa, por isso irá responder em processo próprio. Aplicar-lhe mais uma sanção pelo mesmo fato significa *bis in idem* (dupla sanção ao mesmo fato). Pela gravidade do RDD e pelo nível de constrangimento que ele implica ao bem jurídico liberdade, somente provas inequívocas relacionadas com um fato concreto praticado dentro do presídio é que poderiam permitir a sua aplicação.

o que só ratifica a ideia preconcebida da prevenção geral, sem observar o indivíduo como detentor de garantias fundamentais constitucionalmente previstas¹².

Destarte, as recentes alterações legislativas cumprem muito bem o papel de inculcar na cabeça dos cidadãos apenas uma falsa ideia de segurança e controle social, sem nenhum outro fim.

Dentro desta seara, a previsão legal da prisão preventiva para os crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, representa a opção legislativa pela prevenção geral, sem qualquer preocupação com as questões relativas à vulnerabilidade determinante da conduta do autor da violação legal¹³.

Ademais, a existência cada vez maior de novas figuras delitivas, bem como o aumento do encarceramento traduz, por si só, a ineficácia da prevenção geral.

É imperioso ainda mencionar a crescente criminalização com fins de prevenção de crimes praticados por grupos especializados. Neste sentido, além de novas figuras típicas, enfatiza-se a elevada penalização, como na Lei de

¹² O Supremo Tribunal Federal, doravante STF, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo constante na Lei 11.343/2006, que veda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, decisão foi tomada em um Habeas Corpus (HC 97256), em 01.09.10. Assim, por seis votos a quatro, os ministros decidiram que são inconstitucionais dispositivos da Lei 11.343/2006 que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (também conhecida como pena alternativa) para condenados por tráfico de drogas. O Plenário concluiu pela inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do artigo 33, parágrafo 4º, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006. O Senado Federal promulgou a Resolução 5, em fevereiro de 2012, determinado a suspensão da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas. Todavia, prevalece ainda a vedação legal em face dos crimes hediondos, malgrado a jurisprudência do STF já tenha se manifestado contra a vedação legal.

¹³ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS DA PRISÃO. DESCABIMENTO. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Mostra-se legítima a decretação da prisão cautelar e, também, a sua manutenção, quando necessária à garantia da execução de medida protetiva de urgência e da ordem pública, como no caso em apreço. 2. As instâncias ordinárias restaram convictas quanto à pertinência da continuação da prisão preventiva. O Paciente teve a custódia decretada porque descumpriu determinação de não se aproximar da ex-esposa, desferindo-lhe um soco em uma ocasião. Além disso, também passou a ameaçar e tentar agredir os filhos do casal, o que denota que a soltura enseja risco de novos episódios. 3. Tem-se por válida a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem que entendeu inadequadas e insuficientes quaisquer das medidas cautelares contidas no art. 319 do Código de Processo Penal, notadamente porque o Custodiado se mostrou incapaz de cumprir medida distinta da prisão. 4. Ordem de habeas corpus denegada. (Processo: HC 243727 SC 2012/0107769-8; Relator(a): Ministra LAURITA VAZ; julgamento: 28/08/2012; Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Publicação: DJe 05/09/2012).

Organizações Criminosas¹⁴, sofrendo o condenado o estigma da tentativa prevencionista.

Esta é a maior crítica à ideia de prevenção geral, vez que, o condenado seria utilizado como um modelo para não se infringir as regras. Se assim fosse, quanto mais se castigasse o sujeito, maior seria a força coercitiva das prescrições normativas e a expectativa de que os outros cidadãos não irão delinquir.

Jakobs(2009), por sua vez, declara que a pena é uma necessidade, vez que é essencial para a convivência em sociedade que os valores dos grupos sejam

¹⁴ LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

respeitados e mantidos. Neste sentido, Paulo Queiroz (2001, p.47), ao estudar a visão de Jakobs, entende que:

A pena ou, mais precisamente, a norma penal, aparece, aí, como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas. Esse novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmaniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização de expectativas.

Assim, Jakobs(2009, p. 42) concebe a ideia de prevenção geral com a função de exercitar o reconhecimento normativo, dentro de uma concepção positiva, criticando a ideia inicial introduzida por Feuerbach:

A formação mais conhecida à teoria da prevenção geral negativa se deve a Feuerbach, não como teoria da pena, mas da ameaça punitiva por meio das leis penais (teoria da coação psicológica). Consoante Feuerbach, todas as transgressões legais resultam da 'sensualidade', ou seja, "a faculdade de a petição do ser humano [...]". Os impulsos para a prática da conduta são utilizados "quando cada cidadão sabe com certeza que às transgressões seguir-se-á um maior que aquele do que surge da não satisfação da necessidade de praticar a conduta.

Para Jakobs, o modelo de intimidação é totalmente inapto como teoria da pena, todavia ele não exclui a possibilidade das penas serem impostas com fins de intimidação, sendo o princípio da culpabilidade derivado da prevenção e não do limite à prevenção geral positiva.

Todavia, Roxin (2004, p. 31-32), defensor da prevenção geral positiva, quando da aferição da medida da punição, informa ser legítima a graduação da pena, baseada em ideários de prevenção geral, e, para legitimar a sua concepção, acrescenta o juízo de culpabilidade:

Resumindo, podemos assentar que as cominações penais só estão justificadas se tiverem em conta a dupla restrição contida no princípio da proteção subsidiária de prestação de bens jurídicos. Neste âmbito, o fim das disposições penais é o da prevenção geral. De acordo com a natureza das coisas não pode ser de outra forma, porque aquelas precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reações retributivas ou de prevenção especial. (...) em contrapartida, a objeção de que o fim de prevenção geral não é adequado para limitar o poder penal do Estado, é em si convincente mesmo no que diz respeito às cominações penais, eliminando-se, todavia, com a nossa restrição dessa finalidade, à proteção de bens jurídicos e prestações, assim como à subsidiariedade do direito penal no cumprimento de tais tarefas.(...) De resto, reduzir o conceito de

prevenção geral aos elementos da ameaça e da intimidação, revela um entendimento demasiado estreito. (...). Se tiver presente tudo isto, ter-se-á que reconhecer como válido e seguro em todos os sentidos o nosso primeiro resultado parcial, ou seja, que as cominações penais se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações.

De acordo com o exposto até aqui, a ideia de prevenção geral negativa, conforme preleciona Roxin (2004, p. 23), não consegue esclarecer quais os comportamentos que o Estado pode intimidar, conduzindo à máxima intervenção sempre que lhe for conveniente e oportuno.

Há que se aduzir ainda, consoante as considerações de Zaffaroni(2001, p. 66), que o discurso do funcionalismo sistêmico de Jakobs se afasta do indivíduo, pois este perde todas as garantias liberais, podendo tal concepção ensejar punição por ações meramente imorais que não lesionam qualquer bem jurídico, sustentando uma pena puramente instrumental para o Estado.

Diante do exposto, a teoria da prevenção geral é fulcrada na visibilidade social da criminalidade, diante da tentativa de legitimação estatal, através da legislação penal, que seleciona as condutas praticadas pelos cidadãos mais vulneráveis ao sistema social, em atenção a um estado de polícia e não de direito, imunizando alguns e punindo de forma reiterada outros, em visível violação aos limites impostos pelo próprio Direito Penal.

2.1.2.2 A Prevenção Especial

As teorias fundamentadoras com base em prevenção especial não destacam a retribuição da conduta passada, mas se voltam para coibir práticas futuras, utilizando a pena como medida de prevenção da reincidência.

Trata-se de discurso voltado para os cidadãos que praticaram delitos, com base em ideias de correção, ressocialização, defesa social. E, acrescenta, ainda, Paulo Queiroz (2012, p. 398):

Em sua versão mais radical, a teoria da prevenção especial pretende a substituição da justiça penal por uma espécie de medicina social, a fim de promover um saneamento social, seja pela aplicação de

medidas terapêuticas, seja pela segregação por tempo indeterminado, seja pela submissão a um tratamento ressocializador apto a inibir as tendências criminosas.

Tem-se, pois, um olhar para o futuro. Assim, de acordo com a teoria da prevenção especial, a privação de liberdade seria necessária, pois o infrator da norma penal, *a priori*, necessita de correção.

De acordo com Roxin (2004, p. 20), esta concepção, na tentativa de legitimar a atividade punitiva se perde em seus fundamentos, pois não informa a delimitação temporal da intervenção estatal. Assim, prescreve o autor acerca da intervenção estatal:

Tal pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o incorrigível, isto é, o que chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante pena de privação de liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis. Esta teoria que em sua formulação moderna procede da época do Iluminismo, retrocedeu no século XIX, pelas razões mencionadas no princípio, ante a teoria da retribuição; mas, por volta dos finais do século, ressurgiu com nova força, graças ao penalista FRANS v. LISZT e à sua escola. (...). A ideia de um direito penal preventivo de segurança e correção seduz pela sua sobriedade e por uma característica tendência construtiva e social.

Uma das questões mais combatidas acerca da teoria ora ventilada está na ideia de que todos os cidadãos que praticam infrações penais necessitam de correção, vinculando-se claramente ao direito penal do fato, pois, em casos de crimes mais graves, caso não existisse a possibilidade de reincidência, não haveria necessidade de punição.

Mas há que se ressaltar, entretanto, que, de acordo com Von Liszt (1899), a missão da pena para os delinquentes ocasionais, que não precisam de correção, seria a advertência; para os que precisam de correção, é ressocializá-los com a educação durante a execução penal (função ressocializadora da pena); e, para o delincente incorrigível, a finalidade da pena seria torná-lo inócuo por tempo indeterminado. Assim, não seriam todos os delinquentes que sofreriam a sanção penal por tempo indeterminado.

Esta ideia de prevenção especial surgiu na Europa, em meados do século passado, pois, acreditava-se que o crime tinha sua origem primordialmente em

causas individuais. Passava-se ao largo das causas sociais. Imaginou-se, então, que submetendo o recluso a um tratamento não haveria reincidência.

Logo, esta concepção preventiva inicial, tendo por base a periculosidade do agente foi imediatamente refutada vê que se constatou a absoluta inviabilidade de ressocialização do condenado dentro da prisão.

Ademais, os críticos deste discurso legitimante, aduzem à real constatação histórica de que não são os delinquentes mais perigosos que são levados comumente aos tribunais, são os menos hábeis, ou seja, os que calcularam mal a probabilidade de serem descobertos.

Por outro lado, a ressocialização, a readaptação social, função atribuída à pena privativa de liberdade, com base na prevenção especial, de acordo com Muñoz Conde, não tem o condão de legitimar a função punitiva estatal, uma vez que, com base na teoria sociológica de Durkheim, a criminalidade é apenas mais um comportamento da sociedade sã e que é a própria sociedade que a cria e a define.

Nesse sentido, é correta a afirmação de que a sociedade, e não o delinquente, quem deveria submeter-se à ressocialização. A ressocialização presume a existência de um processo interativo e comunicativo entre indivíduo e sociedade, a cuja norma deve adaptar-se o indivíduo:

As normas sociais não são algo imutável e permanente às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas sim, o resultado de uma correlação de forças sujeitas a influências mutáveis. Falar, portanto, de ressocialização do delinquente sem questionar, ao tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado. (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 135-136)

Trata-se, pois, de uma situação peculiar da pena a ideia de educar para a liberdade em situação de não liberdade, o que requer esforços, além do *quantum* aludido pela teoria da prevenção especial, principalmente se forem levados em consideração os históricos individuais e sociais dos autores das infrações penais mais comumente coibidas, reveladores da seletividade do sistema penal.

Entretanto, o fim último desta concepção é a ressocialização do indivíduo já condenado pelo sistema judicial, consoante aduz ainda Muñoz Conde (1979, p. 138-9):

A norma penal contém uma série de expectativas de conduta legalmente determinadas, cuja frustração possibilita, sob certas condições, a aplicação de uma pena. O fim da execução dessa pena seria, por conseguinte, restabelecer, no futuro, as expectativas nelas contidas, evitando, assim, a prática de novos delitos, em outros termos, a reincidência.

Neste cenário, é certo que colocar em prática a ideia ressocializadora é muito difícil, frisando-se, principalmente, a questão do tratamento penitenciário, pois a vida no cárcere impossibilita a ressocialização notadamente porque fere direitos fundamentais do apenado, que já foi selecionado em uma situação de desigualdade.

Ademais, o tratamento prisional se revela fator que contribui ainda mais para o aumento da situação de desigualdade dos sujeitos selecionados pelo sistema punitivo, diante dos cidadãos imunes à resposta penal necessária para justificar os conflitos sociais. Revelando-se, pois, a realidade prática, muito distante dos ideais teóricos da ressocialização.

Destarte, uma série de fatores contribuem para o fracasso do tratamento ressocializador da execução da pena. Tais como a falta de pessoal capacitado e meios adequados para tanto. Logo, o conceito de ressocialização deve ser submetido a novos debates e discussões, principalmente no que tange ao meio utilizado pelo Estado para alcançar esse fim.

Por outro lado, critica-se, ainda, a legitimidade estatal de obrigar uma parcela da população a adaptar-se aos modos de vida que lhes são impostos pelas instituições de sequestro na correção sem perquirir as causas que determinaram a sua vulnerabilidade para a prática delitiva.

Em que pese todas as análises ora ventiladas, partindo-se da concepção reintegradora, com base na prevenção de novas infrações, pode-se extrair uma conclusão, em face dos imperativos do Estado de providência: a necessidade de redução da vulnerabilidade determinante da conduta desviante dos autores de infrações penais, previamente selecionados pelo sistema punitivo, para que não voltem a delinquir.

Isto posto, malgrado, a princípio, a discussão acerca da legitimidade da pena com base em imperativos de prevenção especial, hodiernamente, atrelando-se a outros conceitos, como dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade, surge uma nova perspectiva indicativa não do discurso legitimador, mas sim do papel do Estado na sociedade. Trata-se da necessidade de se mitigar a danosidade da privação de liberdade através de políticas afirmativas, para a promoção da isonomia.

2.1.3 As Teorias Mistas Unificadoras

Em outro sentido caminham as teorias mistas ou unificadoras, uma vez que tentam unir em um único conceito os fins da pena, limitando-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, reproduzindo assim as insuficiências das concepções monistas da pena.

As teorias unificadoras atribuem ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade, e é a partir dessa base que as correntes doutrinárias se diversificam. De um lado uma corrente conservadora representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão, de 1962, que pregava que a proteção da sociedade deve ter como base, a retribuição justa, e, na determinação da pena, os fins preventivos desempenham um papel complementar, dentro da linha retributiva. Nesse sentido, informa Paulo Queiroz(2012, p. 401-2):

As teorias unitárias intentam, assim, conforme observa Jescheck, mediar entre as teorias absolutas e relativas, não, naturalmente, somando sem mais suas contraditórias ideias básicas, mas mediante reflexão prática de que a pena, realidade de sua aplicação, pode desenvolver a totalidade de suas funções em face da pessoa afetada e seu mundo circundante, de sorte que o que importa realmente é conseguir uma relação equilibrada entre todos os fins da pena (método dialético), servindo de ponte entre umas e outras.

A corrente progressista, com fulcro no Projeto Alternativo Alemão, de 1966, que tem como fundamento da pena a defesa da sociedade, ou seja, a proteção de bens jurídicos e a retribuição, corresponde à função apenas de estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção, dentro de um critério limitador.

Dentro deste cenário, Roxin(2004) aparece como precursor da teoria dialética unificadora, considerando na legitimação da pena três fases: a ameaça, através da

norma penal incriminadora; a imposição da sanção (dosimetria da pena); e a execução da pena.

De acordo com a teoria dialética fundamentadora, o direito penal seria subsidiário, atuando quando da violação de bens jurídicos relevantes (prevenção geral subsidiária). Sendo a finalidade da pena, essencialmente, ressocializadora (prevenção especial), balizada pela culpabilidade do agente.

Assim, a prevenção geral seria limitada pela culpabilidade, como pressuposto de aplicação da pena. Logo, a pena teria, para Roxin, finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos, e preventiva geral e individual.

Diante desta nova concepção, verifica-se que nenhuma das teorias anteriores conseguiu explicar satisfatoriamente a necessidade da Pena, conforme informa Roxin(2004, p.25-6):

Não nos podemos dar por satisfeitos com uma acumulação de possibilidade de atuação. É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido corretamente que cada uma das concepções contém pontos de vista aproveitáveis, que seria errôneo converter em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente três concepções distintas tem forçosamente de fracassar; já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim no meio de reação apto a qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável, como muito grave, do ponto de vista do Estado de Direito.

Logo, entende-se como dialética a teoria apresentada, vez que une as teorias anteriores, não no sentido de soma, mas sim, como uma síntese diferenciada, aplicando-se os acertos anteriores e evitando-se incidir nos mesmos erros.

Neste sentido, a pena se apresenta com caráter utilitarista, ou seja, tem uma finalidade, diferentemente do pensamento retributivo ou abstrato. Devendo, pois, cada momento retributivo da pena ser analisado com suas particularidades, de modo a verificar, em cada um deles, que ideia de finalidade de pena prevalece.

Este paradigma busca legitimar a finalidade do estado quando da aplicação da sanção penal, dialogando entre as finalidades perpetradas em outras concepções.

Dentro desta perspectiva, aduz-se à teoria dialética unificadora que a finalidade estatal é de dupla proteção: dos bens jurídicos essenciais e da prestação em face dos cidadãos. Não sendo, para tanto, a pena suficiente, havendo, pois, necessidade de outras medidas:

No Estado Moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna. (ROXIN, 2004, p. 28)

Destarte, é em face desta concepção de Direito Penal Subsidiário, intervenção jurídica em situações excepcionais, como a *ultima ratio*, na tutela dos bens jurídicos mais importantes, que se propõe a necessidade de atuação do estado de direito e não meramente estado de polícia, intervindo, principalmente na promoção de políticas públicas para a reintegração social dos selecionados pelas instâncias de controle da criminalidade.

Outro fator considerável, desenvolvido por Roxin, é a limitação da pena pela culpabilidade do agente:

Daqui se retira para a justificação da pena que, embora se possa imputar a sua existência à pessoa do delinquente, este estará obrigado em atenção à comunidade, a suportar a pena. Tal é justo e legítimo, não porque aquele tenha que suportar que outros lhe inflijam um mal devido a um imperativo categórico, mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus atos na medida de sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade. Deste modo, não é utilizado como meio para os fins dos outros, mas, ao coassumir a responsabilidade pelo destino, confirma-se a sua posição de cidadão com igualdade de direitos e obrigações. Quem não quiser aceitar como justificação da pena, terá de negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado. (ROXIN, 2004, p.37)

Entretanto, esta limitação atrelada à culpabilidade não deve justificar o direito de punir, para não se retornar à concepção retributiva de pena, mas sim, para limitar esse direito de punir.

Por conseguinte, com base nesta necessidade de se atribuir um limite à punição estatal através da culpabilidade, deve-se também buscar a medida desta em face da seletividade do sistema penal, de forma a reconhecer a contribuição social na formação da conduta desviante. Em outras palavras, não se deve ignorar a situação da vulnerabilidade determinante da atividade delitiva, quando da escolha, aplicação e execução da sanção em face da violação às prescrições proibitivas penais.

2.2 A INIDONEIDADE DA PREVENÇÃO COMO LEGITIMADORA DA PUNIÇÃO ESTATAL

As teorias legitimadoras da atividade punitiva estatal, em sua maioria, como se verificou linhas atrás, fundamentam-se veementemente em imperativos de prevenção geral e especial.

Entretanto, há que se admitir que, diante do fenômeno da hipercriminalização, também conhecido como entropia do direito penal pós-moderno, que produziu um aumento demasiado do índice de encarceramento, principalmente de grupos, pessoas, vulneráveis à seletividade do sistema penal gerado pela sociedade pós-moderna, evidencia a inidoneidade da prevenção como fundamento da necessidade da atividade punitiva estatal.

Dentro desta perspectiva, conclui-se claramente a falência dos sistemas da prevenção geral e prevenção especial, pois embrutecem e estigmatizam os selecionados, diante da necessidade de afirmação da norma ou da imposição corretiva.

Neste contexto, infere-se da lição de Zaffaroni(2001, p. 12-4), que o real poder do sistema penal não é o repressivo (poder negativo), e sim, o configurador disciplinário (positivo), arbitrário e seletivo, uma vez que, em afronta à legalidade penal, deposita nas agências de controle social penal um controle militarizado e verticalizado exercido sobre a maioria da população, que vai muito além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social, viola direitos e garantias fundamentais.

Partindo-se do pressuposto de que cabe à sociedade, ao Estado, à coletividade, dentro dos ditames da fraternidade, direito fundamental de terceira geração, assegurar os meios necessários para todos os cidadãos, quando há falta destas providências, também dever-se-ia dividir parcela desta responsabilidade.

Assim, surge timidamente a ideia de prevenção social, com fundamentos criminológicos, dentro de percepções marxistas, tendo como principal expoente a diminuição da miséria como forma de prevenção de delitos pelos setores marginalizados da sociedade.

Por outro lado, os resultados das pesquisas na área da prevenção especial, notadamente focados na reabilitação de condenados, conduziram ao fracasso da teoria, em especial, nos países do *common law*, onde se verificava a prática de penas indeterminadas, com base em critérios de periculosidade.

Em contrapartida, emerge a ideia de justo merecimento e a pena passa a ser aferida através de critérios de proporcionalidade, e não mais por discricionariedade nos critérios de definição da pena.

Outro fator relevante para o descrédito das correntes correccionalistas se verifica no alto custo das políticas de reabilitação, traduzido e interpretado pela maioria dos cidadãos livres como gasto desnecessário.

Salo de Carvalho, citando Hirsch, quanto à introdução dos critérios de proporcionalidade para aferição da pena, relegando-se as penas indeterminadas, e o sistema correccionista, enfatiza:

A ideia central de Hirsch é a da criação de mecanismos limitadores do poder de punir a partir da definição de precisos critérios quantitativos (temporal) e qualitativos (espécie). Contra a flexibilidade do sistema sancionatório correccionalista, o autor revela uma estrutura punitiva, tendo como base a previsão legal de sanções (princípio da legalidade e da anterioridade), aplicadas conforme a reprovabilidade da conduta (direito penal do fato) praticada por sujeito com capacidade de compreensão do ilícito (princípio da culpabilidade). Quanto ao juízo, as regras de orientação (*sentencing guidelines*) permitem a redução do grau de discricionariedade e, conseqüentemente, o exercício do controle da atividade jurisdicional. (CARVALHO, 2013a, p. 93)

Não obstante, a teoria do justo merecimento fulcrada em proporcionalidade, possui cunho retributivista, vez que a pena seria aplicada na proporção da gravidade do delito, sem qualquer outra função.

