



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DISTORÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA LEI PENAL EM VIRTUDE DA
APLICAÇÃO DO REGIME DE PROGRESSÃO

José Carlos Vidinha Conceição

JOSÉ CARLOS VIDINHA CONCEIÇÃO

A DISTORÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA LEI PENAL EM VIRTUDE DA
APLICAÇÃO DO REGIME DE PROGRESSÃO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* em Direito Penal e Processual Penal da
Escola de Magistratura do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Lucas Tramontano de Macedo

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2019

A DISTORÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA LEI PENAL EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DO REGIME DE PROGRESSÃO

José Carlos Vidinha Conceição

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-Graduado em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - A atual e crescente atuação das organizações criminosas, a alta incidência de crimes hediondos, bem como da violência não estão recebendo um tratamento punitivo adequado, tendo em vista que se tratam de crimes graves. Isso ocorre basicamente pelo fato de as penas previstas no Código Penal estarem desatualizadas, e conseqüentemente minoradas diante do alto crescimento da expectativa de vida, principalmente quando se aplica o regime de progressão da pena, banalizando a função preventiva da pena e gerando impunidade. Essa situação só pode ser modificada através da adoção de um sistema de avaliação criminológica mais rígido para os crimes mais graves e nocivos à sociedade.

Palavras-chave - Direito Penal. Direito Constitucional à igualdade.

Sumário - Introdução. 1. A eficácia da função preventiva da Lei Penal da época da sua elaboração aos dias de hoje. 2. A psicopatia, o tráfico de drogas, e o constante crescimento da ocorrência de crimes hediondos diante do atual regime de progressão e da conseqüente impunidade. 3. Um sistema de avaliação criminológica mais rígido para os condenados ao regime fechado, ou por crimes hediondos ou equiparados, visando posterior isolamento em presídios distintos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa abordará que a atual e crescente atuação das organizações criminosas, a alta incidência de crimes hediondos, bem como da violência não estão recebendo um tratamento punitivo adequado, tendo em vista que se tratam de crimes graves. Isso ocorre, essencialmente pelo acúmulo de vários fatores, tais como o fato das penas previstas no Código Penal estarem desatualizadas, e conseqüentemente ainda mais minoradas, diante do alto crescimento da expectativa de vida, principalmente quando se aplica o regime de progressão da pena, que acaba banalizando a função preventiva da pena e gerando impunidade.

O primeiro capítulo objetiva demonstrar que a função preventiva do atual Código Penal desde a época da sua elaboração aos dias de hoje, foi perdendo a sua eficiência pelo abrandamento das penas aplicadas nos crimes graves, associado ao aumento da expectativa de vida.

O segundo capítulo visa a demonstrar o quanto o constante crescimento do ilícito civil, das condutas psicopáticas, do tráfico de drogas e dos crimes hediondos, são comportamentos que refletem a desatualização do atual sistema penal que impõe penas baixas, do regime de progressão que esvazia o poder coercitivo da pena, e um sistema prisional dominado pelo tráfico de drogas, gerando assim a sensação de inadequação e impunidade.

O terceiro capítulo objetiva defender a necessidade da criação imediata de um amplo sistema de avaliação criminológica comportamental, composta por psicólogos e psiquiatras especializados, e de um centro de pesquisa e formação orientada pelos métodos e estudos do psicólogo canadense Robert Hare, para que seja criada a obrigatoriedade da sua aplicação em todos os condenados ao regime fechado, por crimes hediondos ou equiparados à hediondos, visando realizar a triagem e o encaminhamento dos condenados para presídios específicos, separando-os por grupos: tráfico de drogas, psicopatia diagnosticada, e demais condenados; condicionando os condenados diagnosticados com psicopatia a exames periódicos, para seja adequado o cumprimento da pena, e sejam obtidos os benefícios legais.

Esse trabalho científico tem como objetivo propor medidas para combater a impunidade, e para tal será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa pertinente à temática em foco através da análise de pesquisas, legislação e doutrina.

