

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
ÁLEF GUSTAVO DE OLIVEIRA SILVA

**DIREITO E PSICOLOGIA: A INEFICÁCIA DO SISTEMA PUNITIVO NO SISTEMA
COGNITIVO DO CRIMINOSO**

FORMIGA - MG
2023

ÁLEF GUSTAVO DE OLIVEIRA SILVA

DIREITO E PSICOLOGIA: A INEFICÁCIA DO SISTEMA PUNITIVO NO SISTEMA
COGNITIVO DO CRIMINOSO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro Universitário de
Formiga - UNIFOR/MG, como requisito parcial
à obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Altair Resende de
Alvarenga.

FORMIGA - MG

2023

ÁLEF GUSTAVO DE OLIVEIRA SILVA

DIREITO E PSICOLOGIA: A INEFICÁCIA DO SISTEMA PUNITIVO NO SISTEMA
COGNITIVO DO CRIMINOSO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro Universitário de
Formiga - UNIFOR/MG, como requisito parcial
à obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Altair Resende de
Alvarenga.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Prof. Ms. Eniopaulo Batista Pieroni

Prof. Ms. Adriana Costa Prado de Oliveira Dias

FORMIGA - MG
2023

RESUMO

Esta pesquisa aborda as raízes do comportamento criminoso por meio de uma análise interdisciplinar envolvendo direito penal, criminologia, psicologia e neurociência. O sistema penal punitivista enfrenta desafios quanto a sua eficácia e efeitos na cognição criminosa e o aproveitamento da criminologia aliada às ciências comportamentais é alicerce fundamental para análise das causas do crime que possuem natureza multifatorial complexa. O método aqui utilizado engloba a análise dos estudos da cognição humana com enfoque nos vieses cognitivos como interferência na percepção da lei penal e de suas consequências. A pesquisa adentra ainda nas diferenças na estrutura e funcionamento cerebral de indivíduos envolvidos em atividades criminosas e as possíveis predisposições ao crime e demais causas multifatoriais como as sociais, econômicas e educacionais. Por fim, o estudo analisa as possíveis soluções visando viabilizar um sistema punitivo com maior impacto na cognição humana em busca da eficiência na repressividade da lei penal, utilizando-se da compreensão das causas do crime e dos estudos oriundos da neurociência e das ciências comportamentais.

Palavras-chave: reincidência; cognição criminosa; efetividade do sistema penal.

ABSTRACT

This research addresses the roots of criminal behavior through an interdisciplinary analysis involving criminal law, criminology, psychology and neuroscience. The punitive criminal system faces challenges regarding its effectiveness and effects on criminal cognition and the use of criminology combined with behavioral sciences is a fundamental foundation for analyzing the causes of crime, which have a complex multifactorial nature. The method used here encompasses the analysis of studies of human cognition with a focus on cognitive biases as an interference in the perception of criminal law and its consequences. The research also delves into the differences in the brain structure and functioning of individuals involved in criminal activities and the possible predispositions to crime and other multifactorial causes such as social, economic and educational. Finally, the study analyzes possible solutions aimed at enabling a punitive system with greater impact on human cognition in search of efficiency in the repressiveness of criminal law, using the understanding of the causes of crime and studies from neuroscience and behavioral sciences.

Keywords: recidivism; criminal cognition; effectiveness of the criminal justice system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A ORIGEM DO SISTEMA REPRESSIVO CRIMINAL	8
2.1 A pena como instrumento de tormento físico	16
2.2 Natureza biológica e a vingança humana	19
2.3 A exteriorização do contrato social.....	26
3 A (IN)EFICÁCIA DA PENA IMPOSTA.....	29
3.1 A ineficiência das prisões e o sistema carcerário brasileiro	31
3.2 A execução antecipada da pena e o desconto hiperbólico no direito penal	34
4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO CRIMINOSO SOB A ÓTICA DOS VIESES DA PSICOLOGIA MODERNA	40
4.1 A diminuição de sensibilidade ao nível de intensidade	42
4.2 Viés psicológico do Super Otimismo.....	44
4.3 Viés psicológico do desprezo pelas pequenas probabilidades.....	46
5 A REINCIDÊNCIA E A RESSOCIALIZAÇÃO	49
5.1 A busca desproporcional pela condenação por crimes insignificantes e o clamor da mídia.....	54
5.2 Os impactos na credibilidade da lei penal na cognição criminosa	59
6 O DIREITO E AS DEMAIS CIÊNCIAS SOCIAIS EM PROL DE UM SISTEMA PENAL MAIS EFETIVO.....	62
7 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal surge com a formação da sociedade com intrínseca relação com o desejo de vingança ao lugar da busca pela justiça. Ao longo de sua evolução, este ramo do direito tem acompanhado em partes o desenvolvimento do Estado recebendo influências significativas de outras ciências sociais e neurológicas.

Este trabalho tem como escopo inicial, apresentar de maneira concisa os primórdios do Direito Penal, de modo a não sobrecarregar o leitor com detalhes que não contribuiriam significativamente para seu entendimento. Além disso, o trabalho se concentra na análise da influência das emoções nas medidas de punição que permeiam o sistema penal brasileiro. Isso inclui a exploração do sentimento de vingança como uma forma de retribuição pelo mal injusto causado pelos criminosos, que se reflete nas bases da função social da pena em seu caráter retributivo.

Serão examinadas as origens do sistema de punição estatal, a justificativa para a punição e o papel crucial desempenhado pelo Direito Penal na evolução da sociedade. Também serão considerados os impactos da sociedade na definição das leis penais e como isso afeta a legislação criminal.

A intersecção entre o direito penal e as demais ciências sociais é um campo de estudo fascinante e relevante no contexto contemporâneo. Esta pesquisa se propõe a explorar essa interação complexa, onde as esferas do direito, da sociologia, da criminologia, da psicologia, da neurociência e outros campos se entrelaçam. O objetivo deste trabalho é analisar o comportamento criminoso com base nas ciências comportamentais e neurológicas como uma possível alternativa visando o aprimoramento da eficácia da repressividade da lei penal.

No primeiro capítulo, investigar-se-á o papel do direito penal em uma sociedade democrática, destacando sua função como último recurso de controle social e as implicações éticas da punição, bem como acerca da necessidade premente de reformas no sistema prisional para promover a ressocialização e a reintegração de infratores.

A segunda seção adentrará no campo da criminologia, onde será apreciada e analisada as teorias que buscam explicar as causas do crime e como os vieses cognitivos afetam a tomada de decisões e o comportamento humano. Abordar-se-á ainda, como essas questões estão moldando uma compreensão mais profunda das raízes do comportamento delituoso.

Avançando para o terceiro capítulo, a análise se dá no campo da neurocriminologia, uma disciplina em desenvolvimento que utiliza conhecimentos da neurociência para investigar as bases biológicas dos comportamentos antissociais. Nessa seção, será aprofundado sobre como a pesquisa neurocientífica revela diferenças na estrutura e funcionamento cerebral de indivíduos envolvidos em atividades criminosas, gerando debates éticos e jurídicos sobre a punição e o tratamento de indivíduos com predisposições cerebrais ao crime.

Ademais, o estudo mergulhará sobre a influência de fatores sociais e genéticos na predisposição à violência e ao crime, com ênfase em crimes sexuais, além da necessidade de políticas criminais diferenciadas e abordagens humanitárias no tratamento de indivíduos envolvidos em crimes violentos.

Esta pesquisa, portanto, visa oferecer uma análise abrangente da interseção entre o direito penal e outras ciências sociais, promovendo uma compreensão mais profunda dos desafios do sistema penal e das estratégias para seu aprimoramento, especialmente sob a ótica cognitiva criminosa.

2 A ORIGEM DO SISTEMA REPRESSIVO CRIMINAL

O surgimento do Direito Penal está intrinsecamente ligado ao surgimento da sociedade em si. Sua origem está associada ao sentimento de vingança em vez de justiça, ponto a ser tratado no presente estudo.

A trajetória do Direito Penal acompanha o desenvolvimento do Estado, e as influências da igreja desempenham um papel significativo em suas concepções. O que hoje entendemos como Direito Penal não deve ser considerado como sua forma definitiva e acabada.

Certamente, a humanidade sempre viveu em comunidades e necessitou de normas para regular o convívio social. Inicialmente, essas normas eram meras tradições, superstições e costumes que os membros do grupo observavam de maneira reverente. O respeito a essas normas tinha uma natureza essencialmente religiosa. Tudo estava envolto em mistério, misticismo e divindade. Daí surgiram conceitos como proteção totêmica e as leis do tabu, que funcionavam como diretrizes de comportamento. O totem representava a entidade protetora do grupo, uma representação do Deus que os guardava.

A reação do grupo primitivo diante de um infrator buscava restaurar a proteção sagrada perdida devido à infração das normas do tabu. Punir o infrator representava uma reconciliação do grupo com seu Deus. Em resumo, o crime era uma violação dos deuses, e a pena era um meio de apaziguar a ira divina. Na sua origem mais remota, a pena não tinha outro significado senão a vingança, uma retribuição à agressão sofrida, aplicada sem preocupação com a justiça.

Em uma fase subsequente, a pena deixou de ser um meio de restaurar a proteção sagrada e passou a expressar o interesse coletivo. Nesse momento, o grupo era quem tinha interesse na punição, não o ofendido ou seus parentes. A vida naquela época era essencialmente comunitária, e a individualidade não tinha lugar diante da coletividade.

João José Leal discorda da ideia de que o Direito Penal nas fases iniciais da evolução se caracterizou pela vingança privada (exercida de forma isolada e baseada no interesse individual, que só se manifestaria quando a vida coletiva alcançasse um mínimo de organização). Para alguns autores, as normas de conduta sempre representaram "uma ameaça aos interesses comuns do grupo, uma perturbação da

paz coletiva" (LEAL, João José. Curso de Direito Penal. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor & Editora da FURB. 1991). Em resumo, o crime era uma agressão violenta de uma tribo contra outra, e a pena era a vingança de sangue de tribo para tribo.

Posteriormente, surgiram as penas de exílio e a vingança de sangue. A pena de exílio envolvia a expulsão do infrator do seu ambiente, o que significava, para o indivíduo, a morte, uma vez que era impossível sobreviver isolado na natureza hostil.

A vingança de sangue era aplicada aos infratores estranhos ao grupo, em violação ao tabu. É possível que as guerras entre tribos primitivas tenham sido motivadas pela retaliação de indivíduos de uma tribo contra membros de outros grupos, dando origem à conhecida 'vingança do sangue'.

Em todas essas etapas, a influência religiosa e consuetudinária predominava sobre os conceitos de direito penal. Superstições e crenças eram os fundamentos de todas as ações do homem primitivo. Assim, o caráter era mais religioso do que jurídico. O poder coercitivo agia com base no temor religioso ou mágico. O crime era a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado, e a pena era a reação do Estado contra a vontade individual que se opunha a ela.

Porto Carreiro é um autor que reconhece a existência do Direito Penal como um fenômeno jurídico apenas em fases posteriores, e não nas etapas já descritas. Ele parte do princípio de que a juridicidade requer um grau de desenvolvimento socioeconômico dos grupos humanos. O Direito pressupõe a existência de um grupo organizado, de uma fonte de normas jurídicas e de um órgão capaz de torná-las obrigatórias e de aplicar sanções aos infratores (CARRERO, 1932).

Quanto a chamada fase da composição (sistema pelo qual o ofensor se livrava do castigo mediante pagamento) e da vingança privada. Nesse contexto, observamos a reação do indivíduo ou de seu grupo contra membros de outros grupos. Essa reação tinha natureza social e coletiva, já que se considerava uma ofensa à comunidade à qual o indivíduo pertencia, e a vingança era direcionada a qualquer membro do grupo, não apenas ao agressor.

A comunidade primitiva se expandiu, e o poder central emergiu. A esse poder incumbia conciliar interesses conflitantes e estabelecer o equilíbrio necessário para a coexistência de diferentes grupos. Foi nesse contexto que surgiu a composição. Ela se originou do interesse do ofendido e de seu grupo em ver o autor do dano, causado pela infração, sujeito a uma obrigação indenizatória, que poderia consistir no

pagamento em espécie ou na submissão a condições que atendessem aos interesses da vítima ou de sua tribo. Era uma forma alternativa de repressão aplicável nos casos em que a morte do infrator fosse desaconselhável ou quando o interesse do ofendido favorecesse a reparação do dano causado pela ação criminosa. A composição envolvia a intervenção das autoridades públicas.

No período antigo, que teve início por volta de 4.000 a.C., marcou o surgimento das primeiras civilizações com estruturas sociais, políticas e econômicas organizadas, e a figura do soberano representando o poder absoluto do Estado nascente. Esses elementos possibilitaram o desenvolvimento de um sistema de punição criminal de caráter público, em que a resposta penal era proporcional à gravidade do delito.

Nesse contexto, surgiu o princípio do Talião, que ainda mantinha uma natureza mística, embora menos acentuada do que no período primitivo. O princípio do Talião estabelecia que a punição deveria ser equivalente à culpa, limitando a punição e retribuindo de acordo com a gravidade do crime, seguindo a ideia popular de "olho por olho, dente por dente". Essa abordagem representou uma tentativa de acabar com punições ilimitadas e arbitrárias, e embora suas penas possam parecer cruéis, na verdade introduziram um certo grau de contenção no sistema punitivo da época.

Muitas civilizações antigas adotaram essa prática, como evidenciado no Código de Hamurabi. Os hebreus também a aplicaram, como registrado na Bíblia. A Lei das XII Tábuas menciona explicitamente o princípio da Talião, e no século IX a.C., o Código de Manu também faz uso desse dispositivo.

No Direito Penal Romano, pontua-se prefacialmente, os gregos em muito contribuíram para a evolução do Direito Penal ao introduzir elementos públicos no sistema legal, além das práticas de vingança privada e composição. Os gregos classificaram as infrações penais em duas categorias: crimes públicos, que permitiam a imposição de penas coletivas, e crimes privados, que eram punidos apenas com base no autor do delito.

Embora os gregos sejam mais conhecidos por suas contribuições filosóficas do que por avanços no campo do Direito, em um estágio posterior de sua evolução, começaram a conectar a filosofia ao Direito, com foco no conceito de expiação e retribuição da pena, destacando a importância da prevenção criminal.

Outro exemplo é o Direito Penal hebraico, presente no Talmud, que substituiu a pena de Talião por multas, prisão e imposição de penalidades físicas, quase eliminando a pena de morte. Os crimes eram classificados como ofensas à divindade

ou contra outras pessoas, e houve garantias em favor do réu contra acusações falsas e testemunhos mentirosos.

Adentrando no contexto romano, estes perceberam que não poderiam manter suas vastas conquistas territoriais apenas com o poder militar; precisavam de um sistema jurídico avançado para manter a ordem, conhecida como "pax romana", nas regiões mais distantes sob seu domínio. Portanto, desde os estágios iniciais da história da jurisdição, os romanos se destacaram com seus institutos, práticas e doutrinas que continuam a influenciar o Direito até os dias de hoje.

No entanto, os romanos não sistematizaram de forma abrangente os conceitos do Direito Penal. Cada caso era julgado com base em suas circunstâncias específicas, e o processo penal desempenhava um papel de destaque.

No campo do Direito Penal, após uma fase inicial de caráter essencialmente religioso, houve uma preocupação em secularizar o sistema punitivo, punindo os infratores com base no interesse individual ou público. As infrações passaram a ser divididas em crimes públicos (*crimina pública*) e crimes privados (*delicta privata*).

Os crimes públicos envolviam atos que ameaçavam a segurança interna ou externa do Estado Romano, e, portanto, o Estado tinha a responsabilidade de punir os infratores. Com o tempo, outros atos foram incluídos na categoria de crimes públicos, como o homicídio, originalmente punido pelos familiares da vítima sob a denominação de vingança privada. As penas eram severas, incluindo a pena de morte e o exílio. Os crimes privados estavam sujeitos à punição pelo ofendido ou por seus familiares e eram julgados pelos tribunais civis, que frequentemente buscavam soluções baseadas em acordos entre as partes.

As penas incluíam a execução do infrator, pagamento em dinheiro ou até nos casos de lesões corporais. É interessante notar que à época os chefes de família, tinham poder sobre a vida e a morte de seus familiares em determinado período.

Os romanos perceberam a importância da pena criminal, que, após o período primitivo, adquiriu um caráter retributivo, exemplar e preventivo. Além disso, desenvolveram uma abordagem técnico-jurídica que permitiu a distinção entre elementos subjetivos das infrações (dolo ou culpa) e a análise do fato em si. Esse desenvolvimento deu origem aos conceitos de crimes dolosos e culposos.

Em relação à imputabilidade, os juristas romanos compreenderam que menores de idade e pessoas com doenças mentais não poderiam ser responsabilizados pelas ações cometidas.

Já o Direito Penal Germânico, era composto principalmente por costumes e tradições, sem a presença de leis escritas. Os bárbaros que formaram os povos germânicos trouxeram para a Europa Ocidental seus modos de vida, crenças religiosas e também seu sistema jurídico. Em seu período inicial, o sistema punitivo tinha uma natureza fortemente religiosa. A punição envolvia a expulsão do infrator de sua comunidade, o que resultava em sua morte, marcando o caráter punitivo das primeiras épocas do povo germânico. A vingança, como mencionado anteriormente, também desempenhava um papel significativo.

À medida que as invasões terminaram e as regiões conquistadas se consolidaram, a vingança de sangue deu lugar à composição voluntária ou compulsória. A pena de paz envolvia um pagamento ou compensação a ser feito pelo infrator. A partir desse ponto, o Direito Penal Germânico se transformou em um sistema de sanções com forte ênfase na dimensão financeira. Essas sanções eram detalhadas em um sistema de taxas penais que variavam de acordo com a gravidade da lesão causada e a posição social do ofendido

Assim, surgiram três tipos de penas baseadas na composição:

Wehrgeld, que incluía o pagamento de uma indenização, bem como a obrigação do infrator de trabalhar em favor da vítima ou de seu grupo;

Busse, uma pena de multa paga ao ofendido para evitar a vingança privada (alguns a consideravam aplicável a pequenas infrações, enquanto outros a viam como um tipo de pena dentro do grupo mencionado anteriormente);

Friedensgeld ou Fredum, que envolvia o pagamento de uma quantia em dinheiro ao soberano por violar a paz.

Essas três penas refletiam o caráter financeiro das punições criminais, que dominavam o sistema punitivo dos povos germânicos. No entanto, isso não excluía a aplicação da pena de morte e outras formas de punição, como mutilações. A composição, com suas penas financeiras claramente definidas, era predominante no Direito Penal dos homens livres e da nobreza proprietária de terras. Para os servos, eram aplicadas punições corporais mais severas. Não havia distinção entre dolo, culpa e caso fortuito ou força maior, e a punição do autor estava relacionada ao dano causado, não ao aspecto subjetivo da conduta.