Outrossim, os discursos funcionalistas, de cunho utilitaristas, em combate às ideias de prevenção, notadamente de prevenção especial, em meio à conjuntura política e à necessidade de afirmação do poderio estatal, principalmente nos países da América Latina, faz surgir uma nova concepção de pena através de um verdadeiro populismo emergente – a chamada concepção simbólica da pena.

Neste sentido, Juarez Tavares¹⁵, leciona que:

Se há enorme e preocupante aumento da criminalidade em tal região, a medida não será o uso de meios materiais para solucionar as causas mais próximas dessa explosão. Como seria racional, senão a elaboração de uma lei, propondo o aumento de penas de delitos que ali mais se cometem, ou a incriminação de outras condutas, que se imagina poderiam ali originar-se. Se o Estado, como poder político de gestão de recursos arrecadados da população, já não pode, através de seus órgãos puramente estatais, resolver as questões de assistência social, que constituiria seu dever; o recurso será o uso de medidas simbólicas de intimidação e de persuasão, em tanto mais extensão quanto mais simbólica seja a atuação.

Jeremy Bentham(1834, p.288) foi um dos pioneiros acerca da ideia de prevenção quando expôs acerca da importância da arquitetura penitenciária. Ele pregava que:

Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer o mal, porque por maior que seja o proveito de um delito, sempre se pode ser maior o mal da pena. [...]. Um preso que sofre essa pena por delitos quase sempre praticados por indivíduos de classe mais pobre não deve gozar de uma condição melhor que indivíduos da mesma classe, que vivem em estado de inocência e liberdade. [...]. A regra da severidade é essencial, porque uma prisão que oferece aos delinquentes uma situação melhor que a sua condição originária no estado de inocência, seria uma tentação para os homens fracos e desgraçados, ou, pelo menos, não teria o caráter da pena que deve intimidar quem se sente tentado a cometer um delito.

¹⁵ TAVARES, Juarez. A crescente Legislação Penal e os Discursos de Emergência. In: Discursos Sediciosos, n. 4, 1997, pp.43-57, *apud* FOPPEL el HIRECHE, Gamil.

Como se percebe, à pena privativa de liberdade que *a priori* surgiu com caráter eminentemente retributivo, atribuiu-se, diante da necessidade de legitimação da punição estatal, a ideia de prevenção. Surgindo, neste cenário, a teoria da ressocialização, conforme salienta Hassemer (2006):

A necessidade de uma teoria da ressocialização se intensificou através da orientação empírica progressiva da cultura jurídica do século XIX. A “orientação empírica” da cultura e da cultura jurídica em nosso contexto significa principalmente que: sob o pano de fundo do desenvolvimento e estabelecimento das ciências empíricas – sobretudo das humanas – a crença na inconstância do mundo e o seu domínio através da intervenção técnica. Esta crença favoreceu intensamente os fins penais preventivos; serviu-lhes de base a certeza de que se podia influenciar os fenômenos da conduta desviante, do crime e da criminalidade – à longo prazo – através de intervenções empiricamente apropriadas. Além disso, nós vivemos diante do *ethos* de que uma sociedade em que se acredita na posse de meios apropriados de intervenção, que deve fazer uso destes meios, inclusive, para o bem do autor do fato punível e da sociedade punitiva.[...]. A solução “cura em vez de penas”, não é só exigência particular da humanidade, ela é também um meio de fuga de uma crise de legitimação estatal, que leva à certeza de que a execução penal é o que o autor de um fato punível deveria esperar como racional.

Logo, é importante destacar que, principalmente em relação ao conteúdo da punição, o caráter correcionista, para alguns denominada de sanitarista, inerente à prevenção especial, altera a natureza da sanção, na medida em que as penas são convertidas em medidas de segurança ou socioeducativas. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2013a, p. 70):

Ademais, se no plano da teoria do delito (culpabilidade) o fundamento indeterminista da liberdade no agir delitivo é substituído pelo determinismo causal-mecanicista, em toda dogmática penal (teoria da pena e do delito) serão abolidas ou radicalmente reduzidas as fronteiras entre inimputáveis (capazes) e inimputáveis (incapazes).

[...]. A quantidade e a qualidade da sanção, nesta fusão entre pena e medida de segurança, dependerão da evolução terapêutica do condenado, importando neste processo o período necessário à investigação dos déficits do *homo criminalis*, a proposição de formas de tratamento e a avaliação da reação à terapêutica. Não por outra razão são fundamentais o diagnóstico do indivíduo quando do seu ingresso na instituição penas e, posteriormente, de forma periódica, o acompanhamento da sua trajetória.

Esta concepção com fins ressocializador, alvo de muitas críticas, principalmente dos discursos derivados da criminologia, é combatida também por

induzir às práticas autoritárias, conforme já informado *alhures*. Seus postulados são contrários a um direito penal de garantias, uma vez que impõem tratamento ao condenado, violando seus direitos fundamentais, sem conseguir o seu objetivo.

Entretanto, mesmo com as teorias ressocializadoras, a preocupação com a finalidade da pena persistia e, em meio ao aumento da criminalidade, os ideais das teorias da correição, no século XX, não foram capazes de conter as críticas à legitimidade estatal.

No âmbito jurídico, reconhece-se ainda que as medidas ressocializadoras só sejam aplicáveis no momento da execução da pena. O que ratificava o caráter retributivo da pena, tornando inidônea a legitimação com base nas correntes prevencionistas.

Por outro lado, as críticas no âmbito da criminologia também acentuavam a desconfiança na atuação correcional estatal, como informa também Salo de Carvalho(2013a, p. 73):

Do ponto de vista empírico, é impossível perceber que, no projeto criminológico popularizado pela estrutura penal-welfare, a lógica de intervenção correcionista se instrumentaliza por meio de três indicadores: (a) a classificação dos delinquentes; (b) a mediação da periculosidade; e (c) o grau de ressocialização.

[...]. A criação das tipologias delinquenciais permitiria reduzir a complexidade dos problemas individuais, de forma a criar códigos gerais de interpretação na investigação criminológica, sobretudo para a reconstrução da história de vida por meio do estudo empírico do condenado (método experimental). A classificação (individualização) representa o primeiro passo na anamnese do criminoso e permite ao criminólogo uma aproximação do objeto de investigação (condenado) com as tipologias (estereótipos criminais). Posteriormente, o trabalho é densificado nos laudos e pareceres criminológicos, instrumentos que demarcam o grau de periculosidade do delinquente, individualizado cientificamente, segundo sua patologia e definida a extensão da potência delitiva, a intervenção penal (meio) se projeta sobre o condenado (objeto) como terapêutica reconstrutora (fim).

Outrossim, aduz-se, ainda, a ruptura com o princípio da legalidade, quanto ao fato da indeterminação das penas e a retomada do direito penal do autor, onde se observam os juízos acerca da personalidade do agente, tanto na aplicação da sanção penal quanto da individualização da pena. Nesse diapasão, Ferrajoli(2010, p 252), criticando severamente a prevenção especial como violadora da legalidade aduz:

Com efeito, as doutrinas da emenda confundem explicitamente direito e moral, concebendo o réu como um pecador e a ser reeducado coercitivamente e conferindo à pena funções benéficas de reexame interior. [...]. Em todos estes casos, frise-se, é a pessoa do delinquente, mais que o fato delituoso – o pecador mais que o pecado, o doente mais que o sintoma –, a ser colocada em primeiro plano para fins de qualidade e quantidade de pena. Tal fato se reflete na própria forma de julgamento, orientando-se à análise da alma e à observação psicossomática do réu, mais do que à individualização de sua conduta, em consonância com modelos subjetivados de direito penal baseados sobre o “tipo de delinquente” e sobre a sua periculosidade *ante-delictum*, ao invés de sobre o “tipo de delito” cometido.

Assim, diante das considerações acerca da questão dos tratamentos indeterminados e da sua imprecisão temporal, bem como da violação do sistema penal de garantias, deve-se fazer um esforço muito grande para justificar a necessidade da manutenção no sistema dos ideais de prevenção especial, em face dos resultados positivos das medidas ressocializadoras.

Para tanto, é importante frisar a necessidade de distinção entre prevenção primária, secundária e terciária, atreladas à ideia de ressocialização. Neste contexto, informa Ana Paula Sica(2009):

Tem-se a prevenção por primária aquela que atua na raiz do problema criminal, para neutralizá-lo antes (mesmo) que o problema se manifeste. Reduz as oportunidades criminais genericamente, sem referir-se a criminosos ou a potenciais criminosos.

Por seu turno, prevenção secundária, no dizer de Ken Pease, é aquela que tem por objetivo mudar pessoas, principalmente aquelas em risco de se engajarem em uma carreira criminal, antes (mesmo) que elas o façam.

Prevenção terciária é aquela que visa, em linhas gerais, a impedir a reincidência criminal. Seu público alvo é o recluso, o que faz com que seja definida como intervenção tardia. Opera-se por meio de programas ressocializadores ou de reabilitação.

Por outro lado, a prevenção geral também não consegue legitimar a atividade punitiva estatal, uma vez que, por todas as razões já expostas, não consegue coibir a prática de delitos e o conseqüente aumento da criminalidade. Não há nenhuma comprovação de que a coerção exercida pelas prescrições punitivas intervenha no processo motivacional de formação da consciência e vontade do cidadão para que não deliquam.

Malgrado haja uma série de críticas à concepção da prevenção especial, há que se evidenciem os méritos das políticas ressocializadoras, objeto do presente trabalho, principalmente no que tange à possibilidade de investigação acerca da vulnerabilidade que determinou a prática da conduta desviante, podendo-se, diante do caso concreto, intervir justamente nesta circunstância para coibir a reincidência.

Diante disto, a prevenção não é idônea para legitimar a atividade punitiva estatal, mas serve de fundamento para justificar políticas afirmativas ou intervenções extrapenais, tendentes a resolver o problema da criminalidade secundária, através da prevenção terciária, com fundamento na obrigação da prestação estatal para a garantia de oportunidade de cidadãos em situação de desigualdade.

2.3 A LEGITIMAÇÃO SOB A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

Como se pode observar, até então, as teorias da legitimação do poder punitivo estatal, sob a perspectiva jurídica, não são suficientes para justificar contundentemente a intervenção na esfera individual dos cidadãos, através da legislação penal. Assim, passa-se à análise sob a perspectiva criminológica, enfatizando-se o estado de polícia e o abandono do estado social de direito.

Neste contexto, as correntes criminológicas, principalmente com fundamento em criminologia crítica, emergiram juntamente com o discurso da deslegitimação, pregando ora o abolicionismo penal, ora o minimalismo radical, fundamentando-se, principalmente, nas cifras ocultas da criminalidade e a conseqüente desnecessidade do direito penal institucionalizado.

Assim, atentando-se para uma digressão histórica, tem-se que, com o advento dos ideais iluministas, surgiram duas correntes criminológicas: os utilitaristas e contratualistas.

Os utilitaristas pregavam a necessidade de se governar, proporcionando a felicidade ao maior número de pessoas e, consoante preleciona Zaffaroni(2013b, p.53-4), o maior expoente desta corrente foi o Inglês Jeremy Bentham, para o qual o governo deveria repartir prêmios e castigos:

Os utilitaristas não admitiam que existisse nenhum *direito natural* anterior à sociedade e sobre o qual esta não pudesse avançar. Os direitos deviam ser respeitados unicamente porque sua lesão havia provocado mais dor que felicidade.

Era claro que o utilitarismo de Bentham encerrava uma concepção criminológica, pois fincava a etiologia do delito da desordem da pessoa e, por conseguinte, surgia daí uma política destinada a combatê-lo mediante o disciplinamento, que importava a pena talional no curioso aparato inventado.

Outrossim, os contratualistas, como já aduzido anteriormente, também criticavam o poder estatal de seu tempo, notadamente o poder punitivo, o que, na visão de Zaffaroni(2013b, p. 57), constituía-se em verdadeira criminologia tudo o que se produzia no penalismo liberal.

Logo, partindo-se dessas premissas, a questão criminal, sob a perspectiva criminológica é anterior às concepções de criminologia apresentadas pela maioria da doutrina sobre o tema. De certo que, pode-se tratar da legitimação da pena sob o enfoque da criminologia, desde as correntes iluministas.

Por outro lado, com o advento do Estado Moderno, passa-se a outorgar ao Estado a legitimidade para se fazer justiça, neutralizando-se a participação da vítima, fazendo surgir o pensamento voltado para o delinquente, desde as ideias de Beccaria, Carrara e Feuerbach, passando pela Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo, até as mais recentes discussões acerca do bem jurídico e a nova culpabilidade.

É imperioso frisar que, neste cenário, ao delinquente, é dispensada toda a atenção no que tange à polêmica acerca da criminalidade crescente, aliada aos “novos” direitos humanos, ao estudo das funções da pena, à ideia de prevenção geral e especial, e à proteção de bens jurídicos individuais e coletivos.

Neste contexto, a legitimidade estatal, retomando a ideia inicialmente apresentada, parte da noção de contrato social e tenta se firmar através das teorias da pena, o que é fortemente combatido pela criminologia crítica, não obstante possua aspectos criminógenos visíveis.

Destarte, observa-se a importância da Criminologia, como ciência integrada e integrativa, para se verificar a eficácia das prescrições punitivas penais, bem como sua legitimidade, através de disposições empíricas que contrapõem e *ser* e o *dever*

ser, principalmente em face de argumentos político-criminais acerca tutela penal contemporânea.

Neste sentido Salo de Carvalho (2013a, p. 41):

A ruptura com a assepsia positivista e a sua conseqüente abstinência de experimentação dos fenômenos da vida cotidiana – mormente em um campo de saber marcado pela radicalidade das violências individual e institucional – ocorre com o advento da **teoria crítica do direito** e, em especial, com a **criminologia crítica**.

No campo da punição, a exposição realizada pela criminologia crítica acerca da profunda discrepância existente entre os discursos apresentados pelas teorias de *justificação (dever-ser)* e as *funções* exercidas pelas agências de punitividade (experiência fenomênica) tornou irreversível o processo de reconhecimento do saber criminológico pela dogmática. Fato que permitiu, inclusive, o desenvolvimento de uma importante corrente dogmática crítica do direito penal.

[...] Conforme sustentado, a pesquisa sobre penas e medidas de segurança rompe as fronteiras da dogmática jurídico-penal, integrando-se aos estudos críticos de teoria política, da teoria do estado, de sociologia do controle social e de criminologia.

Partindo-se, ainda, da delimitação do objeto de estudo da criminologia, é recorrente a afirmação de que o crime, o criminoso, e a criminalidade, em si, figuram sempre como objeto de estudo da ciência jurídica. Todavia, é imperioso expor, consoante preleciona Figueiredo Dias (1997, p.81-2), que não se deve estudar a ciência a partir do objeto, mas sim, que se defina o objeto de estudo a partir da ciência.

Por conseguinte, neste diapasão, a ideia defendida é a de que a legitimação da atividade punitiva estatal deve também ser abordada sob a perspectiva da criminologia, vez que esta não se esgota no estudo do crime ou do criminoso, mas também faz uma busca na origem das prescrições político-punitivas, das causas do comportamento criminoso, enfatizando a função do sistema penal, enfatizando o papel das instâncias de controle e mecanismos de seleção de comportamento do delinquente, antes, durante e depois da violação da norma.

Ademais, a criminologia não é uma ciência do direito, vez que esta se ocupa de normas e estruturas normativas. Também não se resume puramente à expressão da sociologia jurídica, por esta se restringir aos modos de ação e estruturas sociais. Neste sentido, Alessandro Baratta(2002, p. 24).

A sociologia criminal estuda o comportamento desviante com relevância penal, a sua gênese, a sua função no interior da estrutura social dada. A sociologia jurídico-penal, ao contrário, estuda propriamente os comportamentos que representam uma reação ante o comportamento desviante, os fatores condicionantes e os efeitos desta reação, social global. A sociologia jurídico-penal estuda, pois, como se viu, tanto as reações institucionais dos órgãos oficiais de controle social do desvio (consideradas, também, nos seus fatores condicionantes e nos seus efeitos) quanto às reações não institucionais.

A importância da criminologia, ressalvadas as considerações iniciais, de acordo com a doutrina, é evidenciada diante de sua autonomia como disciplina científica, abarcando conceitos de sociologia jurídica e sociologia criminal, através da Escola Positivista, que, ao contrário da Escola Clássica, não considerava apenas o delito como objeto de estudo, mas também o homem delinquente. (BARATTA, 2002, p. 29)

Entretanto, de acordo com a concepção da Escola Clássica, o delito surgia do livre arbítrio do indivíduo, o que os contratualistas cobatiam por se assentar em bases metafísicas. Logo, é a partir da Escola Positiva, através da pesquisa empírica das causas da criminalidade, considerando o autor de delitos como um ser diferente, na busca da medida mais adequada para a questão criminal que se delimita o objeto da criminologia contemporânea.

Destarte, inicialmente, procurava-se encontrar as causas do delito em aspectos biológicos e psicológicos do indivíduo e nos fatores sociais que o circundavam. Entretanto, este modelo positivista também foi, aos poucos, sendo substituído, surgindo, assim, a “nova criminologia” também denominada de criminologia crítica.

Tal concepção contemporânea, de acordo com Figueiredo Dias(1997, p.106), é verificada quando da apresentação da criminologia como ciência integrada ao caráter dogmático da ciência jurídico-penal e da crescente politização do problema criminal, ou seja, da política criminal transistemática.

É imperioso destacar, neste cenário, as diversas teorias criminológicas que podem variar de acordo com o caráter individual, onde se tem por objeto o homem delinquente com as expressões teóricas bioantropológicas, psicodinâmicas e psicossociais. Assim como as de caráter sociológico, notadamente as Teorias

Etiológicas, de grande relevância, como a Ecológica, as das Subculturas do Delinquente e da Anomia. E, ainda, as mais recentes Teorias Interacionistas, cuja maior expressão é a *Labeling Approach*.

As teorias bioantropológicas se fulcravam na negação do livre arbítrio como característica expoente da escola positivista, passando pelo atavismo e evoluindo para o estudo das anomalias genéticas. Por outro lado, as teorias psicodinâmicas sustentavam-se nos níveis de sucesso e insucesso na aprendizagem como causas justificadoras de comportamentos delinquentes.

Dentro deste contexto, surgem as teorias psicanalistas de nível individual, já demonstrando um estudo não apenas da psicologia do delinquente, mas também da sociedade punitiva, buscando analisar de forma integrada o crime como algo individual, e também as razões que levaram a criminalização e a punição da conduta pela sociedade.

Por outro lado, a criminologia vista sob o enfoque da sociedade criminógena, busca a explicação sociológica do crime. Neste diapasão, Figueiredo Dias (1997, p. 243) sustenta que expressão “sociedade criminógena” nada acrescenta à expressão mais tradicional da sociologia criminal.

Já no âmbito das teorias etiológicas, que se consubstanciam nas subteorias ecológicas, da subcultura e da anomia, informa-se a questão criminal através da justificativa do crime consoante as estruturas sociais envolvidas. Outrossim, as teorias interacionistas buscam penetrar na racionalidade que preside a ordem social para tratar da criminalidade. (DIAS & ANDRADE, 1997, p. 244-5)

Dentro deste cenário, sob a perspectiva etiologia, as teorias ecológicas surgiram a partir da Escola de Chicago, no final do Século XIX e início do Século XX e vêm explicar a criminalidade setorial, com base no conceito de desorganização social. E, na visão de Figueiredo Dias(1997, p. 287), tal constatação constitui a primeira denúncia da inadequação das respostas de tratamento individual.

Seguindo-se a análise, as teorias da subcultura tentam explicar a criminalidade partindo da fenomenologia da subcultura, orientada (por) padrões normativos opostos aos da cultura dominante. Assim, os criminosos seriam as culturas e não, as pessoas. Dentro da perspectiva da vítima, os delinquentes

passariam a ser vítimas da cultura dominante, o que os levaria a se revoltarem, rebelar-se contra o sistema cultural.

A questão criminal ainda se encontra veiculada através da teoria da anomia, ou ausência de normas, caracterizada pelo determinismo psicológico. Neste âmbito, o crime, na visão de Durkheim, seria algo normal à estrutura social, o que é refutado pela doutrina dominante. Ademais, para a concepção mertoniana, o grau de anomia é medido pela extensão da ausência de consenso sobre as regras legítimas, com a conseqüente insegurança e incerteza nas relações sociais, desencadeando ora conformismo, ora alienação.

Por fim, a nova criminologia, a criminologia crítica, tem como destaque a teoria do *Labeling approach* e da criminologia radical, abolicionista. A *Labeling*, ao contrário da criminologia tradicional, incide na delinquência secundária, que resulta do processo causal desencadeado pela estigmatização, é também concebida como interacionista ou teoria da reação social, deslocando-se o problema criminológico da ação para a reação.

2.4 A NOVA PREVENÇÃO SOB A PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS SOCIAIS

A abordagem da questão específica da prevenção, ora defendida, parte das concepções dogmáticas acerca da legitimação punitiva estatal, aliada ao contexto criminológico (da estigmatização, da reação social e da criminalidade secundária), à ideia da vulnerabilidade do criminoso, objetivando reduzi-la através da reintegração social de egressos do sistema carcerário, como imperativo de uma nova prevenção.

Não obstante a criminologia crítica refutar a ideia de prevenção, apresenta-se, pois, um novo paradigma, fulcrado no que há de mais positivo nas concepções dogmáticas e criminológicas com o objetivo maior de inserir no discurso novas formas de prevenção criminal, apontadas pela multifatoriedade do comportamento desviante.

Diante deste novo paradigma, é necessário salientar a polêmica acerca da ressocialização do criminoso, em face da ausência das prestações positivas estatais, em especial, a efetividade de direitos sociais fundamentais, atrelados à

concepção de dignidade da pessoa humana, que desencadeia uma socialização mínima.

Assim, os fins de ressocialização têm como principal óbice a constatação de que, diante da criminalidade setorial, em face da seletividade das instâncias de controle, os cidadãos, objeto das políticas de reinserção social, em sua maioria, não foram socializados, ou seja, não foram atendidos por políticas públicas essenciais, tais como: educação, saúde, moradia, dentre outras.

Logo, as políticas públicas, com fins de controle da criminalidade, devem se voltar primeiramente para a prevenção primária, consubstanciada em aplicabilidade de preceitos constitucionais advindos do Estado, do bem-estar social, como fator de integração do cidadão num dado contexto social.

Ademais, no atual estágio da evolução dos direitos fundamentais, deve-se levar em consideração, a complementariedade recíproca entre os diversos ramos do direito. Com efeito, a ausência das políticas públicas para a efetividade de direitos sociais, civis e políticos, repercute decisivamente na seara penal, notadamente na questão da criminalidade.