1. A EFICÁCIA DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA LEI PENAL DA ÉPOCA DA SUA ELABORAÇÃO AOS DIAS DE HOJE

A lei penal foi criada com o objetivo principal de prevenir, ou seja, evitar a ocorrência da conduta criminosa, através da aplicação do castigo, para aquele que infringisse a proibição, cometendo o ato lesivo ao outro ou ao patrimônio alheio, conforme explica Bitencourt¹. Segundo ele, Ludwig Feuerbach dividiu a função preventiva da pena em dois enfoques com destinatários bastante diversos: a prevenção geral, direcionada à coletividade, e a prevenção especial, direcionada ao agente que cometeu o delito.

Posteriormente, Luigi Ferrajoli estabeleceu uma subdivisão desses enfoques, gerando duas subespécies orientadas em razão da natureza das prestações da pena: as positivas e as

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v.1. 17.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 294-313.

negativas. Passou então a existir quatro grupos de teorias preventivas, que são: as teorias da prevenção geral positiva; as teorias da prevenção geral negativa; as teorias da prevenção especial positiva; e as teorias da prevenção especial negativa.

Bitencourt² preceitua que as teorias da prevenção geral objetivam evitar, prevenir a prática de delitos, exercendo um controle sobre a coletividade, toda a sociedade, sendo que a prevenção geral positiva visa orientar a sociedade à obedecer à lei e à ordem social a qual pertencem; enquanto a prevenção geral negativa ou intimidatória visa intimidar, constranger através da ameaça da pena, para que aqueles prováveis transgressores não venham a praticar delitos futuramente.

Segundo Nucci³, a teoria da prevenção geral positiva visa difundir a ideia de estabilidade do ordenamento jurídico através da aplicação da pena, e gera três efeitos diversos, que são: a) a conscientizar orientando a sociedade; b) reforçar a confiabilidade do sistema do Direito Penal; e c) pacificar a sociedade através da ciência da punição do delito visando solucionar o conflito estabelecido.

De acordo com Nucci⁴, a teoria da prevenção geral positiva torna-se mais ampla, passando a ser o principal orientador do sistema penal, a fidelidade e a confiança da sociedade no Direito, chegando ao seu ápice com a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora sob a perspectiva funcional do Direito Penal de Jakobs, que desenvolveu a ideia de que as normas jurídicas visam gerar estabilidade e institucionalizando um paradigma de conduta a ser aplicada em todas as relações sociais, ou seja, se ocorrer uma infração à norma jurídica, essa continua existindo, permanecendo em vigor, permanecendo a sua confiabilidade e a sua função diretora. A conduta criminosa é uma ação negativa, uma vez que viola a norma; enquanto a pena é uma reação positiva, pois reafirma a vigência da norma ao proibir a sua violação.

Conforme esclarece Bitencourt⁵, a teoria preventiva geral negativa da pena preceitua que a função do Direito Penal é solucionar, estancar a criminalidade, através da ameaça de aplicar a pena a todos os cidadãos que violarem a lei, associada à sua efetiva aplicação como reiteração da mensagem repressiva, para que delitos não sejam praticados no futuro.

Segundo Nucci⁶, a teoria da prevenção geral negativa fundamenta, basicamente, três princípios garantistas: a) o princípio da legalidade, uma vez que a melhor forma de prevenir

² Ibid., p. 294-313.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 63-69.

⁴ Ibid., p. 63-69.

⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 294-313.

⁶ NUCCI, op. cit., p. 63-69.

os delitos racionalmente é através da previsão legal das condutas tipificadas como crime; b) o princípio da materialidade dos delitos, uma vez que reprime, prevenindo somente a externalização, a materialização das intenções subjetivas; c) o princípio da culpabilidade e da responsabilidade individual, pois somente é possível prever e prevenir através da ameaça da punição, condutas conscientes, voluntárias e culpáveis, individualmente praticadas, porém, a eficácia preventiva tão almejada pela teoria da prevenção geral negativa foi esvaziada, uma vez que o poder de intimidação que a possibilidade de cumprimento da pena tem hoje não é mais capaz de evitar a ocorrência novos crimes, como ocorria em 1940, época da elaboração do Código Penal.

