

JÉSSICA CAROLINE FERREIRA LEITE

**O GARANTISMO PENAL VERSUS O DEVER RETRIBUTIVO DO
ESTADO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

JÉSSICA CAROLINE FERREIRA LEITE

O GARANTISMO PENAL VERSUS O DEVER RETRIBUTIVO DO ESTADO

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Mestre Alessandro Gonçalves Paixão.

ANÁPOLIS – 2018

JÉSSICA CAROLINE FERREIRA LEITE

**O GARANTISMO PENAL VERSUS O DEVER RETRIBUTIVO DO
ESTADO**

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Este trabalho é dedicado à Matheus Filipe e Valentina Aila, por todas as vezes que secaram minhas lágrimas e me deram coragem para sorrir em meio às tempestades. Donos da minha inspiração, força, devoção e amor eternos.

À Deus, por ter me agraciado com a certeza vocacional para este curso. À família Garcia, pelo custeio dos meus estudos desde o Ensino Médio, pela confiança depositada e pelo incentivo vital. À 1ª Vara Criminal desta Comarca, representada pelo Juiz de Direito Ricardo Oliveira Dourado e pela escrivã Leni Maria de Souza, por três anos de aprendizado e acolhimento impagáveis. À Aretuza Mendonça Duarte, por me inspirar a fazer parte do egrégio Ministério Público do Estado de Goiás e me conceder a honra de sua amizade. Ao Promotor de Justiça do Estado de Goiás João Biffe Júnior, por ter me apresentado, despretensiosamente, o livro com o qual concluí cinco anos de estudo e dedicação. Ao Mestre Alessandro Gonçalves Paixão, pela oportunidade de aprendizado e pela paciência. À Camila Ferreira Goulart, Guilherme Junqueira Miranda Marques e Rodrigo Victor de Oliveira os quais são detentores de todo meu carinho e admiração.

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso, para bacharelado em Direito, pelo Centro Universitário UniEvangélica de Anápolis, cujo tema abrange o garantismo penal criado por Luigi Ferrajoli, esmiuçado até a figura do garantismo monocular hiperbólico, e o dever retributivo do Estado, trazendo à margem todo o contexto histórico e atual que envolve os dois pontos. A proposta analisa ambos aspectos, suas congruências e o momento em que se tornaram tão opostos. De forma sucinta, afinal o tema é deveras complexo para ser desenvolvido em pouco mais de trinta páginas, a pesquisa narra o surgimento das Escolas Penais e os deveres sociais atribuídos à pena em cada marco histórico criminológico, avançando no tempo até alcançar o momento jurídico atual, em que nos deparamos com forte paradoxo. Para tanto, a metodologia empregada foi bibliográfica, contando com o acervo da própria Instituição Educacional e diversas revistas jurídicas colacionadas em gabinetes de juízes e promotores de Justiça desta cidade, os quais foram extremamente gentis em ceder parte de seu conhecimento de maneira informal a este texto. Graças à tecnologia, também puderam ser explorados grandes mestres do Direito Penal e Constitucional espalhados pelo país, através de *blogs* e vídeo aulas disponíveis gratuitamente.

Palavras chave: Garantismo; pena; bandidolatria, democídio; criminologia; direitos; garantias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	03
1.1 Teoria Absoluta	04
1.2 Teoria Positivista	07
1.3 Teoria Mista.....	09
CAPÍTULO II – O GARANTISMO JURÍDICO	12
2.1 Contexto Histórico	12
2.2 A Teoria e Seus Axiomas	13
2.3 Garantismo Monocular Hiperbólico	17
CAPÍTULO III – BANDIDOLATRIA E DEMOCÍDIO	20
3.1 Os Fenômenos.....	20
3.2 A Falha no Estado	23
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	31

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo explicar os deveres de repressão, ressocialização e retribuição do Estado de Direito perante a sociedade vítima do excesso de Garantismo Jurídico imposto pelo próprio Estado. Para tanto, este foi sistematizado em três capítulos que dividem os contextos históricos necessários para elucidação do tema.

No primeiro capítulo, abordou-se desde os primórdios da evolução da pena, junto às Teorias Absoluta e Relativa, até os dias de hoje, avaliando a real aplicabilidade da Teoria Mista, utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto no segundo capítulo, fora analisado o dever Retributivo do Estado em contrapartida à aludida teoria do Garantismo Jurídico, criada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, na obra *Diritto i Ragione*, datada de 1898.

Por fim, o fenômeno da bandidolatria e do democídio, provenientes da aludida overdose de direitos e garantias elencados na Carta Magna, ganhou destaque no terceiro capítulo. Com fulcro na obra escrita pelos promotores de justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Diego Pessi e Leonardo Giardim, este capítulo aborda a cultura contemporânea de inocentar o acusado a qualquer custo, invertendo os papéis do Estado, da polícia e da própria vítima.

O método utilizado na elaboração do texto foi bibliográfico, contando com autores como Júlio Mirabete, Luiz Prado, Diego Pessi e Leonardo Giardim. Ademais, graças a tecnologia, foi possível compilar diversos entendimentos de grandes juristas da atualidade, como Cleber Masson e Túlio Vianna, por meio de vídeo aulas e *blogs* jurídicos.

A presente pesquisa se justifica ao considerarmos a atual realidade jurídica do país, que já é considerado o “paraíso dos bandidos”, onde há crescente impunidade, desvalorização das forças policiais, falta de recursos para o regular trâmite dos processos e conseqüente prescrição destes por mera negligência. Trata-se de um tema de alta relevância a ser tratado no âmbito em que se encontra: junto aos futuros operadores do Direito em formação.

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

Nos tempos primitivos todos os eventos naturais catastróficos, desde longas secas até a ocorrência de chuvas torrenciais, eram atribuídos à fúria divina despertada em razão de atitudes humanas que haviam desagradado os seres celestiais. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições religiosas, sociais e políticas, conhecidas por *tabu*, que, não obedecidas, acarretavam castigos cruéis (MIRABETE, 2012).

Segundo elucida Mirabete:

A infração *totêmica* ou a desobediência *tabu* levou a coletividade à punição do infrator para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominamos crime e pena. O castigo infligido era o sacrifício da própria vida do transgressor ou a oferenda de objetos valiosos (animais, peles e frutas) à divindade, no altar montado em sua honra. (MIRABETE, 2012, p. 15)

Portanto, vemos que, em sua origem remota, a pena era sinônimo de vingança, um revide à agressão outrora sofrida, cuja justiça era aplicada de forma rude. A transição na valoração da pena não foi sistemática, porém, atualmente, para fins de estudo, distinguem-se as fases de vingança privada, vingança divina e vingança pública (MIRABETE, 2012).

Modernamente têm-se a consciência de que a pena é uma consequência gerada a partir da realização de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, destinada ao indivíduo que desrespeitou a legislação penal, ou seja, é o meio do Estado exercer sua jurisdição, como última *ratio legis*, após esgotadas todas as outras possibilidades de intervenção estatal (PRADO, 2005).

Para conceituar a finalidade da pena, são utilizadas três grandes teorias: a Clássica/Absoluta, a Positivista/Relativa e a Mista, que serão abordadas ao longo deste capítulo.