Neste ponto, é imperioso destacar a necessidade do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, para que as normas relativas às políticas públicas não sejam tratadas como simples programas de governo, sem eficácia jurídica *a priori*.

Por outro lado, de acordo com Ana Paula Sica (2009, p. 82):

A teoria do controle social de T. Hirschi, cunhada em 1969, demonstra em que medida regras, hábitos, crenças e atividades comunitárias são capazes de gerar vínculos sociais e respeito pelas normas tidas como válidas no seio da sociedade. Partindo dessas premissas, dita teoria, apresenta um modelo para que se entenda como as relações familiares da criança podem colocá-la em risco de comportamento antissocial. Laços tênues com normas e grupos convencionais (por exemplo: família, escola) podem ser um fator que impeça o controle do comportamento infrator, o que seria propiciado com aquelas normas e grupos.

Assim, a ideia de prevenção defendida torna-se muito mais ampla que a prevenção criminal das teorias da pena. Trata-se de medidas tendentes a coibir a

criminalidade, como um fim a ser alcançado indiretamente, antes, quer-se, de todas as formas, diminuir a vulnerabilidade determinante das condutas desviantes.

Para tanto, busca-se relativizar os conceitos de delinquente e delinquência, bem como o de política criminal, uma vez que, esta última, para ser eficaz, não pode estar dissociada de uma política social mais ampla. Neste contexto, Paulo Queiroz (2012, p. 41):

O sistema penal, quer na fase de elaboração das leis (criminalização primária), quer na fase da sua aplicação (criminalização secundária) seleciona sua clientela, sempre e arbitrariamente, entre os setores mais vulneráveis da sociedade, enfim, reproduzindo desigualdades sociais materiais. Por consequência, o fato de as prisões se acharem superlotadas de pessoas pobres não é acidental, porque inerente à lógica funcional do modelo capitalista de produção, em cujo sistema o acesso aos bens e à riqueza se dá de modo inevitavelmente desigual.

Logo, os fatores sociais, fulcrados na distribuição de riquezas, nas prestações sociais positivas por parte do Estado, são determinantes para a seletividade arbitrária do sistema penal, como bem salienta Baratta (2002, p. 171):

A complementariedade das funções exercidas pelos sistemas escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social. Esta realidade se manifesta com uma desigual distribuição dos recursos e dos benefícios, correspondentemente a uma estratificação em cujo fundo a sociedade capitalista desenvolve zonas consistentes de subdesenvolvimento e de marginalização.

Ademais, esta seletividade revela-se setorial. É como se a pobreza determinasse a marginalização social e vice-versa. Neste sentido, Baratta(2002, p. 172) ainda aduz que:

É na zona mais baixa da escala social que a função selecionadora do sistema se transforma em função marginalizadora, em que a linha de demarcação entre os estratos mais baixos do proletariado e as zonas de subdesenvolvimento e de marginalização assinala, de fato, um ponto permanentemente crítico, no qual, à ação reguladora do mecanismo geral do mercado de trabalho se acrescenta, em certos casos, a dos mecanismos reguladores sancionadores do direito. Isto se verifica precisamente na criação e na gestão daquela zona particular de marginalização que é a população criminoso.

Assinala-se assim que há uma clara desigualdade material entre os selecionados pelo sistema punitivo estatal, funcionando o direito penal, em

particular, como instrumento de fomento desta desigualdade, consoante os estereótipos da marginalização social.

Destarte, a nova prevenção criminal necessitará estar em sintonia com as políticas públicas afirmativas, devendo o sistema penal abrir-se para a atividade conjunta com as instâncias administrativas de promoção da igualdade social.

Dentro desta nova perspectiva, a intervenção do direito penal deverá se afastar da resposta aos sintomas (consequências) do crime e aproximar-se das causas da intervenção.

Por conseguinte, a eficácia da prevenção criminal não poderá mais se justificar em mais leis punitivas, intervenção acentuada das instâncias de controle, notadamente a polícia, em mais prisões. Tais se configuram intervenções tardias. Deve-se intervir nas causas dos conflitos sociais.

Assim, não se deve abandonar a ideia de um sistema penal por inteiro, deve-se, pois, abri-lo, para introduzir os fatores sociais, assim como, também, focar no problema da criminalidade (questão criminal), direcionando esforços para o combate de suas causas (marginalização), fundamentalmente no que tange às desigualdades materiais.

3 A VULNERABILIDADE DO EGRESSO EM FACE DA POLÍTICA PUNITIVA ESTATAL

Cremos que está mais ou menos claro que uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder.

É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferentes.

(ZAFFARONI, 2001, p. 268)

3.1 ACEPÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A questão da legitimidade da punição estatal demonstrou-se abalada diante das recorrentes emergências do sistema punitivo, bem como em face das novas concepções jurídicas e criminológicas, que, ao contrário, só deslegitimam a própria finalidade do direito penal.

Neste contexto, em meio à tentativa de justificar a intervenção estatal, emerge o estudo acerca das causas do comportamento desviante, notadamente, a necessidade de se desenvolver mecanismos de controle social, com base em diminuição das desigualdades entre os cidadãos, como mecanismo fundamental à percepção da justiça.

Por conseguinte, evidencia-se a importância de se verificar a questão criminal sob a ótica da seletividade de indivíduos mais vulneráveis ao sistema punitivo, uma vez que são também mais despidos de proteção estatal.

Como se tentará demonstrar, além da questão econômica, a condição de vulnerabilidade, principalmente no sistema penal, onde pode decorrer de uma série de outros fatores, que, certamente, comprometem a devida aferição da igualdade material e conseqüentemente a medida da reprovação criminal.

Primeiramente, é imperioso salientar que, em alguma medida, toda pessoa é vulnerável ao sistema penal. Todavia, nem todos são selecionados de igual maneira pelas instâncias de controle.

Etimologicamente¹⁶, vulnerabilidade advém de *vulnus, eris*, que representa a suscetibilidade, que algo, ou alguém tem, de ser atingido. Já o substantivo deriva do latino *vulnerare* que significa ferir, penetrar.

Em uma acepção genérica, vulnerabilidade expressa aquele que é vulnerável, ou seja, que é susceptível de ser exposto a danos físicos ou morais e, devido à sua fragilidade; não devem ser tratados em igualdade de condições em relação a pessoas menos vulneráveis.

Assim, os vulneráveis, por diversos fatores, podem se encontrar em situação de risco maior que os outros cidadãos, não tendo capacidade de, por si só, vencer a causa da sua vulnerabilidade.

A partir do século XX, com base nos ditames da igualdade material, o Direito brasileiro passou a reconhecer a necessidade de prestações específicas para atender a pessoas em situação de vulnerabilidade, com base em uma tendência mundial de reconhecimento das diferenciações.

No Brasil, esta tendência se concretizou com a Constituição da República de 1988, ao prever diversos dispositivos voltados à promoção da igualdade material, reconhecendo a vulnerabilidade de algumas pessoas e determinando proteção específica, notadamente para crianças, mulheres, consumidores, idosos, negros, dentre outros.

Com base na previsão constitucional foram editadas leis com fins de promoção social e proteção algumas pessoas em situação de vulnerabilidade. Na seara Penal merecem destaque o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, a Lei “Maria da Penha”, Lei 11.340/2006 e o Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.888/2010.

Ademais, a situação de vulnerabilidade do cidadão interfere na dignidade da pessoa humana, tendo o Estado o dever de mitigar a danosidade da violação através de ações afirmativas voltadas à proteção dos seus cidadãos que se encontrem nesta condição.

¹⁶ ANDRADE, Carlos Frederico Guerra. Experimentação com seres humanos no Brasil: realidade ou ficção? Uma análise à luz da vulnerabilidade dos sujeitos de pesquisa. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Professor Orlando Gomes, Salvador, n. 16, 2008. Disponível em: <<http://www.ppgd.ufba.br>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

Assim, os vulneráveis estão sob o manto da proteção estatal, com base em previsão constitucional, e nas Convenções Internacionais para a promoção dos direitos humanos fundamentais, notadamente o direito à igualdade.

3.2 A VULNERABILIDADE DO CRIMINOSO COMO CONSEQUÊNCIA DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PUNITIVO

Com base nos estudos de criminologia crítica, verifica-se que o sistema penal está direcionado a atuar de forma seletiva, sob a perspectiva do delinquente, uma vez que as instâncias de controle têm aumentado o medo das populações hipossuficientes. Neste sentido, mais condutas estão sendo criminalizadas de forma institucionalizada, com fins de garantia de segurança pública, desencadeando também a intervenção direta sobre setores estigmatizados como medida de prevenção secundária.

Outrossim, os indicativos de criminalidade ainda revelam dados acerca da chamada cifra oculta, que ratifica a ideia de seletividade do sistema, como salienta Figueiredo Dias(1997, p. 262-3):

Nem todo delito cometido é perseguido, nem todo delito perseguido é registrado, nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação.

Logo, há uma seletividade pautada na especificidade das infrações penais e de seus autores, notadamente os cidadãos mais vulneráveis – consubstanciando-se naqueles sujeitos que, diante da ausência estatal na prestação de políticas públicas sociais, não são dotados de muita escolha, e, às vezes, são impulsionados à delinquência.

Trata-se, pois, de situação descrita por Zaffaroni como situação de vulnerabilidade – circunstância redutora da culpabilidade do agente – em específico, a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, a possibilidade de determinação conforme o direito, com fins de uma redução da culpabilidade, responsabilidade penal, daqueles que têm as maiores chances de sofrer a atividade punitiva estatal, em face da seletividade setorial.

O sistema penal evidencia uma clientela composta em sua maioria de pessoas pertencentes aos estratos sociais hipossuficientes, até mesmo em face da seletividade das condutas desviantes, uma vez que, de acordo com Figueiredo Dias(1997, p.262):

[...] enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais), superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.

Isto confirma que há uma rotulação de pessoas que serão selecionadas como delinquentes, revelando que o objetivo das instâncias de controle não seria o de combater a criminalidade, mas sim, neutralizar determinados grupos humanos, que, em face da sua situação econômica desfavorável, traduzem inconvenientes sociais, ameaçando a paz dos mais economicamente favoráveis.

Neste sentido, Zaffaroni(2013a, p.60):

Por outro lado, chama também a atenção o fato de que na grande maioria dos casos os que são chamados de “delinquentes” pertencem aos setores sociais de menor recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como “delinquentes” e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tal.

Destarte, a criminalidade é imputada aos hipossuficientes, vulneráveis à atividade dos processos de criminalização primária e secundária, ou seja, no que tange à seleção de bens jurídicos, a serem protegidos e das condutas violadoras desses mesmos bens, em sua maioria se traduz em delitos contra o patrimônio, praticados por indivíduos etiquetados em face da sua condição social.

Conclui, ainda, André Callegari(2010, p. 41):

Dessa forma, torna-se possível afirmar que, por meio do modelo de Direito Penal que se verifica no Brasil, assegura-se não a proteção dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais em face da atuação punitiva estatal, tampouco se busca a prevenção à prática de crimes – conforme preconizam os discursos clássicos de legitimação do *jus puniendi* do Estado –, mas sim a dominação e a opressão exercidas

precipuamente contra as camadas economicamente desfavoráveis da sociedade, inclusive por meio de medidas de inocuidade daqueles que são escolhidos para representarem a “personificação do mal”, reforçando, assim, estereótipos tão presentes na sociedade brasileira e revelando, conseqüentemente, a real função desempenhada pelo sistema punitivo no Brasil: inspirar a confiança das classes detentoras do poder econômico infundindo terror aos setores populares, em clara afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, malgrado haja seletividade preponderante nos setores mais desprovidos de atuação estatal necessária para efetividade de direitos sociais, existem outras situações de vulnerabilidade diante da multifatorialidade da criminalidade. Vulnerabilidade também daqueles destituídos de proteção familiar e, outras vezes, com valores socioculturais distorcidos. Não sendo a circunstância perpetrada exclusivamente ligada a questões financeiras, vez que, sendo restringida a esse aspecto, não se justificaria a delinquência econômica, como, por exemplo, os delitos de colarinho branco.

Logo, razão desta situação de vulnerabilidade pode advir de uma série de fatores não apenas da seletividade do sistema econômico. Assim, a educação, principalmente no âmbito familiar, a religião, as políticas de efetivação de direitos sociais por parte do Estado, ingerência de valores e efetivação da cidadania, o exercício pleno da democracia, e o desenvolvimento humano, também são fatores determinantes desta condição humana desprovida.

Neste diapasão, conclui, ainda Zaffaroni(2013a, p. 77):

Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertençam, ainda que tal fenômeno seja menos frequente (criminalização de pessoas ou de grupos contadores, pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios de comunicação de massa).

Com efeito, a teoria da vulnerabilidade busca compensar, com base em fatores econômicos, sociais e até mesmo clínicos, a situação de não liberdade dos autores de delitos, que, afetados, diminuem a sua capacidade de autodeterminação conforme o direito, e adequar à pena dos selecionados, não de acordo com a sua culpabilidade, mas sim, levando-se em consideração condições pessoais específicas de forma contextualizada.

Por outro lado, para legitimar a punição estatal, Roxin, em sua teoria dialética da pena, explanada *alhures*, acrescentou o conceito de culpabilidade como medida da pena (reprovação pelo ato), limitando a prevenção geral e enfatizando a necessidade de prestação social estatal diante de um direito penal subsidiário.

Neste contexto, Zaffaroni, também, com base em critérios de culpabilidade, introduz no ordenamento jurídico o estado de vulnerabilidade para mitigar a culpabilidade pelo ato (medida da pena), através da ideia de seletividade do próprio sistema punitivo, deixando clara também a necessidade de intervenção estatal através de políticas extrapenais. Assim, prescreve Zafaroni (2004, p. 13):

Há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos e recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas da classe subalternas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal. Isto demonstra que a grande maioria dos criminalizados não o são tanto em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, senão pela forma grosseira deste (obra tosca) e pelas características estereotípicas do agente, que o colocam ao alcance do sistema penal. [...]. Embora a lei respeite a legalidade e o direito penal exija seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo sempre é do autor.

Como bem enfatiza o autor, a seletividade recai não no puro estado de vulnerabilidade, mas sim, em face de uma situação concreta de vulnerabilidade. Nesse sentido, aduz que (2004, p. 14):

A administração do poder jurídico de contenção do poder punitivo conforme o grau de esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, sempre dentro do marco máximo da culpabilidade de ato (porque não é mais que sua antítese) resulta racional e também possível.

É racional porque deve outorgar-se preferência a quem menos tem feito para ser alcançado pelo poder punitivo (dado que o poder jurídico de contenção é limitado) que são os que partiram de um alto

estado de vulnerabilidade que permitiu que um pequeno esforço seja suficiente para tornar a realidade o perigo de criminalização.

Isto posto, Zaffaroni trabalha a culpabilidade penal pela vulnerabilidade, como forma de amenizar a punição (limitada pela culpabilidade do ato e não, do autor), uma vez que esta não leva em consideração as questões relativas à seletividade do sistema, quando da aplicação da sanção. Por conseguinte, enfatiza-se, neste processo, a diminuída autodeterminação do sujeito autor da conduta desviante, diante da sua condição concreta de vulnerável, introduzindo-se no discurso penal valores éticos e sociais para a legitimação da intervenção punitiva.

3.3 MULTIFATORIEDADE DA CRIMINALIDADE

De acordo com os dados empíricos já destacados, há uma crescente situação de encarceramento oficial, determinado pelas instâncias de controle, em ação conjunta do Poder Legislativo, com o avanço das leis penais incriminadoras, do Poder Judiciário com a determinação de prisões cautelares de forma desenfreada, assim como do Executivo, diante da atividade das instituições policiais, que sequestram cidadãos, muitas vezes, em procedimentos violadores de direitos fundamentais.

Todavia, malgrado esta política de tolerância zero e o encarceramento populista, não se consegue coibir a violência com a prisão, ao contrário, esta tem aumentado consideravelmente. Isso se deve à multifatoriedade da criminalidade.

Uma das percepções mais evidentes está no fato de que, aqueles que cometem mais crimes são justamente os que se encontram em situação de vulnerabilidade maior ao sistema de controle social. Além de seleção natural, decorrente das mazelas da colonização, como se verifica com os afrodescendentes, tem-se a seletividade das instâncias de controle, notadamente da atividade policial que direciona ações contra zonas consideradas de risco, bem como da mídia sensacionalista, que em total violação à dignidade do cidadão, enfatiza estereótipos em suas mensagens publicitárias.

Neste sentido, há uma verdade inquestionável: os excluídos tendem a praticar mais crimes. Logo, a ideia de reintegração social de cidadãos-egressos deve ser analisada através de sua etiologia. Deve-se buscar a causa da vulnerabilidade determinante da infração penal.

Malgrado existam dados empíricos no sentido de que a maioria esmagadora da população dos presídios e penitenciárias seja proveniente da exclusão social, há que se levar em conta também que existem criminosos que praticaram delitos gravíssimos e não se enquadram nesse perfil.

É imperioso salientar que o exame dos dados acerca da população carcerária tem determinado a adoção de políticas com base na Lei e Ordem, ou seja, busca-se eliminar as consequências da criminalidade e não, as suas causas.

Assim, com base uma concepção de tolerância zero, o Estado tem se estabelecido e legitimado a repressão penal, atingindo a parcela mais carente da população, tendo como alvo principal os cidadãos que mais sofrem com as desigualdades sociais.

Um dos fundamentos desta política estatal se encontra na teoria das janelas quebradas, que prescreve a necessidade de se eliminar as infrações menos graves, as práticas corriqueiras, para acabar com os crimes mais graves, evidenciando, assim, uma relação de sequencialidade da criminalidade – o sujeito começa praticando crimes menos graves, às vezes insignificantes, mas, todavia, se não houver a intervenção estatal, poderá chegar a praticar as mais graves infrações penais. Neste sentido, André Callegari (2010, p. 27):

A alegoria das “janelas quebradas” é utilizada para exemplificar a teoria: se uma pessoa quebra a janela de um edifício e nada é feito no sentido de consertá-la, as outras pessoas que gostam de quebrar janelas que por ali passarem, vendo que ninguém se importa com suas atitudes, passarão elas também a quebrar as outras janelas do prédio, de forma que, como resultado, ter-se-ia um sentimento geral de decadência, propício ao desenvolvimento da criminalidade, razão pela qual toda e qualquer infração penal, por ínfima que seja, deve ser reprimida sem complacência, sob pena de transmutar, no futuro, um crime maior.

Assim, tal política aponta como fator da criminalidade a falta de controle social notadamente nos setores sociais mais vulneráveis ao sistema penal, trabalhando, pois com a eliminação de suas conseqüências, não de suas causas.

Como bem salienta André Callegari(2010, p.29):

Torna-se, assim, possível a afirmação de que ditas campanhas punitivas constituem, antes de tudo, um mecanismo hábil de controle social e racial, que opera através de uma estratégia de substituição das instituições de assistência às classes pobres – típicas do *Welfare State* – por estabelecimentos penais. Ou seja, a seletividade sociorracial no âmbito penal constitui uma das armas de que o Estado neoliberal abre mão para manter sob controle a população economicamente hipossuficiente, a qual, abandonada pelo Estado (mínimo em se tratando dos setores social e econômico), busca através da delinquência a satisfação de seus desejos de consumo – largamente instigados pela mídia – e, conseqüentemente, de equiparação à população inserida no mercado.

Buscam-se a retirada das ruas e a neutralização da parcela miserável da população para garantia da segurança pública dos demais cidadãos, geralmente pertencentes a outras classes sociais, com um maior poder aquisitivo, garantidores da fase consumista da modernidade, também chamada de modernidade líquida (BAUMAN, 2003).

A política da “tolerância zero”, com base na teoria das janelas quebradas evidencia que não existe nenhuma preocupação com a reintegração social dos egressos, mas apenas com a sua punição e exclusão social. Outrossim, o excesso na individualização da pena, tanto na fase legislativa, quanto na aplicação e na execução da pena, retrata o retorno às concepções retributivas de outrora.

A discussão acerca da prisão e sua funcionalidade como vetor de diminuição da criminalidade é algo refutado. Ela não contribui para nada. São relatórios e mais relatórios, estudos das mais diversas correntes e as conclusões são as mesmas: dados empíricos consistentes em aumento da criminalidade.

Diante da perspectiva da tentativa de reabilitação, a criminologia e a sociologia já provaram que o cárcere não reabilita o criminoso para o convívio social. Neste sentido também, a intimidação do indivíduo não é comprovada, ao contrário, o aumento da criminalidade só demonstra que é falho tal argumento.

A prisão, com base na teoria da ação comunicativa, se consubstancia em uma mensagem dirigida a grupos vulneráveis para que não pratiquem condutas criminosas. Todavia, há grande dificuldade nesta comunicação, pois o Estado,

através da pena, impõe, em proveito próprio (discurso da segurança pública) a sua vontade. Não há um consenso. Assim, preleciona Habermas(1984, p. 285-6):

Sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos de **alcançar o entendimento** (grifo nosso). Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa.

Assim, Estado e egressos não se comunicam de forma consensual e sim, conflituosa, o que leva à informação sem retorno, pois, de acordo com Habermas, na estrutura da linguagem cotidiana, está embutida uma exigência de racionalidade, pois, com a primeira frase proferida, o homem já manifesta uma pretensão de ser compreendido, uma busca de entendimento.

Neste cenário, como entender os gritos dos que não sabem se comunicar e como estes podem entender os símbolos dos que não os escutam? Pois, este é o sentido da vulnerabilidade dos egressos, antes selecionados pelo sistema, e destinatários de mensagens de difícil decodificação: a pena.

Como bem salienta André Callegari(2010, p. 29):

Com efeito, na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas, enquanto agente social de bem-estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da “ordem” levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados “ameaçadores”. Paralelamente a isso, tornam-se necessárias medidas que satisfaçam às demandas por segurança das classes ou grupos sociais que se encontram efetivamente inseridos na nova lógica social.

Assim, o fator decisivo para o aumento da criminalidade é a ausência de prestação positiva estatal nos setores de base da sociedade, tais como saúde, educação, moradia, cultura e lazer.

Há necessidade de políticas públicas direcionadas à parcela da sociedade vulnerável ao sistema penal, pois elas atuam num plano mais operacional no direito.

Pode-se definir essas políticas públicas como programas de ação governamental voltados à concretização de direitos. Assim, considerando-se hoje a abrangência dos direitos fundamentais, abarcando-se os direitos sociais, deve-se deixar de lado a dicotomia interesses públicos e privados e partir para uma análise tendente a efetivar tais direitos, principalmente dos vulneráveis e não se criminalizar mais, sem qualquer finalidade.