Acresce frisar, portanto, que o Direito Penal Germânico incluía a responsabilidade pelo resultado sem levar em consideração a intenção do autor. Isso

resultava na punição do indivíduo com base no simples fato danoso causado, independentemente de sua voluntariedade ou intencionalidade.

Havia penas extremamente severas, como o enterro vivo de adúlteras em pântanos e o lançamento de covardes para serem devorados por animais. Se o condenado morresse antes de cumprir toda a pena, um membro de sua família era obrigado a substituí-lo pelo restante do tempo a ser cumprido.

Indo mais adiante, tratando-se do Direito Penal Canônico, a influência do Cristianismo na legislação penal foi extremamente abrangente e bastante relevante. Essa influência começou com a proclamação da liberdade de culto pelo Imperador Constantino e, mais tarde, com a adoção do Cristianismo como religião oficial do Estado sob o Imperador Teodósio I. O Direito Canônico teve suas raízes na disciplina religiosa, com os primeiros *Libri penitentiasses* sendo sua fonte mais antiga. Com o crescente poder da Igreja sobre o governo civil, o Direito Canônico foi gradualmente estendido a pessoas que não estavam sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de questões de natureza espiritual.

Com a conversão de Clodoveu, o Cristianismo se estabeleceu na monarquia franca, introduzindo a repressão penal de vários crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica. A partir do século IX, a Igreja Católica começou a lutar sistematicamente para obter o domínio sobre o poder temporal, com o objetivo de impor leis ao Estado em nome de Deus. Isso resultou na criação do *Corpus Juris Canonici*, composto por diversas obras, incluindo o Decretum Gratiani, as Decretais de Gregório IX, o Liber Sextus de Bonifácio VIII e as chamadas Clementinas, que eram constituições do Papa Clemente V. As disposições legais estabelecidas pelos papas eram chamadas de *Decretais*, enquanto as originárias dos Concílios eram chamadas de *Cânones*. Dessa última expressão, derivou o termo "Direito Canônico," o chamado Direito Penal da Igreja.

O Direito Canônico classificava os crimes em três categorias: *delicta ecclesiastica* (da competência exclusiva dos tribunais eclesiásticos), *delicta mere secularia* (julgados pelos tribunais laicos) e *delicta mixta*, que violavam tanto a ordem divina quanto a ordem humana e podiam ser julgados pelo tribunal que tivesse conhecimento primeiro. As penas eram divididas em espirituais (penitências, excomunhão, etc.) e temporais, dependendo da natureza do bem afetado. Em princípio, as penas eram vistas como uma retribuição justa, mas também visavam ao arrependimento e à emenda do réu.

A influência do Direito Canônico foi vista como benéfica por alguns, incluindo Heleno Cláudio Fragoso. Ele trouxe elementos de humanização ao sistema, embora a Igreja, politicamente, tenha lutado para alcançar o domínio do papado sobre o poder temporal e proteger seus interesses religiosos. O Direito Canônico proclamou a igualdade de todos os seres humanos, enfatizando o aspecto subjetivo do crime, em contraste com a abordagem puramente objetiva das ofensas prevalecente no Direito Germânico. Também fortaleceu a justiça pública, opondo-se firmemente à vingança privada por meio do direito de asilo e da "trégua de Deus." Durante o período da trégua, que ia da tarde de quarta-feira à manhã de segunda-feira, nenhuma vingança privada era permitida, sob pena de excomunhão. O Direito Canônico também se opôs a práticas como julgamentos por ordálias e duelos judiciais e buscou introduzir penas privativas de liberdade para permitir o arrependimento e a correção do réu.

A influência da Igreja Católica na jurisdição penal teve um papel significativo no desenvolvimento do Direito Penal na Europa. A pena de morte era raramente aplicada pelos tribunais eclesiásticos, que entregavam o réu condenado à morte aos tribunais seculares. No entanto, à medida que o Direito Canônico evoluiu, ele passou a incluir práticas como a tortura, que se tornou um capítulo sombrio na história do Direito Penal. O processo inquisitório, que surgiu no Concílio de Latrão, permitia que as autoridades eclesiásticas investigassem crimes sem a necessidade de uma acusação prévia, pública ou privada.

Com o declínio do poder político que coincidiu com o fim da dinastia carolíngia, houve um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal. Nesse período, ressurgiram as práticas consuetudinárias de eras anteriores, e as leis escritas da época franca foram ignoradas. O feudalismo se estabeleceu, e, como resultado, o conceito de justiça punitiva passou a ser predominantemente privado, com a vingança privada e a imposição de compensações financeiras ocupando o lugar das punições públicas. Nesse contexto, a Igreja começou a lutar, inicialmente pela independência e, em seguida, pelo domínio do poder espiritual.

O Direito Penal desse período era uma combinação de influências do Direito Romano, Germânico e Canônico, com ênfase na primeira como a principal fonte a ser consultada em casos omissos.

À medida que o poder político se fortalecia entre os povos germânicos a partir do século XII, o conceito público de crime e punição recuperava sua importância, e a luta contra a *Faida* (vingança privada) se intensificava. Surgiram as chamadas "leis de

paz territorial," nas quais crimes e suas respectivas penas eram previstos. Essas leis eram numerosas e surgiram por meio de acordos entre os imperadores e os diversos Estados.

A quebra dessas leis poderia ser considerada um crime em si ou uma circunstância agravante. Entre as mais relevantes, destacam-se a *Constitutio Moguntina*, de Frederico II, e a "paz territorial perpétua de Worms," na qual o direito da *Faida* foi finalmente definido. Na Alemanha, essa evolução culminou com o aparecimento da legislação criminal de Carlos V, a *Constitutio Criminalis Carolina*, que sucedeu à *Constitutio Criminalis Bamberguensis*. A importância da Carolina reside no fato de que estabeleceu definitivamente o poder punitivo do Estado, consolidando o Direito Penal. Apesar da fragmentação do império em tempos posteriores, a *Constitutio Criminalis Carolina* permaneceu como uma fonte do direito comum na Alemanha, praticamente até o século passado.

Já o período humanitário do Direito Penal teve início durante o Iluminismo, marcando um movimento de reforma das leis e da administração da justiça penal no final do século XVIII. O Iluminismo representou a emancipação do ser humano da mera autoridade, preconceitos, convenções e tradições, enfatizando o pensamento livre sobre questões anteriormente consideradas inquestionáveis.

As ideias políticas predominantes começaram a ser revistas com a obra de Hugo Grotius sobre o direito natural (*De iure belli ac pacis*, 1625). Esse trabalho deu início à luta sobre os fundamentos do direito penal do Estado, fundamentando a pena de maneira racional. A evolução continuou com as obras de Pufendorf, Thomasius e Christian Wolff, jusnaturalistas que estabeleceram o direito do Estado com base na razão, desafiando o direito romano e canônico. Eles se opuseram ao princípio da retribuição, reconhecendo que o objetivo da pena era a utilidade comum. As filosofias de pensadores como Hobbes, Espinosa e, sobretudo, Locke, que enfatizavam a necessidade de manter a obediência dos súditos ou a segurança comum para evitar que novos crimes fossem cometidos, também tiveram um papel fundamental na evolução do pensamento jurídico.

Os enciclopedistas franceses, como Montesquieu, autor das *Lettres Persanes* (1721) e do *L'Esprit des lois* (1748), obras de grande influência, contribuíram para a independência do poder judiciário. Rousseau, em seu *Contrato Social* (1762), estabeleceu os fundamentos da liberdade política e da igualdade dos cidadãos, enquanto Voltaire, em diversos escritos, pediu a completa renovação das práticas

judiciais e dos tribunais, especialmente em sua famosa defesa de Jean Calas, um protestante injustamente executado em 1762.

Nesse contexto, Cesare Beccaria publicou em Milão, em 1764, com a colaboração dos irmãos Verri, seu famoso opúsculo *Dei delitti e delle pene* (Dos Delitos e das Penas). Esse livro tornou-se um símbolo do movimento de reforma liberal em oposição ao panorama penal desumano da época. A obra de Beccaria, embora não completamente original, consolidou os princípios básicos do Direito Penal moderno, baseados em alguns ideais.

Alguns deles dizem respeito aos cidadãos cederem apenas uma parte de sua liberdade e direitos ao viver em sociedade, e, portanto, não se deve aplicar penas que afetem direitos não cedidos, como no caso da pena de morte e de sanções cruéis. Além disso, estabeleceu-se ainda que apenas as leis podem estabelecer penas, e não é permitido aos juízes interpretá-las ou aplicar sanções de forma arbitrária, devendo serem claras e compreensíveis para que todos os cidadãos as conheçam e as obedeçam.

Essas e outras ideias resultaram em uma ampla reforma legislativa e no movimento codificador, que teve início no final do século XVIII. O movimento codificador visava sistematizar os princípios espalhados e facilitar a pesquisa, interpretação e aplicação das normas jurídicas. A Revolução Francesa trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como os Códigos Penais de 1791 e 1810. Os princípios fundamentais preconizados por Beccaria e outros filósofos da época estabeleceram as bases do Direito Penal moderno.

2.1 A pena como instrumento de tormento físico

Antes da colonização por Portugal, as leis penais eram caracterizadas por critérios de punição com base na gravidade do delito, buscando a justa medida da pena. Isso resultava em punições que podiam variar desde castigos físicos, humilhações públicas até a pena de morte.

Embora o Brasil colonial fosse organizado sob uma estrutura estatal, as leis penais eram notoriamente mais severas do que as aplicadas aos povos indígenas. Quando Portugal "descobriu" o Brasil, a Ordenação Afonsina estava em vigor, logo substituída pelas Ordenações Manuelinas em 1512 e, posteriormente, pelo Código de Dom Sebastião em 1569. No entanto, em termos de importância jurídica para o Brasil,

o Livro V das Ordenações Filipinas desempenhou um papel crucial, pois se tornou o primeiro Código Penal brasileiro.

As Ordenações Filipinas refletiam uma mentalidade inquisitória tardia da Idade Média, visando controlar o comportamento criminoso através do medo do castigo. O código permitia a aplicação da pena de morte de várias maneiras, incluindo enforcamento, precedido de tortura, fogo, entre outros métodos.

A crueldade não se limitava apenas à pena de morte, pois havia castigos como açoites, deportações para a África, mutilações de mãos, queimaduras com ferro quente, confisco de bens, penas de infâmia, multas, entre outros. Essa crueldade era uma herança da Idade Média e refletia um sadismo absoluto por parte do legislador português, o que se refletiu nas leis brasileiras.

Um dos casos mais notórios da aplicação da crueldade excessiva foi o de Tiradentes, acusado de lesa-majestade, que foi enforcado, esquartejado e seus membros fincados em postes com placas de advertência, como um aviso intimidador para o público.

Pontua-se, neste sentido, que o primeiro código penal brasileiro criminalizava heresia e feitiçaria, confundindo ofensas morais e pecados com crimes. O bem jurídico naquela época era a lesa-majestade que, a julgar pelas reações sociais às penas, levava a um rechaço semelhante ao direcionado aos leprosos, com infâmia estendida a todos os parentes e descendentes.

Outro aspecto notável do antigo código penal brasileiro era a desigualdade no tratamento das diferentes classes sociais. O código estabelecia que os juízes deveriam aplicar penas de acordo com a gravidade do caso e a posição social do réu. Nobres eram geralmente punidos com multas, enquanto camponeses e escravos enfrentavam castigos mais cruéis e humilhantes.

Esse terrível código permaneceu em vigor no Brasil por mais de duzentos anos, de 1603 até ser substituído pelo Código Penal Brasileiro de 1830, que marcou o fim desse período histórico.

Na verdade, o antigo código penal brasileiro, importado das Ordenações Filipinas, foi revogado por questões políticas e ideológicas, ligadas à Revolução Francesa e à Revolução Industrial que transformou a Europa em direção à modernidade.

Quando o Brasil proclamou sua independência de Portugal em 1822, houve a necessidade de estabelecer novas leis para substituir as antigas leis metropolitanas.

A Assembleia Constituinte foi convocada em 1823, e, apesar de alguns protestos, decidiu que as leis portuguesas continuariam em vigor no Brasil. Essa decisão desagradou a muitos, pois significava retroceder à legislação ultrapassada das Ordenações Filipinas, que não se aplicava mais à realidade social do país.

Após essa decisão, foi prometido um novo Código Criminal para o Brasil. Dois proeminentes juristas, José Clemente Pereira e Bernardo de Vasconcelos, foram encarregados de elaborar projetos de código penal brasileiro. Entretanto, o processo levou sete anos, com a lei sendo promulgada somente em 1830.

Durante esse período, o Brasil adotou sua primeira Constituição em 1824, influenciada pelos ideais liberais da Revolução Francesa e dos Estados Unidos, incluindo a proteção de direitos e garantias individuais. O novo Código de 1830 refletiu esses princípios, mas uma das principais controvérsias foi a questão da pena de morte, que foi finalmente abolida pelo imperador Dom Pedro II.

Em 1832, o Brasil também promulgou um Código de Processo que, sob influência das tendências liberais, tirou dos juízes o poder de julgar a culpabilidade dos réus, deixando essa tarefa para as forças policiais. Somente em 1871 essa autoridade voltou aos juízes e, nesse ano, os crimes culposos de homicídio e lesão corporal foram incluídos na legislação penal.

Em 1889, o Brasil proclamou a República, resultando em uma nova necessidade de leis que se adequassem à nova realidade. Um novo Código Penal foi promulgado em 1890, mas foi compilado apressadamente e criticado por juristas como Carvalho Durão. Em 1927, a parte geral do novo código foi promulgada, elaborada pelo jurista Virgílio de Sá Pereira, mas sua morte interrompeu a criação da parte especial, que foi posteriormente revisada por uma comissão de juristas antes de ser promulgada em 1940.

Alcântara Machado, ao apresentar o projeto de código, explicou que o projeto original de Virgílio de Sá havia sido completamente reformulado. Ele teve que reconstruí-lo do zero, e mesmo diante de muitos esforços, Alcântara Machado se dedicou intensamente ao que se tornaria um trabalho notável, quase artístico. Esse trabalho passou por estudos e inúmeros comentários e resultou no Código de 1940, que ainda está em vigor no Brasil.

Uma comissão de revisão, composta por figuras proeminentes do direito brasileiro no século XX, como Narcélio de Queiroz, Nelson Hungria, Vieira Braga, Roberto Lyra e Costa e Silva, realizou as últimas adaptações, alinhando o código à

crescente lógica-dogmática alemã. Isso marcou uma transição da antiga teoria clássica, também conhecida como teoria causal-natural, que era influenciada pela noção psicológica da culpabilidade. Essa teoria via o elemento subjetivo do conceito material de crime como parte da culpabilidade. No entanto, a reforma adaptou isso à tipicidade, em conformidade com a teoria finalista da ação, que estava surgindo sob a influência do finalismo de Hans Welzel.

O Código Penal de 1940 só entrou plenamente em vigor em 1942, após um período de estudo dedicado por juristas que passaram a aplicar o novo código de acordo com as novas tendências da teoria do delito da época.

Este código proporcionou um terreno fértil para os principais juristas desenvolverem teorias relacionadas a ele. Nomes como Heleno Fragoso, Nelson Hungria, José Salgado Martins, Euclides Custódio Silveira, Cunha Luna, Roque Brito Alves, Vicente Sabino Júnior, Basileu Garcia, José Frederico Marques, Sady Cardoso Gusmão, Roberto Lyra, entre outros, se reuniram para elaborar o que seria considerado o melhor código penal do país.

A história da legislação penal brasileira é certamente repleta de desafios, violência, barbárie, preconceito e, ao mesmo tempo, marcada pelo esforço de grandes pensadores que dedicaram suas vidas à tarefa de enfrentar a violência estatal com argumentos teóricos. A capacidade de punir, inicialmente, surge por meio do discurso, que posteriormente se transforma em ideologia e, por vezes, em brutalidade.

Portanto, é papel do estudioso de direito contemporâneo entender a dimensão política de sua profissão e reconhecer que herda o legado das mentes brilhantes que vieram antes dele, agregado aos estudos provenientes de outras ciências como aqui pretendido analisar.

2.2 Natureza biológica e a vingança humana

A teoria clássica do direito penal surgiu durante o período do Iluminismo, que abrangeu o tempo entre a Reforma Protestante em 1517 e a Revolução Francesa em 1789. Dois dos pensadores mais influentes associados a essa abordagem foram Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, na Itália, e Jeremias Bentham, na Inglaterra. Esses filósofos sustentavam a crença de que os seres humanos podiam compreender o mundo por meio da ciência, que era vista como a capacidade humana de observação e raciocínio. Eles acreditavam que, se o mundo podia ser entendido,

também poderia ser transformado, rejeitando a ideia de que tanto o mundo quanto as pessoas eram divinamente predestinados ou determinados. Em vez disso, enfatizavam a ideia de livre arbítrio, a capacidade das pessoas de exercer sua vontade livre e, assim, serem responsáveis por suas ações.

A teoria clássica não se concentrava na crueldade das punições como meio de controlar a criminalidade, mas sim no crime e suas consequências. Para Beccaria, por exemplo, era fundamental estabelecer punições proporcionais aos crimes correspondentes. Além disso, enfatizava a prevenção do crime em vez da punição, chegando a sugerir seis maneiras de prevenir o crime. No entanto, seu livro "Dos Crimes e das Penas" foi colocado na lista de livros proibidos pelo Papa em 1765 devido ao seu racionalismo extremo.

Apesar de seu avanço notável para a época e de sua influência contínua nos dias atuais, a teoria clássica tem enfrentado críticas e desafios. Um dos principais problemas é a suposição de que sua aplicação tornaria a administração da justiça criminal mais justa e mais fácil de ser gerida, uma vez que todos os infratores seriam tratados de maneira igual, crimes semelhantes receberiam tratamento similar, e as diferenças individuais entre infratores e circunstâncias atenuantes seriam ignoradas. Na prática, os infratores não são iguais, e crimes semelhantes nem sempre são comparáveis. Não seria apropriado tratar um infrator primário da mesma maneira que um infrator reincidente, da mesma forma que não seria adequado tratar uma pessoa com doença mental da mesma forma que uma pessoa mentalmente imputável.

Enquanto na teoria clássica se acreditava que os criminosos faziam uma escolha consciente de violar a lei após considerar os benefícios e as consequências de suas ações, as teorias positivistas foram desenvolvidas por criminologistas que estavam convencidos de que fatores físicos, ambientais e psicológicos, para além do controle das pessoas, desempenhavam um papel determinante em seu comportamento. As teorias biológicas e psicológicas se baseavam na crença de que os criminosos eram diferentes dos não criminosos e que essas diferenças estruturais, tanto psicológicas quanto biológicas, eram o que determinava seu comportamento e os criminosos eram percebidos como distintos devido a essas diferenças estruturais e racionais.