O Código Penal Brasileiro⁷ foi instituído em 07 de dezembro de 1940, estabelecendo como pena máxima, a pena privativa de liberdade de 30 anos, para os crimes mais graves, assim como o tempo máximo de encarceramento de 30 anos, conforme previa o artigo 55 do texto original⁸ do Código Penal, e foi idealizado assim para ter um alto poder intimidatório, tendo em vista que em 1940, a expectativa de vida média no Brasil, conforme informa Albuquerque⁹, era de 45,5 anos.

Além disso, em 1940 ainda não havia antibioticoterapia, conforme explica Ramos¹⁰, a penicilina foi o primeiro antibiótico usado com sucesso no tratamento de infecções causadas por bactérias, e só entrou em processo produção com fins terapêuticos em escala industrial em 1943, chegando ao Brasil somente em 1950, até então, muitas pessoas morriam por doenças infecciosas que, hoje, não são mais consideradas perigosas.

Contextualizando o poder intimidatório do Código Penal na sociedade brasileira de 1940, para qualquer pessoa que fosse condenada a cumprir uma pena privativa de liberdade de 30 anos, psicologicamente significava o mesmo que ser condenado à pena de morte, uma vez que as pessoas sabiam que as celas eram insalubres, e que não existia antibioticoterapia, o que levava os infectados rapidamente ao óbito. Albuquerque¹¹ explica que somente após a incorporação dos avanços da medicina às políticas de saúde pública do país, as taxas de mortalidade caíram, elevando a expectativa de vida média do brasileiro para 75,8 anos em

⁷ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848 atualizado*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 27 abr 2018.

⁸ Idem. *Decreto-lei nº 2.848 original*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 fev 2019.

⁹ ALBUQUERQUE, Fernando. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. IBGE, agência de notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>>. Acesso em: 17 jan 2019.

¹⁰ RAMOS, Maria. *Invivo – História – É um milagre!*. FIOCRUZ. Disponível em: <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=811&sid=7>>. Acesso em: 25 mai 2019.

¹¹ Idid.

2016, um aumento de 30,3 anos, isso reduziu enormemente o poder intimidatório, a função preventiva geral negativa do Código Penal.

A reforma legislativa do Código Penal de 1984, instituída através da Lei nº 7.209¹² e da Lei nº 7.210¹³, tornou a sua função preventiva completamente ineficaz, diante do fator psicológico gerado pelo aumento da expectativa de vida e da cura para doenças infecciosas.

Essa ineficácia ocorreu porque a Lei nº 7.209 alterou a parte geral do Código Penal, mantendo a pena máxima privativa de liberdade de 30 anos, enquanto a Lei nº 7.210, regulamentou a execução da pena, reduzindo o tempo mínimo de cumprimento da pena para a obtenção dos benefícios pela metade.

O texto de 1940¹⁴ estabelecia um tempo mínimo de cumprimento de pena regime de progressão específico para os condenados à reclusão em seu artigo 30, § 2º que dispunha “o recluso de bom procedimento poderia ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar: I - se já cumpriu metade da pena, quando esta não é superior a três anos; II - se já cumpriu um terço da pena, quando esta é superior a três anos”.

Com a Lei nº 7.210¹⁵, Lei de Execuções Penais, esse tempo mínimo para a obter a regime de progressão foi reduzido, conforme o seu artigo 112 “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”.

Outro fator que contribuiu para essa ineficácia da função preventiva, foi que a alteração legislativa de 1984 Lei 7.209 extinguiu a separação dos condenados à pena de reclusão dos condenados à pena de detenção, que estava prevista no texto original do Código Penal¹⁶ no seu artigo 31, que estabelecia “o condenado a pena de detenção ficasse sempre separado dos condenados a pena de reclusão e não ficaria sujeito ao período inicial de isolamento diurno”.

A Lei 7.209 instituiu um regime progressivo único de cumprimento de pena para todas as privativas de liberdade, através do caput do artigo 33 que estabeleceu que “a pena de

¹² BRASIL. *Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-148882-pl.html>. Acesso em: 02 fev 2019.

¹³ Idem. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 fev. 2019.

¹⁴ Ibid., op. cit., nota 8.