A busca de fundamentos para a criminalidade sempre desencadeou e continua a desencadear discursos baseados em ficções e metáforas, deixando de lado dados empíricos inexplicáveis pelas teorias subjacentes. Como bem salienta Zaffaroni(2001, p. 49):

Na verdade, o discurso jurídico-penal sequer se incomodou em incorporar uma gama mais variada de elementos, valendo-se apenas de suas figuras ou imagens para a fundamentação, que podemos chamar de “positiva” e de um fantasma para a fundamentação que pode denominar-se “negativa”; o *contrato* e a *organização* justificam alternativamente o sistema penal e “explicaram” sua mecânica e extensão; quando falhavam, ou eram insuficientes, o fantasma – muito intimamente vinculado ao contratualismo, mais usado pelo autoritarismo – era o da ameaça de uma suposta “volta à natureza” (entendida como selvagem, primitiva, animal), através de uma imaginária *guerra de todos contra todos*.

Informa ainda o autor que a justificação da criminalidade, bem como os discursos de legitimação das prescrições punitivas, ou seja, os fatores da criminalidade, não devem ser observados sob a ótica das teorias dos países centrais, pois a vulnerabilidade existente nos países periféricos (marginais), em dado sentido, foi determinada pela ação daqueles:

A prisão dos países marginais constituía, pois, uma instituição de sequestro menor dentro de outra muito maior. Em outros termos, nossas prisões, no programa lombrosiano, seriam celas de castigo ou “solitárias” da grande prisão, da grande instituição de sequestro colonial.

Este programa só pode ser entendido como um *apartheid criminológico* “natural”, porque, se aqui a maioria era de selvagens, não seria possível uma instituição de sequestro destinada a prender selvagens, função que a prisão cumpria no centro, onde os “selvagens” eram minoria. Na periferia, essa função era a da própria instituição colonial. (ZAFFARONI, 2001, p. 77)

Neste contexto, o autor ainda leciona que se deve deixar de lado a dicotomia das políticas públicas e das políticas sociais, uma vez que as políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. E acrescenta:

A violência cotidiana do sistema penal recai sobre os setores mais vulneráveis da população e, particularmente, sobre os habitantes das “vilas-misérias”, “favelas”, cidades novas”, etc. Não acreditamos na necessidade de continuar a enumeração para percebermos que estamos diante de um *genocídio em andamento*.

O genocídio colonialista e neocolonialista, em nossa região marginal, não acabou: nossos sistemas penais continuam praticando-o, se não forem detidos a tempo, serão eles encarregados do genocídio tecnocolonialista.

Em alguns países, esta situação torna-se mais evidente quando o genocídio assume um aspecto inquestionavelmente étnico, como a contribuição do sistema penal para a extinção do indício ou nítido predomínio de negros, mulatos e mestiços entre os mortos. (ZAFFARONI, 2001, p. 125)

O perfil dos detentos no cárcere evidencia a seletividade do sistema e, aumenta, ainda mais, as ações das instâncias de controle, notadamente da polícia, no sentido de capturarem os estereótipos reconhecidos.

Este é o fator mais incisivo da criminalidade – os estereótipos de criminosos atrelados a uma política de tolerância zero e uma sociedade eivada de vícios decorrentes da colonização e retardamento do desenvolvimento econômico.

Por outro lado, o sistema escolar dos países em desenvolvimento revela a primeira escala de marginalização social. Assim, Baratta (2002, p.172) enuncia:

O sistema escolar, no conjunto que vai da instrução elementar à média e à superior, reflete a estrutura vertical da sociedade e contribui para criá-la e para conservá-la, através de mecanismos de seleção, discriminação e marginalização. As pesquisas na matéria mostram que, nas sociedades capitalistas, mesmo nas mais avançadas, a distribuição das sanções positivas (acesso aos níveis mais elevados de instrução) é inversamente proporcional à consciência numérica dos estratos sociais, e que, correspondentemente, as sanções negativas (repetição de anos, desclassificação, inserção em escolas especiais), aumentam de modo desproporcional quando desce aos níveis inferiores da escala social, com elevadíssimos percentuais no caso de jovens provenientes de zonas de marginalização social (*slums*, negros, trabalhadores estrangeiros).

Por outro lado, a política meritocrática nas escolas também demonstra a seletividade do sistema quanto aos alunos que não alcançam boas notas e são discriminados e excluídos. Outrossim, aqueles que não têm uma orientação familiar adequada, muitas vezes em consequência da sua situação econômica e social, também sofrem com a estigmatização, desencadeando o direcionamento para a marginalidade.

Neste contexto, é imperioso também frisar a seletividade dos tipos penais que acabam por criminalizar condutas praticadas pelos sujeitos mais vulneráveis ao sistema, como ocorre com os autores de delitos patrimoniais, formadores da maior população carcerária.

Frise-se, também, que os estudos mais modernos da neurociência têm se consubstanciado em uma verdadeira revolução para a teoria da culpabilidade penal, em face da questão da autodeterminação do sujeito delincente. Neste sentido, Paulo Queiroz (2012, p.355) afirma:

A anunciada revolução pretende demonstrar (possivelmente), entre outras coisas, que o homem não é livre, isto é, que a liberdade de agir (ou livre arbítrio) é uma ilusão criada pela mente consciente, uma vez que todas as nossas decisões procedem de processos neuronais complexos inconscientes, sobre os quais o nosso consciente ou não tem poder algum ou o tem minimamente. Pretende-se provar, assim, que aquilo que se nos apresenta como ações refletidas, conscientes, prudentes, etc., é, em verdade, uma ilusão criada pela consciência, inclusive porque o cérebro é um órgão como qualquer outro e, por essa razão, é tão determinista em seu funcionamento quanto o coração ou o fígado.

Trata-se, pois, de mais um fator que pode determinar a delinquência e não deve ser descartado, ao contrário, é mais uma justificativa para a posição aqui defendida acerca da vulnerabilidade do sujeito que pratica crimes. Nestes casos, observa-se que a prevenção geral e a expiação se mostram inviáveis.

Conclui-se, portanto, que a conduta desviante possui inúmeras causas e as teorias da pena, até então debatidas, possuem caráter sintomatológico, pois atuam nas consequências da criminalidade, logo, inidôneas para fins de prevenção. Propõe-se, pois, a resposta estatal etiológica, ou seja, com fins preventivos, fulcrada nas causas e não, nas consequências, em especial, nos fatores que determinam a reincidência.

3.3.1 Desviação secundária

Inicialmente, é importante salientar que nem toda a criminalidade é desviação, sendo esta apenas a criminalidade que pode causar algum tipo de comoção social¹⁷. Assim, informa Ana Paula Sica (2009, p. 69):

A desviação é um caminho curto para o estado de marginalidade. Reiteradas condutas tidas como socialmente desviantes podem facilmente levar a uma progressiva emarginalização e, conseqüentemente, colocação em um estado de marginalidade. Enquanto o primeiro constitui um *status* social, o segundo é um processo dinâmico. (...). Assim, enquanto um constitui um estado efetivo, estável – vale dizer, a marginalidade, o estar à margem –, o outro é um processo; melhor dizendo, o processo pelo qual se chega ao estado de marginalidade.

Neste sentido, criminalidade também pode advir de distúrbios da personalidade. Trata-se de situação em que a prevenção geral e a retribuição se mostram inviáveis. Configurando-se como criminalidade secundária, e, na maioria das situações, originando crimes de elevado repúdio social. Muitas vezes, tais comportamentos desviantes poderiam ser evitados se diagnosticados os distúrbios na infância ou adolescência, demonstrando uma necessidade de participação da família, como instância de controle social privado.

Há ainda, como um dos fatores mais contraditórios, tem-se a desconfiança dos cidadãos, principalmente aqueles vulneráveis, na atividade das instâncias de controle, notadamente na área da segurança pública, deixando-os à margem de garantias fundamentais. Como bem adverte Gey Espinheira (2008, p.44):

A violência da atuação das forças de segurança, Polícia Civil e Militar, em ambiente de fragilidade cidadã, é outro fator que coloca a Polícia como instituição intimidante, sem a correspondente confiança da população como instância de mediação e solução de conflitos. As populações dos bairros populares veem as polícias com apreensão, na mais típica formulação de que é “um mal necessário”, mas uma ameaça sempre que age nas comunidades violentando as pessoas, até mesmo no trato mais casual, em que os institutos e agressões são práticas comuns no trato dos policiais com os moradores.

¹⁷ SICA, Ana Paula Zomer. **Prevenção Criminal**. Análise de políticas Extrapenais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 68-69.

A criminalidade em si desencadeia a reação social, e esta quando institucionalizada, ou não, também poderá contribuir para a delinquência, na medida em que, para a garantia de um discurso de pacificação, serão adotadas sanções estigmatizantes. É a chamada vitimização do delinquente.

Logo, a interferência das instâncias de controle, na criação da criminalidade, conseqüentemente, contribui para o processo de vitimização. De acordo com Bustos Ramirez(1993, p.41), pode-se distinguir vitimização primária, secundária e terciária.

Dentro desta concepção, a insegurança configura um dos principais fatores de vitimização e com base na seletividade do sistema penal, diante da vulnerabilidade do próprio delinquente, Bustos Ramirez diferencia a insegurança objetiva que decorre da definição de vítima como sujeito passivo de delito, e a insegurança subjetiva que decorre da intervenção das instâncias de controle como a mídia, que propaga a situação de desamparo geral. Neste sentido:

Ambos procesos, tanto el de victimización directa u objetiva como el de victimización indirecta o subjetiva, son procesos reales que influyen evidentemente em la seguridad ciudadana y que, por tanto, deben ser considerados por los organismos estatales. (RAMIRES, 1993, p. 42).

Neste diapasão, com base na seleção da instância de controle, é importante frisar que nem sempre a reação social produz institucionalização de condutas delitivas. Isto irá depender do legislador e seus respectivos interesses, como, por exemplo, a questão da corrupção dos agentes políticos. Sendo, pois, possível, a coexistência de valores inerentes a determinado grupo social, que não são criminalizados e que, todavia, geram uma forte reação social.

Conclui-se, portanto, que há de se reconhecer a multifatorialidade do comportamento que conduz a criminalidade, não sendo as teorias legitimadoras do Direito Penal, até agora explanadas, capazes de apresentar a melhor resposta para a questão criminal.

3.3.2 A questão da ressocialização dos vulneráveis

A criminalidade é uma realidade social produzida ou não pelas instâncias de controle social, evidencia uma vulnerabilidade do cidadão-transgressor, revelando uma posição de desigualdade ainda maior quando relacionada com os não transgressores.

A criminologia crítica, com base no *labeling approach*, demonstra uma clara reação social em face dos agentes de delitos, presos e egressos, em um verdadeiro cenário de exclusão.

Assim, como reinserir em uma sociedade estratificada os excluídos? A sociedade pós-moderna, líquida, de classes bem definidas, reage aos infratores em resposta à insegurança perpetrada pelas próprias instâncias de controle.

De acordo com Alessandro Baratta(2002):

Em segundo lugar, o cárcere reflete, sobretudo nas características negativas, a sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura”, das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papeis de submissão e de exploração. Antes de falar de educação e reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo, permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social.

Assim, a marca do cárcere perdura para sempre na face do egresso. Deve-se, pois, diante desta evidente realidade criar mecanismos, políticas públicas, voltadas para a inclusão desses marginalizados. Não se trata de uma questão de ressocialização, mas de socialização, já que a sociedade, com base nas etiquetas dominantes, já prejudicou determinados cidadãos, antes mesmo da prática delitiva.

Ademais, este cenário identifica a necessidade de uma reforma eficiente no sistema de execução penal, voltada à inserção de educação de qualidade e incentive programas específicos de trabalho, em consonância com a vulnerabilidade individual de cada condenado.

No Brasil, a falta de políticas voltadas para integração social do egresso na sociedade tem se verificado na reincidência de novas infrações. Assim, de acordo com a legislação vigente, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63 do Código Penal Brasileiro).

A política de tolerância zero, o populismo penal tem se refletido no encarceramento desenfreado e a esse fator deve-se somar a ausência do Estado no que tange a políticas de integração social. Assim, não se pode dissociar a política carcerária dos elevados índices de criminalidade.

A teoria da prevenção especial surge com esta finalidade, a de conter a criminalidade decorrente da reincidência, todavia, a ideia de ressocialização dentro da conjuntura atual, principalmente em países periféricos, é uma contradição em seus termos, pois dispensar um tratamento melhor aos presos e não o fazer em relação aos demais cidadãos, acabará por criar uma situação de revolta ainda maior.

A doutrina moderna aponta a imprecisão do conceito “ressocialização”, em face mesmo das críticas à teoria da prevenção especial. Entretanto, a posição sustentada é que se deve olhar este termo de acordo com a sua essência, impondo-se não a sua refutação, mas uma adaptação à atual realidade social.

É bem verdade que a concepção inicial de prevenção especial se fundamenta na indeterminabilidade das penas. Esta é a sua maior crítica. Entretanto, não há nenhum óbice em se aplicar a pena determinada com base em princípios de ressocialização.

Destarte, dentro deste cenário, Zaffaroni(2001) trabalha com a ideia de necessidade de diminuição da vulnerabilidade - cujo objetivo é a substituição da etiologia da conduta criminosa pela conduta do vulnerável. A causa não está no indivíduo isolado, mas em fatores que determinaram a sua identificação criminosa, enfatizando a fragilidade do cidadão, muitas vezes marginalizados, outras doentes, em relação ao sistema social apenas o sistema punitivo.

Por outro lado, é interessante consignar que a reincidência eleva os índices de criminalidade, assim, em um olhar prospectivo, deve-se prover o condenado de instrumentos capazes de diminuir a sua vulnerabilidade para que não volte a delinquir após a extinção ou durante o período de prova ou liberdade condicional.

Ademais, em que pese a teoria da socialização, mesmo aqueles condenados que não apresentam nenhum risco de retorno à delinquência, o criminoso eventual, a prevenção especial ora defendida deve voltar-se à diminuição da vulnerabilidade determinante da prática delitiva.

Assim, malgrado a indeterminação e as críticas desnecessárias, conclui-se pela necessidade de reconhecimento da vulnerabilidade dos presos e egressos do sistema carcerário, sendo dever do Estado a implementação de políticas hábeis a produzir condições necessárias ao retorno do convívio em sociedade para que, conseqüentemente, não voltem à prática de novas infrações penais.

Trata-se, além disso, de medida humanitária de efetividade do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, vetores do Estado Social e Democrático de direito.

Outrossim, o sistema prisional deve valer-se do tratamento individualizado do condenado com fins de reintegrá-lo aos poucos na sociedade, consoante ditames das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas¹⁸, devendo empregar todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e de outra natureza, e todas as formas de assistência de que pode dispor (n. 59).

De acordo com tais Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, também dispõe acerca do trabalho do egresso que deverá ser penoso (71.1), e todos os presos deverão trabalhar conforme as suas aptidões física e mental, de acordo com a determinação do médico (71.2), podendo, até mesmo, escolher o tipo de atividade laborativa a desenvolver (71.6).

¹⁸ Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Quanto à educação, as regras preveem apenas a obrigatoriedade da educação somente em nível de alfabetização aos presos (77.1).

Neste sentido também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada no país pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, prescreve que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (art. 5º, tópico 6).

Assim, a Lei de Execuções Penais¹⁹ informa, no seu art. 1º, que a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (além de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal). E segue ainda na previsão de que o Estado deve se valer da cooperação da comunidade, considerando-a como indispensável e essencial, nas atividades de execução da pena e da medida de segurança, principalmente facilitando a reinserção do condenado à vida social.

Em especial, os presos terão direito à assistência material, a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Prescrevendo também que abarcará a instrução escolar e a formação profissional do preso.

Também serão assegurados aos presos provisórios todos os direitos assegurados aos presos definitivos. Estabelecendo a Lei de Execução Penal – LEP - no art. 41, os seguintes direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII -

¹⁹ Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Quando a LEP trata da assistência ao preso, informa que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. No parágrafo único, prescreve que a lei estende o dever de assistência aos egressos que, para seus efeitos, consoante art. 26, são os liberados definitivos, pelo prazo de 1 (um) ano, a contar da saída do estabelecimento, e os liberados condicionalmente, durante o período de prova.

Assim, em que pese a reação social em face dos condenados e egressos, estes são providos de direitos e garantias fundamentais previstos tanto na legislação ordinária quanto na Constituição e em Tratados e Convenções Internacionais, com *status* supralegal, já há muito incorporados no ordenamento pátrio.

Por outro lado, a questão da ressocialização, tem como objetivo maior reintegrar com fins de prevenção especial mesmo. Logo, a redução da vulnerabilidade do egresso é medida certa de redução da criminalidade, do sofrimento, da dor e representa uma vitória social e não um retrocesso.

Os custos da ressocialização, aos olhos dos cidadãos leigos, pode parecer demasiadamente alto, mas é bem menor do que o ônus da crescente criminalidade em todos os sentidos. Portanto, a ressocialização tem mais um sentido de socialização, tanto para os que estão com sua liberdade de ir e vir cerceada, quanto para os cidadãos “livres” pertencentes às classes mais hegemônicas.

3.4 A DEFINIÇÃO DE EGRESSO

Para efeitos da presente pesquisa, a definição de egresso, malgrado haja uma restrição na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), art.26, considerando egresso o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano, a contar da saída do estabelecimento e o liberado condicional, durante o período de prova, diante da situação de vulnerabilidade já perpetrada, abarcam-se nesta condição também os presos provisórios e definitivos do sistema carcerário brasileiro.

Ademais, como já exposto, diante das novas manobras legislativas, sabe-se que é cada vez mais frequente o uso da prisão processual²⁰ como imperativo de prevenção geral positiva, tendo como consequência um elevado número de presos provisórios.

Neste sentido, é entendimento jurisprudencial²¹, inclusive sumulado, que os presos provisórios possuem o mesmo tratamento dado aos presos definitivos, no que tange à progressão de regime, bem como remição pena²².

²⁰ De acordo com a Comissão Internacional de Direitos Humanos, em Informe sobre Uso das Prisões Preventivas nas Américas, observa-se que mais de 40% dos presos do sistema carcerário, são presos provisórios: “Esta realidad del uso excesivo de la prisión preventiva en las Américas ha sido reconocida incluso en otras instancias de la propia Organización de Estados Americanos (OEA), como la Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciaria y Carcelarias, en la cual se hizo referencia al ‘amplio uso de la detención preventiva’, llegándose a estimar que en la región, más del 40% de la población carcelaria se encuentra en detención preventiva”. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>>. Acesso em 28 fev.2014.

²¹ STF: Súmula 716 – Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

²² **Art. 126.** O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Alterado pela L-012.433-2011)

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (Alterado pela L-012. 433-2011)

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Acrescentados pela L-012. 433-2011)

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (Alterado pela L-012. 433-2011)

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (Alterado pela L-012. 433-2011)

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. (Acrescentados pela L-012. 433-2011)

Desta forma, justifica-se o significado amplo de egresso, para efeito do presente trabalho, o preso provisório ou definitivo, em regime de cumprimento de pena ou em liberdade condicional, além dos que tiveram declarada extinta a pena por quaisquer causas.

Ademais, uma vez encarcerado, perdura o estigma da prisão para sempre no cidadão, principalmente sobre aqueles que já foram previamente selecionados pelas instâncias de controle, até mesmo antes da perda da liberdade, presentes as condições de vulnerabilidade.

Não obstante o preconceito contra esses indivíduos já exista e seja anterior à prisão, ou por sua condição social ou por traços étnico-raciais, a partir de então, focar-se-á aqui, naquele que saiu, distanciou-se, ou cumpre pena ou prisão em estabelecimento prisional e sofre as mazelas do cárcere, em situação de desigualdade, além da não liberdade.

3.4.1 o perfil do egresso

A questão da vulnerabilidade já mencionada, com base na teoria de Zaffaroni, diante da seletividade das instâncias de controle, também deve ser estendida para abarcar as situações durante e após a execução da pena, de forma muito mais justificada, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como na necessidade de reintegração social do egresso.

Esta aparente desigualdade no âmbito da sociedade deveria desencadear uma punição menos degradante, vez que os selecionados já são desprovidos de algumas garantias fundamentais. Assim, dever-se-ia buscar alternativas, com base em ditames de prevenção especial, não como fundamento da pena, mas do próprio

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. (grifo nosso)

direito penal, mesmo, voltadas à diminuição da vulnerabilidade que determinou o comportamento desviante.

Observe-se que, o Direito Penal, via de regra, tem sido utilizado como instrumento de marginalização social e não de efetivação de garantias. Esse é o grande problema da legitimação dos discursos pós-modernos.

Neste contexto observa-se que o egresso, considerado em sentido amplo, conforme já informado *alhures*, apresenta um perfil característico da política seletiva estatal.

Destaca-se, pois, de acordo com o levantamento feito pelo Instituto Avante Brasil²³, com dados do InfoPen, do Ministério da Justiça, que houve um crescimento de 21,4% na população carcerária brasileira no período de 2008 a 2012, registrando 548.003 presos em 2012, uma taxa de 287,31 para cada 100 mil habitantes, em uma população de 190.732.694 habitantes, de acordo com o IBGE. A taxa de presos por 100 mil habitantes, que em 2008 era de 238,1 por 100 mil habitantes, também apresentou crescimento de 20,6% no período.

Ademais, houve uma ascensão em 2012 do número de presos provisórios. Dos 513.713 detentos custodiados no sistema penitenciário, 195.036 eram presos provisórios, ou seja, 37,9% do total de custodiados. Houve um crescimento de 25,1% no número de presos provisórios entre 2008 e 2012. Em 2012, essa população era de 94,5% de presos do sexo masculino e 5,5% do sexo feminino. No que tange ao sistema de vagas, a situação é ainda pior. Esses 195 mil presos estão distribuídos em 94.540 vagas, cerca de 2 detentos para cada vaga, um déficit de mais de 100 mil vagas.

Na Bahia, observa-se a seguinte situação carcerária, segundo dados da SEAP, em fevereiro de 2014:

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E RESSOCIALIZAÇÃO	
S E A P	CENTRO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES
	Terça-feira, Fevereiro 25, 2014
UNIDADE	

²³ Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-perfil-dos-presos-no-brasil-em-2012>>. Acesso em 02 fev. 2013.