Cesare Lombroso (1835-1909), um médico do exército italiano que posteriormente se tornou professor universitário, é frequentemente considerado o pai da criminologia. Sua teoria, publicada em 1876, foi desenvolvida após a realização de

autópsias em cerca de quatrocentos prisioneiros e a medição de órgãos do corpo humano em aproximadamente seis mil outros prisioneiros e três mil soldados. Para ele e, em primeiro lugar, os criminosos eram um tipo distinto desde o nascimento. Além disso, esse tipo poderia ser identificado por meio de anomalias físicas (estigmas) que Lombroso descreveu, sendo o tipo criminoso, para ele, facilmente reconhecido em uma pessoa com mais de cinco anomalias.

O médico via o estigma físico como não causador do crime, sendo apenas um indicador de que o indivíduo tinha predisposição para tanto. Devido à sua natureza, essas pessoas não poderiam evitar o crime a menos que tivessem uma vida extremamente favorável, descrevendo em edições posteriores de seu livro outras causas para o crime, incluindo insanidade, epilepsia, paixão, pobreza e educação.

A teoria de Lombroso teve uma grande popularidade nos Estados Unidos até 1915, embora existam algumas variações dela até hoje. No entanto, essa teoria enfrentou críticas significativas, incluindo a hipótese de que certas características físicas indicavam inferioridade biológica e a associação dos criminosos a macacos e animais inferiores, caracterizando-os como selvagens e propensos ao crime.

Entre as diversas áreas que compõem a criminologia, a biologia criminal foi fortemente influenciada pelo positivismo naturalista italiano. Especialmente durante a primeira metade do século passado, os estudiosos se referiam aos criminosos como seres humanos que, biologicamente e antropologicamente, eram diferentes daqueles que não cometiam crimes devido a fatores hereditários ou biológicos. Muitos desses cientistas acreditavam que uma carga hereditária desfavorável colocava os criminosos em uma posição inferior em relação aos não criminosos, considerados como indivíduos normais (princípio da diferença, princípio da diversidade ou princípio do bem e do mal). Todas as pesquisas na área de biologia criminal partiam do pressuposto de que a explicação para o comportamento criminoso tinha suas raízes em uma patologia ou anormalidade individual.

No entanto, essa abordagem teórica, apesar de ter desfrutado de grande prestígio por um período, caiu em desuso, principalmente porque foi usada para justificar políticas criminais autoritárias e totalitárias. Em 1939, durante o desencadeamento da Segunda Guerra Mundial, uma extensa investigação criminológica iniciada em 1926 foi publicada nos Estados Unidos. O objetivo era determinar se as características físicas dos indivíduos tinham alguma relevância no cometimento de crimes. Buscando superar as limitações da antropologia criminal da

Escola Positiva italiana, a pesquisa procurava reexaminar os problemas que eram objeto de estudo e, ao mesmo tempo, superá-los usando amostras numericamente adequadas, isolando os tipos étnicos e raciais dos criminosos e aplicando corretamente a estatística, tudo isso usando o método de pesquisa de campo. No total, foram analisados 17.077 registros individuais, incluindo os registros de 3.203 não criminosos para fins de comparação com os delinquentes.

A pesquisa procurou verificar se existia alguma correlação entre os crimes individualmente cometidos e as características físicas dos criminosos. Concluiu que, em comparação com outros delinquentes, os homicidas de primeiro grau eram em sua maioria mais velhos, mais corpulentos, mais altos, com maior diâmetro torácico, mandíbulas maiores e mais proporcionais à largura do rosto, ombros relativamente mais estreitos e tronco relativamente mais curto. Os homicidas de segundo grau eram ainda mais velhos, apresentavam peito excessivamente profundo, cabeça não muito comprida e deficiências na largura do corpo e no peso. Por outro lado, os assaltantes se distinguiram dos outros criminosos em pelo menos dois dos trinta e nove caracteres métricos usados na investigação, mas não eram antropologicamente diferentes dos outros, embora o pesquisador tenha admitido que isso poderia ter sido verificado com uma amostra ainda maior. Em resumo, assim como os positivistas italianos, a pesquisa estabeleceu correlações entre tipos físicos e tipos de crimes, concluindo que "os criminosos, como um todo, são morfologicamente diferentes dependendo da natureza de seus crimes".

Após reunir um grande volume de informações e conclusões parciais sobre a conexão entre o ato criminoso e fatores sociais, psicológicos e, especialmente, biológicos dos infratores, chegou-se às seguintes conclusões:

Nesta altura, podemos dizer que os resultados de nossa investigação não têm grande utilidade prática, ou seja, são poucas as conclusões que podem ser utilizadas pela polícia para prender criminosos: uma descrição precisa de um gângster típico não ajudará a prender Dillinger. Certas conclusões teóricas, no entanto, não são de pouca importância. Os criminosos são organicamente inferiores. O crime é resultante do impacto causado pelo meio ambiente sobre organismos humanos de baixa qualidade. Segue-se que a eliminação do crime pode ser efetuada apenas extirpando-se os fisicamente, mentalmente e moralmente inaptos ou segregando-os completamente em um ambiente socialmente asséptico (HOOTON, 1939:273, pg 30).

Após passar por um período de declínio relativo, a biologia criminal ressurgiu no final do século passado, impulsionada pelos notáveis avanços, especialmente no

campo da genética. Agora, com base em pesquisas mais aprofundadas, passou-se a reconhecer a importância de fatores genéticos na explicação de distúrbios mentais, como esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva e outras patologias mentais. Embora enfrentem resistência, alguns pesquisadores sustentam que a genética também pode contribuir para explicar a agressividade, o alcoolismo e até mesmo a homossexualidade. Estudos criminológicos no âmbito da biologia criminal exploram, por exemplo, gêmeos ou indivíduos adotados para determinar se fatores genéticos e ambientais desempenham um papel na predisposição ao comportamento criminoso.

Por outro lado, abordagens biológicas mais radicais e unilaterais continuam sendo associadas, com justiça, a políticas criminais antiliberais que podem violar os direitos humanos. Além disso, teorias biológicas da criminalidade têm a tendência de justificar acriticamente o funcionamento do sistema penal, protegendo sua legitimidade. Alguns estudiosos desta ciência argumentam que, até o momento, não foi possível demonstrar conclusivamente uma diferença essencial entre indivíduos que cometem crimes e aqueles que não o fazem, uma vez que muitas pessoas possuem características típicas, mas não se envolvem em atividades criminosas, e vice-versa.

Posto isto e, passando a estudar melhor o sentimento de vingança humana como fato de interferência na aplicação de punições como consequência do crime, é importante lembrar o período em que vigorou a lei de talião que ainda reflete na sociedade, em especial para alguns crimes específicos.

Dentro de um país que preza pelo Estado Democrático de Direito, onde todos, inclusive os cidadãos sob custódia do Estado, têm seus direitos respeitados, surge uma situação intrigante. O estupro, apesar de ser um criminoso, se torna vítima de um crime semelhante enquanto está encarcerado, o que desafia os direitos que lhe são garantidos pela Constituição e evoca o antigo princípio da Lei de Talião.

A Lei de Talião, como brevemente mencionada anteriormente, conhecida por impor uma punição idêntica à ofensa causada, tem suas origens remontando ao Código de Hamurabi, na Babilônia, por volta de 1780 a.C. Essa abordagem prevaleceu em muitas legislações antigas e foi aplicada com mais intensidade durante a Idade Média. Embora pareça absurda e inaceitável nos tempos modernos, ela foi vista como uma necessidade naquela época, quando a sociedade era marcada pela barbárie e a falta de respeito mútuo. A Lei de Talião não era apenas vista como um sistema legal, mas também como uma forma de vingar a honra pessoal, familiar ou tribal.

Historicamente, a Lei de Talião esteve associada a sistemas autoritários, violentos e desumanos, como as monarquias europeias e feudais, onde a crueldade era legitimada em resposta a certos atos considerados ofensivos.

No Brasil, a época colonial e o período posterior à independência de Portugal também viram a aplicação de penas severas e desumanas. As "Ordenações do Reino", que faziam parte das leis manuelinas, afonsinas e filipinas, estabeleciam penas como morte, mutilações, tortura, prisão, açoite, multas e até castração para crimes sexuais. Essas práticas brutais continuaram mesmo após a independência do Brasil de Portugal.

No entanto, com a Revolução Francesa em 1789 e seus princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, houve uma mudança de mentalidade que influenciou a maioria dos países. As ideias democráticas começaram a florescer, e, com a evolução das eras, o conceito do Estado Democrático de Direito ganhou destaque. Esse sistema se baseia na ideia de que todos, incluindo o Estado e o cidadão, estão sujeitos às mesmas leis.

A Lei de Talião e outras práticas cruéis foram abandonadas nas legislações modernas da maioria dos países, à medida que novas doutrinas e tendências humanas relacionadas ao Direito Penal surgiram. A Segunda Guerra Mundial expôs ao mundo os horrores do Holocausto nazista e as atrocidades das bombas atômicas, o que levou a uma nova ênfase nos direitos humanos.

Pouco mais de dois meses após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi oficialmente fundada em 24 de outubro de 1945, que contava com a participação do Brasil e de outros 50 países, tinha como missão fundamental a defesa dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e a solidariedade internacional.

Iminente a sua criação, a Assembleia Geral da ONU elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada em 10 de dezembro de 1948. Esse documento, baseado nos ideais da Revolução Francesa, tinha como objetivo promover o respeito pelos direitos e liberdades humanas em todas as nações.

Os Estados membros da ONU se comprometeram a adotar os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos em suas próprias leis e a Constituição brasileira de 1946 representou um avanço na democracia e nas liberdades individuais dos cidadãos, consolidando o Estado Novo que garantiu os direitos humanos, em que

pese a massiva violação ocorrida durante o período do regime militar no Brasil, conhecido como o "período de chumbo e que durou cerca de duas décadas.

A Constituição de 1988, também conhecida como a "Constituição Cidadã," fortaleceu os direitos humanos e incluiu disposições específicas para a proteção dos presos. O artigo¹ 5º da Constituição estabelece a igualdade perante a lei, proíbe a tortura e determina que ninguém será considerado culpado até que uma sentença penal condenatória transite em julgado.

No entanto, o sistema prisional brasileiro enfrenta desafios significativos, como superlotação e condições precárias, especialmente devido ao aumento da criminalidade. Muitos presídios não conseguem separar os detentos de acordo com a natureza de seus crimes, resultando em verdadeira violação a função social da pena, constituindo o cárcere uma verdadeira escola do crime. Isso inclui os supracitados casos em que estupradores podem ser colocados em celas com outros presos e se tornar vítimas de abuso sexual perpetuando uma forma de "pena de Talião" dentro de um Estado Democrático de Direito.

Para aqueles acusados de crimes de estupro que ainda aguardam julgamento, a experiência na prisão pode resultar em traumas duradouros e um senso de injustiça contínuo. Mesmo para os condenados, essa situação acaba impondo uma "pena dupla" para o mesmo ato criminoso, um verdadeiro *bis in idem* social. Os punidores, chamados equivocadamente pela sociedade por justiceiros quando cometem abusos contra os supostos estupradores, são vistos como uma forma de justiça.

A aplicação apropriada e proporcional da pena ao infrator é vista pela vítima e pela sociedade como uma resposta legítima, proporcionando conforto. Esse sentimento se assemelha, em certo aspecto, à noção de vingança, mas não no seu sentido primitivo de retaliação violenta, como na Lei de Talião. Em vez disso, essa "vingança" é percebida como uma ação justa, uma reação adequada ao ato criminoso no contexto da determinação e cumprimento da pena. Isso se traduz em uma

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

"vingança" administrada pelo Estado em busca de reparação, sem a necessidade de impor ao infrator o mesmo mal que ele causou.

Punições brutais como estas tem acompanhado toda a história da humanidade desde tempos antigos, com penas frequentemente envolvendo violência física desproporcional. Mesmo formas mais "pacíficas" de vingança eram capazes de levar a punições semelhantes, uma vez que, ao impedir o infrator de conviver com seu grupo, ele ficava à mercê da violência de grupos rivais.

Com a evolução dos contratos sociais, a vingança privada deu lugar à justiça privada, transferindo o poder de retribuição aos líderes dos grupos sociais, que exerciam controle absoluto sobre os infratores, como descrito outrora e as penas sanguinárias desempenharam um papel significativo em satisfazer o desejo de vingança em relação àqueles que violavam as normas estabelecidas pela sociedade.

Essa forma arcaica de punição influenciou todos os sistemas legais em vigor no nosso país, e vestígios dela ainda podem ser encontrados até mesmo no código civil que prevê a possibilidade dos pais castigarem seus filhos, desde que moderadamente, como se extrai do artigo 1.634.²

2.3 A exteriorização do contrato social

O contrato social, nesse contexto, refere-se ao acordo entre os membros de uma sociedade no qual eles reconhecem e aceitam um conjunto de regras, princípios de convivência, um modelo econômico e um regime político como autoridade legítima.

² **Art. 1.634.** Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Esse acordo racional forma a base das interações sociais, originando uma relação social que Max Weber chamou de "associativa". Essa compreensão do contrato social se reflete e é constantemente reafirmada na ordem jurídica estabelecida, como a Constituição e os códigos de lei. É, portanto, uma base moral que molda as ações sociais, um modelo institucionalizado a partir do qual as ações dos indivíduos são mutuamente direcionadas e influenciadas, contribuindo para a paz social. É importante ressaltar que o contrato social neste contexto reflete as ideias e valores adotados pelos contratantes.

No entanto, nas primeiras tentativas de explicação científica do crime, o foco estava principalmente na biologia, concentrando-se nas características inatas dos indivíduos como a fonte do crime e do desvio. Nesse estágio inicial, o crime era visto como um sinal de algum tipo de "defeito" no indivíduo, não na sociedade. No século XIX, a criminologia passou a destacar a figura do "criminoso anormal," cuja anormalidade era vista como desconhecida dos juristas até então. Isso levou os criminologistas a argumentar que as leis existentes eram inadequadas para tratar dos "verdadeiros" homens, não produzindo os efeitos necessários para a defesa social.

O direito penal liberal, por sua vez, não abordava o criminoso como algo além de um transgressor da lei, um agente que infringia o contrato social. Todo cidadão era considerado responsável e só seria isentado de culpa se fosse louco, uma criança ou estivesse sob coação irresistível, como estabelecia o primeiro Código Penal do Brasil em 1830. A punição recaía sobre aqueles que, com base em seu livre arbítrio, decidiam infringir a lei, e acreditava-se que poderiam ser reformados e recuperados.

A criminologia, ciência que surgiu em meados do final do século XIX, criticou fortemente os fundamentos do direito penal liberal, considerando-o anticientífico e ineficaz. A criminologia desafiou as noções de livre arbítrio e responsabilidade, argumentando que não é a razão que controla nossas ações, mas sim instintos, emoções e reflexos. Nesse cenário, surgiu a ideia do "caos íntimo" que habita todos os seres humanos, criando uma espécie à parte, o "homo criminalis," destinado ao crime por sua própria natureza. Isso reverteu a abordagem penal liberal, que afirmava que os criminosos só existiam quando violavam a lei.

Embora as teorias do contrato social tenham sido criticadas por sua falta de conexão com a realidade experimental, essas teorias desempenharam um papel importante na limitação do poder do Estado. No processo de desenvolvimento da doutrina do bem jurídico, pensadores como Cesare Beccaria e Karl Ferdinand

Hommel argumentaram a favor da limitação do poder punitivo do Estado à prevenção de danos sociais. Eles criticaram o uso do direito penal para impor formas de vida e ideologias por meio da coerção, o que consideravam tirania e não um contrato social.

Essa perspectiva foi posteriormente expressa em várias formulações, como os desenvolvimentos doutrinários de Feuerbach, que falava em "lesão a direito," de Birnbaum, criador do conceito de bem jurídico, que usava a palavra "bem" para descrever a limitação da punibilidade a danos sociais, e de Von Liszt, que afirmava que o bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Em todos esses casos, o Direito Penal tinha como missão defender de maneira vigorosa interesses especialmente dignos e que necessitavam de proteção.

O contrato social, a criminologia e a doutrina do bem jurídico são conceitos interconectados que moldaram a evolução do sistema de justiça penal e da teoria do crime. O contrato social fornece a base moral para a sociedade e suas leis, enquanto a criminologia desafiou as noções tradicionais de responsabilidade criminal, enfatizando a complexidade do comportamento humano. A doutrina do bem jurídico destacou a importância de proteger os interesses sociais relevantes por meio do Direito Penal, equilibrando a necessidade de punição com a proteção dos direitos individuais. Certamente, no contexto de um Estado Democrático de Direito esses conceitos desempenham um papel crucial na manutenção da justiça e do equilíbrio entre os direitos do indivíduo e o bem-estar da sociedade como um todo, especialmente com o avançar das ciências sociais e psicológicas, sob as quais serão observadas oportunamente.

3 A (IN)EFICÁCIA DA PENA IMPOSTA

O tema pena, como resultado do poder punitivo do Estado, é certamente objeto de debates e discussões entre teóricos do direito desde os primórdios da sociedade organizada. Neste sentido, surgem três correntes principais visando analisar a natureza e os propósitos da pena: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista.

A primeira corrente, chamada de teoria absoluta, tem como escudo da pena a busca pela justiça. Nesse contexto, o indivíduo é punido porque cometeu um crime, e a pena tem a função de compensar o mal causado por sua ação. Esta abordagem segue a Escola Clássica, considerando a pena como puramente retributiva.

A segunda teoria, conhecida como teoria relativa, enxerga a pena como um meio prático de prevenção. Aqui, a pena é vista como um instrumento de dissuasão, destinado a desencorajar o agente e a sociedade a cometerem futuros delitos. Essa perspectiva é associada à Escola Positivista, que acredita que a pena deve ser adaptada à personalidade do infrator.

A terceira e última teoria, a mista, combina elementos das correntes anteriores. Ela reconhece que a pena tem uma dimensão retributiva, com base em considerações morais, mas também busca a prevenção do crime, incorporando elementos de educação e correção.

No Brasil, adotou-se a teoria mista ou eclética, conforme previsto no artigo 59 do Código Penal³. De acordo com esse artigo, o juiz deve buscar a "reprovação e prevenção do crime", o que reflete a ideia de combinar as abordagens absolutas e relativas.

Nesse contexto, a presente pesquisa se concentra na natureza preventiva da pena e em seu impacto na reincidência criminosa, em especial, sob a ótica cognitiva humana. Não só doutrinadores do direito, mas profissionais das ciências comportamentais, abordam a ideia de por que os seres humanos se reuniram e

³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

concordaram em ceder parte de sua liberdade a um soberano. Isso se deve principalmente à necessidade de garantir a satisfação de suas necessidades, o que se tornou mais difícil à medida que a sociedade cresceu. Os seres humanos perceberam que, para satisfazer suas necessidades, precisavam colaborar e abrir mão de uma pequena parcela de sua liberdade.