1.1. Teoria Absoluta

A Escola Clássica do Direito Penal nasceu sob os certames de ideais iluministas, na metade do século XIX, e dividiu-se em dois grandes períodos: filosófico ou teórico, no qual a figura de maior destaque foi Cesare Beccaria, influenciado por ideias de Rousseau e de Montesquieu, construindo um sistema baseado na legalidade, onde o Estado deveria punir os delinquentes dentro dos limites sensatos da lei; e jurídico ou prático, em que o grande nome foi Francesco Carrara e o pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da pena era o livre arbítrio. (MIRABETE, 2012)

O misto de ideias e a coletânea de escritos desta Escola deram origem a Teoria Absoluta ou Retributiva, cujo principal pilar era o reconhecimento da pena como forma de punição do indivíduo infrator da norma, mostrando-lhe qual é a retribuição pela conduta ilícita realizada. Diante desse conceito, não se vislumbra qualquer outro objetivo a não ser o de punir o condenado, retribuindo-lhe o prejuízo causado pela própria ação, afirmando a ideia de justa recompensa.

Mirabete, utilizando-se das lições de Immanuel Kant, afirma que:

A pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só essa igualdade traz justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. (KANT *apud* MIRABETE *apud* ROCHA, 2015, *online*).

Nesse sentido percebe-se que, para Kant, a Teoria Absoluta funda-se numa exigência de justiça, punindo-se exclusivamente porque se cometeu crime, atribuindo à pena a missão de responder a demanda. Para tanto, parte-se da premissa de que o homem é detentor do livre arbítrio, e por isso é completamente responsável por seus atos e consequências.

Neste período histórico vigorava a vingança privada e, uma vez cometido um crime, o autor devia arcar com as represálias da vítima, nos casos em que ela pudesse revidar, dos parentes desta e possivelmente do grupo social ao que ela pertencia. Não haviam limites legais, nem tão pouco morais, no revide à agressão sofrida, pois, o que se buscava constantemente era a vingança de sangue e honra (MIRABETE, 2012).

Mirabete esclarece que:

Se o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente, a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a da “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada, verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos. (MIRABETE, 2012, p. 16)

Tal forma de vingança predominou por bastante tempo, até que fosse necessário impor limites às contendas, a fim de evitar a dizimação das tribos. Nesse segundo momento, surge a Lei de Talião, na Babilônia, que, apesar de ainda punir de forma extremista, limitava a reação ofensiva a um mal idêntico ao praticado, reduzindo a abrangência da ação punitiva:

Artigo 229. Se um construtor construir uma casa para outrem, e não a fizer bem feita, e se a casa cair e matar seu dono, então o construtor deverá ser condenado à morte.

Artigo 230. Se morrer o filho do dono da casa, o filho do construtor deverá ser condenado à morte.

Artigo 231. Se morrer o escravo do proprietário, o construtor deverá pagar por este escravo ao dono da casa. (OLIVEIRA, 2015, *online*)

A partir do trecho acima, percebe-se que a proporcionalidade da pena era dosada de forma radical, tirando vidas em troca de outras vidas. A pena de morte era medida que se aplicava a todos os tipos de crime, incluindo delitos de menor potencial ofensivo, como injúria, calúnia e difamação, por exemplo:

Artigo 1. Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então que aquele que enganou deve ser condenado à morte. Artigo 11. Se o proprietário de coisa achada não trouxer testemunhas para identificar o artigo perdido, então ele está

mal-intencionado, e deve ser condenado à morte. (OLIVEIRA, 2015, *online*)

Em síntese, para a Teoria Absoluta, a pena assume um aspecto referente à aludida lei, onde vigora o princípio “olho por olho, dente por dente”, de maneira que era permitido à vítima causar dano proporcional ao sofrido, punindo o autor na mesma medida.

Segundo Mirabete, a aplicação da pena estava diretamente ligada à magnitude do injusto e à culpa do homem que atuou livre e conscientemente (imputável), aplicando-se medida diversa contra aqueles que não agiram pelo livre arbítrio (inimputáveis). Por isso, o fato da pessoa possuir discernimento já era suficiente para a imediata aplicação da pena, em decorrência de um ilícito, pois, o agente teve a faculdade de delinquir ou não. (MIRABETE, 2012).

Para os juristas da época, não seria digno de cidadania aquele que não obedecesse fielmente às normas, sendo de responsabilidade do Estado impor uma sanção a este infrator. Por encarar a lei como um imperativo categórico, Kant, por exemplo, afirmava que não havia outra finalidade nela a não ser a sua própria representação, ou seja, a pena teria o fim em si mesma.

Ademais, para a Escola Clássica, o método que deveria ser utilizado no Direito Penal e em suas aplicações é o dedutivo ou lógico-abstrato, já que se trata de uma ciência jurídica, e não natural. A intenção da pena era puramente punitiva, a fim de fazer o acusado sofrer até que a sociedade se sentisse satisfeita. Mirabete afirmava que era justamente essa ausência de preocupação com a pessoa do infrator que teria sido o ponto fraco na teoria.

Os pilares dessa Escola foram os princípios básicos difundidos por Carrara, que são, em suma: o delito é um ente jurídico; a ciência do Direito Penal é uma ordem de razões emanadas da Lei moral jurídica; a tutela jurídica é o fundamento legítimo da repressão e seu fim; a qualidade e quantidade de pena, que é repressiva, devem ser proporcionais ao dano que se causou com o delito ou o perigo ao direito; a responsabilidade criminal se baseia na imputabilidade moral,

desde que não exista agressão ao direito, se não procede de vontade livre e consciente. (REALE, 2011)

1.2. Teoria Positivista

A Escola Positivista, defendida por Georg Wilhelm Friedrich Hegel, importantíssimo filósofo alemão, entendia que cabe ao Estado a responsabilidade de zelar pelo Direito e, portanto, havendo qualquer crime de violação ao Direito, haveria ali uma afronta contra o Estado, cabendo a ele usar de coação psíquica ou física para restaurar o *status quo*.

Seguindo esse viés, instaurou-se a Teoria Relativa ou Preventiva, onde a pena seria então uma maneira de prevenir novos delitos através da intimidação geral, em seu aspecto abstrato, e especial, em seu aspecto concreto.

No aspecto abstrato da pena, a prevenção atinge toda a sociedade envolvida no delito, pois o castigo aplicado ao réu serve como espelho para que o homem veja o que lhe teria acontecido caso praticasse a mesma ação delituosa. Já no aspecto concreto da pena, a prevenção é direcionada ao autor do crime, visando que, por estar privado de suas liberdades, não torne a delinquir. (MIRABETE, 2012).

Para Mirabete, na teoria relativa, dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada. Nesse sentido, a Teoria Relativa procura um fim utilitário para a punição. Ali não repousa apenas a ideia de justiça, mas de necessidade social, segundo o princípio *punitur ne peccetur*. A pena deveria ser dirigida não somente a quem delinuiu, mas a todos os delinquentes em potencial. (2012)

Influenciada pelo movimento naturalista do século XVIII, que pregava a importância da investigação experimental em oposição às indagações puramente racionais, a Escola Positivista iniciou estudos biológicos a respeito do acusado, passando a considerar a infração como parte da genética e não só um desvio de caráter. Ali nascia a Criminologia em sua forma rudimentar, e, nela, a figura do “criminoso nato”. (MIRABETE, 2012).

O médico e professor César Lombroso foi responsável por expor a maior parte dos estudos clínicos a respeito dos indivíduos delinquentes que, apesar de incoerentes, expandiram consideravelmente os horizontes do Direito Penal. Em seu livro *L'uomo delinquente studiato in rapporto, all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*, de 1876, Lombroso chegou a afirmar que o “criminoso nato” apresenta características físicas e morfológicas específicas, como, por exemplo, assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga etc. (MIRABETE, 2012)

Hoje é absurdo afirmar que a delinquência é puramente uma questão de genética e hereditariedade, contudo, na época, tais ponderações foram cruciais para modificar a aplicação da pena e a maneira de exercer a jurisdição do Estado, inclusive sobre aqueles que eram doentes mentais.