CAPITAL	MASCULINO		FEMININO		TOTAL	CAPC	EXCD
	BRAS	ESTR	BRAS	ESTR			
CASA DO ALBERGADO	0	0	0	0	0	98	-98
COLÔNIA LAFAIETE COUTINHO	448	0	0	0	448	284	164
CENTRO DE OBSERVAÇÃO PENAL	96	4	0	0	100	96	4
HOSPITAL DE CUSTÓDIA	108	0	0	0	108	150	-42
CONJUNTO PENAL FEMININO	0	0	188	3	191	128	63
PENITENCIÁRIA LEMOS BRITO	1058	6	0	0	1064	1030	34
PRESÍDIO SALVADOR	952	1	0	0	953	784	169
UNIDADE ESPECIAL DISCIPLINAR	338	0	0	0	338	432	-94
CADEIA PÚBLICA DE SALVADOR	617	0	0	0	617	752	-135
TOTAL CAPITAL ==>	3617	11	188	3	3819	3754	65
INTERIOR							
CONJ. PENAL FEIRA DE SANTANA	1114	0	99	0	1213	644	569
CONJUNTO PENAL DE JEQUIÉ	800	0	53	0	853	416	437
PRESÍDIO VITÓRIA DA CONQUISTA	210	0	17	0	227	187	40
PRESÍDIO DE ILHÉUS	393	3	1	0	397	180	217
PRESÍDIO DE ESPLANADA	0	0	0	0	0	112	-112
PRESÍDIO DE PAULO AFONSO	179	0	18	0	197	122	75
CONJ. PENAL TEIXEIRA DE FREITAS	627	0	101	0	728	316	412
CONJUNTO PENAL DE VALENÇA	520	0	0	0	520	268	252
CONJUNTO PENAL DE JUAZEIRO	585	0	35	0	620	348	272
CONJUNTO PENAL DE SERRINHA	527	0	0	0	527	476	51
CONJ. PENAL LAURO DE FREITAS	490	0	0	0	490	430	60
CONJUNTO PENAL DE	1084	0	104	0	1188	478	710

ITABUNA							
COLÔNIA PENAL DE SIMÕES FILHO	270	0	0	0	270	244	26
CONJUNTO PENAL DE EUNÁPOLIS	577	0	0	0	577	468	109
TOTAL INTERIOR =>	7376	3	428	0	7807	4689	3118
TOTAL GERAL ===>	10993	14	616	3	11626	8443	3183
* Os internos da Central Médica Penitenciária estão sendo contabilizados em sua unidade de origem.							
* Os internos do Presídio Adv. Ruy Penalva – Esplanada foram transferidos para outras unidades.							

Em 2012, o sistema penitenciário brasileiro manteve o mesmo perfil de presos que nos anos anteriores. No que diz respeito à raça, cor ou etnia, os pardos eram, em 2012, maioria no sistema penitenciário, com 43,7% de presença nas prisões brasileiras. Os de cor branca 35,7%, os negros 17%, a raça amarela 0,5% e os indígenas 0,2%. Outras raças e etnias apontaram 2,9% de presença. Segundo o próprio relatório do InfoPen, há um erro de cálculo nessa estática, registrando uma inconsistência de 28 mil pessoas no valor automático.

O nível de escolaridade entre a maioria dos presos, em 2012, era o Ensino Fundamental Incompleto (50,5%). Do restante, 14% eram alfabetizados; 13,6 tinham Ensino Fundamental Completo; 8,5% haviam concluído o Ensino Médio; 6,1% eram analfabetos; 1,2% tinham Ensino Médio Incompleto; 0,9% haviam chegado à universidade, mas sem conclusão; 0,04% concluíram o Ensino Superior; e 0,03% chegaram a um nível acima de Superior completo.

Os jovens de 18 a 24 anos eram maioria nas penitenciárias brasileiras em 2012 (29,8%). Entre a faixa etária dos 25 a 29 anos, essa taxa foi de 25,3%. Do restante, 19,1% tinham entre 30 e 34 anos, 17,4% entre 35 e 45 anos, 6,4% entre 46 e 60 anos, 1% acima de 60 anos e 1,2% não informaram.

O perfil do preso brasileiro, entre jovens, pardos, e de baixa escolaridade, confirma a teoria da vulnerabilidade de Zaffaroni e o movimento *ecological approach* informado por Canotilho, ratificando a proposta do presente trabalho fulcrada nas ações afirmativas assistenciais para promoção da dignidade social e consequente diminuição da condição de vulnerável do egresso.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS PARA EGRESSOS COMO MEDIDA DE REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE

Há dois tipos de direitos de igualdade definitivos abstratos: o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual.

(ALEXY, 2012, p.429)

4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS EGRESSOS

Diante de todo o exposto acerca do poder punitivo estatal, observa-se que, com fulcro na desconfiança social, e na necessidade de legitimação das instâncias de controle, para camuflar o controle social, o estado de polícia tem substituído o estado de direito.

Neste cenário, no que tange aos egressos, para incutir na sociedade a falsa ideia de segurança pública, o estado de polícia tem ultrapassado os direitos fundamentais dos cidadãos marginalizados, e, especialmente dos presos e egressos do sistema carcerário brasileiro.

Destarte, é imperioso frisar que o fato do indivíduo ser egresso (preso provisório ou definitivo, ex-presidiário) não lhe retira a qualidade de pessoa detentora de direitos e garantias fundamentais.

Pensar de forma diversa é legitimar um direito penal do inimigo, concepção alemã, que enxerga nos criminosos mais perigosos (Jakobs deixa bem claro que não é para todos os criminosos) uma não pessoa, estabelecendo uma relação de guerra de coação, e não de direito com esses indivíduos. Consoante dispõe Jakobs(2012, p.41-3):

Mantendo-se longe de tais extremos, tratamos aqui do que alcançável, do ótimo na prática, o que significa que o Direito Penal do inimigo, deve ser limitado ao necessário, e isso com completa independência do mandato racional preexistente de limitar a violência física, por seus efeitos secundários corruptores. Porém, o que é necessário? Em primeiro lugar, é preciso privar o terrorista precisamente daquele direito do qual seus planos abusam, quer dizer, especificamente, o direito à liberdade de conduta [...].

Correspondentemente, a finalidade da privação da liberdade ao delinquente de evidente periculosidade, como por exemplo, no caso do terrorista, é diferente da que ocorre em relação a um delinquente cuja periculosidade ulterior não mostre um grau similar de evidência.

Assim, até mesmo em face da combatida posição de Jakobs, que se restringe a determinados criminosos e não a todos os criminosos, percebe-se que há, pelo menos em relação aos criminosos comuns, respeito aos direitos fundamentais.

Todavia, a situação de não liberdade e a imposição de sanções, tratamentos, por si só já se demonstram violadoras de tais direitos, mas, em verdade, este não é o objeto do presente trabalho, discutir a necessidade/legalidade/constitucionalidade de tais sanções.

Ademais, voltando aos direitos fundamentais, merece ênfase especial os artigos 3º e 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por consagrarem, o direito à vida e o direito à saúde, como um dos direitos sociais, e o direito à dignidade da pessoa humana:

Artigo III. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nos ordenamentos jurídicos. Na doutrina Constitucional mais atualizada, costuma-se classificar os direitos fundamentais em quatro gerações. A expressão geração é utilizada para delimitar o exato momento histórico cronológico em que esses direitos passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. Essas “gerações” de direitos não se superam, mas convivem entre si.

De acordo com a jurisprudência pátria, como salienta o Ministro Celso de Mello²⁴:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas –, acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Desse modo, os direitos fundamentais de primeira geração dizem respeito aos direitos civis e políticos, quais sejam, liberdade, propriedade, vida e segurança. Eles possuem um cunho materialista e são caracterizados por uma obrigação de não - fazer, ou seja, uma prestação negativa por parte do Estado. Eles estão presentes em todas as Constituições da sociedade civil democráticas e tem como objetivo principal proteger a pessoa das arbitrariedades praticadas pelo Estado.

Segundo Paulo Bonavides (2003, p. 563), os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

No que toca aos direitos fundamentais de segunda geração, eles dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, que se interligam aos direitos de igualdade. Eles são caracterizados por uma obrigação de fazer, ou seja, obriga o Estado a fazer uma prestação positiva em benefício da pessoa que necessite desses direitos.

Os direitos fundamentais de segunda geração estão expressos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), a partir do art. 6º, que trata do direito ao trabalho como um direito social. Assim, o trabalho, que também é direito do preso²⁵

²⁴ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p.39.206.

²⁵ É imperioso salientar que a LEP, em seu artigo 39, prescreve como dever do preso o de trabalho. Todavia, fazendo-se uma interpretação sistemática e teleológica e conforme a Constituição Federal,

e do egresso é um direito social fundamental, que exige do Estado prestações positivas a fim de garantir a efetividade do seu direito.

Ainda segundo o jurista Paulo Bonavides(2203, p 564), os direitos fundamentais de segunda geração “são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social[...]”.

Já os direitos fundamentais de terceira geração correspondem aos direitos atribuídos à fraternidade e à solidariedade que englobam: meio ambiente, qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos, defesa do consumidor, da criança, do idoso. No caso dos direitos fundamentais de terceira geração, o Estado tem a obrigação de proteger a coletividade de pessoas e não, o ser humano de forma isolada.

Desse modo, Paulo Bonavides (2003, p. 569) descreve:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado.

Por fim, os direitos fundamentais de quarta geração que foi criado pela doutrina atual. Inclusive, para alguns constitucionalistas a quarta geração não existe. Pode-se dizer que essa geração de direitos fundamentais são os novos direitos sociais que decorrem da evolução da sociedade e da globalização.

Segundo o pensamento de Paulo Bonavides(2003, p.571): “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.”

Os presos, conforme já se ressaltou, têm todos os direitos fundamentais explícitos e implícitos no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive os decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais que versem sobre direitos humanos, por serem normas supralegais, consoante ao posicionamento jurisprudencial consignado pelo Supremo Tribunal Federal.

art. 5º, XLVI, que veda a pena de trabalhos forçados, bem como com o art. 26 da LEP, que trata da Remição, o trabalho é direito do preso, pois traz benefícios, e faz parte do programa ressocializador.

Neste contexto, são credores de prestações estatais com muito mais razão, vez que privados de sua liberdade de locomoção, e em condição de vulnerabilidade mais acentuada que os demais concidadãos.

Ademais, contra eles incidem o estigma do cárcere e a marginalização social, devendo o Estado, para a efetividade do princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal de 1988, valer-se de ações e políticas públicas voltadas à compensação desta desigualdade.

Neste sentido, para a efetividade dos direitos sociais do egresso, o Estado Social deve sobrepor-se ao estado de polícia e atuar como instrumento de inclusão social, vez que o preso não tem como assumir um papel ativo para assegurar a sua inclusão nos sistemas diferenciados da sociedade.

Deve-se lembrar, ainda, do quantum mencionado anteriormente acerca da questão da seletividade do próprio sistema, que o conduziu a uma dependência orgânica mais forte.

Trata-se, pois, de um grande problema questão da inclusão social do egresso, para a garantia de seus direitos fundamentais, pois, as diferenças individualizadas desencadeiam a necessidade de prestação estatal específica, como salienta Canotilho(CANOTILHO; CORREIA, Marcus; CORREIA, Érica, 2010, p. 21)²⁶:

O problema é de que a diferenciação funcional individualizadora conduz a uma dependência organizativa forte. Individualmente responsável dentro de vários sistemas funcionalmente diferenciados – família, trabalho, formação e qualificação, transporte, saúde, consumo –, a pessoa corre sempre o risco de não ter possibilidade de inclusão nos esquemas prestacionais dos vários sistemas. Isso tanto mais quanto é certo que a necessidade de inclusão nos sistemas funcionais diferenciados começa muito cedo: o direito de nascer não se exerce em casa, mas na maternidade “incluída” no sistema de saúde; o desenvolvimento da criança não é um problema de crescer nos braços da ama, mas de socialização nos jardins de infância “incluídos” no sistema de ensino pré-escolar; o conhecimento e a informação começam na escola e isto é parte integrante do sistema de ensino.

²⁶ Canotilho, no presente artigo, aduz a necessidade de prestações estatais positivas para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, notadamente para a concretização da isonomia, em seu aspecto material. Neste contexto, o autor introduz a necessidade de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, dentro de uma acepção social, qual seja a dignidade social.

Formalmente, o egresso tem direitos fundamentais, todavia para a efetividade de tais direitos, como a liberdade igual, há necessidade de criação de meios que os possibilitem inclusão em um sistema social diferenciado. Por conseguinte, há necessidade de diminuição da sua condição de vulnerável. Sem esta realização da igualdade de inclusão, não se conseguirá alcançar a justiça social e, como consequência, a ressocialização do condenado.

4.1.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica do egresso

A dignidade da pessoa humana é um princípio construído pela história, um valor que visa proteger o ser humano, sendo núcleo essencial da Constituição Federal de 1988.

Dentro de uma visão simplista, de acordo com Josef Esser (*apud* ÁVILA, 2009, p. 35), princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Karl Larenz (1991, p. 74) define princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo direta ou indiretamente normas de comportamento.

Dworkin (*apud* ÁVILA, 2009, p. 37), por sua vez, informa que os princípios possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que os princípios com peso relativamente maior se sobrepõem ao outro, sem que este perca sua validade.

Alexy (*apud* ÁVILA, 2009, p. 37), partindo da ideia de Dworkin, considera que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas fáticas, desconstituídos, pois, de força normativa.

É de se observar, entretanto, que os princípios também possuem força normativa. Não procede a afirmação de que os princípios não determinam absolutamente decisão, mas contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Humberto Ávila conceitua um sobreprincípio como aquele que atua sobre outro princípio. Eles não exercem a função integrativa nem definitiva, mas têm função rearticuladora, pois permitem a integração entre vários elementos que compõem o estado ideal de coisas (2009, p. 99).

Assim, cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente.

A dignidade da pessoa humana, de acordo com Humberto Ávila é um sobreprincípio. Neste contexto, analisando-se o direito à saúde sob a ótica desse sobreprincípio, outros princípios como, por exemplo, a reserva do possível ou a separação de poderes, recebem um novo significado, diverso daquele se fosse interpretado separadamente.

A Carta Magna de 1998 dispõe em seu Título II sobre os direitos e as garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco importantes capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

O conceito da dignidade da pessoa humana é bastante complexo, dada a sua nobreza e a sua amplitude, pois se tornou um assunto de extrema importância, haja vista a sua incidência em todas as áreas do direito, bem como nas normas internacionais.

Neste contexto, conceitua Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 62):

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

Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 540) diz que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os homens se reportam em maior ou menor grau. Entretanto, esta opinião não é absoluta, Canotilho critica severamente a ideia de relacionar tal princípio ao conceito de direitos fundamentais.

Assim, é pertinente e conciliatória a lição de Humberto Ávila, ao tratar a dignidade da pessoa humana como um sobreprincípio, atuando juntamente com outros princípios para a concretização de direitos fundamentais.

Todavia, a questão que se impõe é se o egresso, o preso provisório, o autor dos crimes mais graves possui dignidade. É claro que, dentro de uma concepção jusfilosófica, todo homem tem dignidade. Mas a realidade que se apresenta é outra: a dignidade é um atributo da personalidade jurídica do ser humano, mas que depende de uma série de fatores para se efetivar.

A história das privações de liberdade, bem como as teses abolicionistas e minimalistas, confirmam a situação de privação desse direito fundamental que, de uma forma geral, alcança todos os selecionados pelo sistema penal.

O inimigo não é cidadão, logo, desprovido de dignidade. Esta é uma concepção neorretribucionista, como visto *alhures*, que infelizmente não é desprovida de verdade.

A seletividade do sistema capta principalmente aqueles já violados em sua dignidade, os vulneráveis às prescrição penais, tornando-os mais vulneráveis ainda, com o terrorismo da pena e sua execução, situação, muitas vezes, irreversível, diante da ausência de finalidade da ação punitiva.

Ademais, diante da teoria da vulnerabilidade de Zaffaroni, é imperioso salientar que antes da própria ideia de prestação estatal, para a efetividade da isonomia material, deve-se também buscar a efetividade do direito à proteção do egresso, como corolário da dignidade da pessoa humana. Como bem informa Alexy(2012, p 450-1):

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do estado a que este o proteja contra intervenção de terceiros. [...]. Não são apenas a vida, a saúde, os bem passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção, a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: [...]. Direitos à proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira, no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si.

As decisões judiciais pautadas nas normas populistas de pseudogarantia da segurança pública, sem atenção a princípios, principalmente no âmbito das

punições, têm revelado violações à dignidade da pessoa humana e não efetividade do direito à proteção dos sujeitos mais vulneráveis ao sistema penal seletivo.

Como bem salienta Ricardo Maurício Soares(2010):

Outrossim, a interpretação da norma não deve se ater à sua literalidade, há necessidade de se buscar o espírito das leis, e, para tanto, com temperos, o intérprete tem participação ativa, para se chegar ao objetivo maior que é a dignidade da pessoa humana. O direito humanizado, determinado por situações concretas não previstas, mas culturalmente enraizadas e jurisprudencialmente reconhecidas.

Neste contexto, há que se expor a realidade do encarceramento brasileiro que demonstra a violação da dignidade social, pois, de acordo com os dados do Ministério da Justiça²⁷, a população carcerária é a quarta maior do mundo. Em 2012 houve um aumento do encarceramento de 10% (dez por cento) em relação a 2011. São mais de 548.003 presos no sistema carcerário e na polícia. São Paulo, por exemplo, tem a maior concentração de presos em regime fechado, são 103.509 reclusos, contra 63.043 presos provisórios.

O que mais surpreende é a quantidade de presos provisórios. Em média 1/3 (um terço) do total de presos definitivos que cumprem pena nos três regimes (aberto, semiaberto e fechado). Assim, custodiados no sistema penal 548.003, destes, 195.036 são presos cautelares.

Na Bahia, o número de presos provisórios ultrapassa o número de presos definitivos em mais da metade. Isso se deve ao número de prisões decretas, em face, até mesmo, de homologações de flagrantes ilegais e conseqüente conversão em prisão preventiva, sem a observância de outras medidas cautelares, conforme inteligência do art. 39, do Código de Processo Penal.

É dentro deste cenário que se verifica a enorme violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que, sob o manto da prevenção delitiva, executam-se prisões preventivas, sem qualquer finalidade, além de antecipação de pena definitiva, tornando os reclusos, que, de acordo com os ditames constitucionais, não

²⁷ Dados disponíveis em: <[http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={887A0EF2-F514-4852-8FA9-D728D1CFC6A1}¶ms=itemID={0174EA9F-A262-4D3F-969E-091076FD45F5}; &UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}](http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={887A0EF2-F514-4852-8FA9-D728D1CFC6A1}¶ms=itemID={0174EA9F-A262-4D3F-969E-091076FD45F5}; &UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>)>. Acesso em: 12 jan. 2014.

poderiam ser considerados culpados, mais vulneráveis ao sistema de controle social.

Por conseguinte, se há um princípio constitucionalmente previsto, totalmente violado pelo próprio sistema, no tocante à realidade dos presos e egressos, esse princípio é o da dignidade da pessoa humana, do qual o princípio da proteção é corolário.

Destarte, egresso, em tese, tem dignidade, todavia, nesta situação, trata-se de uma norma-princípio programática, desprovida de eficácia imediata, pois, sobre esses sujeitos pesa, além da condenação jurídico-penal, a marginalização e o estigma do cárcere.

4.1.2 Os direitos sociais do egresso

Os direitos sociais são fundamentais de segunda geração e não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção e prestação. Os egressos têm dignidade social, direito à igualdade distributiva, ao desenvolvimento da sua personalidade, e, também, direito aos níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais.

Entretanto, há que se salientar que, segundo alguns autores, as normas veiculadoras de direitos sociais são normas programáticas. As constituições condensaram nestas normas programáticas princípios definidores que vinculam o legislador. Neste sentido, através das normas programáticas pode deter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais, transportando princípios conformadores e dinamizadores para a concretização de tais direitos.

Por outro lado, os direitos sociais podem ser tratados como normas organizatórias atributivas de competência, havendo, pois, uma imposição ao legislador para a realização de certos direitos sociais. Impõe-se a certos órgãos a emanção de medidas tendentes ao bem-estar social, abrindo caminho para as regulamentações de direitos sociais.

Todavia, como garantias institucionais, haverá uma imposição dirigida ao legislativo, obrigando-o a respeitar a essência da instituição, e, por outro lado, protegê-la, tendo atenção aos dados sociais, econômicos e políticos.

Ademais, como direito subjetivo público, haverá uma grande diferença entre situar os direitos sociais, econômicos e culturais num nível constitucional e com uma dimensão subjetiva e considerá-los como simples imposição constitucional, donde derivam direitos reflexos.

Por conseguinte, os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos, inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua judicialidade e exequibilidade imediata. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes, no âmbito desses direitos.

Neste diapasão, diante de uma visão objetiva, verifica-se que há uma imposição para o legislador atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, bem como ao Estado para a consecução de prestações aos cidadãos, em especial àqueles mais vulneráveis, ou mais pobres, como informa Canotilho (2010, p.33-4)²⁸:

Uma opção realista pelos pobres assentará em uma perspectiva inclusiva e dialógica, não devendo eliminar nenhuma camada de excluídos. Em segundo lugar, uma opção pelos pobres leva a sério todas as pessoas, tendo em conta a situação concreta. Por palavras muito em voga na sociologia americana, o direito deve ter aberturas dialógicas para os rostos, os corpos, as almas, dos que enfrentam as dificuldades da dor, da pobreza, do isolamento, da opressão, da ignorância (pobres sem meios de subsistência, doentes, perseguidos, discriminados, velhos, humildes). Em terceiro lugar, uma “opção pelos pobres” reivindicaria uma atitude crítica perante as desigualdades fáticas e jurídicas existentes. As “teorias” da justiça sempre problematizaram os temas da liberdade e da igualdade. E se hoje se insiste na ideia da responsabilidade individual pela formação da personalidade e conduta na vida, também se deve ter em consideração o facto de muitas pessoas no mundo não terem culpa de ter nascido pobre ou de ter caído na situação de “fracos e oprimidos” (doença, desemprego involuntário, catástrofes humanitárias). Em quarto lugar, e esta nota é particularmente importante para os juristas, a “opção pelos pobres” aponta pelos

²⁸ O Autor trata da necessidade de atuação estatal para a efetividade das garantias constitucionalmente previstas, com base na igualdade e na solidariedade social, especificando que a determinados sujeitos deve-se dispensar um tratamento diferenciado. Estes sujeitos são aqueles indivíduos mais vulneráveis, denominados pelo autor de “pobres”. Assim, com base no critério da vulnerabilidade, desenvolve-se a tese da justicialidade dos direitos sociais para a promoção da igualdade de condições e oportunidades a todos os excluídos socialmente, não apenas os hipossuficientes econômicos.

recortes do princípio da solidariedade e do solidarismo e dos direitos sociais como regras jurídicas capazes de radicar pretensões e prestações juridicamente accionáveis.

Neste contexto, a opção que se faz aqui é pelos vulneráveis ao sistema penal, pobres em sua maioria, excluídos, principalmente por aqueles que foram selecionados, marginalizados, humilhados e perseguidos, até o encarceramento.