A pena, portanto, surge da agregação dessas pequenas parcelas de liberdade que os indivíduos cedem em benefício da sociedade. De acordo com essa visão, o objetivo da pena não é a vingança, mas sim a restauração da paz social e a prevenção de futuros crimes. Como Émile Durkheim explica, o crime rompe os laços de solidariedade social e ofende a consciência coletiva, exigindo uma reação - a pena - para restabelecer esses laços e manter a coesão social.

Autores como Beccaria e Jeremy Bentham também deram ênfase na importância da prevenção do crime na justificação da pena. Sustentam que a pena deve ser justa e proporcional, evitando punições excessivas e focando em desencorajar os indivíduos de cometer novos delitos.

Infelizmente, o sistema de encarceramento frequentemente não cumpre seu propósito preventivo. A prisão pode criar uma cultura de corrupção e ilegalidade entre os detentos, aliado ao fato de que a falta de oportunidades de trabalho para ex-detentos também pode contribuir para a reincidência, fechando um ciclo de crime, prisão e recaída.

A discussão sobre a natureza da pena inclui diferentes perspectivas, desde a busca da justiça e da retribuição até a ênfase na prevenção do crime e na reabilitação. O sistema penal, certamente deve equilibrar esses objetivos, buscando não apenas punir, mas também proteger a sociedade e reintegrar os infratores de maneira eficaz.

A eficácia da pena imposta, especialmente em relação à prevenção do crime, é um tema complexo e amplamente debatido, o qual se encontra longe de esgotar-se. É comum observar críticas no sentido que o sistema carcerário precário, juntamente com a morosidade do poder judiciário, contribui para a ineficácia das penas em cumprir seu propósito de prevenir o crime. Essa ineficácia está relacionada, neste caso, ao enfraquecimento do caráter temerário da pena, que deveria dissuadir os infratores de cometerem crimes.

A supracitada morosidade do sistema judicial que, diga-se de passagem, é extremamente garantista, é outra questão significativa. Os processos criminais podem se arrastar por anos, levando à demora no julgamento, nas condenações em definitivo

e na execução das penas. Isso significa que os infratores, via de regra, podem ficar em liberdade durante todo esse período, mesmo após serem condenados em primeira instância. Essa demora enfraquece o elemento de temor que a pena deveria impor, uma vez que a conexão entre o crime e a punição se torna menos evidente.

Em se tratando da perda do caráter temerário da pena, como abordado adiante, cumpre observar o fato de que a eficácia da pena em prevenir o crime está diretamente relacionada à percepção do infrator de que a punição é certa, rápida e proporcional. Quando o sistema penal é visto como ineficiente, injusto e lento, a pena perde seu caráter temerário. Isso significa que os infratores podem não considerar a punição como uma consequência real e, portanto, não são dissuadidos de cometer crimes. Essa perda de temor torna a pena menos eficaz como medida preventiva.

3.1 A ineficiência das prisões e o sistema carcerário brasileiro

Um dos principais propósitos do cárcere deve ser um ambiente apropriado para que os condenados tenham a chance não apenas de pagar sua dívida com a sociedade, mas também de se reintegrar de maneira a não reincidir em crimes. No entanto, o sistema prisional falha nesse aspecto e, em vez disso, cria um ambiente degradante que, em muitos casos, só serve para aprimorar as habilidades criminosas dos detentos e para incentivá-los a adquirir vícios.

Nas prisões do Brasil, encontramos um grande número de detentos, muitos dos quais são presos pela primeira vez e, em alguns outros, presos preventivamente, convivendo com delinquentes, aqui no sentido de delinquir, de crimes bem mais graves. Isso por si só já evidencia a ineficácia do sistema prisional brasileiro em relação à reabilitação dos condenados. As prisões parecem ser mais um lugar para isolar indivíduos da sociedade, ao lugar onde um tratamento reeducativo eficaz seja viável, incluindo atividades educacionais e instrutivas que possam promover a reintegração social dos infratores, como bem ilustrado por Bazan.

Tem-se depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. Não se pode mais “tapar o sol com a peneira”, e fingir que o fato em questão não diz respeito. O Brasil detém um dos maiores sistemas prisional do planeta e são evidentes as condições cruéis e desumanas de cumprimento de pena no país. As condições sanitárias são vergonhosas e as condições de cumprimento da pena beiram a barbárie. O acúmulo de presos, também, se deve ao fato de que muitos dos condenados que ainda cumprem a sua pena em regime fechado já poderiam ter progredido para o regime semiaberto, mas

continuam entretendo os estabelecimentos em razão de não haver vagas nas colônias penais agrícolas, industriais ou similares. Desse modo, cárcere torna-se um ambiente insalubre, promíscuo e violento, que acaba gerando epidemias de inúmeras moléstias, como a tuberculose e o HIV (BAZAN, 2008, p. 89).

O Estado através do sistema prisional tem a responsabilidade de garantir a segurança da sociedade, mas também deve assegurar que a punição esteja em conformidade com a proteção dos direitos à dignidade humana, seja a pessoa condenada ou não. A incapacidade do poder público em cumprir sua função punitiva leva a duas situações contemporâneas problemáticas: o aumento da violência a níveis comparáveis a uma guerra civil e o papel social desempenhado pelos líderes do crime organizado, que efetivamente criam um estado paralelo.

O direito à personalidade da pessoa sob tutela é o alicerce legal para a proteção do bem-estar vital, que é o cerne da relação jurídica da personalidade. Esse direito pessoal abrange a integridade física, como o direito ao corpo e à vida. Conforme Ferreira (2012), envolve "a autoridade moral, a honestidade, a honra e a respeitabilidade", e se baseia em um senso ético que condena a brutalidade e a crueldade que historicamente ocorreram entre seres humanos. A dignidade da pessoa humana é um dos pilares do Estado Democrático de Direito no Brasil, conforme estabelecido na Constituição da República de 1988.

O "Princípio da dignidade da pessoa humana" é o ponto central que abrange todos os direitos fundamentais, vinculando não apenas o poder público, mas também os particulares, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, se estendendo, por óbvio, à integridade física.

Integridade física é um aspecto crucial do bem-estar humano, sendo um estado perceptível por meio dos sentidos. É um direito incondicionado e absoluto que não pode ser violado por nenhum sistema de punição.

A dignidade humana tem sido um valor fundamental, manifestando-se de diferentes maneiras e definições ao longo da história, mas sempre sendo considerada como a fonte dos direitos pessoais. De acordo com Nunes (2013), é um atributo intrínseco ao ser humano como parte da espécie humana, e tem um valor intrínseco que precede o juízo valorativo do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade legislativa, especialmente no contexto penal.

A integridade psicológica está relacionada ao tratamento desumano frequentemente infligido injustamente aos detentos. Envolve tortura psicológica,

humilhação, ameaças, palavras degradantes e até mesmo o esquecimento por parte do Estado de que o apenado ainda é um ser humano (NUNES, 2013).

O sistema carcerário brasileiro enfrenta uma profunda crise de credibilidade e é incapaz de cumprir seu propósito principal, que é a reabilitação dos condenados. Vários fatores, como negligência por parte do governo, falta de investimento e desrespeito pelos direitos dos presos, contribuem para as temerosas condições das prisões.

A ineficácia da pena privativa de liberdade na ressocialização dos indivíduos é evidenciada pelo alto índice de reincidência de ex-detentos no sistema carcerário brasileiro. Embora não existam números oficiais, estima-se que no Brasil, em média, 90% dos ex-presidiários que retornam à sociedade voltam a cometer crimes, o que, por sua vez, os leva de volta à prisão. Essa realidade é resultado direto do tratamento e das condições enfrentados pelo condenado durante sua prisão, bem como do sentimento de rejeição e indiferença que enfrenta da sociedade e do Estado ao recuperar sua liberdade. O estigma de ex-detento e a falta de apoio das autoridades tornam o ex-presidiário marginalizado na sociedade, frequentemente forçando-o a retornar ao mundo do crime devido à falta de melhores opções.

Nossa legislação define o termo "egresso" no artigo 26 da Lei de Execução Penal⁴ como o condenado libertado definitivamente, por um período de um ano após sua saída da prisão. Também é considerado egresso o condenado que recebe liberdade condicional durante o período de prova. Após o término desse período de um ano ou a cessação da liberdade condicional, o indivíduo perde seu status legal de egresso e os benefícios legais associados a ele.

De acordo com a legislação, os egressos têm direitos definidos nos artigos 25, 26 e 27 da Lei de Execução Penal⁵. Estes artigos preveem orientação para a reintegração na sociedade, assistência social para ajudar na obtenção de emprego, além de alojamento e alimentação adequados nos primeiros dois meses de liberdade.

⁴ Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova.

⁵ Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

O órgão responsável pela implementação desses direitos dos egressos é o Patronato Penitenciário, um órgão do poder executivo estadual que faz parte do sistema de execução penal. O Patronato é fundamental para a reintegração social do ex-detento, pois tem a responsabilidade de promover seu retorno ao mercado de trabalho, fornecer assistência jurídica, pedagógica e psicológica.

No entanto, o cumprimento eficaz do papel do Patronato se esbarra em obstáculos devido à falta de interesse político dos governos estaduais, que não alocam os recursos necessários para que o órgão desempenhe suas funções com excelência.

Destaca-se ainda que a assistência aos egressos não é a solução definitiva para o problema da reincidência, pois muitos dos fatores que levam a esse problema ocorrem dentro do ambiente prisional, com impactos neurológicos avassaladores. No entanto, um trabalho sistemático com os egressos pode minimizar os efeitos negativos de sua experiência na prisão e facilitar sua reintegração à sociedade, sendo fundamental que a sociedade e as autoridades reconheçam a importância de uma política de apoio aos egressos e garantam que a Lei de Execução Penal seja efetivamente aplicada. Caso contrário, os egressos desassistidos de hoje continuarão a ser os criminosos reincidentes de amanhã.

3.2 A execução antecipada da pena e o desconto hiperbólico no direito penal

No direito brasileiro, o sistema prevê dois tipos de prisão: prisões processuais e prisões penas. As prisões processuais ocorrem antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, enquanto as prisões penas acontecem após esse trânsito. A Constituição da República de 1988 regula esses tipos de prisão, sendo que as prisões processuais são tratadas detalhadamente pela lei processual, e as prisões penais pela lei de execução penal.

Uma raiz destes dispositivos legais e uma modalidade peculiar de prisão, é chamada "execução provisória da pena," que ocorre sem caráter cautelar e antes da decisão final. Isso significa que a pena começa a ser cumprida antes de se esgotarem todas as possibilidades de recurso.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria, permitir a execução provisória da pena após uma condenação em segunda instância. No habeas corpus n. 126.292, o STF firmou esse entendimento.

Também em 2016, o STF julgou um caso que envolvia a execução provisória da pena aplicada por jurados em primeira instância, cunhando a tese de que: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

Entretanto, em 2019, o STF julgou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁶, que não permite a execução antecipada da pena. A maioria dos ministros decidiram que esse artigo estava em conformidade com a Constituição Federal, vedando assim a execução provisória da pena.

Até fevereiro de 2019, o STF entendia que a execução provisória da pena era constitucional. Isso significava que, se alguém fosse condenado e interpusesse recurso especial ou recurso extraordinário, essa pessoa poderia começar a cumprir a pena enquanto aguardava a análise dos recursos.

Essa prática é incomum em outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, embora o princípio da presunção de inocência não esteja explicitamente na Constituição, ele está incorporado ao conceito de devido processo legal. As decisões de primeira instância geralmente são tratadas como sentenças finais, e a execução da pena começa imediatamente, existem, claro, exceções que permitem apelações em liberdade, com critérios rigorosos por outro lado.

A discussão sobre a execução provisória da pena é complexa e envolve questões de ativismo judicial, positivismo jurídico e segurança jurídica. Como a Ministra Ellen Gracie destacou no Habeas Corpus 85.886, "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema." No entanto, a questão levanta debates sobre o papel do Poder Judiciário na criação e aplicação de leis, e parte da doutrina sustenta que essa decisão deve ser tomada pelo Poder Legislativo, que tem a autoridade para alterar as normas que regem a execução da pena.

⁶ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

A busca pela harmonização da presunção de inocência com a segurança pública é uma tendência no direito processual penal contemporâneo. Essa busca procura equilibrar o respeito aos direitos fundamentais do acusado com a eficiência dos sistemas de justiça penal para garantir a segurança social. Os direitos fundamentais à liberdade e à segurança dão aos indivíduos o direito de ter o Estado agindo para criar órgãos e procedimentos que protejam sua liberdade e segurança.

Para alcançar esse equilíbrio, é necessário identificar e analisar os fatores e ferramentas envolvidos no processo que visa a ponderação entre esses dois princípios. Os recursos excepcionais, especificamente no âmbito criminal, são um desafio à legislação abstrata. Eles são restritos a questões de direito, sem abordar questões de fato, o que demonstra sua limitação nas hipóteses de admissão.

É importante observar que a violação à lei nesses recursos deve ser direta e não indireta. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem jurisprudência consolidada no sentido de que a violação à lei não pode ser uma consequência indireta. Esses recursos não são destinados ao reexame de provas e não se prestam a discutir questões de fato.

O STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não foram projetados para revisar "injustiças do caso concreto". Portanto, um recurso extraordinário cujo tema envolve a culpabilidade do réu não tem cabimento. A tese sustentada nesses recursos deve ultrapassar os interesses subjetivos do feito.

Assim, considerando que nos mencionados recursos não há a análise de culpabilidade, a matéria a ser julgada resta por inerentes a questões formais na aplicação da lei.

O ministro Luiz Fux aprimorou de certa forma a ideia trazida inicialmente por Néri da Silveira no julgamento do HC 126.292 onde estabeleceu a ideia de que há imutabilidade da matéria julgada após a análise dos recursos primários e que o Resp e o Rext não se prestam para análise de culpa e apenas devolvem pontos inerentes a possíveis violações da Constituição e das leis federais. Portanto, estando a formação de culpa devidamente transitada em julgado, estaria viabilizado o cumprimento provisório da sanção imposta.

Neste contexto, encontramos uma colisão entre dois valores fundamentais do sistema jurídico: a liberdade representada pela presunção de inocência, que pode ser graduada com base em fatores fático-jurídicos, e a segurança pública, que requer a

privação da liberdade dentro de um tempo razoável para indivíduos cuja culpa já foi estabelecida. O desafio é como harmonizar esses valores conflitantes.

Neste caso, o juiz precisa considerar que os princípios do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa foram respeitados no que diz respeito à presunção de não culpabilidade. Por outro lado, em relação à segurança pública, o juiz deve observar a necessidade não apenas de celeridade processual, mas também da efetividade do processo criminal, garantindo que ele chegue a uma conclusão para proporcionar uma resposta à sociedade.

É crucial entender que, nessa fase do processo, como já mencionado, a culpabilidade não está mais em questão, sendo definitivamente estabelecida. Qualquer absolvição ou extinção da punibilidade que possa ocorrer nesta fase não será devido à negação da culpa. Portanto, a presunção de culpabilidade precisa ser adaptada de acordo com as circunstâncias fático-jurídicas existentes. A impossibilidade de discutir a culpa nesse momento permite a relativização desse princípio, desde que o seu núcleo essencial seja preservado. A execução provisória da pena, por meio da negação do efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, não impede que o réu seja tratado como inocente, pois nenhum dos efeitos da sentença penal condenatória é aplicado, exceto a pena de prisão, uma medida justificada em prol da segurança pública entendida como ordem pública.

Tal medida é ainda de extrema relevância para contribuição nos efeitos da pena, no que se refere a prevenção do crime sob a ótica neurológica do indivíduo melhor explicado pela neurociência e psicologia pela análise do então viés denominado desconto hiperbólico.

O desconto hiperbólico, um viés psicológico amplamente explorado e estudado no campo das finanças, desempenha um papel crucial no contexto legal ao permitir uma análise lógica do impacto que o temor da aplicação futura da lei penal ou sua ausência devido à lentidão do sistema punitivo pode ter. Esse fenômeno se baseia na propensão das pessoas em preferir recompensas imediatas em detrimento de ganhos futuros, mesmo quando o valor desses ganhos posteriores é potencialmente maior do que o benefício imediato.

Um experimento notório que ilustra esse comportamento é conhecido como o Teste do Marshmallow. Nesse experimento, um marshmallow é colocado diante de uma criança, acompanhado de uma promessa. A criança é informada de que se conseguir resistir à tentação de comer o marshmallow por um período determinado,

receberá um segundo doce como recompensa. Surpreendentemente, muitas crianças optam por consumir o marshmallow imediatamente, apesar de cientes de que esperar resultaria em uma recompensa dobrada.

Este fenômeno é associado à taxa de desconto que as pessoas aplicam a recompensas ou consequências futuras. Essa taxa tende a diminuir à medida que o horizonte temporal aumenta, seguindo uma curva exponencial ou hiperbólica. O psicólogo Richard Herrnstein cunhou o termo "desconto hiperbólico" para descrever esse comportamento, destacando a tendência das pessoas em valorizar menos as recompensas ou, neste caso, as punições futuras em comparação com as imediatas.

No cenário sistêmico-criminal, o desconto hiperbólico pode ser entendido como a tendência das pessoas em dar mais peso às gratificações imediatas, resultados do crime, e subestimar as sanções futuras. Isso tem consequências profundas para a aplicação da lei penal, especialmente em ambientes onde a execução provisória da pena é vedada, como ocorre no Brasil.

A execução provisória da pena, como citado outrora, refere-se à possibilidade de iniciar o cumprimento da sentença penal antes de esgotados todos os recursos. No Brasil, a Constituição estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença, o que significa, de acordo com o atual citado entendimento jurisprudencial que a pena não pode ser efetivamente cumprida até que todas as possibilidades de recurso se esgotem. Isso resulta em um processo lento, que pode se estender por anos, até que a pena efetiva seja cumprida, se for o caso.

Nesse contexto, o desconto hiperbólico entra em jogo. As pessoas têm uma inclinação natural a valorizar recompensas imediatas em detrimento de recompensas futuras, o que pode ser traduzido para o sistema penal da seguinte maneira: o receio de uma possível punição futura, que pode ocorrer apenas após anos de processo judicial, tende a ter menos impacto sobre o comportamento das pessoas do que uma punição imediata. Isso pode criar um desincentivo para conformidade com a lei, conduzindo a um aumento da criminalidade, uma vez que a percepção do risco é adiada no tempo e, portanto, menos eficaz em dissuadir o comportamento criminoso.

Além disso, a morosidade do sistema punitivo devido à vedação da execução provisória da pena no Brasil acentua a influência do desconto hiperbólico. A demora na aplicação de sanções pode levar as pessoas a subestimar a probabilidade de enfrentar as consequências de suas ações. Essa demora pode minar a eficácia da lei

penal como um mecanismo de controle social, uma vez que a percepção de punição iminente é crucial para desencorajar o comportamento criminoso.