As ideias de Lombroso foram mais tarde aperfeiçoadas por Henrique Ferri, em seu livro *Sociologia Criminal*, de 1884, que ressaltou a importância de se analisar um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Nesse interím, Ferri dividiu os criminosos em cinco categorias: o nato, conforme ensinamento de Lombroso, aquele que representa a regressão do homem ao primitivismo. Nasce selvagem assim como nascem os sábios e os loucos, fenômeno que, na Biologia, é chamado de degeneração. Apresenta características físicas específicas, geralmente canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso; o louco, aquele que deve ser mantido em hospício, portador de doença mental e, portanto, inimputável, como Hamlet de Shakespeare; o habitual, reincidente na ação criminosa, faz do crime sua profissão, começa de forma ocasional e se consolida na prática delituosa; o ocasional, indivíduo sem firmeza de caráter e versátil na prática do crime, pseudocriminoso, aquele que faz jus ao ditado ‘a ocasião faz o ladrão’; e o passional, homem honesto, mas de temperamento explosivo, movido por violenta emoção, sejam ciúmes, ódio ou medo, como Otelo de Shakespeare. (MIRABETE, 2012)

Segundo Mirabete, os princípios básicos da Escola Positiva são, em resumo:

1. O crime é fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental.
2. A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade.
3. A pena é medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou à sua neutralização.
4. O criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente. (2012, p. 22)

1.3. Teoria Mista

Destas duas Escolas anteriormente citadas, nasceu a Teoria Mista, que unia os dois conceitos: a pena deveria retribuir e prevenir a infração. Neste momento, uma visão humanista passa a ser aceita pela sociedade, na medida em que não se vê avanços na punição como vingança pessoal ou do Estado. Aos poucos, esse caráter humanista permite que vá se discutindo a pena como instrumento de ressocialização do condenado, dando abertura para a criação de medidas de segurança pensadas para atender ao caráter de periculosidade e inimputabilidade dos agentes de forma proporcional. (PRADO, 2005)

Após a Segunda Guerra Mundial, o movimento garantista conseguiu atribuir a pena uma preocupação com os direitos humanos, fazendo com que, de forma tímida, surgisse uma política criminal de prevenção e redução da criminalidade, voltada à ressocialização do indivíduo. Era necessário criar um método eficaz para a prevenção da reincidência, transformando a pena em preventiva e não meramente retributiva, diferenciando-se da Escola Positivista na motivação essencial ao cumprimento da lei, por meio da educação e não da repressão. (PRADO, 2005)

Neste momento os estudiosos referiam-se à causalidade do crime e não a sua fatalidade, excluindo, portanto, o tipo criminal antropológico, e pregando a reforma social como dever do Estado no combate ao crime. A pena deveria ser substituída por sistemas preventivos e por intervenções educativas, aplicando não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada pessoa. (PRADO, 2005)

Miguel Reale afirmava que a pena havia ganhado outra perspectiva, não sendo mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas sim como

instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo da sua personalidade. (REALE *apud* PRADO, 2005)

A essa nova Escola deu-se o nome de Defesa Social, de onde surgiram vários benefícios ao réu, como, por exemplo, o instituto das medidas de segurança, o livramento condicional e o *sursis*. Seu fundamento básico é a defesa social pela adaptação e ressocialização do delinquente e não pela sua neutralização, trazendo fundamentos na responsabilidade do Estado para com o indivíduo.

O professor Luiz Regis Prado, ao tratar da Escola da Defesa Social/Teoria Mista fala sobre os aspectos do movimento de defesa social, nos seguintes termos:

O objetivo é uma radical supressão dos conceitos de crime, responsabilidade e pena. Dessa forma, propõe-se a substituição da responsabilidade penal, fundada no delito, pela anti-sociabilidade, fundada em dados subjetivos do autor; substituir a infração, considerada como fato, pelo índice da anti-sociabilidade e, finalmente, substituir a pena por medidas sociais. (PRADO *apud* BRITO, 2010, *online*)

E o autor elenca ainda os principais fundamentos do movimento defensista:

1. A luta contra a criminalidade deve ser reconhecida como uma das tarefas mais importantes que incumbem à sociedade;
2. Nessa luta, a sociedade deve recorrer a meios de ação diversos, ao mesmo tempo pré-delitivos e pós-delitivos;
3. Os meios de ação empregados com esse fim devem ter por escopo não somente proteger a sociedade contra os criminosos, mas também proteger seus membros contra o risco de caírem na criminalidade;
4. O movimento de defesa social, procurando assegurar a proteção do grupo através da proteção de seus membros, entende prevalentes em todos os aspectos da organização social os direitos da pessoa humana. (PRADO *apud* BRITO, 2010, *online*)

Neste entretempo, no Brasil, a população sofria com a intervenção abrupta da Constituição de 1967, marcada pelo militarismo autoritário que concedia

espaço para pena de morte, censura e banimento. Contudo, diante de um cenário mundial cada vez mais humanista, a revolução era medida certa. (LIMA, 2008)

Em 05 de outubro de 1988 era promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, vigente há quase trinta anos, priorizando o cidadão, a vida, a dignidade da pessoa humana, a saúde, a educação, a moradia, a liberdade de expressão, as questões trabalhistas, a igualdade de gênero e outras várias prerrogativas, o que lhe rendeu o apelido de “Constituição Cidadã”. (LIMA, 2008)

A Carta Magna em vigor é um documento formal e escrito, com um sistema ordenado de regras, elaborado por um órgão constituinte, analítico e rígido, cujo texto é minucioso e só pode ser alterado com certa dificuldade. Apesar de considerada uma das mais perfeitas Constituições do mundo, é extremamente criticada pela discrepância entre o conteúdo e a realidade brasileira. (LIMA, 2008)

Dessa forma, a Teoria Mista foi aplicada de maneira cuidadosa a cada trecho da Constituição Federal, fixando de forma humanista os deveres repressivo, retributivo e ressocializador do Estado, a fim de torna-la completa e incontestável.

CAPITULO II – O GARANTISMO JURÍDICO

Seguindo o viés de desbravamento histórico, neste capítulo faz-se necessário entender como, onde e com que finalidade surgiu o movimento do garantismo jurídico, para identificar em que momento ele foi “abrasileirado”, passando a ser nomeado de garantismo monocular hiperbólico.

2.1. Contexto Histórico

Do final dos anos 60 até meados dos anos 80, na Itália, grupos extremistas praticavam atroz atos de terrorismo, incluindo grandes sequestros e massacres à mão armada, com o intuito de assumir o poderio governamental. Diversos grupos, cujas composições eram feitas por integrantes da Máfia Siciliana e outros corruptos violentos, se alternavam no controle do país, às vezes em questão de dias. (DE SOUZA, 2015)

Havia ali, nitidamente, uma necessidade emergencial da criação de uma legislação repressiva e rigorosa para conter os grupos terroristas, punindo-os severamente, a fim de que não voltassem a delinquir. Portanto, a reação do Estado Italiano foi adotar uma política de enfrentamento da criminalidade, trazendo leis que instrumentalizavam fortemente o aparato repressivo deste. (DE SOUZA, 2015)

Surgiu então, entre outros vários, o movimento extraparlamentar intitulado “Magistratura Democrática”, integrado pelo então juiz Luigi Ferrajoli, cujo fito era preconizar os direitos e garantias do acusado, para que o Estado não agisse de forma arbitrária ao tentar aplacar a fúria da sociedade durante a persecução penal.