Assim, verifica-se que os direitos sociais não se dissolvem apenas em uma norma programática ou numa imposição constitucional. O direito ao trabalho, por exemplo, é um direito social, independentemente das imposições constitucionais destinadas a assegurar sua eficácia e das prestações fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito.

Isso pode ser verificado nas palavras de Canotilho(1992, p.190):

(...) marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há mais normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas tarefa, normas programa, que impõem uma atividade (...). Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (1998, p.150):

Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem um sentido teleológico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.

Assim, é indiscutível a dimensão subjetiva dos direitos sociais. Logo, a partir da garantia constitucional de certos direitos, reconhece-se, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e à faculdade dos cidadãos de exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Por conseguinte, a concretização de tais direitos pressupõe uma atuação positiva do Estado. É bem verdade que alguns direitos sociais são autoexecutáveis – liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade; outros dependem da atuação mediadora dos poderes públicos. Nesta última linha, estão os direitos ao trabalho, à saúde, ao ensino, à cultura, dentre outros. Entendê-los como direitos originários implica uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade, o problema da sua efetivação.

Não obstante, fala-se na atuação estatal dentro de uma reserva do possível, significando a dependência dos direitos sociais a um simples apelo do legislador. Entretanto, existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora de transformações econômicas e sociais, na medida em que essas forem necessárias para a efetivação desses direitos.

De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, de aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fontes de direitos e obrigações. Tal princípio não faz distinção entre as normas constitucionais. A Constituição é vista como uma unidade indivisível, indissociável.

Havendo violação a tais normas, deve-se buscar a tutela judicial específica. Sendo assim, a inércia do Estado quanto à criação de condições para a efetivação, pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas consagradoras de direitos sociais implicam a inconstitucionalidade de normas legais, que não desenvolvam a realização do direito fundamental, ou a realização diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida.

Os Poderes Públicos têm a responsabilidade de por à disposição dos cidadãos e também dos egressos a prestação de várias espécies como a instituição do ensino, saúde, segurança, transporte e telecomunicações. Assim preleciona Canotilho(1997, p. 478):

À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar as prestações existenciais do cidadão (é o fenômeno que a doutrina alemã designa de *Daseinsvorsorge*), resulta de forma imediata para os cidadãos:

i) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos Poderes Públicos (acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias de transporte público;

ii) direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por esses serviços ou instituições à comunidade.

Observe-se que tais direitos são, na visão de Canotilho, direitos derivados a prestação, ou seja, direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes. Os direitos derivados à prestação constituem densificação de direitos fundamentais.

Neste cenário, insere-se a dependência de uma atuação legislativa concretizadora. Entretanto, aceitar esta construção é o mesmo que considerar os direitos sociais como uma garantia utópica. Tratando-se a norma constitucional instituidora do direito à saúde como norma típica de uma Constituição simbólica, na classificação de Marcelo Neves (2007, p. 176):

O Estado apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por culpa do subdesenvolvimento da sociedade. Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem frequentemente representar a subcidadania, invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a realidade constitucional inconstitucional e atribuir ao Estado/governo dos sobrecidadãos a culpa pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos (...).

Alexy (2012, p. 499) trata dos direitos sociais como direitos prestacionais:

Direito à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. (...) é necessário diferenciar entre direitos e prestações previstos de forma expressa, (...) e direitos a prestações atribuídos por meio de interpretações. Às vezes, a expressão “direitos fundamentais sociais” é reservada para os primeiros, enquanto os últimos são denominados como “direitos fundamentais a prestações” ou “interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade.

Destarte, os egressos e presos do sistema carcerário, malgrado o senso comum e as novas políticas estatais, violadoras de direitos fundamentais, possuem direitos sociais, em especial direito à saúde física e mental, bem como ao trabalho e à reintegração social. Para tanto, o Estado deve criar meios que assegurem e efetivem tais direitos, de forma plena.

Por fim, diante do exposto, é oportuno frisar que a discussão acerca dos direitos sociais do egresso encontra amparo no movimento denominado de *ecological approach* – que pretende colocar o problema dos pobres, neste contexto, os vulneráveis, no âmago da responsabilidade constitucional e funcional. Logo, é preciso identificar os mecanismos para a concretização da dignidade social, através da dinamização das políticas afirmativas de solidariedade e de socialidade, no âmbito da ressocialização.

4.2. A NECESSIDADE DE AÇÕES AFIRMATIVAS: IGUALDADE FORMAL E DESIGUALDADE MATERIAL

O fundamento jurídico das ações afirmativas se encontra calcado na efetividade do princípio da igualdade, prestigiado no plano normativo, desde 1776, no *Bill of Rights*, com previsão em quase todas as Cartas Internacionais, a partir de então.

Em face das desigualdades perpetradas pelo Antigo Regime, surge a necessidade de se edificar um princípio que pregasse a isonomia perante a lei, assim, o legislador, diante de tal mandado de otimização, deveria editar normas gerais e abstratas, iguais para todos, sem distinção, privilégios, notadamente em face de relações e situações jurídicas concretas.

Em face desta concepção de igualdade formal, consolidou-se o Constitucionalismo Moderno e o Estado Democrático de Direito, até meados do século XX, quando então surgiu a necessidade de consolidação do Estado Social de Direito.

Neste sentido, a Constituição da República Brasileira de 1988, sob o manto do Estado Democrático de Direito, contempla numerosas previsões acerca da igualdade, ora como princípio, ora como direito, ora como garantia.

Diante desta acepção é importante consignar as palavras de Marcus Orione Correia(*apud* CANOTILHO; CORREIA, Marcus; CORREIA, Érica; 2010, p.155):

Assim, é correto dizer que, especialmente a partir da ideia de Estado Democrático de Direito, a preocupação com a igualdade passa a ser foco das mais diversas teorias da justiça – não que, antes, isto não

estivesse se dando, mas, a partir daqui, acentua-se essa preocupação. Aliás, isso decorre mesmo do fato de que, na democracia, o postulado fundante é a igualdade. É claro que, dependendo da forma que se encarar o conceito de democracia, igualdade também será vista de forma diversa. Como temos como democrático o Estado que busca, em especial, a justiça social – logo, a justiça distributiva -, a igualdade que vislumbramos somente pode ser percebida no ambiente da justiça social. Daí a importância da noção de solidariedade para a consolidação do ideal de igualdade.

Logo, a liberdade, encarada como uma norma principiológica, tem fundamento nas revoluções liberais, e foi tradicionalmente encarado como garantia do princípio da liberdade.

Neste contexto, observar que, como princípio, a igualdade dependerá sempre de um critério medidor de diferenciação, vez que as pessoas são iguais ou desiguais em face de um dado paradigma. Assim prescreve Humberto Ávila (2010, p. 153):

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mas do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins do Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade e dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental.

Com efeito, a violação do postulado da igualdade conduz à violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, é imperioso frisar que a igualdade que se quer explorar aqui tem fundamento na dignidade da pessoa humana, ou seja, na dignidade social, no direito ao mínimo existencial, nas condições mínimas para uma vida humana digna. Assim, informa Alexy (2012, p. 428):

O conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável. Mas esse padrão pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática. Esse princípio exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente, mas, por força de princípios colidentes, o padrão poderá ficar abaixo desse nível (...), o enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática.

Salienta-se que esse princípio geral de igualdade perante a lei, após ser introduzido nos ordenamentos, começou a ser questionado, em face das necessidades sociais não efetivadas no transcorrer do tempo com base apenas na isonomia formal. Não se operava a igualdade de oportunidades para todos.

Assim, partindo-se da afirmação de que cada pessoa deve possuir as condições mínimas para seu sustento físico, bem como para que possa participar da vida social de seu Estado, podendo se relacionar com as pessoas que estão ao seu redor, que integram a sociedade na qual vive, com base nesta igualdade, surge a necessidade de garantia de um mínimo existencial.

Este mínimo existencial, entretanto, não pode ser quantificado de uma forma única e definitiva, uma vez que irá variar conforme o tempo, o lugar, o perfil social, bem como a esfera dos componentes econômico-financeiros e as expectativas e necessidades de cada indivíduo.

Cabe ao legislador, desta forma, determinar o padrão existencial mínimo dentro de uma dada sociedade e em um determinado momento, mas nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes, cabe aos tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo.

Portanto, como princípio, a igualdade serve como elemento de equilíbrio entre outras normas principiológicas, notadamente as relativas à efetividade de direitos humanos fundamentais.

Por outro lado, a igualdade como direito, a princípio, deve ser compreendida através de preceitos valorativos, como salienta Alexy (2012, p. 399-400):

Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula "o igual deve ser tratado igualmente; o desigual desigualmente" não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever *formal*, mas um dever material de igualdade. A igualdade - tanto quanto a desigualdade - entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade - ou uma desigualdade - em relação a determinadas características.

Como não existe uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos (igualdade/desigualdade fática universal) entre indivíduos e situações humanas, e visto que uma igualdade (desigualdade) fática parcial em relação a algum aspecto qualquer não é suficiente como condição de aplicação da fórmula, então, ela só pode dizer respeito a uma coisa: à igualdade e à desigualdade valorativa.

Desta forma, o cidadão tem o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade do tratamento desigual, e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual.

Logo, não sendo justificável a seletividade do sistema penal em face de grupos marginalizados, estes têm direito à prestação estatal como medida de compensação pela não realização da isonomia fática. Neste sentido Alexy (2012, p. 431):

O direito à “não realização de um tratamento desigual” pode abarcar direitos concretos de igualdade, tanto do status negativo, quanto do positivo, quanto do ativo. Se alguém é afetado por uma proibição que desrespeita o enunciado da igualdade, então, ele pode ter um direito definitivo concreto, fundado no enunciado da igualdade, à cessação da intervenção, ou seja, um direito de status negativo.

Assim, não é suficiente a prescrição de igualdade perante a lei, deve-se garantir a igualdade de condições e oportunidades para a promoção da justiça social. Neste sentido, Joaquim Barbosa(2003, p. 95):

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesas e americanas, cuida-se, nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

É imperioso destacar, ainda, que a igualdade como garantia constitucional integra um conjunto de prerrogativas que tem o cidadão em face do Estado, exercendo importante função democrática e de soberania popular.

Por conseguinte, para a efetivação desta garantia, não basta mais se falar em igualdade de oportunidades, pois estas seriam abarcadas pelos mais favorecidos,

deve-se, pois oferecer igualdades de condições, para que os mais vulneráveis possam ter acesso às outras garantias, bem como à convivência pacífica dentro da sociedade.

Neste contexto, o direito à igualdade faz surgir o dever de igualdade por parte do Estado Social. Assim, a seletividade perpetrada pelas instâncias de controle penal se revela como arbitrariedades, violadoras da garantia de igualdade:

É necessário pressupor que um tratamento desigual arbitrário é uma condição tanto suficiente quanto necessária para violação do enunciado igualdade. Isso suscita a questão acerca do que se deve compreender por uma igualdade substancial [...] seja compatível com tratamento desigual não arbitrário. Três possibilidades podem ser consideradas: por igualdade substancial seria possível entender: (1) igualdade fática parcial, (2) igualdade relevante ou (3) igualdade valorativa em sentido ideal. [...]. A interpretação da igualdade substancial como igualdade fática parcial teria como consequência a necessidade de se considerar qualquer coincidência, em qualquer característica, comum substancial [...] daí decorreria uma fórmula [...] (5) o igual não pode ser tratado arbitrariamente de forma desigual. (ALEXY, 2012, p. 404-5)

Por outro lado, partindo-se da premissa de que os homens são naturalmente diferentes, sob os mais diversos aspectos, notadamente em face de processos seletivos de instâncias de controle, conforme já se explanou linhas atrás, a promoção da igualdade como direito pode ser vislumbrada por alguns como uma meta utópica, entretanto, deve-se garantir ao cidadão um tratamento não discriminatório.

Assim, diante das situações de desigualdades, tem-se a necessidade de tratamento desigual como medida de isonomia, desde que reconhecida a diferenciação, como critério discriminatório, através de justificativa racional, lógica, em casos específicos, de acordo com valores normativos prescritos constitucionalmente.

Ademais, a própria Constituição prevê fatores para discriminações, com fins de isonomia, consoante previsão no art. 3º, senão vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁹

Portanto, a Constituição da República Brasileira vigente informa a preocupação do Constituinte originário com os direitos fundamentais, em especial o direito de igualdade, elevando-os, inclusive à cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF/88), notadamente quando prevê, para a efetividade de tais direitos, a possibilidade de se lançar mão de ações para a promoção do bem de todos, erradicando a pobreza e a marginalização. Neste contexto, salienta Flávia Piovesan(2012):

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece importantes dispositivos que demarcam a busca da dignidade material, que transcende a igualdade formal. A título de registro, destaca-se o art. 7º, inciso XX, que trata da proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, bem como o art. 37, inciso VII, que determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Acrescente-se ainda a chamada “Lei de Cotas” de 1995 (Lei n. 9.100/95³⁰), que obriga sejam reservados às mulheres ao menos 20% dos cargos para a candidatura às eleições municipais. Adicione-se também o Programa Nacional de Direitos Humanos, que faz expressa alusão às políticas compensatórias, prevendo como meta o desenvolvimento de ações afirmativas em favor de grupos socialmente **vulneráveis**. Some-se, ademais, o Programa de Ações Afirmativas na Administração Pública Federal e a adoção de cotas para afrodescendentes em universidades – como é o caso da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ –, da Universidade do Estado da Bahia – Uneb –, da Universidade de Brasília – UnB –, da UFPR –, entre outras. (grifo nosso)

Em linhas gerais, a igualdade passa a ser vista não apenas em seu aspecto formal, perante a lei, mas sim, material, substancial, que pretende assegurar o tratamento uniforme de todos, nivelando as oportunidades e permitindo acesso em igualdade de condições a todos os setores da sociedade, em face da clara desigualdade material dos indivíduos.

Em termos desta perspectiva, observa-se que muito pouco se tem discutido acerca dos direitos fundamentais dos egressos, diante da sua vulnerabilidade

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988.

³⁰ Lei posteriormente alterada pela Lei n. 9504/97, a qual dispõe que cada partido ou coligação partidária deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidatura de cada sexo.

gritante, conforme já se depreendeu linhas atrás. Assim, deve-se buscar meios que assegurem a igualdade de oportunidades, como medida de inclusão social adequada à diminuição da sua vulnerabilidade perante o sistema punitivo.

Por todo o exposto, observa-se que a igualdade formal, na maioria das vezes, diante das diversidades constitucionalmente reconhecidas, conduz à desigualdade material, o que reclama a necessidade de prestações estatais para a promoção da isonomia e garantia da mínima dignidade das minorias excluídas, e, para tanto, deve-se fazer uso das chamadas ações afirmativas.

4.2.1 A inclusão das minorias

De acordo com as concepções acerca da isonomia, notadamente em face do seu conteúdo material, pode-se inferir a existência das chamadas minorias, cujos grupos que as compõem representam situações ou condições de vulnerabilidades específicas, como bem salienta Tepedino(2002, p. 136):

O termo minoria deve ser reservado àqueles grupos sociais que, independentemente de sua amplitude quantitativa, encontram-se qualitativamente em uma situação de inferioridade, seja por fatores sociais, técnicos ou econômicos. Esta é, aliás, a aceção que também atribuem ao termo os estudiosos de outras ciências sociais, referindo-se usualmente a minorias como grupos sujeitos à dominação de outros grupos prevalentes. É comum incluir-se no conceito a impossibilidade ou dificuldade no exercício da cidadania, a incapacidade de defender de forma eficaz os próprios interesses e a submissão perante a autoridade, controle ou poder de outros. Em síntese: a **vulnerabilidade** é o critério central para a definição e identificação das minorias. (grifo nosso).

Desta forma, a tutela constitucional das minorias está prevista no art. 3º da Lei maior, ao impor como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Tal dispositivo constitucional é dotado de forma normativa, apresentando-se como norma de norma jurídica de plena eficácia, sendo o princípio da igualdade o combustível para a realização desses objetivos fundamentais, através de prestações positivas do Estado, tais como políticas públicas voltadas à proteção das minorias.

Neste contexto, é importante frisar que o termo minoria aqui defendido não necessariamente se refere a um fator quantitativo, mas sim, à qualidade ou condição de vulnerável, pois muitas vezes, estes, conforme já se aduziu em outra oportunidade, são maioria no sistema.

Assim, as ações afirmativas para as minorias podem representar grupos mais desfavorecidos, como os pobres, que em uma dada região pode ser a maioria da população.

Por conseguinte, é certo que muitas políticas sociais são voltadas para grupos que, embora não sejam minoritários, são economicamente e socialmente vulneráveis. É dentro desta perspectiva que se deve entender o conceito de minorias para o presente trabalho.

Destarte, no que tange aos egressos, deve-se considerá-lo como parte da minoria vulnerável ao sistema penal que seleciona, estigmatiza e marginaliza seus cidadãos, tornando-os, ao mesmo tempo, e em consequência disso, credores de proteção e prestações estatais.

4.2.2 Discriminação positiva e ações afirmativas

A adoção do termo *ações afirmativas* surgiu em 1961, em face da política americana de Jonh F. Kennedy, para coibir discriminação no mercado de trabalho. Neste íterim, outros atos de igual natureza se seguiram, até a edição, em 1965, do Executive Order nº 11246, com o objetivo de por fim à prática discriminatória, impondo a adoção de medidas favoráveis em relação às minorias raciais e étnicas, na área trabalhista, principalmente(SILVA, 2005, p. 66-7).

Há, porém indícios de que, na Índia, já eram adotadas, desde a década de 40. Mas, a criação dos mecanismos das ações afirmativas se verificou mesmo nos Estados Unidos com o fundamento em situações discriminatórias em face das minorias, notadamente porque, durante muito tempo, lá se aplicavam medidas de segregação racial.

Estas ações, hoje, são adotadas em praticamente todo o mundo e, conforme informa, Joaquim Barbosa, as ações afirmativas são discriminações positivas

juridicamente admissíveis, pois afastam a ideia de igualdade formal e de aplicação de uma lei neutra, corrige uma desigualdade historicamente comprovada e promove a igualdade material³¹. Como bem informa, ainda, o autor:

A segunda forma de discriminação tida como juridicamente admissível é a chamada “Discriminação Positiva” (‘reverse discrimination’) ou ação afirmativa. Consiste em tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no *mainstream*, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão. Essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurados, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela atingir. (GOMES, 2001, p. 22)

Dentro deste diapasão, deve-se complementar o caráter abstrato das normas de promoção da igualdade com as chamadas políticas públicas voltadas especialmente às minorias, diante do fenômeno da discriminação. Salientando a respeito, Barbosa (2003, p. 95):

Com efeito, a discriminação como componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de um em benefício de outros. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. [...]. Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.

Por conseguinte, as políticas públicas, veiculadas através de ações afirmativas, mostram-se como mecanismos voltados para a inclusão efetiva de

³¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e o princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

grupos vulneráveis³². Não se esgotando em meras recomendações por parte do Estado para que as pessoas públicas ou privadas, de forma discricionária, considerem em suas decisões os fatores de desigualdades sociais.

Dentro desta constatação, é que se deve conceber as ações afirmativas como um conteúdo a ser complementado à igualdade formal, para a efetividade da igualdade material. Neste sentido, Carmem Lúcia³³:

O conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em cada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estatisticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se refletia ainda presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes de hoje.

Recentemente, o STF, no julgamento da ADF 186/DF³⁴, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, contra os atos da UnB, acerca da instituição de cotas para

³² Neste contexto, STF: ADPF 186/DF

³³ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In Revista de Informação legislativa. P. 288. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996, p. 283-295. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em 01.02.2014.

³⁴ Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo Partido Democratas - DEM, com pedido de liminar, com o escopo de se obter declaração de inconstitucionalidade dos atos da Universidade de Brasília – UNB que utilizaram o critério racial na seleção de candidatos para ingresso na universidade. Alega-se, em suma, ofensa aos artigos 1º, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, 205, 206, I, 207, 208, V, da Constituição Federal de 1988. Às fls. 2291-2369, o “Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Públicas” e o Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular – IDEP, requerem seu ingresso nesta ADPF na condição de *amicus curiae*. Afirmam que “têm o propósito de trazer subsídios a fim de auxiliar essa egrégia Corte a obter informações que consideram de extrema importância para o julgamento da ação epigrafada (...)”. Sustentam, ademais, possuírem representatividade, pois “vêm se destacando nacionalmente na luta contra as ilegalidades/inconstitucionalidades contidas nas resoluções editadas nas universidades públicas para implantação do Programa de Ações Afirmativas no Ensino Superior”. É o breve relatório. Passo a decidir. De acordo com o art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar

negros no processo de seleção para ingressos de estudantes na instituição, examinou a questão das ações afirmativas sob a ótica do princípio da igualdade em seu duplo aspecto: formal e material. Asseverando que para a efetiva igualdade material o Estado poderia lançar mãos das ações afirmativas, e que tais práticas levariam ao afastamento da perspectiva meramente formal do princípio da isonomia e integraria o cerne do conceito de democracia.

Ademais, a Corte ainda firmou o entendimento de que a superação da concepção estratificada de igualdade, outrora definida apenas como um direito, deveria ser convertida em possibilidades com fins de diminuição da discriminação e desigualdade no mundo dos fatos.

Assim, a discriminação que justifica as práticas e políticas afirmativas, na concepção de Flavia Piovesan, viola o princípio da igualdade de condições³⁵:

Vale dizer, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade. Esta mesma lógica inspirou a definição de discriminação contra a mulher, quando da adoção da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher pela ONU, em 1979. A discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes, e como diferentes em situações iguais. (PIOVESAN, 2012)

Neste cenário, deve-se incluir o cárcere, pois este representa um regime de privações, notadamente em face do regime de socialização negativo a que fica

perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria". Sobre a admissão de *amicus curiae*, menciono o pronunciamento do Min. Celso de Mello, nos autos da ADI 3.045/DF, de sua relatoria: "a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional". Ressalto ainda que a admissão de *amicus curiae*, configura circunstância de fundamental importância, porém de caráter excepcional, e que pressupõe, para se tornar efetiva, a demonstração do atendimento de requisitos, dentre eles, a adequada representatividade daquele que a pleiteia. Verifico que o pleito atende aos requisitos necessários para participar desta ação, na qualidade de amigos da Corte. Isso posto, defiro o pedido, nos termos do art. 6º, § 1º e § 2º, da Lei 9.882/1999, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental 15/2004. À Secretaria, para registro. Publique-se. Brasília, 5 de agosto de 2010. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator - (STF - ADPF: 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/08/2010, Data de Publicação: DJe-149 DIVULG 12/08/2010 PUBLIC 13/08/2010).

submetido o preso, que se torna “desaculturado” e “desadaptado” às condições necessárias para a vida em sociedade.