Portanto, o desconto hiperbólico tem implicações profundas para o sistema punitivo criminal e a compreensão desse fenômeno é essencial para o desenvolvimento de políticas criminais eficazes e para lidar com a questão da morosidade no sistema punitivo, que pode enfraquecer a repressividade da lei penal.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO CRIMINOSO SOB A ÓTICA DOS VIESES DA PSICOLOGIA MODERNA

A responsabilização do criminoso no direito penal é um tópico complexo que envolve uma série de questões jurídicas, éticas e psicológicas. Na psicologia moderna, vários vieses e fatores podem ser considerados ao analisar a responsabilização e imputação de sanções, bem como suas aplicações na prevenção criminal.

Vieses cognitivos, como o viés de confirmação por exemplo, podem influenciar como magistrados, jurados (no tribunal do júri) avaliam a culpa de um criminoso. Esses vieses podem levar a decisões de culpa ou inocência que não condizem exatamente com a realidade fática. A psicologia moderna sugere que a formação de julgamentos precisa ser cuidadosa e baseada em evidências sólidas, de modo a minorar as interferências externas na cognição do julgador.

Além disso, vieses como o viés de afinidade, que envolve a tendência de ser mais indulgente com pessoas que são semelhantes a nós, podem desvirtuar uma sentença penal condenatória. A aplicação justa da lei requer considerar a igualdade e a justiça, independentemente de qualquer viés pessoal, o que nem sempre é consciente ou evitável.

A psicologia moderna tem contribuído para a compreensão dos fatores de risco que podem levar ao comportamento criminoso. Isso inclui o estudo de fatores psicossociais, traumas na infância, transtornos mentais e abuso de substâncias. Ao levar esses fatores em consideração, o sistema punitivo fica apto a desenvolver programas de prevenção mais eficientes.

O sistema punitivo de modo geral, é carente na utilização de estudos e ferramentas propiciados pelas ciências comportamentais, não muito aproveitadas no âmbito da criminologia. Nas palavras de Sampson e Laub:

How might criminological theory explain behavioral stability? The simple answer is that the question has been largely ignored by criminologists despite the long-standing evidence. Especially from a sociological framework, criminologists have not paid much attention to the developmental implications of early antisocial behavior and its stability through time and circumstance (Sampson and Laub 1992). This is not surprising, however, since traditional criminological theory is decidedly nondevelopmental in nature. Take, for example, the three dominant perspectives on crime-control, strain, and cultural deviance. Each of these perspectives seeks to explain why some individuals engage in crime and not others—a between-individual mode of

inquiry.' Thus each tends to assign causal priority to the level of competing variables (e.g., degree of attachment to parents vs. delinquent definitions) among individuals, which are then tested for relative effects with cross-sectional designs (see Thornbemy 1987 for a similar discussion).

When the evidence on stability has been seriously considered by criminologists, static explanations also predominate (for an overview see Sampson and Laub 1993). These generally involve the interpretation of stability as arising from a "latent trait" that is time invariant (e.g., extroversion, low IQ). But if a trait is time-invariant, do we need to follow persons longitudinally? Gottfredson and Hirschi (1990: 237) answer this very question in the negative and criticize developmental criminology for neglecting its own evidence on the stability of personal characteristics.⁷

É necessário ainda promover a avaliação de riscos envolve a análise do potencial de um criminoso cometer novos crimes após a condenação. A psicologia junto com a neurologia desenvolveu ferramentas de avaliação de riscos baseadas em evidências que podem ajudar a determinar a probabilidade de reincidência. Essas ferramentas são valiosas na tomada de decisões sobre a liberdade condicional por exemplo, dentre outras formas de reinserção social do infrator.

Outrossim, a elaboração de programas de tratamento, como terapias cognitivo-comportamentais, terapia de grupo e reabilitação visam tratar as causas subjacentes do comportamento criminoso, em vez de simplesmente punir.

Portanto, a psicologia moderna e os estudos da neurociência desempenham um papel importante na responsabilização do criminoso, visando propiciar a melhor compreensão dos fatores que influenciam o comportamento criminoso, avaliar a culpa de maneira justa e desenvolver estratégias mais eficazes de prevenção e intervenção. É essencial que o sistema de punitivo leve em consideração esses vieses e estudos

⁷ Como a teoria criminológica poderia explicar os vieses comportamentais?

A resposta simples é que a questão tem sido amplamente ignorada pelos criminalistas, apesar das evidências de longa data. Especialmente do ponto de vista sociológico, os criminalistas não dão muita importância nas implicações do desenvolvimento do comportamento anti-social precoce e à sua estabilidade ao longo do tempo e das circunstâncias (Sampson e Laub 1992). Isto não surpreende, uma vez que a teoria criminológica tradicional é decididamente de natureza não-desenvolvimentista. Tomemos, por exemplo, as três perspectivas dominantes sobre o controlo do crime, a tensão e o desvio cultural. Cada uma destas perspectivas procura explicar porque é que alguns indivíduos se envolvem no crime e outros não – um modo de investigação entre indivíduos. Assim, cada um tende a atribuir prioridade causal ao nível de variáveis concorrentes (por exemplo, grau de apego aos pais contras características dos delinquentes) entre os indivíduos, que são então testadas para efeitos relativos com desenhos transversais (ver Thornbemy 1987 para uma discussão semelhante).

Quando as evidências sobre a estabilidade são seriamente consideradas pelos criminalistas, as explicações estáticas também predominam (para uma visão geral, ver Sampson e Laub 1993). Geralmente envolvem a interpretação da estabilidade como decorrente de um "traço latente" que é invariante no tempo (por exemplo, extroversão e baixo QI). Mas se uma característica é invariante no tempo, precisamos seguir as pessoas longitudinalmente? Gottfredson e Hirschi (1990: 237) respondem negativamente a esta questão e criticam a criminologia do desenvolvimento por negligenciar as suas próprias evidências sobre a estabilidade das características pessoais e neurológicas. (SAMPSON; LAUB, 1995, p. 04, tradução nossa)

no campo destas ciências para promover uma abordagem mais justa e eficaz no tratamento do crime e na prevenção destes.

A aplicação dos vieses da psicologia moderna na visão do delinquente é uma perspectiva importante a ser considerada ao discutir a responsabilização no direito penal. Os vieses podem influenciar a maneira como os criminosos percebem suas próprias ações e as ações de outras pessoas, bem como como interagem com o sistema de justiça de modo geral.

Dentre estes vieses, destaca-se a princípio aquele denominado autosserviço e ilusão de controle onde a cognição criminosa em alguns casos levam a atribuir a culpa por seus crimes a fatores externos, minimizando sua própria responsabilidade inconscientemente, acreditando que sua ação criminosa foi uma resposta a circunstâncias que estavam além de seu controle, restando por prejudicado o caráter educativo da pena.

Além disso, é comum observar o chamado viés de retrospectiva, que os leva a pensar que era inevitável a conduta delituosa, dada a situação em que se encontravam, o que causa ingerência na disposição em assumir responsabilidade por suas ações.

Outros vieses psicológicos podem ser observados no que tange a interação com o sistema de justiça por parte da cognição criminosa. Ocorre que, em alguns casos há um senso inconsciente de desconfiança em relação ao sistema de justiça, levando-os delinquentes a acreditar que serão tratados injustamente, resultando em resistência à cooperação na apuração do delito.

Portanto, é consequência lógica que a sensibilização para a existência de vieses psicológicos na cognição criminosa pode levar a uma comunicação mais eficaz entre os operadores do direito, de modo a concatenar uma abordagem justa e equitativa na responsabilização do criminoso, vieses estes que serão exemplificativamente expostos a seguir.

4.1 A diminuição de sensibilidade ao nível de intensidade

O viés da diminuição da sensibilidade ao nível de intensidade é um conceito importante quando se observa a cognição criminosa visando a prevenção do crime. Trata-se da tendência de indivíduos, em especial aqui os delinquentes, de se tornarem menos sensíveis às punições ou consequências à medida que a intensidade da

punição aumenta. Isso significa que, à medida que as consequências se tornam mais severas, os indivíduos podem não perceber um aumento proporcional no risco ou na desvantagem da atividade criminosa.

A aplicação desse viés na cognição humana e na prevenção do crime pode ser vista de algumas formas:

Tolerância ao risco criminal: Significa que medidas de prevenção tradicionais, como penas mais longas de prisão, podem não ser tão eficazes quanto se espera. O infrator subestima o risco de serem “descobertos” ou das consequências mais severas, tornando as penas mais longas menos dissuasivas.

Prevenção e reabilitação: Para combater o viés da diminuição da sensibilidade, as estratégias de prevenção do crime devem ir além da simples ameaça de punição. Programas de prevenção devem abordar fatores psicossociais subjacentes que contribuem para o comportamento criminoso, como traumas, abuso de substâncias e falta de oportunidades. Isso envolve a criação de programas de reabilitação que visam tratar essas questões subjacentes para reduzir a probabilidade de reincidência.

Educação e conscientização: A conscientização sobre o viés da diminuição da sensibilidade é importante para todos os envolvidos no sistema penal, incluindo magistrados, promotores, advogados e agentes do sistema prisional. Há por consequência a necessidade de considerar a psicologia por trás desse viés ao tomar decisões que não se limitam às sentenças condenatórias, mas em todo o curso da persecução penal.

Alternativas à prisão: Em alguns raros casos, medidas alternativas à prisão, como livramento condicional (preenchido os requisitos legais), reabilitação, monitoramento eletrônico e programas de trabalho comunitário, tendem a ser psicologicamente mais eficazes na redução da reincidência do que o encarceramento propriamente dito, proporcionando impactos positivos na ótica daquela que infringiu o contrato social.

Em síntese, o viés da diminuição da sensibilidade ao nível de intensidade é, claramente um fator impactante na cognição criminosa que deve ser considerado pela criminologia no desenvolvimento das estratégias de prevenção do crime. A compreensão desse viés conduz a adaptar as abordagens de prevenção e intervenção para torná-las mais eficazes na redução do comportamento criminoso e na promoção da responsabilização de maneira mais eficiente.

4.2 Viés psicológico do Super Otimismo

Este viés é um tipo de distorção cognitiva que se manifesta na tendência dos seres humanos em superestimar as probabilidades de eventos positivos futuros. Em outras palavras, as previsões otimistas recebem mais peso em nossas mentes do que deveriam.

Essa inclinação, conhecida como viés do otimismo ou "optimism bias", representa uma falha no nosso processo lógico de interpretação de dados. O que torna isso ainda mais complexo é que muitas vezes não estamos cientes de que estamos sendo influenciados por esse viés, o que leva a interpretações distorcidas dos fatos e do futuro.

Na prática, isso significa que uma pessoa que está enxergando o mundo através de uma lente extremamente otimista pode não reconhecer que sua visão não está alinhada com a realidade. Conseqüentemente, essa pessoa pode inadvertidamente criar paralogismos. Em termos simples, os paralogismos são falsidades que são apresentadas como verdades por meio de argumentos aparentemente convincentes.

Uma vantagem potencial desse viés é que ele pode impulsionar a motivação e a produtividade, já que uma expectativa otimista para o futuro pode ser inspiradora. No entanto, o viés do otimismo também pode ter implicações negativas. Por exemplo, alguém que acredita firmemente que o mercado de ações sempre subirá pode tomar decisões de investimento arriscadas que resultarão em prejuízos financeiros substanciais. Portanto, trata-se de uma faca de dois gumes, que pode trazer benefícios motivacionais, mas também pode levar a decisões imprudentes se não for devidamente equilibrado com uma avaliação realista dos fatos.

Este ponto da cognição é essencialmente uma distorção no nosso pensamento que nos leva a ser excessivamente otimistas. Esta distorção ocorre porque o nosso cérebro tende a minimizar as probabilidades negativas e a criar interpretações mais positivas dos eventos futuros.

A razão por trás desse fenômeno reside no fato de que o cérebro não lida bem com contradições entre nossos pensamentos, ações, comunicações e a realidade que nos cerca. Quando essas contradições surgem, nossa mente tem a tendência de criar justificativas que, embora possam ser questionáveis do ponto de vista lógico, servem como um conforto emocional.

Um exemplo ilustrativo desse viés pode ser observado em fumantes. Muitas pesquisas demonstraram que o tabagismo aumenta significativamente as chances de desenvolver câncer de pulmão. No entanto, um fumante típico tende a não acreditar que essas estatísticas se apliquem a ele. É uma tendência natural em acreditar que as chances de desenvolver câncer de pulmão são menores para eles, em desacordo com a clara evidência científica.

Em essência, o viés do super otimismo é uma manifestação do desejo humano de manter uma visão positiva e esperançosa do futuro, mesmo quando os fatos ou estatísticas apontam em uma direção contrária. Isso ilustra como nossas mentes têm a capacidade de criar narrativas reconfortantes para nos proteger de informações desconfortáveis ou ameaçadoras.

Compreendida a essência deste viés, importa observar suas implicações significativas no campo do direito penal, afetando tanto a cognição criminosa quanto a prática de crimes.

A forma como os processos criminais são vistos pelo infrator, por exemplo, sofre ingerência neste sentido. Isso ocorre porque, na maioria das vezes, a pessoa acusada de um crime subestima as chances de ser condenada, acreditando que sua situação é mais favorável do que a evidência disponível sugere.

Além disso, o viés do super otimismo afeta a cognição criminosa diretamente nos pensamentos essencialmente criminosos. É comum observar uma superestima das “habilidades” de evasão de um flagrante ou de um processo criminal, o que conduz na ideia de ausência de consequências de suas ações. Não se pode ouvir que o otimismo humano extremamente exacerbado por natureza, é um propulsor no cometimento de crimes, especialmente na cognição dos reincidentes que, por alguma falha sistêmica-social, não foram ainda responsabilizados por crimes pregressos.

É muito comum que em crimes de colarinho branco, evidentemente em crimes financeiros de fraudes e corrupção, os autores subestimam a probabilidade de serem pegos, com a falsa sensação de influência na condução de investigações na fase inquisitória ou no processo penal propriamente dito.

Evidente que o viés em comento causa impacto negativo ainda na ressocialização de criminosos, já a visão excessivamente otimista de sua reabilitação pode resultar em uma falta de conformidade e comprometimento com programas de reabilitação dos egressos.

4.3 Viés psicológico do desprezo pelas pequenas probabilidades

Também conhecido como desprezo pelas baixas probabilidades, é uma tendência humana em subestimar a importância ou a probabilidade de eventos extremamente improváveis ou de baixa ocorrência. Esse viés pode ser observado tanto em situações cotidianas quanto em contextos mais amplos, como na criminologia.

Em um contexto geral, este viés é uma manifestação da nossa tendência natural de dar mais atenção a eventos que consideramos mais prováveis ou significativos. Nós, como seres humanos, subconscientemente subestimamos a importância ou a probabilidade de eventos extremamente improváveis, negligenciando sua possibilidade de ocorrer. Isso ocorre, pois, em nosso pensamento diário, tendemos a focar mais em coisas que parecem mais relevantes ou prováveis, o que gera implicações em nossa tomada de decisões e percepção da realidade, ignorando riscos associados a eventos altamente improváveis, como acidentes, uma demissão ou, neste caso, uma sanção penal, superestimando até mesmo a probabilidade de eventos mais comuns, como acidentes de carro.

Como há na mente humana um conseqüente desprezo pela ocorrência de eventos raros ou improváveis, isto afeta em um contexto mais amplo, a segurança social, pelo pouco ou nenhum impacto causado pelas penas em abstrato em alguns casos.

No campo da economia comportamental, as implicações são ainda mais evidentes na tomada de decisões financeiras, onde as pessoas comumente ignoraram investimentos de alto risco, mas alto potencial de retorno, devido ao medo das pequenas probabilidades de perder dinheiro.

No geral, o viés cognitivo do desprezo pelas pequenas probabilidades demonstra como os seres humanos têm dificuldade em avaliar e responder adequadamente a eventos improváveis, muitas vezes desdenhando a importância desses eventos.

A aplicação deste viés não é diferente na ceara da criminologia e também desempenha um papel importante no sistema de justiça, possuindo implicações tanto na análise dos crimes em abstrato quanto no delito em concreto.

As pessoas, aqui os criminosos, tendem a subestimar a probabilidade de serem pegos ou condenados pelos crimes cometidos, resultando em uma maior disposição e propensão para se envolver em atividades criminosas.

Outro ponto relevante é sua implicação nas políticas de segurança pública e prevenção do crime, moldadas pela percepção do risco criminal. Se o legislador, as autoridades e a sociedade em geral subestimam a probabilidade de ocorrência de eventos de baixa probabilidade, isso pode levar a uma alocação inadequada de recursos para a prevenção e resposta a crimes graves, como terrorismo ou crimes financeiros com lamentável índice de evidência no mundo político.

Em um contexto processual, menosprezar baixas probabilidade afetam até mesmo o próprio julgado, levando a uma desconsideração do acervo probatório deficiente nas teses defensivas associadas a um caso concreto, conduzindo a uma inversão lógica da presunção de inocência, com afalsa percepção de que a tese absolutória é pouco provável de coincidir com a realidade fática o que não raras vezes, levam a uma decisão condenatória.

Neste mesmo sentido, contudo, sob a perspectiva da reincidência criminal, depreciar a probabilidade real da reinserção do delinquente no mundo do crime prejudica a adoção de políticas públicas e, como citado outrora, na falta de opção, o egresso encontra novamente sua subsistência na prática delituosa.

Neste diapasão, a aplicação rápida e efetiva das penas desempenha um papel fundamental na tentativa de minorar os efeitos do viés cognitivo do desprezo pelas pequenas probabilidades na cognição criminosa.

Um sistema de justiça que aplica penas de forma rápida e efetiva envia um sinal claro de que o comportamento criminoso resultará em consequências imediatas, combatendo esta falsa percepção da realidade, o que proporciona a conscientização indireta na cognição criminosa de que a propensão a serem descobertos e punidos com rapidez, é uma probabilidade real mesmo nos crimes mais obscuros.

Certamente, permitir que o sistema punitivo passe a ideia de uma consequência improvável ou morosa, levam o criminoso a assumir os riscos visando o proveito do crime, já que uma possível responsabilização é, neste caso, neurologicamente improvável. Como mencionado, uma aplicação rápida e efetiva das penas reduzem esse comportamento de risco inerente ao ser humano, com a percepção de que a lei penal será rigorosamente aplicada.

Quando o sistema de justiça é efetivo, há ainda uma projeção de confiança da sociedade na justiça onde os cidadãos percebem que o sistema está funcionando de maneira justa e que a lei é aplicada de forma equitativa, o que ocasiona por consequência lógica, a sensação de segurança pública que, por sua vez, impacta positivamente na cognição criminosa, tornando as pessoas menos propensas a cometer crimes no meio social de tal natureza.

Aliado ao exposto, a certeza da punição tem um impacto maior na dissuasão do que a severidade da punição, o que minora a propensão da reincidência funcionando, de certa forma, como desincentivo na prática de crimes.