¹⁵ Idem. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 fev. 2019.

¹⁶ Idem, op. cit., nota 7.

reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e que a de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

Essa progressão de regime foi criada visando humanizar os presídios, amenizando o cumprimento das penas privativas de liberdade, seguindo uma orientação pautada nos Direitos Humanos, porém, quando um condenado a regime fechado progride para o regime semi-aberto, e depois progride para o regime aberto, ficam confinados juntos, os condenados por crimes mais graves, e os condenados por crimes de menor potencial ofensivo.

Na prática, o regime de progressão, além de prejudicar severamente a individualização do cumprimento da pena, tornou o encarceramento mais desumano, uma vez que subjugou erroneamente infratores de baixa periculosidade, muitas vezes criminosos eventuais, a conviverem com criminosos da pior espécie, irrecuperáveis, tais como assassinos, psicopatas e traficantes de drogas. Essa medida facilita a instituição e o crescimento da escola do crime, fornecendo, sem perceber, às facções criminosas um recurso valiosíssimo, mão-de-obra dentro e fora dos presídios, uma vez que essas facções obrigam os familiares do presos menos perigosos a colaborarem para que esses permaneçam vivos.

Toda essa alteração legislativa reduziu severamente o impacto psicológico coercitivo sobre a sociedade, tendo em vista que estava na direção oposta da história, na contramão da crescente violência e criminalidade constatadas por Cerqueira¹⁷, no Atlas da Violência 2018, alerta para o crescimento ininterrupto da violência, que, em 2016, chegou a 62.517 homicídios em todo o Brasil, segundo informou o Sistema de Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde, ultrapassando pela primeira vez na história do Brasil a taxa de trinta mortes por 100 mil habitantes (taxa igual a 30,3), enquanto a expectativa de vida média foi se elevando ao longo dos anos, e superou o tempo máximo de cumprimento de pena duas vezes e meia (30 anos X 2,5=75 anos).

Todos esses fatos associados geraram a ineficácia da função preventiva geral negativa da pena e da Lei Penal, sendo o fator principal dessa ineficácia, a perda do controle do sistema prisional. Para que o Estado recupere esse controle, faz-se mister a adoção de medidas mais rígidas orientadas pela função preventiva especial negativa, que, conforme ensina Bitencourt¹⁸, são medidas que visam neutralizar os delinquentes perigosos, e para neutralizá-los, é necessário identifica-los e distingui-los entre os encarcerados.

¹⁷ CERQUEIRA, Daniel et.al. *Atlas da Violência 2018*, de junho de 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 294-313.

2. A PSICOPATIA, O TRÁFICO DE DROGAS, E O CONSTANTE CRESCIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CRIMES HEDIONDOS DIANTE DO ATUAL REGIME DE PROGRESSÃO E DA CONSEQUENTE IMPUNIDADE

O conceito de psicopatia, assim como o próprio uso da nomenclatura só se estabeleceram de fato a partir do estudo publicado em 1941 pelo psiquiatra americano Hervey Cleckley, através do livro intitulado “The Mask of Sanity” (A Máscara da Sanidade), e Cleckley explica que sua obra aborda um problema “muito conhecido, mas ao mesmo tempo ignorado pela sociedade como um todo”, esclarece a psiquiatra Silva¹⁹, especialista no tema, tendo em vista que a prática de crimes é uma das características básicas dos portadores desse distúrbio, obviamente eles estão entre os condenados por crimes mais graves.

Ela alerta que os psicopatas estão em todas as classes sociais, vivendo entre nós, e que inicialmente, se parecem e se comportam como nós, mas não são, pois eles são desprovidos de consciência e do senso de responsabilidade ética, culpa ou remorso por desapontar, magoar, enganar ou até mesmo tirar a vida de alguém. Que infelizmente esses indivíduos existem de verdade, e é preciso encarar o fato de que o “mal” habita entre nós, pois almejam somente o poder e o status, visando apenas o benefício próprio, engordando ilicitamente suas contas bancárias, são contumazes mentirosos, parasitas, chefes tiranos, pedófilos, líderes natos da maldade.