Tais medidas, apesar de criticadas, obtiveram algum sucesso ao erradicar o terrorismo da Itália naquele momento de convulsão social. (DE SOUZA, 2015)

Contudo, uma vez que o contexto criminógeno foi controlado e a normalização democrática alcançada, fez-se necessária a ideia de remodelar a maneira de julgar e de condenar dos Tribunais, bem como regular a aplicação dos direitos dos réus. Neste momento, Luigi Ferrajoli contribuiria de forma incisiva para o Direito Penal, propondo a teoria do garantismo, exposta em seu livro “*Diritto i Ragione: Teoria del garantismo penale*”, de 1989. (DE SOUZA, 2015)

“A grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época”. (FISCHER *apud* FERNANDES, 2011, *online*)

2.2. A teoria e seus axiomas

O termo “garantismo” deriva de “garantia” e remete ao cumprimento de obrigação ou suporte para tal, de forma a tutelar ação para que atinja determinado fim (no âmbito jurídico-político: as liberdades individuais), porém, para iniciar o entendimento a respeito da teoria garantista é preciso antes falar sobre o sistema penal. Trata-se de um sistema convencionalista, ou seja, não parte da ideia de que existem crime e direito naturais, ao contrário, a convicção formada é de que são criações intelectuais, frutos de culturas e, portanto, variáveis. (VIANA, 2017)

O homicídio é um dos melhores exemplos para elucidar essa questão, afinal existem ocasiões em que o crime é completamente aceitável pela sociedade e inclusive desconsiderado juridicamente, como nos casos em que resta comprovada a legítima defesa do autor.

Além dessa possibilidade, existem ainda os casos culturais nos quais a lei penal busca não interferir, como, por exemplo, quando crianças indígenas são vítimas de homicídio dentro de suas tribos, em nome de crenças próprias. Para algumas tribos que vivem isoladas do fenômeno da globalização, quaisquer

anomalias são carregadas de conotações espirituais, pois entende-se que as deficiências físicas e/ou mentais estão ligadas a presença de maus espíritos, e, por esse motivo, o portador deve ser eliminado. (FERRAZ, 2014)

Sabe-se que a aplicabilidade da lei se estende por todo o território brasileiro e, às vezes, até fora dele, contudo, devido a proteção aos costumes, crenças e tradições prevista no artigo 231 da Constituição Federal, o povo indígena está submetido a um regime jurídico criminal paralelo, e apesar das diversas tentativas de Emendas, esta é uma cláusula pétrea, e, portanto, não pode ser alterada.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988, *online*)

Ante o exposto, percebe-se que o legislador escolhe qual conduta será juridicamente culpável e permite que o julgador se baseie na Moral para aplicar a lei. Entretanto, cada pessoa tem sua noção de Moral, pois esta é construída ao longo do tempo, através do meio social e das escolhas feitas por cada indivíduo no decorrer da vida. A partir desse viés, o Direito busca sistematizar, através de parlamentos e congressos, a aplicação das leis, para que sirvam para todos, independentemente da crença pessoal de quem julga. (VIANA, 2017)

Pensando na brecha autoritarista que diversas interpretações abririam, Luigi Ferrajoli estabeleceu dez axiomas para fixar e uniformizar a aplicação das penalidades para os réus, idealizando o modelo que visa alcançar a estabilidade social através da punição do indivíduo infrator como resposta à sociedade, sem ferir os direitos de ambas as partes. (VIANA, 2017)

O estudo inicia-se a partir de *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), uma vez que não há crime sem prévia legislação, também não há pena para ato atípico; e *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), conforme artigo 1º do Código Penal que leciona “não há crime sem lei anterior que o defina”, este axioma concorda com o princípio da legalidade, haja vista que as ilicitudes devem estar

tipificadas para que possam ser punidas como tais. Esses primeiros axiomas provêm de ideais iluministas e estão expressos na Carta Magna. (VIANNA, 2017)

Após, *nulla lex poenalis sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade), trata-se do exercício do princípio da economia processual, pois sabe-se que o Direito Penal deve ser provocado como *ultima ratio*, somente após esgotadas todas as esferas jurídicas menos gravosas. Este princípio é colocado de forma tácita na Constituição Federal e amplamente aceito pelo ordenamento jurídico em todos os seus Diplomas Legais. (VIANNA, 2017)

Com respaldo do princípio da lesividade/ofensividade do evento, o próximo axioma é *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa à bem jurídico), este segue a mesma vertente do citado anteriormente, pois faz com que a intervenção do Estado seja aplicada apenas aos casos em que os bens tutelados por ele sofram algum tipo de lesão expressiva, devendo salientar ainda que, a fim de garantir sua efetividade, dividem-se as ações penais em privadas, condicionadas e incondicionadas. (VIANNA, 2017)

O próximo axioma afasta o direito penal de autor, pois não se pune o agente apenas por ser considerado perigoso, como, por exemplo, um sociopata geneticamente predisposto a praticar crimes. Dessa maneira a lesão ao bem jurídico só pode ser julgada se provêm de uma ação humana, chamado *nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem ação). (VIANNA, 2017)

Ao afirmar *nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), Ferrajoli vai além, afirmando que a ação humana, para ser considerada como tal, deve conter um elemento subjetivo, qual seja o ato de vontade, a culpa e o dolo. Portanto, veda-se a existência da responsabilidade penal objetiva, pois há possibilidade de atribuir culpa exclusiva à vítima, como, por exemplo, numa situação em que o agente conduz um veículo em via pública no período noturno e, tomando todos os cuidados necessários, tais como faróis acesos e velocidade regular, atropela uma vítima suicida que se precipita na pista. (VIANNA, 2017)

Adiante, afirma-se que a culpa não pode ser presumida, conforme a expressão *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), é necessário que ela seja demonstrada em juízo, durante um processo legal que siga os trâmites descritos no Código Penal. Comprovada ausência de culpa do agente não há que se falar em punição. As excludentes de culpabilidade são: doença mental, menoridade, embriaguez completa (proveniente de caso fortuito ou força maior), erro de proibição, coação moral irresistível e obediência hierárquica. (VIANNA, 2017)

Ferrajoli também afirmou *nulla iudicium sine accustione* (não há processo sem acusação), ou seja, na esfera do “dever ser”, há necessidade de um sistema acusatório, no qual o órgão que acusa não é o mesmo que julga. No sistema inquisitório não há essa divisão, o que favorece o fenômeno psicológico chamado de “viés da confirmação”, sendo que todo o rito de acusação perde o fito de obter a verdade real e passa a ser uma tentativa de solidar uma tese já formada; e, portanto, *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova), não é permitida acusação leviana, sem provas ou indícios veementes. O processo legal serve para atestar a qualidade e veracidade das provas até que se obtenha a verdade real do caso concreto, sendo que o desfecho pode ser condenatório ou absolutório. (VIANA, 2017)

Neste ínterim, *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa), sob a tutela do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a fim de assegurar o exercício dos princípios da ampla defesa e contraditório e evitar que injustiças sejam cometidas sob o olhar do órgão acusador. O direito de contraditar as provas disponíveis nos autos de processo é assegurado inclusive nos casos em que o indivíduo não pode arcar com os honorários advocatícios, quando o juiz nomeia um defensor gratuito para tal. (VIANA, 2017)

Seguindo à risca estes axiomas têm-se a Teoria do Garantismo Penal Integral esculpida por Ferrajoli, nesta tanto réu quanto vítima têm seus direitos resguardados numa relação recíproca. Contudo, como numa brincadeira infantil chamada “telefone sem fio”, na qual uma premissa é transmitida de acordo com o

entendimento de cada indivíduo, a Teoria foi modificada na sua importação para o Brasil, perdendo boa parte de sua essência.