Além disso, cristalino se mostra que um sistema criminal que opera de forma eficiente é economicamente mais vantajoso, já que os processos criminais e, especialmente a execução das penas impostas em cárcere, são por deveras dispendiosos.

Sem sombra de dúvidas, entender a cognição criminosa com base em estudos concretos advindos das ciências comportamentais, propicia uma legislação efetiva e um sistema assíduo na resposta do crime, o que viabiliza a mitigação dos efeitos dos vieses psicológicos inerentes ao próprio cérebro humano no sistema punitivo. A aplicação ágil das penas e que inspira confiança social, demonstra ser um fator dissuasivo bastante eficaz na prevenção delituosa.

5 A REINCIDÊNCIA E A RESSOCIALIZAÇÃO

Passada a abordagem da função legitimadora da aplicação de penas em um Estado de Direito, voltemos a atenção para o exame de como essas penas influenciam a reincidência criminal de modo a explorar a pena de privação de liberdade e sua potencial contribuição para o sistema vigente.

Quando estamos diante de uma sentença condenatória que impõe o cumprimento de uma pena em regime semiaberto ou fechado, certamente isso formaliza uma relação de conflito entre o infrator e a sociedade. A partir desse ponto, com base no que foi dito anteriormente sobre a utilidade dessa sanção, o objetivo é restringir o detento com a subsequente intenção de reeducá-lo e reintegrá-lo à vida social. Portanto, cabe ao Estado com uma abordagem garantista, fornecer os meios para alcançar esses objetivos.

No entanto, a realidade do sistema prisional brasileiro suscita dúvidas quanto à realização dessas metas. Alvin August de Sá (1998, p. 117-123) identifica dois principais tipos de problemas no sistema carcerário: em primeiro lugar, aqueles que surgem da má administração dos recursos públicos, devido à falta de pessoal administrativo, falta de pessoal de segurança e de agentes penitenciários com formação técnica e profissional adequada. Em segundo lugar, há a falta de vontade política, que resulta em infraestrutura precária das prisões em face da superlotação carcerária, principalmente. Além disso, existem questões inerentes à natureza da pena de privação de liberdade, como o isolamento do detento de sua família, segregação da sociedade, relações conflituosas entre o pessoal administrativo e os condenados, entre outros desafios. Talvez o problema mais significativo decorrente da permanência do detento no estabelecimento prisional seja o fenômeno da prisionização.

Augusto Thompson dispõe pioneiramente sobre o referido fenômeno em sua obra *A Questão Penitenciária*:

[...] todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisionização, em alguma extensão. O primeiro passo, e o mais integrativo, diz respeito ao seu status: transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traja as roupas dos membros desse grupo; é interrogado e admoestado; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade dos vários funcionários; e, usando ou não a gíria da cadeia, ele vem a conhecer o seu significado [...] (THOMPSON, 2002, p. 112).

Inevitavelmente, diante do novo ambiente que lhe é imposto, o condenado precisa se adaptar aos padrões da prisão para sobreviver e ser aceito pelos outros presos. Isso resulta na criação de uma cultura paralela, onde novos hábitos e valores se desenvolvem ao longo do tempo e acabam se integrando à personalidade do infrator. Manoel Pedro Pimentel afirma que, ao contrário de ser ressocializado para a vida em liberdade, o condenado está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. Portanto, um observador desatento pode erroneamente considerar um preso de bom comportamento como alguém regenerado, quando, na realidade, ele se tornou um homem "prisonizado" (PIMENTEL, 1983, p. 158).

Quando se considera que a pena não possui eficácia preventiva e, em vez disso, pode ter um efeito criminógeno, a questão se torna: como a reincidência criminal pode ser considerada uma circunstância agravante? Isso é ressaltado por Santos (1985, p. 245). Diante da afirmação de que, em vez de adquirir valores que o ajudem a se reintegrar socialmente, o condenado muitas vezes assimila fatores criminógenos na prisão, o que causa uma desordem em sua personalidade e faz com que ele perca sua identidade, transformando-se em uma figura anônima dentro de um grupo subordinado e segregado pela sociedade. Nesse contexto, como o Estado que preza pela proteção dos direitos individuais pode justificar o aumento das penas?

Dessa forma, citando novamente as lições do Professor Juarez Cirino dos Santos, a avaliação da reincidência criminal deve ser feita de maneira lógica e levando em consideração a realidade social do país, e é notável que algumas pessoas a considerem uma circunstância atenuante na aplicação da pena.

A sociedade, em sua busca por proteção, muitas vezes opta por se isentar social e politicamente (ANDERY; SÉRIO, 1999). Em vez de investir em estruturas que possam resolver eficazmente os problemas a longo prazo, acaba preferindo se livrar daqueles que considera um incômodo. Conforme Namó e Banaco (1999, p. 204), o reforço imediato tem um poder maior do que o de longo prazo, o que acarreta "efeitos desastrosos para a sociedade a longo prazo" (TODOROV; MOREIRA, 2004, p. 28).

Nesse contexto, os ex-detentos frequentemente são vistos como uma carga adicional. Uma vez que tenham cometido um delito, independentemente das circunstâncias, eles carregam o estigma desse ato. Como destacam Andery e Sérgio, esse estigma pode ser moldado e mantido através da criação de relações operantes e respondentes. O uso de estímulos aversivos, gradual e sistematicamente, pode aumentar o número de estímulos aversivos em nosso ambiente, transformando

estímulos originalmente neutros ou até mesmo reforçadores em estímulos aversivos (1999, p. 438).

Assim, os ex-detentos com histórico criminal muitas vezes se tornam estímulos aversivos simplesmente porque cometeram um crime em algum momento, mesmo que tenham cumprido suas penas. Isso torna extremamente difícil para eles conseguirem emprego, pois são frequentemente vistos como uma ameaça.

Sem apoio para sua reintegração na sociedade e socialmente excluídos, esses ex-detentos podem se sentir desmotivados a não cometer novos crimes. De acordo com as teorias de Skinner (1938, 1953, apud CUNHA, 1999), a motivação é medida pela alteração na frequência das respostas, dependendo das operações de privação, saciação e estimulação aversiva, bem como das consequências que se seguem às respostas. Portanto, um indivíduo privado de reforçadores positivos pode aumentar a frequência de suas respostas na busca por esses reforçadores. No contexto atual, um ex-detento socialmente privado, incapaz de acessar reforçadores positivos independentemente de suas ações, pode ser levado a reincidir no crime, já que não obtém recompensas positivas por se comportar de forma diferente, ponto relevante da cognição humana, vez observado pela jurisprudência como no agravo em execução abaixo descrito, que garantiu a readequação do trabalho exercido pelo detento:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DE ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO EXTERNO. ATIVIDADES EXTERNAS. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADE DE FISCALIZAÇÃO. RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A execução penal visa o retorno do condenado ao convívio social, com o escopo de reeducá-lo e ressocializá-lo, sendo o trabalho essencial para esse processo. Nesse contexto, a incapacidade ou deficiência do Poder Público na fiscalização do cumprimento das atividades externas não pode ser utilizado em prejuízo do apenado, até porque inexistente vedação na Lei de Execução Penal. 2. Recurso de agravo conhecido e provido, para deferir ao agravante o pedido de alteração das condições de trabalho externo exercido, permitindo-lhe a realização de atividades externas, ficando a cargo do Juiz da Execução regulamentar a fiscalização. (TJ-DF XXXXX20218070000 DF XXXXX-19.2021.8.07.0000, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 09/12/2021, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 11/01/2022 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

A ideia de que "o reforço imediato é mais poderoso que o de longo prazo" (NAMO; BANACO, 1999) também se aplica aqui. Para obter reforçadores positivos, é possível que o ex-detento volte a cometer crimes.

De acordo com Sidman (1995), a punição tem a capacidade de ensinar apenas o que não deve ser feito, sem fornecer clareza sobre as consequências que podem resultar do seu uso. O propósito da punição é reduzir a ocorrência de respostas indesejáveis. Quando um criminoso é encarcerado, a intenção é que ele pare de realizar ações prejudiciais à sociedade, ou seja, atividades criminosas, com o objetivo de impedir que ele viole as leis e as normas sociais. No entanto, essa abordagem se limita a suprimir a presença do infrator na sociedade, retirando-o de seu convívio, em vez de ensinar a ele como agir corretamente.

Um viés e conceito importante para melhor análise do tema é o chamado “Metacontingências” muito bem explicado por Todorov e Moreira (2004):

Metacontingências envolvem essencialmente contingências determinadas. O elo de união de comportamentos individuais em uma metacontingência é a consequência a longo prazo que afeta toda a sociedade. São essas consequências que ligam as ações do dia-a-dia de diferentes pessoas e que podem ser controladas pelas regras da sociedade (p. 26).

O Código Penal e de Processo Penal desempenham um papel crucial na definição das metacontingências que orientam o funcionamento da sociedade. Esses códigos estabelecem tanto as metacontingências cerimoniais, que visam manter o status quo, quanto as metacontingências tecnológicas, que buscam criar regras específicas, aplicar consequências imediatas para o cumprimento dessas regras e avaliar o resultado desse cumprimento. No entanto, a predominância das metacontingências cerimoniais sugere que o foco está na manutenção do sistema existente.

O problema é que, devido à natureza cerimonial das metacontingências, a capacidade de promover mudanças ou inovações é frequentemente prejudicada. Consequentemente, nos deparamos com um descompasso entre o ambiente em constante evolução e as regras sociais estabelecidas, destacando a importância das metacontingências tecnológicas para avaliar e ajustar continuamente essas regras.

Nesse contexto, uma abordagem ideal seria analisar as metacontingências em vigor e, a partir dessa análise, ajustar a legislação penal e processual penal. A aplicação desses códigos deve visar uma maior probabilidade de sucesso na reintegração do indivíduo na sociedade. Atualmente, a aplicação desses códigos não prepara adequadamente os indivíduos para a vida após o cárcere. Portanto, é importante considerar como as contingências que estavam em vigor anteriormente

afetarão o comportamento do indivíduo assim que ele estiver livre da punição e dos agentes de controle.

Os programas implementados nas instituições carcerárias muitas vezes não têm um efeito reeducativo; pelo contrário, parecem perpetuar problemas sociais.

Conforme Maria Tereza Claro Gonzaga, professora de psicologia e coordenadora de um projeto na Universidade de Maringá (PR), em comparação com as penas privativas de liberdade, as penas alternativas, como o serviço à comunidade ou a prestação de serviços a entidades públicas, têm demonstrado ser mais eficazes na redução da reincidência criminal. O índice de reincidência é significativamente menor, no máximo 7%, quando medido seis meses após a infração, sugerindo que as penas alternativas têm um impacto positivo na prevenção da reincidência.

Do ponto de vista da psicologia e da neurociência, tem-se demonstrado que a punição pode ser eficaz em termos de suprimir comportamentos indesejados, mas muitas vezes não ensina o que deveria ser feito em seu lugar como citado outrora, aliado ao fato de que o cérebro humano é moldado pelo aprendizado e pela experiência. A aplicação de punições severas sem uma abordagem educativa adequada pode levar a uma compreensão inadequada das consequências de suas ações por parte dos infratores.

A psicologia sugere que a falta de apoio, reabilitação e oportunidades para os infratores levam à reincidência, o que não é novidade para a criminologia, uma vez que eles podem retornar a padrões de comportamento anteriores devido às contingências do ambiente. A neurociência nos mostra que a exposição a ambientes carcerários adversos pode afetar a plasticidade cerebral e o desenvolvimento de habilidades sociais, o que pode tornar a reintegração ainda mais desafiadora.

Certamente, as penas alternativas, como o serviço à comunidade, têm mostrado uma taxa menor de reincidência. Isso pode ser entendido pela psicologia como a introdução de reforçadores positivos em lugar de punições, o que incentiva comportamentos desejados. Da perspectiva da neurociência, a participação em atividades construtivas pode contribuir para a reestruturação cerebral e o desenvolvimento de habilidades sociais, o que reduz o risco de retorno ao crime.

Compreender o cérebro humano e os comportamentos sociais é aqui, a chave para compreender como aprendemos, adaptamos e respondemos a estímulos, de modo a desenvolver políticas criminais mais eficazes e promover uma sociedade mais segura e justa.

5.1 A busca desproporcional pela condenação por crimes insignificantes e o clamor da mídia

O princípio da insignificância é pautado na ideia de que o direito penal não deve se ocupar-se de condutas cujas consequências não sejam graves o suficiente para justificar a punição do infrator ou o envolvimento do sistema punitivo. A título de exemplo, situações como um leve beliscão, uma palmada ou o furto de pequenos valores não seriam consideradas crimes dignos de atenção do sistema penal, tratando-se de conduta materialmente atípica.

Para aplicar esse princípio, é necessário analisar cada caso individualmente, levando em consideração suas particularidades e garantindo a presença dos requisitos necessários.

É importante destacar que o princípio da insignificância não está formalmente estabelecido em nenhuma legislação ou na Constituição da República de 1988. Sua existência e aplicação são inferidas com base na interpretação das leis gerais e nas restrições aceitas pela doutrina e jurisprudência.

Como observado por Cunha (2015), o princípio da insignificância reflete a noção de que não deveria haver crime sem uma lesão significativa aos bens jurídicos, e isso também ajuda a avaliar injustiças no sistema penal, como se vê no julgado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO DE PEÇA DE VESTUÁRIO. RES FURTIVA DEVOLVIDA À VITIMA SEM MÁCULA. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A DESPEITO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS JURISPRUDENCIALMENTE ESTABELECIDOS. MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE CONCEDEU A ORDEM PARA ABSOLVER O PACIENTE POR RECONHECIDA A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade

social (cf. RHC 113.381, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 20.02.2014). 3. No caso presente, os requisitos para a incidência do princípio restaram preenchidos, pois o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça contra pessoa, o bem furtado é de pequena monta e foi praticado na modalidade tentada, sendo logo após a prática delitiva, ressarcido à vítima, sem mácula. 4. A apreciação da avaliação econômica do bem não se submete a fórmulas apriorísticas, tal como a alusão ao parâmetro de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente. 5. Para fins de incidência do princípio da insignificância, o valor do bem deve ser aferido à luz do contexto de essencialidade, não se antevendo, por isso, reprovabilidade significativa na conduta de quem furta uma jaqueta visando a proteger-se de condição climática adversa como aduziu o acusado na instrução processual originária. 5. A reincidência do acusado, mesmo que específica, não impede a aplicação do princípio da insignificância, se demonstrado, no caso concreto, a inexpressividade da lesão ao bem jurídico. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido.

(STF - RHC: XXXXX SC XXXXX-61.2020.3.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/11/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 24/02/2022)

Este princípio, baseado em considerações de política e ciência criminal, analisa as estratégias e métodos de controle social do crime, considerando o delito como um valor em si. Além disso, não apenas atua como uma restrição na interpretação do direito penal, mas também auxilia na análise dos tipos de crimes e na compreensão de que o direito penal é subsidiário e fragmentário, como observado por Greco (2016).

Portanto, o princípio da insignificância desempenha um papel importante na limitação da aplicação do direito penal em casos de infrações com baixo potencial ofensivo. Sua base está nos princípios gerais do direito da equidade e na busca por uma distribuição igualitária da justiça.

Apesar da necessidade de reduzir o número de processos que tratam de crimes considerados insignificantes, na prática, essa meta não é alcançada, como demonstram os dados coletados pelo Ministério Público Federal em setembro de 2020.

No levantamento realizado, foram identificados 802 casos em tramitação nos quais o princípio da insignificância foi considerado, principalmente devido à natureza menos ofensiva das condutas envolvidas. Esse levantamento resultou em um total de 1.501 manifestações por parte dos procuradores, que discutiam a aplicação desse

princípio, que implica na Justiça tratando o ato como não criminoso devido à sua baixa relevância material e social, entre outros critérios. Em média, cerca de 89 processos por mês relacionados a essa questão chegavam às cortes superiores.

Dentre os casos em que se cogita a aplicação do princípio da insignificância, mais da metade envolvem o crime de furto, correspondendo a 63,6% do total, sendo que 25,1% desses são furtos qualificados. Além disso, esse princípio é invocado em relação a outros tipos de crimes, como contrabando ou descaminho, tráfico de drogas, crimes do sistema nacional de armas, roubo simples e majorado, entre outros.

Como já mencionado, a aplicação do princípio da insignificância depende da observância de quatro condições essenciais: a conduta deve ter uma ofensividade mínima, não deve representar periculosidade social significativa, o grau de reprovabilidade do comportamento deve ser baixo e a lesão causada deve ser insignificante.

A ideia por trás de afastar o processo penal e a pena de condutas que não apresentam uma gravidade significativa, que não são socialmente perigosas, e que causam lesões mínimas é permitir que o sistema de Justiça se concentre de maneira mais eficaz em casos mais graves, como corrupção, estupro, homicídios e outros crimes de maior impacto.

É importante observar que parte dessas ações ocorre devido à pressão pública ou à influência dos meios de comunicação, o que é particularmente evidente nos casos de crimes dolosos contra a vida, que são de competência do tribunal do júri.

A subprocuradora-geral Luiza Frischeisen fez ainda constar em seu parecer uma alternativa nesses casos, como os acordos de não persecussão penal, in verbis:

É preciso avaliar se vale a pena mover o sistema criminal em situações como essas. Muitas vezes o prejuízo não é consumado, mas existe uma cobrança de resposta da Justiça, até mesmo para evitar que o infrator sofra algum tipo de violência dos próprios comerciantes ou populares. Acontece que nem sempre a ação penal é a melhor resposta. Nesse ponto, vejo os acordos de não persecução como uma boa alternativa (Consultor Jurídico. 2020).

Há muito tempo, as matérias divulgadas nos meios de comunicação desempenham um papel significativo na formação da opinião pública. No entanto, com o crescimento das redes sociais, essa influência se tornou ainda mais pronunciada, mas frequentemente é subestimada tanto pela sociedade em geral como pelas autoridades públicas.

No Brasil, o avanço constante das redes sociais ampliou a disseminação de notícias relacionadas ao campo jurídico. Os meios de comunicação não se limitam mais a relatar os fatos, mas também apresentam opiniões, argumentos e teorias sobre questões administrativas e processuais. No contexto do direito penal, essa influência é particularmente relevante.

Quando uma matéria é publicada em um site de notícias de grande circulação, ela se espalha rapidamente através de plataformas como Instagram, WhatsApp e, especialmente, o Twitter, onde pode se tornar um tópico popular de discussão.

Quando ocorre um crime, os veículos de comunicação não se limitam a relatar o incidente, muitas vezes expressam opiniões sobre se o autor do crime está sendo investigado, é suspeito ou até mesmo réu.

No contexto do direito penal, o impacto da cobertura da mídia está relacionado à forma como o sistema de justiça responde ao caso. A rapidez das investigações, por exemplo, pode variar substancialmente, face a casos de crimes que não recebem ampla atenção da mídia, especialmente em áreas mais remotas, onde os julgamentos podem levar anos ou, em muitos casos, nem ocorrer, devido à prescrição.