A autora denomina tal distúrbio de psicopatia, sendo que recebe também outros nomes, tais como: sociopatia, personalidade antissocial, personalidade psicopática, personalidade dissocial, dentre outros. Aqueles que acreditam que tal distúrbio seja causado por fatores sociais desfavoráveis, utilizam a denominação sociopata, enquanto aqueles que acreditam que os fatores genéticos, biológicos e psicológicos sejam a causa desse distúrbio de comportamento, adotam a denominação psicopata.

Existe também mais duas denominações, segundo a Associação de Psiquiatria Americana, que utiliza a denominação Transtorno da Personalidade Antissocial, e segundo a Organização Mundial de Saúde, que usa a denominação Transtorno de Personalidade Dissocial, sendo que são a quantidade, a frequência e a intensidade com a qual os sintomas se manifestam que podem diferenciar o diagnóstico.

¹⁹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.8-19.

E mais adiante, buscando orientar, Silva²⁰ fornece a tabela CID-10(F.60.2) com os critérios diagnósticos da Organização Mundial de Saúde, segundo a qual, o Transtorno de Personalidade Dissocial é caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros, havendo um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. Esse comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, nem pelas punições, inclusive apresenta uma baixa tolerância à frustração, e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Esse tipo de personalidade tem uma tendência a culpar os outros, ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

A psiquiatra fornece também fornece a tabela DSM-IV-TR(312.8)²¹, da Associação de Psiquiatria Americana, a qual descreve os critérios utilizados para diagnosticar os distúrbios comportamentais, através da constatação de um padrão repetitivo e persistente, de comportamento no qual são violados os direitos individuais dos outros ou normas ou regras sociais importantes próprias da idade, manifestado pela presença de três (ou mais) dos seguintes critérios nos últimos 12 meses, com presença de pelo menos um deles nos últimos 6 meses.

São classificados por Agressão a Pessoas e Animais: (1) provocações, ameaças e intimidações frequentes; (2) lutas corporais frequentes; (3) utilização de arma capaz de infligir graves lesões corporais (por ex., bastão, tijolo, garrafa quebrada, faca, revólver); (4) crueldade física para com pessoas; (5) crueldade física para com animais; (6) roubo em confronto com a vítima (por ex., bater carteira, arrancar bolsa, extorsão, assalto à mão armada) (7) coação para que alguém tivesse atividade sexual consigo.

Destruição de patrimônio: (8) envolveu-se deliberadamente na provocação de incêndio com a intenção de causar sérios danos; (9) destruiu deliberadamente a propriedade alheia (diferente de provocação de incêndio).

Defraudação ou Furto: (10) arrombou residência, prédio ou automóvel alheios; (11) mentiras frequentes para obter bens ou favores ou para esquivar-se de obrigações legais (isto é, ludibriar pessoas); (12) roubo de objetos de valor sem confronto com a vítima (por ex., furto em lojas, mas sem arrombar e invadir; falsificação).

E Sérias violações de regras: (13) frequente permanência na rua à noite, contrariando proibições por parte dos pais, iniciando antes dos 13 anos de idade; (14) fugiu de casa à noite

²⁰ Ibid., p.97.

²¹ Ibid., p.99-100.

pelo menos duas vezes, enquanto vivia na casa dos pais ou lar adotivo (ou uma vez, sem retornar por um extenso período); (15) gazetas frequentes, iniciando antes dos 13 anos de idade;

Na avaliação, considera-se também se a perturbação do comportamento causa prejuízo clinicamente significativo do funcionamento social, acadêmico ou ocupacional, porém, se o indivíduo tem 18 anos ou mais, não são satisfeitos os critérios para o Transtorno da Personalidade Antissocial.

Após a coleta dos dados comportamentais, especifica-se o tipo com base na idade de início, se foi no Início na Infância, com pelo menos um critério característico do Transtorno da Conduta antes dos 10 anos de idade; foi no Início na Adolescência, pela ausência de quaisquer critérios característicos do Transtorno da Conduta antes dos 10 anos de idade; ou se o Início é Inespecificado, dado que a idade do início não é conhecida.