Por conseguinte, em face dos estigmas da prisão, permanece a sociedade em total alerta quanto aos egressos, vez que os fins da detenção continuam presos ao indivíduo, que discriminado, estigmatizados, muitas vezes, voltam a delinquir, em face de outras adquiridas vulnerabilidades.

Desta forma, observa-se que as situações discriminatórias e de marginalização são produzidas no seio da própria sociedade, reclamando, pois, a necessidade de reeducação da sociedade punitiva como um todo, através de políticas que promovam o voluntariado e a conscientização da população extramuro, como uma opção de efetivação da isonomia.

Não se pode direcionar todos os esforços apenas para promover discriminações positivas, há necessidade de se prevenir as discriminações perpetradas pelo senso comum, através de conscientização, ao contrário do que se vem pregando nos discursos legitimadores do sistema penal.

Ademais a discriminação em face dos egressos é uma realidade incontestável, como uma verdade sabida. O cidadão uma vez encarcerado, mesmo após a reabilitação, extinta a punibilidade ou a pena, carregará para sempre os estigmas da prisão.

Destarte, diante do problema da clara segregação aduzida, ratifica-se a necessidade de ações afirmativas voltadas para os egressos, em especial, não simplesmente porque são egressos do sistema carcerário brasileiro, mas sim, diante de toda conjuntura social, econômica, psíquica e psicossocial, em que está inserido, determinante das condições de vulnerabilidade.

4.3. AÇÕES EXTRAPENAIIS DE PREVENÇÃO CRIMINAL

As políticas de prevenção extrapenais surgiram com a finalidade de controle social, uma vez que o sistema de justiça tradicional, diante das ideias retributivas e punitivas (mesmo com base em imperativos de prevenção geral e especial),

conforme já debatido neste trabalho, trabalham exclusivamente a questão criminal sancionatória, resumindo-se, pois, à punição.

A noção clássica de prevenção criminal está umbilicalmente atrelada à ideia de controle social, seja formal, que corresponde ao direito e às instituições de controle; seja informal ou extrapenal que correspondem às outras instituições como a escola, a família, a religião e, principalmente, os meios de comunicação, dentre outros.

Ademais, como já se tratou *alhures*, todos esses conceitos estão atrelados à questão criminal, notadamente ao crime, ao criminoso, à criminalidade, aos processos de criminalização e sua multifatoriedade.

Em que pese não ser o controle social o objeto da presente pesquisa, é necessário deixar consignado que a nova prevenção que se propõe nasceu com fins de controle social da conduta desviante, ora como medida de coerção, ora como correcionista.

Por outro lado, é com base neste controle social que as instâncias penais de controle, notadamente a polícia, realizam a seletividade da conduta desviante, através dos estereótipos e da marginalização setorial.

É certo que, na atualidade, o controle social tem se resumido às acepções do estado de polícia em contraposição ao Estado de Direito, ultrapassando as garantias fundamentais do cidadão, todavia, sem alcançar o êxito perseguido acerca da diminuição da criminalidade e aumento da segurança cidadão, o que demonstra a inviabilidade do atual modelo.

Portanto, propõe-se conceber o controle social não como um conjunto de medidas para coibir as condutas desviantes, mas sim, como meio de conformidade social de acordo com uma prevenção voltada à redução da vulnerabilidade dos selecionados pelo sistema punitivo, seguindo a linha do pensamento de Zaffaroni, tentando buscar uma resposta legítima à condição marginal que impera nos países periféricos.

Assim, as políticas, fulcradas em uma “opção pelos pobres”, diga-se hipossuficientes, voltadas a esse controle social, sob a ótica de uma nova prevenção, deve relativizar os conceitos de criminoso e criminalidade, com base na multifatoriedade desta última, e na vulnerabilidade do primeiro, integrando-se política

criminal e política social de forma ampla, através da coordenação entre as várias instâncias governamentais.

Neste contexto, há que se ratificar que o excesso de controle penal, ao invés da intervenção precoce, etiológica, tende a gerar o aumento da criminalidade. Como esclarece Ana Paula Sica (2009, p. 80-1):

Mesmo a viabilidade de reformas penais humanistas – por exemplo, aquelas desenhadas com base em princípio da intervenção mínima – depende de uma contrapartida de medidas que permitam superar o receio de que qualquer proposta de despenalização, descriminalização ou redução da intervenção penal acabe por gerar vácuos de controle. E, numa sociedade acuada pelo medo do crime, exponenciado ao exagero pela mídia e pelo discurso de “lei e ordem” (logo incapaz de racionalizar suas demandas por segurança e prevenção), seria ingênuo propor mudanças apoiadas apenas na ideia de como não funciona, o direito penal deve ser reduzido ou até abolido em determinados campos. Essa diminuição do penal, por certo necessária, só se viabilizará se acompanhada de projetos extrapenais de prevenção criminal que sirvam para abater o sentimento de insegurança das comunidades.

No Brasil, consoante as pesquisas realizadas em sítios oficiais, existem vários programas voltados à prevenção e inclusão social, com o objetivo de diminuição da criminalidade. Malgrado a proposta ora debatida se fulcrar na redução da vulnerabilidade, sendo a redução da criminalidade apenas uma das suas consequências, é imperioso expor a existência de algumas dessas políticas que, apesar de não terem tal objetivo, acabam por, às vezes, alcançá-lo.

Deve-se ressaltar que muitas dessas políticas públicas são voltadas para jovens das classes menos favorecidas e com baixo grau de escolaridade, o que corresponde ao perfil da maioria dos presos e egressos do sistema carcerário brasileiro *alhures* informado.

Nesse sentido, como agentes promotores destas políticas destacam-se as ONGs, como o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP, O Grupo Tortura Nunca Mais, o Projeto Axé, O Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania – CAPEC, e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha; as universidades federais e particulares, como a Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, a Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, a Universidade Federal Fluminense - UFF, a Universidade Federal do

Sergipe - UFSE, a Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, a Universidade Federal da Paraíba - UFPB, a Universidade Federal do Paraná - UFPR, a Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, a Universidade Federal do Pernambuco - UFPE e a Universidade do Vale do Itajaí em SC; Os institutos públicos de pesquisa, como a Fundação João Pinheiro – FJP em MG e a Fundação Joaquim Nabuco – PE.

Deste modo, em vários estados brasileiros pode-se verificar a preocupação com o controle social através de políticas de prevenção, como se verifica nos trabalhos sociais executados pelo Grupo Cultural Afro Reggae – GCAR, na cidade do Rio de Janeiro, e pelo Instituto Sou da Paz, na cidade de São Paulo, por serem experiências mais difundidas pela mídia.

O GCAR³⁶ foi criado em 1993, na favela de Vigário Geral, por jovens moradores dessa comunidade carioca. Trata-se de uma ONG que tem como objetivo principal oferecer oportunidades a jovens que estejam envolvidos com atividades ilícitas, em especial o tráfico de drogas ou muito próximos dele. Para alcançar tal finalidade, desenvolve trabalhos de circo, teatro, dança, esporte e música.

Em 1997, jovens universitários paulistas, preocupados com a violência urbana, lançaram a campanha “Sou da Paz” para chamar a atenção da população acerca da política de combate a armas. A campanha recolheu mais de 3,5 mil armas, o que fez nascer o Instituto Sou da Paz³⁷, fundado em 1999, sediado na cidade de São Paulo. Tendo como objetivo contribuir para a implementação de políticas públicas de segurança e prevenção da violência, consoante os ditames da democracia. Esta ONG prioriza a realização de campanhas, debates e palestras, visando incrementar a mobilização social e criou projetos voltados para a promoção da cidadania de jovens da periferia de São Paulo.

Há também destaque para o Instituto Viva Rio³⁸, fundado em 17 de dezembro de 1993, em meio às chacinas da Candelária e do Vigário Geral. Um de seus principais projetos se pauta na segurança humana, sendo uma das 24 ações do Programa de Segurança Pública e Cidadania (Pronasci), do Ministério da Justiça. O

³⁶ Disponível em: <<http://www.afroreggae.org/>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

³⁷ Disponível em: <<http://www.soudapaz.org/>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

³⁸ Disponível em: <www.vivario.org.br>. Acesso em: 24 fev. 2014.

programa³⁹ consiste na iniciativa de resgate de jovens de 15 a 24 anos em situação de risco, que compõem o grupo mais atingido nas estatísticas sobre violência armada no país.

O objetivo do protejo é proporcionar uma formação cidadã, abrindo espaço para debates entre jovens que moram em locais dominados pelo tráfico. Neste sentido, as ações soam voltadas, principalmente, para os jovens, que são mais vulneráveis aos riscos sociais, buscando a superação desta condição. O instituto possui um Estatuto com objetivos específicos, dentre eles o de mobilizar os diferentes setores da sociedade civil e organizada para o combate à criminalidade.

Dentro deste contexto da prevenção, merece destaque também, na Bahia, o trabalho desenvolvido pelo CRIA - O Centro de Referência Integral de Adolescentes –, que tem como missão, por meio da arte-educação e do despertar de sensibilidades, provocar nas pessoas atitudes transformadoras de si e da sociedade em que vivem, de forma coletiva e comunitária. Isso se dá desde 1994, a partir de um trabalho de teatro com adolescentes, baseado em proposta de arte-educação, desenvolvida por Maria Eugênia Milet, sua fundadora⁴⁰. Trata-se de projeto extrapenal de redução da criminalidade que se organiza didaticamente em Programa de Educação, Saúde e Cultura e no Programa de Comunicação e Monitoramento de Políticas Públicas.

Uma também referência, na Bahia, mas que tem sedes e programas em diversos Estados do Brasil, é o Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Yves de Roussan/ CEDECA-BA⁴¹, uma organização não governamental que tem como missão enfrentar todas as formas e manifestações de violência contra crianças e adolescentes, sobretudo contra a vida e a integridade física e psicológica. Através de seu Programa de Defesa e Promoção dos Direitos de Crianças e Adolescentes, desenvolve mecanismos asseguradores de proteção jurídico-social,

³⁹ De acordo com informações constantes no site, já foram atendidos cerca de mil jovens de comunidades de baixa renda, na região metropolitana de São Gonçalo e 500 no Complexo da Maré, Zona Norte da cidade. Jardim Catarina e Salgueiro, as duas comunidades de São Gonçalo onde o programa atua, apresentam os piores indicadores de violência da região, que aparece em 30º lugar no ranking de cidades brasileiras com altos índices de criminalidade. Cada jovem beneficiado recebe bolsa-auxílio no valor de R\$ 100 e deve cumprir carga horária de aulas teóricas e práticas. São 800 horas sobre formação cidadã, matemática, português e iniciação no mercado de trabalho. Também participam de atividades culturais e esportivas.

⁴⁰ Disponível em: <http://blogdocria.blogspot.com.br/p/sobre-o-cria.html>. Acesso em: 24 fev.2014.

⁴¹ Disponível em: <http://www.cedeca.org.br/pagina.cfm?pagina=1>. Acesso em: 25 fev. 2014.

de prevenção e de atendimento direto às crianças, adolescentes e seus familiares em situação de violência sexual e homicídios.

O CEDECA atua na prevenção primária nas comunidades, em face da violência, da evasão escolar e do trabalho infantil, e, em especial, na Bahia, desenvolve um trabalho específico na prevenção da violência sexual contra a criança e o adolescente.

Da leitura dos exemplos acima citados, observa-se que o tema da prevenção criminal, atualmente, está relacionado com a questão da segurança pública, em particular, ou seja, a uma das consequências da criminalidade, e não às suas causas.

Assim, levando-se em consideração a multifatorialidade da criminalidade e a ineficácia do modelo preventivo, a sociedade contemporânea, multicultural e extremamente diversificada, necessita, para além de políticas voltadas à segurança pública, deve-se fazer novas leituras para compreender o problema, minimizando, a princípio as condições de vulnerabilidade que se manifestam na maioria dos setores sociais, principalmente no que tange à discriminação seletiva perpetrada pelas agências de controle.

Isto posto, propõe-se direcionar as políticas públicas para, em um primeiro momento, promover a igualdade material, ultrapassando as barreiras da marginalização de grupos qualitativamente minoritários, promovendo a inclusão social, através da diminuição da vulnerabilidade, através de intervenções integradas às diversas agências de controle.

4.4 AÇÕES AFIRMATIVAS PARA EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Historicamente, a prevenção criminal sempre foi atrelada à ideia de fundamento ou alternativa à pena privativa de liberdade. Esta é a concepção dos cidadãos menos vulneráveis ao sistema penal, os imunizados pela seletividade das instâncias de controle.

Com efeito, a prevenção extrapenal, através de políticas públicas, sempre se voltou à redução da criminalidade, mitigando a situação de réus, presos e egressos, em geral, o que tem desencadeado o fracasso de muitas destas ações.

Dentro deste contexto, deve-se também partir para uma nova perspectiva em face do egresso, abrindo-se mão do prefixo “re” – reeducação, reinserção, ressocialização – que, até então, se mostraram inalcançáveis em face da política preventiva atual, sendo viável apenas em face de um conjunto restrito de valores que não conseguem atingir a condição de vulnerabilidade, determinante da conduta social desviante.

Existem previsões legais acerca da implementação de ações afirmativas direcionada para Egressos do Sistema Carcerário. No âmbito Nacional, verifica-se uma tímida prescrição no Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288/2010⁴², que prevê:

Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra.

Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.

Na esfera estadual, tem-se a Lei n. 6.346, de 23 de novembro de 2012, que alterou a Lei n. 3.940, de 9 de setembro de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe acerca da reserva de vagas de empregos para os egressos do sistema penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao Estado do Rio Janeiro. De acordo com a lei, no seu art. 2º: “Ficam reservadas 5% (cinco por cento) das vagas de emprego dos prestadores de serviços ao Estado do Rio de Janeiro para detentos, egressos do sistema penitenciário e cumpridores de medidas alternativas”.

A lei ainda prevê que se não houver o preenchimento da quota prevista no art. 2º, as vagas remanescentes serão revertidas para os demais trabalhadores. Segundo o art. 3-F, para a consecução dos seus objetivos, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário poderão celebrar convênios com entidades da sociedade civil.

⁴² Apesar de ser direcionada para egressos jovens e negros, a Lei retrata a expectativa deste trabalho, no que tange à necessidade de ações afirmativas tendentes a diminuir a vulnerabilidade dos egressos em geral, oferecendo os princípios básicos e a justificativa idônea para a discriminação positiva.

Minas Gerais⁴³ também prevê legislação específica, Lei n. 18.401, de 28 de setembro de 2009, que autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica às pessoas jurídicas que contratarem egressos do sistema prisional do Estado.

A lei serviu de base para a implantação do Projeto Regresso, instituído em junho de 2009, em parceria com a Federação das Indústrias de Minas Gerais e com o Instituto Minas pela Paz.

No Estado de São Paulo⁴⁴, não obstante haja lei publicada sobre o tema, a Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999, que disciplina as Cooperativas Sociais –

⁴³ Segundo dispõe a Lei Estadual de Minas Gerais n. 18.401/2009: “Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder subvenção econômica às pessoas jurídicas que contratarem, na forma estabelecida em regulamento, egressos do sistema prisional do Estado, observadas as normas contidas nesta Lei, na Lei Federal n. 7.210, de 11 de julho de 1984, e na Lei n. 11.404, de 25 de janeiro de 1994. Art. 2º A subvenção econômica de que trata esta Lei tem como objetivo favorecer a reinserção social do egresso do sistema prisional do Estado, por meio de incentivo à criação de postos de trabalho. Art. 3º A concessão da subvenção econômica de que trata esta Lei será feita por meio de programa gerido e executado pela Secretaria de Estado de Defesa Social – SEDS. Art. 4º Serão beneficiárias da subvenção econômica de que trata esta Lei as pessoas jurídicas que satisfizerem os requisitos estabelecidos em regulamento. Parágrafo único. Para beneficiar-se da subvenção econômica de que trata esta Lei, as pessoas jurídicas deverão comprovar regularidade perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e a Fazenda Estadual. (...) Art. 6º As pessoas jurídicas que atenderem ao disposto nesta Lei receberão, trimestralmente, subvenção econômica, mediante assinatura de termo com o mesmo fim, promovidos pela administração pública estadual, cláusula que traga a exigência de que a empresa contratada reserve 5% (cinco por cento) das vagas de emprego na área de construção de obras públicas e prestação de serviços, para os mesmos fins, para presos em regime de cumprimento de pena semiaberto e egressos do Sistema Penitenciário, desde que a reserva seja compatível com o exercício das funções objeto dos contratos. Parágrafo único - A observância do percentual de vagas reservadas dar-se-á durante todo o período da prestação de serviços e aplicar-se-á a todos os cargos oferecidos. Art. 2º - Entendem-se como pessoas egressas do Sistema Penitenciário: I - ex-presidiários(as) pessoas que apresentam sentença condenatória transitada e julgada e tenham sido reabilitados(as); II – presos(as) que apresentaram boa conduta durante sua estada no Sistema Penitenciário e hoje possuem o benefício da liberdade provisória; III – presos(as) que apresentam boa conduta em regime de cumprimento de pena semiaberto. Art. 3º - O acesso dos candidatos(as) à reserva de vagas de trabalho obedecerá ao pressuposto do procedimento único de seleção. Art. 4º - Para determinação da atividade das pessoas egressas do Sistema Penitenciário as prestadoras de serviço (empresas) deverão considerar: I - o nível de instrução; II - a formação profissional; III - aptidões para a função. Art. 5º - Na hipótese de não preenchimento da quota prevista no art. 1º, as vagas remanescentes serão revertidas para os demais candidatos qualificados no certame, observada a respectiva ordem de classificação. Art. 6º - É vedado o uso de quaisquer formas de distinção das pessoas beneficiadas nesta lei que possam causar constrangimento, exclusão ou preconceito. Art. 7º - A inobservância das regras previstas nesta lei acarreta quebra de cláusula contratual e implica a possibilidade de rescisão indireta por iniciativa da Administração Pública. Art. 8º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

⁴⁴ “Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999 (Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos). Art. 1º As Cooperativas Sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos, e incluem entre suas atividades: I - a organização e gestão de serviços socio sanitários e educativos; e II – o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços. (...) Art. 3º Consideram-se pessoas em desvantagem, para os efeitos desta

cujo objetivo é de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, e promover a integração social dos cidadãos, elenca em seu rol de possíveis beneficiários, ou seja, pessoas em desvantagem, os egressos, consoante se depreende do seu art. 3º: “os egressos de prisões” e “os condenados a penas alternativas à detenção”.

Neste cenário, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça – lançou o projeto “Começar de Novo⁴⁵” que visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário⁴⁶.

O objetivo do programa é promover a cidadania e conseqüentemente reduzir a reincidência de crimes e, para tanto, também foi criado Portal de Oportunidades, página na internet que reúne as vagas de trabalho e cursos de capacitação oferecidos para presos e egressos do sistema carcerário. As oportunidades são oferecidas tanto por instituições públicas como por entidades privadas, que são responsáveis por atualizar o Portal.

Chama-se também a atenção para o Pronatec – Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego – que já beneficiou 6.045 presos desde que foi expandido em 2013 aos presos de todo o Brasil. Deste total, 1.419 pessoas já concluíram ao menos um curso do Pronatec Prisional, parceria entre o Ministério da Justiça e o Ministério da Educação. A meta é oferecer, ainda no 1º semestre de 2014, mais de 32 mil vagas a presos e egressos de todo o Brasil.

Lei: I - os deficientes físicos e sensoriais; II - os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos; III - os dependentes químicos; IV - os egressos de prisões; V - (VETADO); VI - os condenados a penas alternativas à detenção; VII - os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo (...)” (g.n.).

⁴⁵ O Programa é desenvolvido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Instituído pela Lei n. 12.106, de dezembro de 2009, o órgão tem a missão de verificar as condições de encarceramento, as ações de reinserção social dos presos, o andamento dos processos criminais, a execução penal e o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei. Com base no diagnóstico encontrado, o DMF recomenda a tomada de providências pelas instituições do sistema de Justiça, dos níveis federal, estadual e distrital.

¹⁴⁶ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em 28 jan. 2014.

De acordo com as informações constantes no site⁴⁷, as vagas para mais de 600 cursos estão disponíveis para toda a população carcerária (regime fechado, semiaberto, aberto e presos provisórios), além de egressos e pessoas que cumprem alternativas penais. Com carga horária entre 160h e 360h, os cursos são ministrados por unidades do Sistema S, da Rede Pública Federal e da Rede Pública Estadual.

Ademais, os cursos são ministrados dentro de unidades prisionais quando as turmas são exclusivas para presos em regime fechado, semiaberto e provisórios. Há também turmas mistas para presos do regime aberto, cumpridores de alternativas penais e egressos, quando os cursos são ministrados fora das unidades prisionais.

O preso que participa do programa tem direito à remição pelo estudo, consoante já exposto anteriormente, com base na LEP.

Na Bahia, foi instituído, dentre outros, o Programa de Inserção de Apenados e Egressos no Mercado de Trabalho - PRO-TRABALHO, instituído pelo Decreto nº 14764 de 03/10/2013, com fins de reinserção social, consoante ditames do art. 10 da Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, LEP.

Tal iniciativa destaca-se por ser voltada eminentemente para egressos do sistema carcerário, consoante se depreende do art. 2º do Decreto nº 14764 de 03/10/2013:

Art. 2º São beneficiários do Programa PRO-TRABALHO:

I - o egresso do sistema penitenciário, assim considerado para os fins deste Decreto:

a) o que tenha sido liberado definitivamente, pelo prazo de 01 (um) ano, a contar da data da saída do estabelecimento prisional;

b) o que esteja no gozo do benefício de livramento condicional, durante o período de prova, nos termos do inciso II do art. 26 e do art. 131 e seguintes da Lei de Execução Penal, e alterações posteriores, e do art. 83 e seguintes do Código Penal Brasileiro e alterações posteriores;

II - o que cumpre pena em regime semi-aberto ou aberto, nos termos do art. 33 e seguintes do Código Penal Brasileiro e alterações posteriores, combinado com o parágrafo único do art. 19, § 1º do art. 82 e dos arts. 36 e 89, 91 a 95 e 110 a 119, todos da Lei de Execução Penal e alterações posteriores;

III - o anistiado e o indultado, há até 01 (um) ano, a contar da data da saída;

IV - o desinternado, nos termos do § 3º do art. 97 do Código Penal Brasileiro;

⁴⁷Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={56864FAE-6BAA-44E8-AE2E-AFA08AFBFD09}>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

O programa tem como objeto necessariamente a inserção dos Egressos no mercado de trabalho, consoante se infere do art. 3º do Decreto nº 14764, de 03/10/2013:

Art. 3º O PRO-TRABALHO consiste em ações conjuntas entre a Secretaria do Trabalho Emprego, Renda e Esporte - SETRE e a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização - SEAP mediante:

I - participação em cursos de qualificação social e profissional;

II - alocação no mercado de trabalho por meio do aproveitamento das habilidades profissionais progressivamente desenvolvidas, ou daquelas criadas após frequência regular aos cursos de qualificação disponibilizados pela SETRE;

III - estímulo à participação dos indivíduos a que se refere este Decreto, bem como da população carcerária, em atividades laborais que aproveitem suas qualidades pessoais, de maneira a contribuir com sua gradativa reinserção no meio social;

IV - avaliação psicossocial dos beneficiários das ações previstas neste Decreto.