Por outro lado, em casos envolvendo figuras públicas, como políticos ou celebridades, nos quais a mídia segue o caso de perto e frequentemente, a investigação é conduzida com mais agilidade. O processo é julgado rapidamente, e o Estado busca aplicar a punição em semanas ou, no máximo, meses. A exposição midiática desempenha um papel fundamental na celeridade desses processos, influenciando a ação da justiça.

É particularmente preocupante quando os meios de comunicação exercem uma influência efetiva sobre o Poder Judiciário, impactando de maneira concreta ações judiciais. Em algumas situações, devido aos ataques da mídia, os juízes, para atender ao clamor da sociedade e para preservar a credibilidade do sistema judiciário, podem deixar de lado a imparcialidade e a aplicação estritamente técnica das leis ao proferirem suas decisões, ainda que forma inconsciente. Isso faz com que julguem a vida e a liberdade de uma pessoa com interferência da imprensa, a qual se preocupa com a aplicação adequada da legislação penal.

O jurista Maurício Zanoide Moraes expressa essa preocupação da seguinte maneira:

A força que os meios de comunicação produzem e projetam ao noticiarem um crime é passível de influenciar até mesmo o juiz, no momento adequado de decidir. Muitas vezes, pelo temor de gerar nos cidadãos a sensação de insegurança jurídica, juízes decidem da maneira como espera a mídia e toda a sociedade por ela influenciada (MELLO, 2010, p. 118, apud, Leite, Bruna Eitelwein, 2011, p. 17).

É por esta e outras que não são raras as prisões preventivas equivocadas, mesmo quando os requisitos para que o acusado responda ao processo em liberdade estão presentes. Decisões baseadas no "clamor social" são utilizadas de forma desvirtuada como meio de manter a ordem pública.

Essa situação levanta dúvidas sobre a imparcialidade do magistrado responsável por julgar o processo, uma vez que, além da função que exerce, ele é logicamente um membro ativo da sociedade e, portanto, suscetível às influências externas apresentadas pelos meios de comunicação, o que é comumente chamado de "trial by media" (julgamento pela mídia).

Quando se trata da influência midiática sobre casos específicos, é necessário prestar especial atenção aos julgamentos relacionados a crimes dolosos contra a vida que ocorrem no Tribunal do Júri. Este tribunal é composto por jurados leigos, que não possuem conhecimento técnico e legal sobre questões criminais e procedimentos judiciais. Assim como os juízes, esses jurados têm suas opiniões e preconceitos moldados pela convivência social e recebem influência significativa dos meios de comunicação, cujo conteúdo exerce influência sob suas convicções.

É inegável que, ainda que involuntariamente, os jurados podem chegar ao plenário com informações que foram expostas pela imprensa, informações que podem ser imprecisas ou terem sido exageradas pelos meios de comunicação.

Além disso, a influência dos meios de comunicação na formação e na condução de processos criminais pode desestimular o caráter preventivo da pena sob a perspectiva da mente criminoso de várias maneiras:

Percepção de Impunidade Seletiva: Quando a mídia tem um papel significativo na moldagem da opinião pública e na condução de processos judiciais, os criminosos podem perceber que a aplicação da lei é seletiva. Isso significa que, dependendo da publicidade e do interesse da mídia em um determinado caso, a pena pode ser mais branda ou mais severa. Como resultado, a mente criminoso é induzida na comum ideia de que, se o crime não receber atenção da mídia, a punição será menos severa, o que pode minorar o efeito preventivo da pena.

Desencorajamento da Colaboração com a Justiça: Quando os meios de comunicação exercem pressão sobre o sistema de justiça e moldam a percepção pública, os criminosos podem temer colaborar com as autoridades, testemunhar contra outros criminosos ou delatar outros crimes. O receio de retaliação e a exposição midiática podem ser desestimulantes, prejudicando o regular funcionamento do sistema processual, especialmente no que diz respeito às medidas despenalizadoras.

Minimização da Aversão ao Risco: A cobertura midiática intensa de crimes famosos pode fazer com que a mente criminosa perceba que, mesmo quando um crime praticado, a publicidade e o interesse público o protegem de algumas consequências. Isso pode reduzir a aversão ao risco do criminoso, incentivando-o a cometer crimes mais graves ou a agir com menos cautela, acreditando que se esquivará de futuras sanções.

Portanto, a influência dos meios de comunicação sobre o sistema de justiça e os processos criminais afetam a percepção da mente criminosa sobre o sistema legal e a aplicação da lei, o que desestimula o caráter preventivo da pena, levando-os a acreditar que as consequências de seus atos não serão consistentes ou proporcionais, com base na publicidade e na cobertura da mídia. Esse desincentivo resulta em uma atitude de maior propensão ao risco na cognição criminosa, causando uma conseqüente exacerbação na prática de crimes.

5.2 Os impactos na credibilidade da lei penal na cognição criminosa

A cognição criminosa envolve a avaliação de riscos e benefícios antes da decisão de cometer um crime. A credibilidade da lei penal desempenha um papel significativo nesse processo. Quando a aplicação da lei é vista como eficaz, as consequências negativas, como prisão e punição, são percebidas como iminentes. Isso funciona como um fator dissuasório, tornando menos provável que indivíduos cometam crimes. Por outro lado, se houver uma percepção de impunidade devido à falta de eficácia do sistema processual, temos uma maior propensão na prática de crimes, uma vez que a probabilidade de serem pegos e punidos é, cognitivamente baixa.

Além disso, a credibilidade da lei penal está intrinsecamente ligada ao respeito pela autoridade operadora do sistema inquisitório e processual. Quando a aplicação da lei é percebida como falha, ineficaz ou seletiva, a confiança na autoridade

competente diminui. Isso resulta em um desrespeito generalizado pelas normas e regulamentos, já que, não havendo confiança nas instituições responsáveis por sua aplicação, a autoridade fica erodida, resultando em um ambiente social instável.

Outrossim, a justiça é um princípio fundamental na cognição criminosa. Se os indivíduos percebem que o sistema é tendencioso, discriminatório ou injusto, ficam desencorajados a respeitar a legislação e o contrato social. A sensação de que o sistema não age de forma equitativa leva a um sentimento de que seguir as normas é desnecessário ou contra intuitivo. Uma falta de confiança na justiça leva à desobediência e à percepção de que a lei não reflete os valores da sociedade.

No âmbito da reincidência, se os infratores não acreditam que o sistema pode ajudá-los a se reintegrar à sociedade de maneira significativa, eles são mais propensos a recair no crime. A falta de programas eficazes de tratamento, educação e oportunidades de emprego para ex-detentos contribui para a nova prática de crimes, não sendo propiciado um caminho alternativo.

A credibilidade da lei também afeta a legitimidade aos olhos da sociedade. Quando a população percebe o sistema processual como legítimo, eficaz e justo, as decisões legais e as punições impostas são mais aceitas. Por outro lado, se a credibilidade da lei for prejudicada, estamos diante de um descontentamento social, gerador de protestos e incentivo à desobediência civil, comprometendo a coesão social.

Portanto, a credibilidade da lei penal desempenha um papel vital na cognição criminosa e na conformidade com a legislação. Reformas, a promoção de programas de prevenção, reabilitação e reintegração, bem como do estabelecimento de medidas de transparência e responsabilidade são medidas necessárias à adequação social. Somente através dessas medidas é possível manter a confiança na lei, dissuadir crimes e promover uma sociedade mais segura e justa.

Pontua-se ainda que a credibilidade na lei penal desempenha um papel crucial na prevenção dos delitos. A forma como os cidadãos percebem e confiam no sistema tem impactos significativos na decisão de cometer ou evitar crimes, especialmente no que diz respeito a prevenção primária, ou seja, impedir que o crime ocorra inicialmente. A crença na legislação propicia a solução de conflitos de maneira pacífica buscando alternativas legais que não sejam a próprio punho. Uma sociedade que possui fé no sistema penal é mais propensa a investir em valores como respeito às normas e ao próximo, o que ajuda a criar um ambiente de baixa criminalidade.

No mais, a análise dos impactos gerados na credibilidade da lei penal sob a ótica do criminoso, levando em consideração os vieses cognitivos, a função ressocializadora da pena e a situação carcerária precária, revela uma perspectiva complexa sobre como o sistema legal é percebido por aqueles que estão envolvidos no sistema penal.

Os vieses cognitivos desempenham um papel significativo na forma como os criminosos percebem a lei penal.

Esses vieses cognitivos podem minar a função ressocializadora da pena, uma vez que os infratores podem não reconhecer plenamente a gravidade de suas ações nem a necessidade de mudar seu comportamento. Isso pode criar barreiras para a reabilitação eficaz e a reintegração na sociedade.

A função ressocializadora da pena, como dito, tem o objetivo de reabilitar o infrator e prepará-lo para a reintegração na sociedade como um cidadão responsável. No entanto, a percepção do criminoso sobre a eficácia desse processo é influenciada pelos vieses cognitivos mencionados anteriormente.

Aliado ao exposto, a situação carcerária precária, com superlotação, falta de acesso a tratamento e condições insalubres, agrava ainda mais a percepção negativa dos criminosos em relação ao sistema punitivo.

6 O DIREITO E AS DEMAIS CIÊNCIAS SOCIAIS EM PROL DE UM SISTEMA PENAL MAIS EFETIVO

A expressão "República Federativa do Brasil" constitui-se num Estado Democrático de Direito e está incorporada nos princípios fundamentais da atual Constituição de 1988, especificamente em seu artigo primeiro⁸. Essa afirmação funciona como uma orientação para interpretar a Constituição e esses princípios direcionam as ações tanto do Estado como das partes privadas dentro do território brasileiro, conforme Dezen Júnior (2010) menciona.

A conceituação predominante do Estado Democrático de Direito se origina da ideia de Estado de Direito. De acordo com Dezen Júnior, o Estado de Direito é uma oposição ao Estado Totalitário, onde o poder é exercido exclusivamente pela vontade de um soberano. Na Inglaterra, surgiu a doutrina de que o rei governaria de acordo com o que estivesse previsto nas leis, em contraposição à situação anterior.

Certamente, o Direito Penal desempenha um papel crucial como um dos meios de controle social disponíveis na sociedade. Ele representa um tipo de controle formal, projetado para prevenir a ocorrência de comportamentos que possam prejudicar os bens jurídicos considerados de maior importância para a comunidade. Trata-se de ramo do direito de última instância de intervenção, sendo acionado somente quando todos os outros meios de controle social se mostram inadequados.

Nesse sentido, o Direito Penal segue o princípio da mínima intervenção, ou seja, ele entra em ação somente quando todos os outros métodos de controle social se revelam ineficazes na proteção dos bens jurídicos essenciais. Sua função principal é impor sanções em caso de condutas que causem danos ou representem uma ameaça a esses bens jurídicos fundamentais.

Por outro lado, a pena é uma das sanções previstas no sistema jurídico de um Estado Social e Democrático de Direito, estabelecida por meio de regras legais

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

destinadas, em termos gerais, a combater o fenômeno conhecido como "crime". A pena pode ser aplicada de várias maneiras, dependendo da escolha do Estado, que detém o monopólio da sua imposição. Portanto, a pena é uma medida que o Estado pode utilizar para lidar com o crime, sendo parte integrante do sistema de controle social e justiça.

No entanto, para o propósito desta pesquisa, é importante entender como o sistema criminal deve ser tratado hoje. Segundo Capez, o Direito Penal deve ser visto como um instrumento de controle social, a ser usado apenas como último recurso. Ele argumenta que o ilícito penal tem consequências mais graves na vida do agente do que os ilícitos civis, administrativos e tributários. Portanto, o Direito Penal deve ser a última instância de intervenção, dado que suas punições são restritivas da liberdade e ferem por consequente a dignidade dos indivíduos.

Berrini (1921) afirmou que as prisões têm funcionado como escolas para o crime, como citado outrora, onde o Estado gasta grandes somas de dinheiro para cultivar a periculosidade e a criminalidade dos infratores, tornando-os mais ameaçadores para a sociedade do que antes.

Nesse contexto, o italiano Francesco Antolisei (1955) defende que a criminalização de condutas deve ser evitada, pois as penas representam um ônus não apenas para o apenado, mas também para o Estado, que deve arcar com os custos da Polícia Judiciária, do Poder Judiciário, do Ministério Público e, principalmente, dos encarceramentos.

A pergunta de Cornelius Prittweitz em seu livro "Direito Penal e Risco" (1993, p. 132), "Estaria o Direito Penal em condições de fazer frente, com o seu tradicional aparato ajustado ao Estado Democrático de Direito, às novas demandas sociais?", poucos se atreveram a responder. No entanto, fica claro neste trabalho que a reprodução do status quo enfrenta desafios significativos devido à falência do modelo de controle social exercido pelo Direito Penal, algo que já era indicado por Berrini quase um século atrás.

Em resumo, o sistema punitivo busca exercer controle social, mas é criticado por sua incapacidade de considerar os fatores que contribuem para a ocorrência de um delito e por não se preocupar com formas de prevenção e vieses cognitivos que vão além das disposições legais.

Ao longo da história, houve diversas teorias que procuraram entender as causas dos crimes. O criminólogo José Flávio Braga Nascimento (2007) argumenta

que, inspirado por Rousseau, a Criminologia deveria direcionar sua atenção para as causas do delito na sociedade. Em épocas passadas, acreditava-se até que o criminoso já nascia predestinado à criminalidade, como se fosse seu único destino.

Portanto, é essencial reconhecer que as abordagens sociológicas e humanistas desempenham um papel crucial na exploração das razões que levam uma pessoa a cometer um crime. Essas perspectivas não apenas oferecem explicações para o comportamento delituoso, mas também criam condições para intervir na vida de indivíduos em risco, a fim de prevenir a entrada no mundo do crime ou a reincidência delitiva. Neste sentido:

O crime, embora se trate de um fenômeno mundial e intrínseco ao ser humano, não pode ser radicado. Desta forma, a sociedade não deve ficar inerte à sua ascensão, vez que dele derivam violências físicas e psíquicas de significativo impacto, criando facetas de poder, ceifando vidas e provocando os mais diversos danos pessoais e materiais, podendo destruir sonhos e projetos de vida. (SCHELAVIN. 2011, p. 19)

Volvemos então a atenção para que conhecemos por endogenia, que se refere aos fatores biológicos que podem influenciar um indivíduo a se envolver em comportamento criminoso, como indicado por Nascimento (2007). Isso nos ajuda a compreender melhor esse tipo de comportamento. Em termos gerais, a conduta humana costuma ser categorizada como normal ou desviante, de acordo com a classificação amplamente aceita pela Criminologia.

Nascimento também observa que a conduta normal é aquela que está alinhada com os padrões gerais aceitos pela sociedade. No entanto, mesmo dentro dessa noção de normalidade, existem pessoas cujo comportamento as diferencia dos demais, seja devido a um estilo de vida único ou a uma personalidade atípica.

Esse desvio de conduta pode assumir formas positivas, como no caso de artistas excêntricos, mas também pode ser negativo, englobando os criminosos, ou seja, aqueles que violam a lei penal. O grande questionamento que os criminologistas enfrentam atualmente e para o qual ainda não existe uma resposta científica definitiva, é se essas pessoas possuem alguma predisposição natural (como sugere a teoria de Lombroso) ou determinada por fatores genéticos (cromossômicos) para cometer crimes.

Buscando desvendar esse mistério, o criminólogo Penteado Filho (2010) sugere que teorias bioantropológicas modernas afirmam que algumas pessoas têm

uma predisposição ao crime, e essa predisposição está relacionada a variáveis congênitas, tornando os criminosos organicamente diferentes dos cidadãos normais. Essas teorias começaram a ser mais minuciosamente estudadas, examinando a hipótese da transmissão genética de traços de personalidade delituosa através dos cromossomos sexuais, também conhecidos como gnomossomos.

É importante observar que essas teorias ainda não foram cientificamente comprovadas, mas, de acordo com Nascimento, elas aprimoram nossa compreensão dos estudos bioantropológicos sobre delinquentes. São caminhos explorados com cautela pela Criminologia Moderna, uma vez que abandoná-los poderia impedir futuros avanços nessa área. A ideia subjacente é que o comportamento criminoso não pode ser simplesmente atribuído ao ambiente social, e fatores biológicos podem desempenhar um papel importante.

Os fatores exógenos, por outro lado, muitas vezes chamados de fatores sociais, são elementos externos que desempenham um papel fundamental na origem do comportamento criminoso. Como afirmado por Valter Fernandes (2010, p. 319). Esses fatores sociais têm uma influência considerável na gênese dos delitos, uma vez que a realidade social pode introduzir elementos criminógenos que podem não estar naturalmente presentes no indivíduo.

Isso significa que esses fatores externos, como condições socioeconômicas, influência do ambiente, normas sociais, educação e oportunidades, desempenham um papel importante na determinação da propensão de uma pessoa para cometer crimes. Esses fatores sociais podem contribuir para o desencadeamento do comportamento criminoso, particularmente quando influenciam negativamente a vida de um indivíduo, tornando-o mais propenso a cometer delitos. Portanto, a compreensão dos fatores exógenos é essencial na análise da criminalidade e na busca por estratégias de prevenção e intervenção eficazes.

Nos últimos tempos, avanços significativos em diversas disciplinas científicas, como biologia evolutiva, etologia, neurologia, psicologia cognitiva e economia comportamental, estão levando a uma reavaliação dos fundamentos do Direito. Essas abordagens têm se tornado essenciais para responder a questões que têm permanecido sem resposta na teoria jurídica.

Uma dessas questões fundamentais envolve a origem de nossa capacidade de interpretar regras e de pensar em termos de justiça em relação às outras pessoas. A habilidade de raciocinar sobre questões normativas é vista como derivada de certos

aspectos de nossa racionalidade inata e de mecanismos psicológicos moldados pela evolução.

Para responder a essas perguntas fundamentais, é necessário considerar as descobertas de outras disciplinas científicas sobre o comportamento humano. A etologia, por exemplo, tem demonstrado que muitos comportamentos morais que frequentemente pensamos serem exclusivos de nossa espécie também foram observados em outras espécies animais.

Observou-se que grandes símios, particularmente próximos ao *Homo sapiens* em termos genéticos, têm a capacidade de sentir empatia, cooperar mutuamente, reagir a injustiças, formar coalizões, compartilhar e até punir aqueles que se recusam a cumprir normas de comportamento esperadas. Esses elementos instintivos também estão presentes desde a infância em seres humanos, conforme indicado por pesquisas que demonstram que crianças muito jovens têm capacidade de compreensão moral, mesmo que não possam explicar suas conclusões.