Especificando por último a gravidade como LEVE: poucos problemas de conduta, os problemas de conduta causam apenas um dano pequeno a outras pessoas; MODERADO: um número de problemas de conduta, e o efeito sobre outros são intermediários, entre “leve” e “grave”; e GRAVE: muitos problemas de conduta, ou problemas de conduta que causam dano considerável a outras pessoas.

Hare²², Psicólogo Canadense especializado em Psicologia Forense e no diagnóstico de psicopatia, desenvolveu um método próprio para diagnosticar esse distúrbio, que ele chama de “Psychopathy Checklist”, e explica que a violência e o crime, assim como a violência doméstica, inevitavelmente, apresentam um vínculo muito forte com a psicopatia.

O autor relata que em um estudo, aplicou a Psychopathy Checklist à uma amostra de homens que participavam, voluntariamente ou por ordem judicial, de um programa de tratamento para agressores de esposas, e constatou que 25 % deles eram psicopatas, a mesma percentagem constatada na população carcerária, sendo que os psicopatas, mais do que os outros homens, tendem a frequentar esses programas mais para agradar o juiz, do que para realmente mudar o seu comportamento, ocupando um lugar que poderia ser aproveitado por outra pessoa, prejudicando os próprios programas.

Hare²³ aplicou o Psychopathy Checklist a transgressores jovens, que tinham de 13 a 18 anos, e constatou que, independentemente da classe social, da instrução ou da educação,

²² HARE, Robert D. *Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013, p.105-106.

²³ *Ibid.*, p.170.

esse distúrbio se manifesta desde o início da adolescência, e que eles praticam crimes desde novos, e que mais de 25% deles eram psicopatas.

Simon²⁴, psiquiatra forense Americano, explica que o caráter, que é a maneira como o indivíduo se relaciona com a sociedade, influencia no seu comportamento e no seu destino, as escolhas que faz de parceiros, trabalho, amigos, posses, roupas, carros, tudo isso reflete fantasias conscientes e inconscientes que tem a seu próprio respeito.

A psicóloga Stout²⁵ frisa que já viu muitas vidas serem quase destruídas pelas escolhas e ações dessa minoria sem consciência, que esse pequeno grupo é perigoso, e incrivelmente difícil de identificar, e que quando não praticam violência física, eles são capazes de dilacerar vidas e de transformar a sociedade como um todo em um lugar inseguro, e em especial quando são pessoas próximas de nós.

Essa afirmação de Stout pode inclusive ser constatada através da alta taxa de Femicídio no Brasil, que segundo Cunha²⁶, é a quinta maior no Ranking Mundial de Femicídio do Alto Comissariado das Nações Unidas pra os Direitos Humanos (ACNUDH), sendo que aqui se mata 48 vezes mais mulheres que o Reino Unido, 24 vezes mais que a Dinamarca e 16 vezes mais que o Japão ou Escócia.

Stout faz referência inclusive ao Texas Adoption Research Project, um estudo científico de mais de 30 anos que envolve mais de 500 crianças adotadas, que comparou o padrão de desvio psicopático entre essas crianças, os pais biológicos e os pais adotivos, e constatou que os indivíduos adotados, hoje adultos, apresentam o mesmo padrão de desvio psicopático dos pais biológicos, os quais nunca conheceram, levando à uma estimativa de 54% de hereditariedade da psicopatia.

Associando os três estudos, do Texas Adoption Research Project, do Alto Comissariado das Nações Unidas pra os Direitos Humanos, e do Hare que aplicou o Psychopathy Checklist a todos os tipos de transgressores, tendo em vista o alto índice de homicídios, feminicídios e tráfico de drogas, fica fácil concluir que no sistema carcerário brasileiro existe uma população de psicopatas maior que os 25% apurados por Hare. Ainda mais diante do fato da perda do controle do sistema prisional que ocorreu em todo o país,

²⁴ SIMON, Robert I. *Homens Maus Fazem o que Homens Bons Sonham*: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano. Porto Alegre: Artmed, 2009, p.299.

²⁵ STOUT, Martha. *Meu vizinho é um psicopata*. Rio de Janeiro: Sextante, ed, 2010, p.23, 139-140.