Nos primórdios, a tese foi fundada segundo o princípio da proporcionalidade, visando amparar ambas as partes de uma relação processual, utilizando a pena como expressão dos deveres repressor (para o acusado) e retributivo (para a sociedade) do Estado. Deveria haver cautela para que a punição fosse dosada conforme necessário para a proteção do bem jurídico, respeitando os direitos constitucionais do réu de forma simultânea. (MASSON, 2016)

Se por um lado o Estado não pode se valer do *ius puniendi* para praticar arbitrariedades atentatórias aos princípios basilares da Constituição, por outro, no chamado Estado Democrático de Direito, tem o dever de proteção integral de todos os direitos, não havendo mais como se falar apenas em uma função de proteção negativa do Estado, ou seja, aquela contra os abusos estatais. Assim, pode-se dizer que ao Estado compete a defesa da sociedade, protegendo-a de todos os tipos possíveis de agressões. (FERNANDES, 2011, *online*)

Porém, de uma maneira inconsequente, os julgados brasileiros passaram a conter traços exagerados de garantismo, justificando o crime como uma espécie de “luta revolucionária” na qual a sociedade, ora vítima da criminalidade, passou a assumir o papel de vilã. Criou-se a ideia de que o réu não é um marginal e sim um marginalizado.

Partindo deste pressuposto, o criminoso volta a ser identificado segundo a Teoria Positivista, quando haviam delimitado um estereótipo baseado em argumentos rasos e rudimentares. Estabeleceu-se como verdade que a formação de um delinquente se dá em razão do contexto no qual ele foi inserido pelo Estado, logo, o indivíduo com menos oportunidades será mais tendencioso ao crime do que aquele a quem mais benefícios foram dados.

2.3. Garantismo Monocular Hiperbólico

Seguindo como norte os últimos conceitos definidos neste capítulo, aquele que delinque o faz de forma motivada, a fim de sanar necessidades com as

quais o Estado não foi capaz de arcar. A partir deste viés, a Teoria Garantista “abrasileirou-se”, ganhando o nome de Garantismo Monocular Hiperbólico, que, segundo Vlamir Costa Magalhães, Juiz Federal do TRF da 2ª Região, “nada mais é senão um discurso legitimador da impunidade por meio da desmedida exaltação da liberdade individual e do abuso do direito de defesa”. (MAGALHÃES *apud* FERNANDES, 2011, *online*)

A renomeação da teoria é sugestiva: Monocular, por representar apenas uma parte da visão de Ferrajoli, correspondente ao Garantismo Negativo (limitação do poderio do Estado em relação ao réu), e Hiperbólico, com referência à figura de linguagem intitulada “hipérbole” (ênfase expressiva resultante do exagero da significação linguística, p. ex. “morrer de rir”). (MASSON, 2016)

Como brevemente citado, a pena tem três funções principais mediante a coordenação do Estado. A função repressiva é proveniente da Teoria Positivista, organizada em dois aspectos: abstrato, atingindo toda a sociedade, uma vez que a pena aplicada ao réu serve como alerta para os demais, e concreto, direcionado especificamente para o autor do delito como consequência punitiva. Objetivando maior eficácia por intermédio do temor do cárcere, o instrumento mais incisivo desta incumbência é a pena restritiva de liberdade. (MIRABETE, 2012)

Já a função ressocializadora começou a ser pensada apenas no auge da aplicação da Teoria Mista, quando o caráter humanista veio à tona. A intenção é submeter o indivíduo delinquente a um tratamento quase terapêutico, a fim de que ele regenere seu caráter e mantenha um bom convívio social. Aplicados apenas nos casos em que o réu não ofereça periculosidade, os mecanismos utilizados são divididos em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. (MIRABETE, 2012)

Por fim, o papel retributivo consiste em proteger os bens jurídicos individuais e universais, coletivos e difusos, da sociedade. Isso significa que o Estado deve garantir o exercício de direitos fundamentais, tais como a posse lícita de uma propriedade, a educação base de qualidade, o crescimento patrimonial

honesto, atendimento hospitalar eficiente, a segurança pública perspicaz e as demais necessidades para a construção de uma vida digna. (GAVIÃO, 2008)

Entretanto, a versão garantista abordada neste tópico é um reflexo da culpa que o Estado nutre por não ter conseguido arcar, principalmente, com seu dever retributivo, portanto, ele age de forma imediatista, dando ao réu tudo o que não havia lhe sido propiciado como cidadão de bem. Neste contexto é que se constata a importância do princípio da proporcionalidade na proteção dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, notadamente em sua faceta da proibição de proteção deficiente (em alemão *untermassverbot*). (GAVIÃO, 2008)

“A proibição de proteção insuficiente constitui o limite inferior de valoração do legislador, na medida em que fica adstrito a um ato suficientemente adequado e eficaz para garantir a proteção mínima exigida pela Constituição” (GAVIÃO, 2008, *online*)

É nítido que o Estado tem banalizado o instituto de cumprimento de penas, pois não tem condições de mantê-lo funcionando. A incumbência ressocializadora da pena, bem como a repressora, restam-se claramente frustradas diante da análise de dados que comprovam 80% de reincidência delitiva apenas em Goiás. Tal ponderação é preocupante, haja vista que o dever retributivo do Estado tem sido claramente driblado na sua essência, mostrando-se apenas como solução momentânea para os problemas enfrentados pela sociedade, tanto vítima quanto autora. (FERNANDES, 2011)

CAPITULO III – BANDIDOLATRIA E DEMOCÍDIO

Utilizando a obra “Bandidolatria e Democídio” escrita pelos promotores de justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Diego Pessi e Leonardo Giardim, este capítulo aborda a cultura contemporânea de inocentar o acusado a qualquer custo, invertendo os papéis do Estado, da polícia e da própria vítima.

3.1. Os fenômenos

O termo é novo, mas o conceito é antigo. O primeiro brasileiro a denunciar a idolatria do criminoso e o esquecimento da vítima, foi o filósofo Mário Ferreira dos Santos, em 1968, no livro “A Invasão Vertical dos Bárbaros”, que antevia o fenômeno comparando-o à barbárie. Após, em 2000, Volney Correia Moraes Júnior, deu nome ao conceito, intitulando-o bandidolatria, no livro “Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas”, escrito por ele. (PESSI, 2017)

Trata-se da “liberdade” para agir de forma criminosa, instigada pela cultura da impunidade brasileira. As estatísticas policiais de 2014 apontaram 59.627 homicídios no Brasil, sendo 1 morte a cada 4 minutos, correspondendo a 11% dos assassinatos do planeta, fazendo com que o país abrigue 21 das 50 cidades mais violentas do mundo, colocando-o em 28º no *ranking* negativo de segurança pública. (PESSI, 2017)

Os criminosos, que optaram por agir fora da lei de forma racional, são tratados como seres sem livre-arbítrio, meros produtos de um meio social

desfavorecido e, portanto, incapazes de agir de outro modo, imputando-lhes várias excludentes de culpabilidade, transformando seus crimes em legítima defesa. (BRITO *apud* PESSI, 2017)