Além disso, estudos neurocientíficos mostraram que certas conexões neurais em nossos cérebros desempenham um papel ativo no processamento de informações relacionadas ao comportamento normativo. A empatia, por exemplo, é vista como crucial para o tratamento das pessoas como agentes racionais e como um fim em si mesmas. Pesquisas na neurologia têm mostrado que muitos psicopatas têm dificuldades em sentir empatia devido a deficiências ou lesões em áreas do cérebro associadas a essa capacidade, como o córtex pré-frontal e a junção temporoparietal.

Essas descobertas científicas estão desafiando e enriquecendo as discussões sobre moralidade e justiça no campo do Direito, proporcionando uma compreensão mais profunda de como nossos cérebros e instintos desempenham um papel na formação de nossos sistemas normativos e comportamento ético.

É inegável o impacto do avanço das ciências médicas no campo do Direito Penal. Embora historicamente os juízes fossem considerados os "peritos dos peritos", não se pode negligenciar o poder argumentativo das opiniões de especialistas, especialmente quando se trata de questões de imputabilidade penal e análise cognitiva da prática de crimes.

Nas últimas décadas, a medicina experimentou notáveis avanços em termos de métodos e conhecimentos científicos, resultando em melhorias significativas nos indicadores de saúde. Especialidades como cirurgia, cardiologia e radiologia passaram por transformações revolucionárias em seus métodos diagnósticos e

terapêuticos, aumentando a confiabilidade da prática médica e o bem-estar dos pacientes. A psiquiatria também se beneficiou desses avanços, tornando-se mais objetiva, com diagnósticos mais estáveis e terapias mais eficientes.

No entanto, devido à natureza multidimensional da psiquiatria e ao seu foco na conduta humana, os procedimentos de diagnóstico e terapia são notoriamente complexos, heterogêneos, variáveis e, segundo alguns, pouco confiáveis.

No que diz respeito ao diagnóstico, as ciências naturais têm fornecido conhecimentos valiosos sobre o funcionamento do cérebro e a conduta normal e anormal. Isso é possível graças ao desenvolvimento da neuroimagem, da medicina molecular, da psicofarmacologia, da análise de tecido post-mortem e dos estudos genéticos das principais doenças. No entanto, o diagnóstico psiquiátrico continua dependendo do conhecimento proveniente da psicopatologia e das ciências sociais, uma vez que é essencial, de longo prazo e baseado na literatura. Exercer a psiquiatria sem considerar a psicopatologia do paciente é como realizar uma cirurgia sem conhecimento de anatomia.

Hoje em dia, o impacto das novas tecnologias médicas é avaliado com base em fatores bem definidos que afetam a gestão do paciente e sua condição de saúde. Novas técnicas de neuroimagem desafiaram conceitos antigos. Pacientes que aparentemente estavam inconscientes surpreenderam ao revelar padrões de atividade cerebral que demonstram que o que ocorre em suas mentes vai muito além do que podemos perceber e julgar.

A neuroimagem agora desempenha um papel integral no diagnóstico e diagnóstico diferencial de distúrbios neuropsiquiátricos. Diversas técnicas de neurorradiologia contribuem para esclarecer as possíveis causas etiopatogênicas dos distúrbios mentais. Portanto, a neuroimagem tornou-se uma ferramenta crucial na busca por alterações cerebrais relacionadas à etiologia das doenças mentais.

Neste diapasão, o psiquiatra britânico Adrian Raine tem desempenhado um papel crucial na pesquisa sobre o comportamento violento, realizando estudos em prisões de segurança máxima para analisar o cérebro de criminosos perigosos e psicopatas. Ele é professor de psiquiatria e criminologia na Universidade da Pensilvânia, nos Estados Unidos, e tem trabalhado em uma área interdisciplinar que ele chama de neurocriminologia.

A neurocriminologia é uma disciplina em desenvolvimento nos Estados Unidos que aplica técnicas da neurociência para entender as causas do crime. Isso envolve

a integração de diversos campos, como genética, neuroimagem cerebral, neuroquímica, psicofisiologia e neurocognição, a fim de explicar por que algumas pessoas se tornam criminosos violentos. Raine acredita que existe uma base biológica comum para comportamentos antissociais, independentemente de sua forma.

Ele observa que diferentes formas de violência não têm a mesma base cerebral. Por exemplo, em psicopatas, a amígdala, que é o centro emocional do cérebro, funciona mal e é fisicamente menor do que na maioria das pessoas. Como resultado, os psicopatas não experimentam medo e, portanto, não temem a punição, o que pode levá-los a quebrar as regras da sociedade. Por outro lado, em homens que cometem violência doméstica, a amígdala está muito ativa, mas o córtex pré-frontal, que regula as emoções, não funciona adequadamente. Isso leva a respostas exageradas a estímulos leves, como críticas da esposa, tornando esses homens mais agressivos

Problemas em áreas cerebrais específicas podem resultar em comportamentos diferentes, uma vez que a tomada de decisões morais envolve uma interação complexa entre várias regiões cerebrais. Os psicopatas têm um "freio emocional" que não funciona corretamente, embora saibam o que é certo e errado. Essa questão levanta um dilema ético sobre se é apropriado culpar e punir psicopatas por seu comportamento, uma vez que não têm o mesmo controle emocional que outras pessoas.

No entanto, nem todo comportamento violento pode ser explicado apenas por disfunções cerebrais. A violência é influenciada por causas multifatoriais, incluindo fatores sociais, como desemprego, pobreza, preconceito racial, abuso parental e más condições de vida e educação. Esses fatores sociais também podem afetar o desenvolvimento cerebral.

Além disso, a pesquisa tem indicado que existe uma predisposição genética para a violência, com cerca de 50% da variação nas taxas de violência podendo ser atribuída a fatores genéticos. Alguns estudos indicam que estupradores, por exemplo, podem ter um déficit no neurotransmissor serotonina, o que está associado a comportamentos impulsivos e agressivos. No entanto, a pesquisa sugere que a reclusão não necessariamente extingue os padrões criminosos, pois não aborda a raiz do problema, mas apenas pune o indivíduo.

Nesse contexto, a discussão sobre se crimes sexuais deveriam ser tratados com políticas criminais diferenciadas que incluam medidas voltadas para a saúde

mental do réu tem se tornado cada vez mais relevante. A busca por soluções mais justas e humanitárias, além de uma compreensão mais profunda das causas da violência, é um tema importante em debates sobre a legislação penal e a justiça criminal.

Desde a década de 1970, os psicólogos têm explorado vieses cognitivos, e pesquisadores notáveis, como Daniel Kahneman, receberam reconhecimento por suas investigações sobre como esses vieses afetam a tomada de decisões. Kahneman, laureado com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 2002, concentrou-se em mostrar como nossa mente é fundamentada em heurísticas, que são regras rápidas e econômicas de decisão. Embora essas heurísticas sejam úteis em situações que demandam decisões rápidas, elas também podem levar a erros substanciais.

Existem inúmeras heurísticas que moldam nossa racionalidade. Somos notoriamente ruins em avaliar a relevância de correlações estatísticas, tendemos a descartar informações desfavoráveis aos nossos pontos de vista, seguimos comportamentos predominantes em nosso grupo (efeito manada) e explicamos eventos passados com base no conhecimento atual, presumindo que esses eventos eram previsíveis na época (viés de retrovisor). Demonstramos inclinação para cooperar com membros de nosso grupo (viés paroquialista) e relutamos em colaborar com pessoas de outros grupos. Esses são apenas alguns exemplos dos vieses que foram identificados.

Superar esses vieses é uma tarefa desafiadora. Muitos deles fazem parte integrante da nossa racionalidade, e os erros que eles podem induzir são inerentes a essa racionalidade. Embora seja possível mitigar esses erros com esforço, utilizando técnicas que promovam respostas imparciais e precisas, superar vieses psicológicos pode ser dispendioso e exigir um grande investimento. Por exemplo, para superar vieses que levam a erros em avaliações estatísticas, podemos recorrer a computadores e treinar habilidades matemáticas. No entanto, quando se trata de questões de moralidade ou direito, contornar esses vieses psicológicos ainda representa um desafio significativo.

A melhor abordagem atual é reconsiderar os pressupostos psicológicos da teoria jurídica, levando em consideração o que sabemos sobre nossa psicologia e como ela afeta nosso julgamento. Existem ainda evidências substanciais de que esses vieses têm uma influência real na maneira como os juízes avaliam os casos. Portanto,

é essencial reconhecer e abordar esses vieses para promover uma aplicação mais justa e imparcial da lei, bem como para compreender a cognição humana naquilo que conduz ao cometimento de delitos.

7 CONCLUSÃO

Adentrou a supracitada pesquisa em um campo de investigação que transcende as fronteiras do direito penal, englobando as disciplinas que envolvem as ciências sociais e biológicas. Esta exploração visou compreender as dinâmicas complexas que envolvem o sistema penal e o comportamento criminoso, identificando pontos de interseção entre o direito, a criminologia, a psicologia, a neurociência e outros campos relacionados. O objetivo final é proporcionar uma análise abrangente sobre as raízes do comportamento criminoso e promover discussões relevantes para a construção de um sistema penal mais eficaz e justo.

O direito penal é, de fato, um dos mais relevantes instrumentos de controle social disponíveis em uma sociedade democrática. É concebido como o último recurso, acionado somente quando todos os outros métodos de controle social se revelam ineficazes. No entanto, essa abordagem levanta questões significativas em relação à punição e ao sistema penal como um todo.

A discussão sobre o sistema punitivo sob a ótica da cognição humana é crucial para compreender as causas do crime, visando dissuadi-lo, promovendo uma sociedade mais segura e um direito processual penal mais eficiente.

Certamente, o comportamento criminoso é multifatorial e complexo e os vieses cognitivos desempenham um papel significativo na forma como os indivíduos percebem a lei penal e tomam decisões conscientes ou não acerca da futura e possível sanção penal.

Neste sentido, é que se demonstra relevante a então chamada neurocriminologia, um campo em desenvolvimento que aplica técnicas da neurociência para entender as bases biológicas do comportamento antissocial. A pesquisa nesse campo revelou diferenças na estrutura e no funcionamento cerebral de indivíduos envolvidos em atividades criminosas. A descoberta de que algumas disfunções cerebrais podem estar relacionadas a comportamentos criminosos levanta debates que podem, sem dúvidas, contribuir na forma que a doutrina e jurisprudência trata a aplicação da legislação penal.

De fato, há a necessidade de políticas criminais diferenciadas e abordagens humanitárias tomando de norte a aplicação concreta dos estudos das ciências correlatas ao direito, visando o aprimoramento da própria sociedade.

Tamanha é a complexidade da questão levantada e compreender as múltiplas variáveis que contribuem para o comportamento criminoso enseja em um processo legislativo eficiente com verdadeiro reflexo na repressividade promovida pela norma em abstrato.

O debate sobre políticas criminais diferenciadas e abordagens de saúde mental para réus envolvidos em crimes se torna cada vez mais relevante. Uma abordagem mais justa e humanitária deve levar em consideração tanto as predisposições genéticas quanto os fatores sociais que podem contribuir para o comportamento delituoso. A busca por soluções que equilibrem a justiça e a compreensão das causas do crime é fundamental para a construção e evolução da paz social.

É evidente que o estudo das raízes do comportamento criminoso é complexo e multifacetado, inexistindo única causa para o crime, mas sim uma rede intrincada de influências sociais, biológicas e cognitivas. A construção de um sistema punitivo requer uma abordagem holística, que leve em consideração os impactos da legislação abstrata na cognição criminosa e, portanto, uma alternativa para este fim é buscarmos por um processo penal rápido, efetivo e menos garantista, de modo a projetar na mente criminosa uma iminente, concreta e real punição pelo comportamento anti-social.

Em síntese e por fim, diante do verdadeiro gargalo enfrentado pelo Estado na objetificação da efetividade da normal penal, deve-se buscar compreensão dos vieses cognitivos, ponto importante e maior foco deste estudo, que afetam a tomada de decisões, aplicando, assim, os relevantes estudos promovidos pela neurociência, de modo a entender como o cérebro humano funciona como fator condutor de influência para com legislador penal e processual penal. A construção de um sistema penal eficaz e justo depende da ponderação de infinitos fatores que não limitam a esta pesquisa, sendo por si só imensuráveis. Contudo, certamente a aplicação rápida e efetiva da pena tomando como base políticas que promovam a justiça, a prevenção e a reabilitação baseado na cognição humana, se mostra promissor na promoção de um sistema punitivo eficaz com possibilidade real de aprimoramento como oportunamente vislumbrado.

REFERÊNCIAS

- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Rational Choice and the Framing of Decisions.. 1986.
- KAHNEMAN, Daniel. Thinking, Fast and Slow. Penguin Books Ltd, 2010.
- WALSH, Anthony. Criminology: The Essentials. Sage Publications, 2020.
- ARIELY, Dan. Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions. Editora Harper Perennial, 2010.
- SHAROT, Tali. The Optimism Bias: A Tour of the Irrationally Positive Brain. Editora Vintage Books, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. Thinking, Fast and Slow. Editora Penguin Books Ltd, 2012.
- A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL
Disponível em: <https://lindolpho.jusbrasil.com.br/artigos/212838638/a-ineficacia-do-direito-penal>
Acesso em: 01 nov. 2023
- ANTUNES, RICARDO. ESTUDOS E PARECERES DE DIREITO PENAL. SÃO PAULO. REVISTA DOS TRIBUNAIS. 1982.
- BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e das Penas. Editora Martin Claret; São Paulo, 2000.
- BOTELHO, JEFERSON. ELEMENTOS DO DIREITO PENAL. BELO HORIZONTE: EDITORA D'PLÁCIDO. 2015.
- CABETTE, Eduardo. A desmistificação do caráter da pena: a ineficácia do direito penal como fator de contenção da criminalidade.
Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53383/a-desmistificacao-do-carater-da-pena-a-ineficacia-do-direito-penal-como-fator-de-contencao-da-criminalidade>
Acesso em: 01 nov. 2023.
- CAPEZ, FERNANDO. CURSO DE DIREITO PENAL: PARTE GERAL. SÃO PAULO: EDITORA SARAIVA. 2022.
- CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA. Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos. 7 ed.
Disponível em: https://www.uniformg.edu.br/images/CentraldeArquivos/Alunos/manual_normalização.pdf
Acesso em: 01 de nov. 2023.
- LOMBROSO, CESARE. O HOMEM DELINQUENTE. SÃO PAULO: EDITORA ICONE. 2017. Prado, Luiz R. Criminologia.
Disponível em: Minha Biblioteca UNIFORMG, (4th edição). Grupo GEN, 2019.
- REGINA, VERA. A ILUSÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA: DO CONTROLE DA VIOLÊNCIA À VIOLÊNCIA DO CONTROLE PENAL. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO EDITORA. 2015.
- SISTEMAS COGNITIVOS
Disponível em: <https://www.infoescola.com/psicologia/sistemas-cognitivos/>
Acesso em: 01 nov. 2023
- VALIDADE, VIGENCIA, EFICACIA E VIGOR DA NORMA
Disponível em: <https://direito.legal/aintdir/38-validade-vigencia-eficacia-vigor/>
Acesso em: 01 nov. 2023
- Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984)

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Editora Vozes, 2014.

PORTO-CARRERO, J. P. Criminologia e psychanalyse: subsidios psychanalyticos ao direito penal: o peccado original: contra o codigo penal. Rio de Janeiro, 1932.

LEAL, João José. Curso de Direito Penal. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor & Editora da FURB. 1991

SOUZA, Raquel de. Criminologia: uma visão geral e crítica. Delictae, São Paulo, Agosto de 2003.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A Justificação Constitucional da Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade na Pendência dos Recursos Extraordinário e Especial Recebidos sem Efeito Suspensivo. Data de Publicação: 03 de maio de 2017.

DESCONTO HIPERBÓLICO
Disponível em: <https://www.btgpactual.com/advisors/insights/desconto-hiperbolico>
Acesso em: 01 nov. 2023

VIES COGNITIVO
Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8286/67649379>
Acesso em: 01 nov. 2023

A REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO
Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/949/1122>
Acesso em: 01 nov. 2023

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO
Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/sistema-prisional-brasileiro-analise-ineficacia-conforme-doutrina.htm#indice_6
Acesso em: 01 nov. 2023

A INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO
Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13963/1/Pedro%20artigo-convertido.pdf>
Acesso em: 01 nov. 2023

INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS
Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18611/6/IneficaciaAplicacaoPenas.pdf>
Acesso em: 01 nov. 2023

PENA E SEUS OBJETIVOS
Disponível em: <https://claudiaseixas.adv.br/a-pena-e-seus-objetivos-analise-teorica-e-critica/>
Acesso em: 01 nov. 2023

PUNIÇÃO, VINGANÇA E MAIORIDADE PENAL ROGÉRIO DONNINI
Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3893>
Acesso em: 01 nov. 2023

VINGANÇA NAS MEDIDAS PUNITIVAS
Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-sentimento-de-vinganca-nas-bases-das-medidas-punitivas-e-sua-ineficacia-diante-da-reincidencia/1811088173>
Acesso em: 01 nov. 2023

LEI DE TALIÃO NO CRIME DE ESTUPRO
Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/93328/a-lei-de-taliao-ainda-sobrevive-para-o-autor-do-crime-de-estupro>
Acesso em: 01 nov. 2023

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL
Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/patrick-santiago-historia-direito-penal-brasileiro>

Acesso em: 01 nov. 2023

HISTÓRIA E IDEIAS DO DIREITO PENAL
Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-as-ideias-direito-penal.htm>

Acesso em: 01 nov. 2023

VIES DO OTIMISMO

Disponível em: <https://investidorsardinha.r7.com/aprender/vies-do-otimismo-o-que-e/>

Acesso em: 01 nov. 2023

ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA REINICIDÊNCIA

Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/965/1136>

Acesso em: 01 nov. 2023

SELETIVIDADE PENAL E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DOS INDIVÍDUOS

Disponível em: <https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/1730/1/BrunaBispoRibeiro.pdf>

Acesso em: 01 nov. 2023

ANÁLISE SOBRE A REINICIDÊNCIA CRIMINAL NA ABORDAGEM COMPORTAMENTAL

Disponível em:

https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art1.pdf

Acesso em: 01 nov. 2023

CASOS INSIGNIFICANTES STF E STJ

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-29/mpf-chama-atencao-alta-casos-insignificantes-stf-stj>

Acesso em: 01 nov. 2023

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO DIREITO PENAL

Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/a-influencia-da-midia-no-direito-penal/>

Acesso em: 01 nov. 2023

NEUROCIÊNCIA E COMPORTAMENTO CRIMINOSO - IMPLICAÇÕES

Disponível em: <https://www.unaerp.br/documentos/3396-rci-neurociencia-e-o-comportamento-criminoso-implicacoes-para-o-direito-penal-06-2019/file>

Acesso em: 01 nov. 2023

CIÊNCIAS COMPORTAMENTAIS NO DIREITO

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-02/fabio-almeida-impacto-ciencias-comportamentais-direito>

Acesso em: 01 nov. 2023