§ 1º A SETRE e a SEAP poderão contar com o apoio e a colaboração de outros órgãos e entidades da Administração Pública do Poder Executivo Estadual, no limite de suas respectivas áreas de atuação, para alcance do fim a que se destina este Programa.

§ 2º As demais ações e forma de execução serão definidas em Termo de Cooperação a ser firmado entre a SETRE e a SEAP.

Neste mesmo contexto, também se insere o Programa Qualifica Bahia Ressocialização, desenvolvido pela Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte (Setre), em parceria com a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (Seap), recentemente premiado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, em 5º lugar, no II Prêmio Nacional de Boas Práticas.

O programa, executado em 2012⁴⁸, promoveu a qualificação profissional de mais de 800 custodiados de presídios baianos, sendo realizado em 19 unidades prisionais nos municípios de Valença, Teixeira de Freitas, Paulo Afonso, Ilhéus, Itabuna, Jequié, Salvador, Lauro de Freitas, Serrinha, Simões Filho, Feira de Santana, Juazeiro e Vitória da Conquista.

⁴⁸Disponível em: <<http://www.portaldotrabalho.ba.gov.br/servicos/qualificacao/programa-qualifica-bahia>>. Acesso em: 28 fev.2014.

É imperioso destacar, ainda, o programa vencedor do 2º lugar no II Prêmio de Boas Práticas, desenvolvido no Estado de São Paulo: o Programa Estadual de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário (PRÓ-EGRESSO), instituído através do Decreto nº 55.126, de 7 de dezembro de 2009, iniciativa também voltada ao processo de reintegração social, consoante ditames do art. 10 da LEP (Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal).

O PRÓ-EGRESSO⁴⁹ é coordenado pela Secretaria Estadual do Emprego e Relações do Trabalho (SERT) de São Paulo, por meio da Coordenação de Políticas de Inserção no Mercado do Trabalho (CPIMT), e atua em parceria com a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) de São Paulo.

O objetivo do programa é impulsionar a reintegração social, onde os egressos são inclusos nos programas oferecidos pela Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho, através da intermediação de mão de obra, qualificação profissional, frente de trabalho, carteira profissional, com o diferencial que em alguns deles as cotas estão pré-definidas, conforme Resolução Conjunta 001/2011, onde determina que os órgãos públicos estaduais devem exigir, em seus contratos e editais de licitação de obras e serviços, que a proponente vencedora contrate um número mínimo de egressos para realização dos trabalhos.

Podem participar do PRÓ-EGRESSO: ex-detentos que saíram do sistema carcerário há no máximo um ano ou estejam em liberdade condicional; liberados definitivos, ou seja, aqueles que cumpriram pena e estão em liberdade há mais de um ano; aqueles que estão em situação especial de cumprimento de pena: casos como os de detentos que cumprem pena em regime semiaberto ou aberto, foram beneficiados pela suspensão condicional da pena e foram condenados a penas alternativas; os anistiados, agraciados, indultados, perdoados judicialmente: aqueles cuja punibilidade foi declarada extinta.

O II Prêmio Nacional de Boas Práticas reconheceu o 1º lugar para Projeto Reabilitando Pela Arte Cultura de Paz Pela Não Violência Instituição Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso - ACUDA (Porto Velho-RO).

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.emprego.sp.gov.br/emprego/pro-egresso/>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

A ACUDA⁵⁰ é uma ONG que atua no sistema prisional na cidade de Porto Velho, em Parceria com a Secretaria de Estado de Justiça, Ministério Público do Estado de Rondônia, Vara de Execuções Penais de Porto Velho, Conselho da Comunidade na Execução Penal e SESTSENAT.

Esta ONG utiliza no processo de ressocialização dos detentos, a espiritualidade, as terapias alternativas como a meditação, a terapia Reik, a terapia familiar, a massoterapia, banhos de ervas e argila, o cone chinês, a yoga, o eneagrama, o teatro gestáltico, o psicodrama, e no âmbito profissional, possui a escola de artes que inclui o artesanato como marchetaria, cerâmica e esculturas, a pintura em tela, a tapeçaria chilena, além do cultivo de hortifrutigranjeiros.

Observa-se que a ressocialização sob a ótica do programa desenvolvido pela ACUDA ultrapassa a reintegração apenas pelo trabalho, utilizando também tratamentos terapêuticos e espirituais.

Malgrado haja mérito na ressocialização pelo trabalho, é importante frisar que a reintegração dos egressos não deve ser tomada como uma ação exclusiva neste sentido. Com efeito, não deve também ficar ao alvedrio apenas dos legisladores, Chefes do Executivo e demais agentes das instâncias de controle.

Propõe-se que a ressocialização/reintegração seja reconhecida como uma questão de responsabilidade social, de interesse geral, pois consoante já se explanou, trata-se da efetividade da igualdade como garantia da dignidade da pessoa humana, não meramente uma questão de segurança pública.

Ademais, com base em ditames de criminologia crítica, há necessidade de abertura do cárcere à sociedade, ao voluntariado, dentro da prisão para aproximar o preso à sociedade livre. Isso contribuirá para a desmistificação da prisão e dos egressos. Neste contexto, preleciona Baratta (2002):

Múltiplas e politicamente diferenciadas são as etapas de aproximação deste objetivo. Estas são constituídas pelo alargamento do sistema de medidas alternativas, pela ampliação das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, pela introdução de formas de execução da pena detentiva em regime de semiliberdade. Pela experimentação corajosa e a extensão do regime das permissões, por uma reavaliação em todos os sentidos do trabalho carcerário. Mas especialmente importante é a abertura

⁵⁰Disponível em: <<https://www.facebook.com/pages/Acuda-Associa%C3%A7%C3%A3o-Cultural-e-Desenvolvimento-do-Apenado-e-Egresso/347740601937803?sk=info>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

do cárcere para a sociedade, também mediante a colaboração das entidades locais e, mais ainda, mediante a cooperação dos presos e das suas associações com as organizações do movimento operário, com a finalidade de limitar as consequências que a instituição carcerária tem sobre a divisão artificial de classes, de reinserir o condenado na classe e, através do antagonismo de classe, na sociedade.

Assim, há que se salientar a importância das ações afirmativas de reintegração voltadas para os egressos do sistema carcerário brasileiro. Todavia, elas têm se direcionado, preponderantemente, às questões do trabalho, sem atentar para as outras condições determinantes da vulnerabilidade desses atores sociais, diante da já exposta multifatorialidade dos comportamentos desviantes.

Por conseguinte, deve-se levar em consideração, para a implementação de qualquer política afirmativa, e, em especial na política criminal, a questão das diversidades, como bem expõe Baratta (2002, p.208):

A sociedade igualitária é aquela que deixa ao máximo de liberdade à expressão do diverso, porque a diversidade é precisamente o que é garantido pela igualdade, isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem, portanto, que consente a maior contribuição criativa e crítica de cada homem à edificação e à riqueza comum de uma sociedade de "livres produtores", na qual os homens não são disciplinados como portadores de papéis, mas respeitados como portadores de necessidades positivas.

Dentre deste contexto jurídico-criminológico, existe a necessidade de adoção das ações afirmativas em face dos egressos do sistema carcerário, como grupos marginalizados, vitimizados pelo sistema punitivo e pela própria sociedade, vez que dotados de potencial discriminatório, no que tange à igualdade e oportunidades de direitos, para a redução da vulnerabilidade inerente à sua condição.

Isto posto, propõe-se uma opção pelos vulneráveis, em especial, aqueles egressos do sistema carcerário, através de ações afirmativas por parte do Estado, em atenção à necessária redução das desigualdades e discriminações, como finalidade de uma nova prevenção criminal, não para justificar a ação punitiva estatal, mas como forma de mitigação dos males do cárcere e a consequente exclusão social.

Dentre deste contexto jurídico-criminológico, existe a necessidade de adoção das ações afirmativas em face dos egressos do sistema carcerário, como grupos marginalizados, vitimizados pelo sistema punitivo e pela própria sociedade, vez que dotados de potencial discriminatório, no que tange à igualdade e oportunidades de direitos, para a redução da vulnerabilidade inerente à sua condição.

Isto posto, propõe-se uma opção pelos vulneráveis, em especial, aqueles egressos do sistema carcerário, através de ações afirmativas por parte do Estado, em atenção à necessária redução das desigualdades e discriminações, como finalidade de uma nova prevenção criminal, não para justificar a ação punitiva estatal, mas como forma de mitigação dos males do cárcere e a consequente exclusão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou a análise da aplicabilidade das ações afirmativas como medida de redução da vulnerabilidade dos cidadãos egressos do sistema carcerário brasileiro, apresentando uma nova perspectiva para a prevenção criminal.

O processo evolutivo da questão criminal, principalmente no que tange à teoria da pena, proporcionou o surgimento dos discursos de deslegitimação da atividade punitiva estatal, e, por conseguinte, a afirmação da inidoneidade da prevenção como medida capaz de justificar a intervenção estatal na seara individual dos cidadãos.

Dentro deste diapasão, percebeu-se que o sistema penal não tem conseguido resolver os conflitos sociais, notadamente as desviações perpetradas pelos indivíduos mais vulneráveis à atividade das agências de controle. Ademais, os mecanismos utilizados para a consecução deste fim têm evidenciado uma sobreposição do estado de polícia em face do estado de direito.

Assim, dentre as teorias legitimadoras da punibilidade estatal, enfatizou-se a prevenção geral positiva, fulcrada na estabilização da norma, responsável pelo fenômeno da expansão do Direito Penal e pela maquiagem dos efeitos negativos de desagregação social dos condenados, diante da reprodução da marginalidade e desigualdades sociais.

Emerge, neste diapasão, a concepção de Roxin acerca de uma intervenção subsidiária do controle social formal, aliada à proteção de bens jurídicos e à culpabilidade como medida de limitação da atividade punitiva, evidenciando-se, também, a necessidade de prestações estatais para a efetivação da dignidade social.

Agregou-se, também, à teoria da vulnerabilidade de Zaffaroni, os preceitos informados por Alexy, reveladores da existência dos direitos de prestação e proteção estatal para a efetividade do princípio da igualdade material entre os atores de delitos e os cidadãos imunes ao excessivo controle social.

Por conseguinte, dentre todos os vulneráveis, enfatizou-se os egressos do sistema carcerário brasileiro, cujo perfil revelou-se em estereótipos marginais,

reclamando, assim, a obrigação estatal de implantação de políticas compensatórias, tendentes à inclusão social e a diminuição dos males do encarceramento.

Importante destacar que as medidas afirmativas, neste sentido, já vêm sendo timidamente implementadas, em face dos ditames da ressocialização, com fins de prevenção especial, através da concretização do direito social ao trabalho, reconhecendo-se, em alguns Estados brasileiros, legislação específica sobre o tema.

De tal modo, o fator egresso justifica o tratamento diferenciado, conforme se verificou em dados reveladores da condição de vulnerabilidade dos presos, que apontam para a seletividade do sistema e a confirmação da estigmatização de determinados setores da sociedade e a imunização de outros.

A vulnerabilidade pregada por Zaffaroni converge em um ponto com a teoria dialética unificadora de Roxin quando este aduz que o Estado deve intervir também através das prestações sociais e, não apenas, através da punição, vez que esta deve ser utilizada de forma subsidiária.

Neste contexto, a condição de vulnerável do egresso se enquadra na “opção pelo pobres” de Canotilho, que também reclama o cumprimento de obrigações positivas por parte do Estado, bem como a realização do princípio da isonomia e conseqüentemente da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, as ações afirmativas, como mecanismos de realização da igualdade material, devem se orientar também pelos ditames da responsabilidade social e do voluntariado, aproximando-se presos e cidadãos livres, incutindo-se na consciência popular a necessidade de não discriminação, sob pena da ineficácia das medidas de prevenção.

Assim, abre-se vistas a uma nova prevenção, não como medida legitimadora da atividade punitiva estatal, mas sim, como fundamento para realização das práticas discriminatórias reveladoras da justiça social em face dos egressos do cárcere brasileiro.

Isto posto, não se pretendeu esgotar a discussão acerca do tema, muito pelo contrário, buscou-se incluir no discurso penal, uma nova concepção de prevenção, fora do discurso legitimante, através da abertura do sistema penal para outras formas de controle social, como as ações afirmativas no âmbito da política criminal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Carlos Frederico Guerra. Experimentação com seres humanos no Brasil: realidade ou ficção? Uma análise à luz da vulnerabilidade dos sujeitos de pesquisa. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Homenagem ao Professor Orlando Gomes, Salvador, n. 16, 2008. Disponível em: <<http://www.ppgd.ufba.br>>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 2ª tiragem, Brasil: Malheiros Editores. Impressão 06.2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 1ª ed. São Paulo; Malheiros, 2010, p. 153.
- BARATTA. Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda., 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo(Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 97-135.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª edição, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. **A Era dos Direitos**. Trad. de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan; LARRAURI PIJOAN, Helena. **Victimología: Presente y Futuro de La Victimología**. Barcelona: PPU, 1993.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo. Editora Saraiva, 2002.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CANOTILHO, J.J, Gomes. O direito dos pobres no activismo judiciário. In: **Direitos Fundamentais Sociais**. Coordenação CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. São Paulo: Saraiva, 2010, p.33-34.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013a.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013b.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013c.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um Suporte Axiológico para a Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JUNIOR, Dirley da. (Orgs.). **Temas da Constituição e Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2007, p. 71-112.

_____. **Controle Judicial Das Omissões Do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. 2. Reimp. Coimbra Editora, 1997.

DERRIDA, Jacques de. **A Escritura - A Diferença**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ESPINEIRA, Gey. **Sociedade do Medo**. Teoria e método da análise sociológica em bairros populares de Salvador: juventude, pobreza e violência. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 44.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3ª edição revista. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Direito, Retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Legitimidade na Constituição de 1988. In: **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia**. Supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FEYERABEND, Paul. **“Tratado contra el Metodo”**. Disponível em: <http://www.inicia.es/de/diego_reina/filosofia/fil_ciencia/feyerabend_metodo.htm>. Acesso em: 17 mar. 2013.

FONSECA, Dagoberto. **Políticas Públicas e Ações Afirmativas**. São Paulo: Selo Negro Edições, 2009.

FOPPEL el HIRECHE, Gamil. **A função da Pena na visão de Claus Roxin**. Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972,

GOMES CANOTILHO, J.J. O Direito Constitucional como Ciência de Direccção: O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”), Coord. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-31.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Editora Almedina, 7ª edição (11ª reimpressão), 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social**. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. p. 100-101. In: **SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO – 2001: BRASÍLIA**. As minorias e o direito. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, 2003. p. 95-132.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. (Volumes I e II).

_____. **Conhecimento e Interesse** - com um novo posfácio. Introdução e Tradução de José N. Heck. Revisão de Texto de Gustavo Bayjer. Rio de Janeiro: ZAHAR EDITORES, 1973. Parte III – Crítica como unidade de Conhecimento e Interesse.

_____. **The theory of communicative action**. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984.

HASSEMER, Winfried. Ressocialização e Estado de Direito. Artigo publicado originalmente sob o título “Resozialisierung und Rechstaat” em *Kriminologisches Journal*, 14. Jahrgang, 1982, p. 161 e SS. Tradução do alemão por Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Luterana do Brasil, Mestre em Ciências Criminais, advogado Criminal. Tradução autorizada expressamente pelo autor. **Revista de Estudos Criminais**, p. 9-13, 2006.

HEGEL. **Princípio de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 89.

HEIDEGGER, Martin. **Os fundamentos metafísicos da lógica**. Indiana: Indiana University Press, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991.

_____. **Escritos de Direito Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

J. BENTHAM. **Principios de legislación y codificación**. ed. de Francisco Ferrer y Valls, 2 vols., Madrid, 1834.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções Críticas. 6ª edição. Organização e tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Parte 1. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas** (tradução de Beatriz Viana e Nelson Boeira). São Paulo: Perspectiva, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Tradução de José Lamego. 1991.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, t. I.

LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do direito** – Vol 1 e 2. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal**. Barcelona: Jesús Maria Bosch Editor, 1998.

_____. Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la teoría del delicto. ”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, p. 25-56, 1999.

_____. Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor. In: ALFARO, Luis Miguel Reyna, (Org). **Derecho, processo penal y victimologia**. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gont. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília. Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. Rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3ª edição, Martins Fontes, São Paulo 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e Sofrimento. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. n. 17. Disponível em: <www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista17.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La resocialización del delincuente**. Análisis y crítica de um mito. CPC, n. 7, Madrid, 1979, p. 135-136.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PABLOS DE MOLINA, Antonio García. **Criminologia** – uma introdução a seus elementos teóricos. Trad. De Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PELLEGRINO, Laércio. **Vitimologia** (História, Teoria, Prática e Jurisprudência). Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. p. 50-51. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Este texto embasou a intervenção “Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, apresentada na **Conferência Internacional sobre Ação Afirmativa e Direitos Humanos**, no Rio de Janeiro, em 16 e 17 de julho de 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em 01 fev. 2014.

POPPER, Karl Raymund. **A lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PUIG, S. Mir. **Función de la pena y teoría del delito em el Estado Social Y Democrático de Derecho**. Barcelona: Bosch.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. V. 1. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade** (Os Critérios da Culpa e da Prevenção). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.

RICOUER, Paul. **Del texto a la acción**. Ensayos de hermenéutica II. De la hermenéutica de los textos a la hermenéutica de la acción. Disponível em: <http://www.fce.com.ar/ar/libros/detalles.aspx?IDL=6872>. Acesso em: 09 fev. 2013.

ROXIN, CLAUS. **Política criminal e sistema jurídico – penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Estudos de Direito Penal. Trad. Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscherad, 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

ROXIN, Claus. **A proteção dos Bens Jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: LOBO, Ricardo Torres (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Editora: Rio de Janeiro: Renovar, 2001, páginas 35-98.

_____. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SARTRE, J. P. **Questão de Método (1960)**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores). Parte III.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3ª Ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 2ª Edição. Florianópolis – SC: Conceito Editorial, 2012.

SCHUNEMANN, Bernd. Sistema del derecho. In: RIPOLLÉS, José Profesor Doctor, **Don José Cerezo Mir**. Espanha: Tecnos, 2002.

SICA, Ana Paula Zomer. **Prevenção Criminal**. Análise de políticas Extrapenais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo v. 34, p. 163-194, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: RT, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. 1 ed. LTR, 1999

_____. **Curso de Direito Constitucional**. atualizado até a EC n. 71, de 29 de novembro de 2012, e Súmula Vinculante 32, de 24-2-2011, além da atualização da jurisprudência do STF e demais Tribunais Superiores, Saraiva. 8ª Edição. 2013.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva**: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 66-67.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania. In: Novos Direitos e Proteção da Cidadania – **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, ano 2 – jan./jun. 2009.

_____. Direito penal e proteção da cidadania. **Revista MPD Dialógico**, ano VIII, n. 36.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A constitucionalização do direito:** a Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo & SCHREIBER, Anderson. Minorias no Direito Civil Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 10, p. 136, abr/jun, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução: José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal:** parte general. Tradução: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** A perda da legitimidade do Sistema Penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1 – Parte Geral. 9ª edição. São Paulo: Editora 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão Criminal**. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro: ICC-Revan, n.14, p.31-48, 2004.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

Legislação Federal

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:15.07.2013

BRASIL, Decreto-lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL, Lei nº. 1.521 de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1951.

BRASIL, Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL, Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL, Lei nº. 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL, Lei nº. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998.

BRASIL, Senado. Projeto de lei do Senado PLS nº. 236 de 2012 de 9 de julho de 2012. **Reforma do Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: dez. 2013.

BRASIL, Senado. Projeto de lei do Senado PLS nº. 3.473 de 18 de agosto de 2000. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: fev. 2014.

BRASIL, Senado. Projeto de lei do Senado PLS nº. 4668 de 15 de dezembro de 2004. Revoga os arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº. 3.688 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: jan. 2013.

BRASIL. Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). São José da Costa Rica: 1969.

BRASIL. Lei n.º 807290, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. Lei n.º 11.343/06, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. Lei n.º 11.340/06 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. Lei n.º 12.888 de 20 de julho de 2010. Institui o **Estatuto da Igualdade Racial**; Altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

Legislação Estadual:

MIINAS GERAIS. Lei n. 18.401, de 28 de setembro de 2009. Autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica às pessoas jurídicas que contratarem egressos do sistema prisional do Estado. Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 28 de setembro de 2009.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 6.346, de 23 de novembro de 2012, que alterou a Lei n. 3.940, de 9 de setembro de 2002, do Estado do Rio de Janeiro. Dispõe sobre a reserva de vagas de empregos para os detentos e egressos do sistema penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao estado do Rio de Janeiro, na forma que menciona. Rio de Janeiro, em 23 de novembro de 2012.

BAHIA. Decreto nº 14764 de 03/10/2013. Institui o Programa de Inserção de Apenados e Egressos no Mercado de Trabalho - PRO-TRABALHO, e dá outras providências. Salvador, 04 de outubro de 2012.

SÃO PAULO. Decreto nº 55.126, de 7 de dezembro de 2009. Institui o Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário no Mercado de Trabalho - PRÓ-EGRESSO e dá providências correlatas. Palácio dos Bandeirantes, 7 de dezembro de 2009.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, Medida Cautelar. Arguente: Democratas - DEM da República. Arguido: Reitor Da Universidade De Brasília. Relator: Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p.39.206.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 114029/SP. Partes: Tiago das Chagas Pereira, Alfredo Pereira de Lima, Relator do Habeas Corpus 237071 do Superior Tribunal De Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 18/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-035. 21-02-2013 PUBLIC 22-02-2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97256/RS. Partes: Alexandro Mariano da Silva , Defensoria Pública da União, Defensor Público-Geral Federal, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ayres Brito. Data de Julgamento: 15/12/2012, Data de Publicação: DJe-035. 16/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Mandado de Segurança n. 22.164/SP** – Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Diário da Justiça, Seção I, 17/11/1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 243727 SC 2012/0107769-8**; Relatora: Ministra Laurita Vaz; julgamento: 28/08/2012; Quinta Turma; Data da Publicação: DJe 05/09/2012