Dos “bodes expiatórios” usados para justificar o crime, os primeiros são os genitores do acusado que, obrigados a assumir um fardo que não lhes pertence, são levados a crer que pecaram por excesso – ou de amor ou de correção – e não deram o seu máximo na criação da prole. A ausência dos pais também é quesito para o ingresso na criminalidade, dessa forma, eles sempre serão culpados. (PESSI, 2017)

Em segundo lugar, o meio é determinante. Dizem que o ambiente atua de forma coercitiva na formação do indivíduo, e, o cunho absurdamente preconceituoso, induz a pensar que apenas o pobre, crescido em favelas e bairros plebeus, pode delinquir, pois não lhe foram dadas oportunidades de ascensão. Aqui ficam em aberto os questionamentos sobre a existência de réus como Hosmany Ramos, milionário cirurgião plástico envolvido com tráfico internacional de drogas, em meados de 1980, e Suzane Von Richthofen, jovem de classe média alta, pertencente à elite paulista, assassina dos próprios pais, em 2005.

Diego Pessi afirma que a criminalidade é vista como uma espécie de doença contagiosa, “contraída” pelo indivíduo que fora exposto ao “vírus” e agora precisa alcançar uma posição social para adquirir reconhecimento e respeito, associando-se às organizações criminosas. Ignorando a livre escolha pessoal, não se leva em conta que o indivíduo deseja pertencer aquilo, pois se juntará à um grupo com o qual já tem afinidade, da mesma forma que se opta por café ou chá, humanas ou exatas, *rock* ou *samba*. (2017)

Após, o desemprego também é utilizado como escudo. Contudo, o fator restou-se desconstruído por pesquisas desenvolvidas pelo norte-americano Robert J. Samuelson, em 1982, as quais demonstraram não haver proporção direta entre desemprego e criminalidade, pois “embora os desempregados e suas famílias sofram terrivelmente, a maioria deles não se torna criminoso, o que foi um monumental e inesperado atentado à convicção geral”. O nexos causal entre crime e

desemprego é frágil, pois tudo depende de como o indivíduo reage a adversidades apresentadas no decorrer da vida. (SAMUELSON *apud* PESSI, 2017)

Por último e não menos usual, a culpada é a sociedade capitalista. Nesta tese, o delinquente é oprimido pela cultura do consumo desenfreado e se sente inferior por não possuir o *smartphone* da moda ou frequentar os locais badalados das redes sociais. Contudo, vale salientar que ao invés de buscar honestamente a ascensão pretendida, o indivíduo demonstra sua índole ao optar pela escalada mais rápida: tirar o prêmio daquele que já está no pódio.

Nenhum desses argumentos pode justificar a Operação Lava Jato, por exemplo. O escândalo internacional foi investigado pela Polícia Federal do Brasil, que cumpriu mais de mil mandados de prisões temporárias, preventivas, busca e apreensão e conduções coercitivas, desde 2014. Houveram mais de cinquenta fases operacionais para desmascarar o esquema bilionário de corrupção, cujos autores já são extremamente ricos. Réus de crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, organizações criminosas e recebimento de vantagem indevida, se enquadram entre as “vítimas da sociedade de consumo”? (PESSI, 2017)

Há quem defenda que o criminoso age movido por violenta emoção, e que, embebido de desejo pelo objeto que não pode alcançar facilmente de maneira lícita, só pensa em satisfazer sua ânsia. Provavelmente seria este o argumento de um esturador ou assaltante, porém não pode ser este um pensamento jurista, afinal, neste contexto, se o ser humano age para satisfazer impulsos primitivos, de maneira inconsciente de suas ilicitudes, deveria ser considerado um animal irracional e receber tratamento igualitário aos bovinos no matadouro.

Cegos à dramática situação enfrentada pela população honesta, há quem se propõem a identificar no réu a verdadeira vítima, empurrando o “humanismo” goela abaixo da sociedade ferida e amedrontada, utilizando cada um dos pretextos citados – e desmistificados – acima. Contudo, veja bem:

Humanismo sadio é o que se volta para o trabalhador pacato: para a faxineira, para a lavadeira (que não delinquem); para o balconista e para o ascensorista (que não delinquem); para o metroviário e para o bancário (que não delinquem); para o funileiro, o carpinteiro, o

operário (que não delinquem); para todos quantos se veem submetidos a formas espoliativas de trabalho, abrigam-se em sub-habitações, alimentam-se precariamente, vestem-se mal, afligem-se em corredores de hospitais deficientes (e **não delinquem, não delinquem, não delinquem**, porque mansos de espírito, puros, dotados de boa índole). Falso e hipócrita humanismo é o que prodigaliza benesses aos que estupram, sequestram, roubam e matam! (MORAES JÚNIOR *apud* PESSI, 2017) (grifei)

Neste ponto, deve-se falar sobre outro fenômeno importante, companheiro fiel da bandidolatria: o democídio. O termo desenvolvido pelo estadunidense Rudolph Joseph Rummel, significa o assassinato do povo pelas mãos do governo, por motivos políticos, culturais ou raciais, bastando, em síntese, que representem algum risco à soberania. (PESSI, 2017)

Segundo Rummel, os objetivos de um plano de democídio incluem a desintegração das instituições políticas e sociais de cultura, linguagem, sentimentos patrióticos, religião, e da existência econômica de grupos nacionais; a destruição da segurança pessoal, liberdade, saúde, dignidade, e até mesmo as vidas dos indivíduos pertencentes a esses grupos. (PESSI, 2017)

Porém, apesar de passar a ideia de ação, o democídio também pode ser exercido por meio da omissão governamental, quando há desprezo e indiferença quanto às súplicas da população. Este é o conceito necessário para este capítulo: o desleixo do Estado com seu dever retributivo.

3.2. A falha do Estado

Após passar pelas Teorias Absoluta e Relativa, abordadas no capítulo primeiro deste trabalho, consagrou-se a Teoria Mista da Pena, hoje refinada e aplicada à Constituição Federal de maneira minuciosa. A partir dela e dos avanços acadêmicos neste sentido, fixou-se para o Estado os deveres repressivo, retributivo e ressocializador. (MIRABETE, 2012)

O mapa da aplicação dos deveres é claro. Um indivíduo subtraiu, para si, coisa alheia móvel, deste modo, tem-se um ato ilícito. A fim de reprimir o infrator *in casu* e os eventuais reprodutores da ação delitiva, aplica-se a pena restritiva de

liberdade. O dever repressor está cumprido. Apelação da sentença condenatória. Atenuada a pena, intimem-se, cumpra-se. O infrator é posto em liberdade. Outra vez cumprido, o dever repressor perde firmeza. Engatilhado a ele, o dever ressocializador falhou, o indivíduo volta a delinquir, desta vez com mais violência, pois percebeu o quão fácil foi se livrar das amarras do Estado. O ciclo vicioso se repete. Ocorre que a criminalidade do país não será reduzida com a supressão de direitos previstos para os que delinquirem, mas sim pela certeza da efetiva punição estatal.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) traçou o diagnóstico desanimador da população carcerária do Brasil, no qual verifica-se que a capacidade do sistema prisional atingiu um déficit de mais de 200.000 vagas em 2014, isto sem levar em consideração as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Ademais, à época, existiam cerca de 373.991 mandados de prisão em aberto, cujo cumprimento elevaria a população carcerária à 1.089.583, totalizando 358 presos por grupo de 100.000 habitantes, sendo que outros países apresentam números muito inferiores, como a Argentina (149) e a Alemanha (78). (CNJ *apud* SILVA, 2015)

A partir destes dados, o Brasil passa a abrigar a terceira maior população carcerária do mundo, ultrapassando a Rússia, estando atrás apenas da China e Estados Unidos da América, sem considerar o número de habitantes e espaço territorial, razão pela qual, certamente, o Brasil avançaria posições neste *ranking* desagradável. (CNJ *apud* SILVA, 2015)

Ainda assim, o índice de mortes violentas ocorridas no Brasil aumenta a cada ano, sendo 53.646 civis e 490 policiais, somente em 2013. A impotência da polícia brasileira e a ineficiência do Poder Judiciário são claras, isto sem citar os crimes cometidos pelas classes privilegiadas de políticos que manobram todo o sistema e escapam impunes. (CNJ *apud* SILVA, 2015)

Os presídios estão lotados – de presos, de celulares, de drogas, de regalias, de inconstitucionalidades – e não cumprem o fim para o qual foram criados, sendo que o Garantismo Monocular Hiperbólico é um dos grandes responsáveis por tal ruína, afinal, está contaminado e impõe barreiras à repressão estatal. Neste

cenário, o dever retributivo fica engavetado o máximo possível, construindo o democídio que pode eclodir a qualquer momento. (PESSI, 2017)

O Estado se cala por não conseguir reprimir e retribuir como deveria, ignorando o caos e deixando a população à mercê da compaixão dos bandidos. Aquilo que deveria consistir numa espécie de prestação de contas à sociedade, falhou miseravelmente, de mãos dadas com a ressocialização. O que não acontece em países como a Holanda, cujo número de detentos caiu 27% entre 2011 e 2015, sendo necessário fecharem 19 presídios, por falta de encarcerados. (SILVA, 2015)

A Holanda tem cerca de 10.000 pessoas presas, o que corresponde a, aproximadamente, 57 detentos para cada 100.000 habitantes. O sistema funciona e faz com que a taxa de reincidência não chegue a 10% em todo o país, sendo que, em contrapartida, Goiás já alcança 50% de reincidência. Na Holanda os detentos são “obrigados” a trabalhar para o Estado, a fim de compensarem os gastos gerados ao erário público, nas mais diversas áreas, tais como indústria têxtil, agricultura, limpeza e prestações de serviços a comunidades. (SILVA, 2015)

Aqui na Holanda, nós olhamos para o indivíduo. Se alguém tem um problema com drogas, tratamos o vício. Se é agressivo, providenciamos gestão da raiva. Se tem dívidas, oferecemos consultoria de finanças. Tentamos remover o que realmente causou seu crime. É claro que o detento ou a detenta precisam querer mudar, mas nosso método tem sido bastante eficaz [...]. Eles têm direito a praticar esportes, frequentar a biblioteca e até mesmo aprender sobre culinária, contudo, tomamos ações disciplinares enérgicas assim que um prisioneiro quebra as regras. (SPOEL *apud* SILVA, 2015)

Vale ressaltar que a Holanda tinha uma das maiores populações carcerárias da Europa em meados de 2000, mostrando que a seriedade do método é a resposta para a frustração do Estado. O país não permite visitas íntimas, sendo que os familiares se comunicam via *Skype* com o preso monitorado, em dias selecionados pela gerência. Não há celulares e tão pouco drogas circulando com facilidade nos corredores da instituição. A punição é cumprida e o dever repressor também. (SILVA, 2015)

O promotor Carlos Eduardo Fonseca da Matta, da 3ª Procuradoria de Justiça de São Paulo, afirma que as penas previstas no Código Penal, por serem

muito moderadas, são a maior causa do descontrole estatal da criminalidade:

A legislação penal brasileira é muito atrasada e extremamente favorável aos criminosos. [...]. Muito brando, frouxíssimo. Ao contrário do que se costuma dizer por aí, a legislação brasileira é muito atrasada e muito favorável aos criminosos. Tanto é que o país já conquistou reputação internacional de ser um paraíso para bandidos. Basta acompanhar o que aconteceu nos Estados Unidos. Durante as décadas de 50 a 80, o país progrediu muito social e economicamente e apesar disso os índices de criminalidade continuaram a crescer – e muito. Somente após a adoção, no início dos anos 90, de uma legislação penal mais rigorosa é que os índices de criminalidade despencaram e hoje são os menores de todos os tempos. É preciso fazer com que haja um aumento real das penas de modo a garantir que os condenados por crimes graves fiquem efetivamente segregados por longos períodos. Isso é fundamental para que seja atingida a finalidade principal da pena: a condenação dos criminosos. (2002, *online*)

Interpretando Francisco B. C. Melo, o encarceramento é mero meio para a repressão do crime, o que impede a reincidência é o cumprimento da punição na íntegra, a certeza da intervenção estatal e a reforma no pensamento do indivíduo. O infrator deve ser tratado como tal, e não como vítima, sendo levado a envergonhar-se dos seus atos e não a justificá-los de pronto. (2008)

A ineficácia da Polícia Investigativa não favorece. Não há estrutura física, não há investimento pessoal, como, por exemplo, treinamento e atualização do servidor, não há sequer aparato material técnico para as investigações. Segundo dados oficiais da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública, somente 6 dos homicídios dolosos são solucionados no país, em contrapartida, o Reino Unido resolve 90 de seus casos, bem como França, com 80 de casos positivos. (COUTELLE, 2017)

A reincidência delitiva também não tem a importância devida no sistema brasileiro, nos Estados Unidos, após três condenações por crimes graves, o réu é definitivamente “colocado para fora do jogo”. No Brasil não há prisão perpétua, nem tão pouco pena de morte, o que são medidas radicais, contudo, eficazes em outros países:

No lugar de penas mais rigorosas, premia-se o criminoso habitual ou profissional unificando-se todas as penas a que foi condenado em

uma só, seguida de pequeno acréscimo, por meio da distorção do conceito de crime continuado. Isso acaba sendo uma garantia de impunidade justamente para criminosos mais perigosos. (MATTA, 2002, *online*)

A política de progressão de regime, por exemplo, é absurdamente branda. Conforme o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, a pena privativa de liberdade será suavizada com a transferência para regime prisional menos rigoroso, quando o preso tiver cumprido um sexto da pena no regime anterior e apresentar bom comportamento carcerário. (BRASIL, 1990, *online*)

Os regimes aberto e semi-aberto de cumprimento são a consagração da completa impunidade, pois na prática o condenado ganha a liberdade sem qualquer fiscalização, e, sabe-se que, circulando livremente, ele volta a delinquir. Mesmo condenados por crimes mais graves, como roubo mediante sequestro, homicídio e estupro, alcançam a liberdade de maneira facilitada. (MATTA, 2002)

Ressalta-se que enquanto as forças policiais carecem de material, pessoal e recursos, a família do réu considerado baixa renda tem direito à auxílio-reclusão cujo valor é, por vezes, superior ao salário mínimo. Atualmente, segundo a presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministra Cármen Lúcia, um preso custa R\$2,4 mil por mês, enquanto um estudante do Ensino Médio custa R\$2,2 mil por ano. (ROCHA *apud* SOUSA, 2018)

O Estado parece se desculpar por ter que punir o infrator, concedendo-lhe toda cortesia possível e abrindo as portas para que o Garantismo Monocular Hiperbólico se consolide como premissa. Até mesmo a implementação de medidas políticas públicas benéficas é barrada, pois, toda tentativa de melhora do sistema é encarada como supressão de direitos.

Por óbvio, devem ser garantidos direitos básicos ao encarcerado: espaço físico adequado, higiene, alimentação capaz de suprir às necessidades, saúde, respeito e dignidade – este não é o ponto em questão – contudo, até mesmo quando se fala de ocupa-lo em labores agrícolas ou manuais, há aversão ao tema. Apenas direitos e nenhum dever.

Desde os tempos remotos, sabe-se que o caráter mais expressivo da pena é o retributivo. Trata-se de utopia acreditar que alguém que teve oportunidade de planejar cada ato em liberdade, sairá do cárcere renovado, ressocializado e arrependido, disposto à optar por novos caminhos.

A maneira de combater o crime é a imposição de um severo regime de punição efetiva ao réu, aliado a maior autonomia e investimento na Polícia, e a adoção de políticas estrangeiras, exatamente como visto a respeito do trabalho realizado pelo detento nos presídios da Holanda, para que o dever retributivo do Estado seja colocado em prática com vistas a quem necessita: a sociedade vítima.

CONCLUSÃO

Independentemente de sua vertente, o Direito busca tutelar os bens jurídicos mais preciosos para a sociedade, quais sejam a vida e a liberdade de viver com plenitude, e no momento em que o próprio Direito cerceou suas ações se fez necessário estudar sobre isso, portanto, a presente propositura nasceu com o intuito de aprofundar o entendimento acerca dos institutos garantistas, de onde eles vêm e quais são os seus frutos para os juristas e leigos.

Neste século os Direitos Humanos têm chamado muito a atenção da coletividade e a Justiça Brasileira tem se adequado a esse novo comportamento social, apoiando-se em acordos internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo. Entretanto, na busca de saciar o clamor do povo, o Estado tem banalizado o instituto de cumprimento de penas e seu dever repressivo, pois não tem condições de mantê-los funcionando. Tornou-se comum abrir oportunidades para a soltura de um indivíduo em conflito com a Justiça, pois, é mais fácil do que ressocializá-lo e reprimi-lo.

Tal ponderação é preocupante, haja vista que, enfrentando a crise financeira mais incisiva dos últimos tempos, o próprio Supremo Tribunal Federal sugere que um infrator deve receber do Estado uma quantia pecuniária por estar preso em más condições, gerando um enorme problema fiscal.

É evidente que o sistema carcerário sofre com superlotações, péssimas condições de infraestrutura, tanto físicas quanto de quantitativo humano capacitado para gerir e realizar as propostas emergentes, porém não estão em busca da mudança do sistema e sim de seu disfarce imediato.

Por todo o compilado bibliográfico exposto de forma sistemática em três capítulos, infere-se que o dever retributivo do Estado foi driblado na sua essência, mostrando-se apenas como solução momentânea para os problemas enfrentados pela sociedade, tanto vítima quanto autora, afinal a política do “Pão e Circo” ofuscou quaisquer aspectos dos deveres de repressão e ressocialização estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral. Editora Saraiva. 2009.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2017

_____. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2017

BRITO, Nayara Graciela Sales. **Abolicionismo e Direito Penal do Inimigo**. 13 ago 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aboliconismo-e-direito-penal-do-inimigo-correntes-totalmente-opostas,28085.html>>. Acesso em: nov 2017.

DE SOUZA, Leonardo Giardin. **O Garantismo Penal**. Conhecendo o Ministério Público. 16 nov 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VQmppg6Yq3U&t=459s>> Acesso em: 03 jan 2018

FERNANDES, Eduardo Faria. **Princípio da Vedação à Proteção Deficiente**. Escola Superior de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Artigo Científico. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/EduardoFariaFernandes.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018

FERRAZ, Carolynne Maria Granja. Paraíba. **O homicídio de crianças indígenas por tribos brasileiras sob a óptica dos direitos humanos**. 2014. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12532/3/PDF%20-%20Carolynne%20Maria%20Granja%20Ferraz.pdf>> Acesso em: 03 jan 2018

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. N 61. 2008. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/102165/book_rmp_59.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2018

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. IN: Âmbito Jurídico, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815>. Acesso em: 12 nov 2017.

LIMA, Wesley de. **Da evolução constitucional brasileira**. IN: Âmbito Jurídico, jan 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4037>. Acesso em: 18 nov 2017.

MASSON, Cleber. **Garantismo Hiperbólico Monocular**. 06 jul 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YJPvgZs7K5U>> Acesso em: 03 jan 2018.

MELO, Francisco Bandeira de Carvalho. **A Função Retributiva da Pena Privativa de Liberdade**. Fev 2008. Breves Notas da Associação Goiana do Ministério Público. Trindade, Goiás. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/artigo_a_funcao_retributiva_da_pena_privativa_de_liberdade.pdf> Acesso em: 12 abri 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, Volume I, 28ª Edição, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alexandre. **O Código de Hamurabi**. 2015. Disponível em: <<https://coliveiradots2.jusbrasil.com.br/artigos/371555043/o-codigo-de-hamurabi>>. Acesso em: 13 nov 2017.

PÁDUA, Vinícius Alexandre de. **Classificação dos Criminosos na Criminologia**. IN: Conteúdo Jurídico, abril 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,classificacao-dos-criminosos-na-criminologia,53236.html>>. Acesso em: 12 nov 2017.

PESSI, Diego. SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e Democídio – Ensaio Sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil**. Editora Armada. Março, 2017.

PESSI, Diego. SOUZA, Leonardo Giardin de. **Criminalidade no Brasil – Associação Paulista do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=L7NGvepHEOs>> Acesso em: 12 abri 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. Editora Revista dos Tribunais, 2005

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. Editora Saraiva. 2011.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes *apud* CNJ. **Cármén Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil**. 10 nov 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>> Acesso em: 17 mai 2018.

ROCHA, Danilo. **Das Penas e Das Teorias da Pena**. 2015. Disponível em: <<https://daniloroachacosta16.jusbrasil.com.br/artigos/240511818/das-penas-e-das-teorias-da-pena>>. Acesso em: 12 nov 2017.

SILVA, Douglas Pereira da. **O Fracasso do Sistema Penal Retributivo e Considerações Teóricas sobre a Justiça Restaurativa**. 22 mai 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-fracasso-do-sistema-penal-retributivo-e-consideracoes-teoricas-sobre-a-justica-restaurativa-necessidades-de-,53484.html>> Acesso em: 12 abr 2018.

SOUZA, Isabela. **Trabalho nas Prisões – Como Pode Ajudar na Crise Carcerária**. 07 fev 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/trabalho-nas-prisoas-como-pode-ajudar-na-crise/>> Acesso em: 12 abr 2018.

SUPERINTERESSANTE. **É preciso endurecer as punições.** MATTA, Carlos Eduardo Fonseca da. 31 mar. 2002. Disponível em: <https://super.abril.com.br/cultura/e-preciso-endurecer-as-punicoes/>. Acesso em: 12 abr. 2018

VIANNA, Túlio. **Garantismo Penal – Os dez axiomas de Luigi Ferrajoli.** 11 maio 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1twA4jahfvo>> Acesso em: 03 jan 2018.

WELLE, Deutsche. **Seis Medidas Para Solucionar o Caos Carcerário.** 17 jan 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/seis-medidas-para-solucionar-o-caos-carcerario>> Acesso em: 12 abr 2018.