²⁶ CUNHA, Carolina. Femicídio - Brasil é o 5º país em morte violentas de mulheres no mundo. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/femicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

conforme alerta Costa²⁷, que passou a ser dominado pelo PCC e pelo Comando Vermelho, grupos criminosos que disputam o controle das rotas e do comércio do tráfico de drogas e de armas, além da influência dentro dos presídios.

Essa constatação encontra base também, quando analisada pela ótica da Criminologia através da aplicação da Teoria da Aprendizagem Social do Reforço Diferencial, tendo em vista que a base dessas organizações criminosas é o reforço através da obediência cega ao comando, uma estratégia de estabelecimento de poder característica dos psicopatas.

Conforme explica Viana²⁸, a Teoria da Aprendizagem Social do Reforço Diferencial, de Robert Burgess e Ronald Akers, entende que a pessoa aprende a conduta delitiva pelo convívio social, caracterizando-se basicamente pelo aprendizado através de condicionamentos instrumentais, sendo que o aprendizado se dá em situações não sociais como também pelo convívio social, onde o comportamento delitivo é aprovado ou reprovado, premiado ou punido.

A Teoria do Reforço Diferencial pode ser aplicada, com todas as suas características, nas organizações para o tráfico de drogas, onde o aprendizado se dá pelo convívio social (vizinhos, amigos ou companheiros prisionais) ou não-social (usuários e familiares coagidos), onde a conduta de traficar e usar drogas é aprovada pelo grupo, e pelo forte impacto que causa punindo a conduta de roubo, traição dentro do grupo, ou pela recusa em cooperar. A aprendizagem se dá principalmente dentro da organização, que domina as principais fontes de reforço estimulando o uso das drogas, para que possa se expandir dentro e fora dos presídios, bem como manter a frequência, mantendo a possibilidade de reforço disponíveis.

Na realidade, a lógica mais coerente em relação à previsibilidade do comportamento humano é orientada pelo que Robert I. Simon²⁹ salienta “o indivíduo mais propenso a repetir uma conduta criminosa, é exatamente aquele que já cometeu esse delito”, essa constatação de um experiente psiquiatra forense, muda o paradigma do público alvo do Direito Penal. Ou seja, sob essa nova ótica, como esse indivíduo já violou as normas penais, é bastante provável que cometa outro delito, uma vez que vive sob suas próprias regras.

²⁷ COSTA, Flávio. Novos aliados do PCC contra o CV. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/12/03/primeiro-comando-do-panda-facao-criminosa-rondonia-pcc-presidios-cv.htm?utm_source=E2%80%A6> Acesso em: 03 dez. 2018.

²⁸ VIANA, Eduardo. *Criminologia*, 6.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 284-286.

²⁹ SIMON, op. cit., nota 24, p.299.

3. UM SISTEMA DE AVALIAÇÃO CRIMINOLÓGICA MAIS RÍGIDO PARA OS CONDENADOS AO REGIME FECHADO, OU POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS, VISANDO POSTERIOR ISOLAMENTO EM PRESÍDIOS DISTINTOS

Para que se possa resgatar a Eficácia da Função Preventiva da Lei Penal e do funcionamento do Sistema Penal, faz-se mister a adoção de diversas medidas conjuntas, orientadas pela função preventiva especial negativa, visando dar um tratamento que neutralize os criminosos mais graves, quais sejam: os condenados por crimes hediondos, os condenados por crimes equiparados a hediondos, e os condenados por outros crimes, diagnosticados como psicopatas.

As medidas a serem adotadas são: a) a criação imediata de um fundo para viabilizar a instalação e o funcionamento de um amplo sistema de avaliação comportamental, composta por psicólogos e psiquiatras especializados, b) a celebração de um acordo de cooperação entre o Brasil e o Canadá, para a criação de um centro de pesquisa e formação orientada pelos métodos e estudos do psicólogo canadense Robert Hare, para a preparação contínua desses profissionais, c) a implementação do sistema de avaliação do Robert Hare, criando a sua obrigatoriedade da sua aplicação em todos os condenados por crimes hediondos ou equiparados à hediondos, criando um sistema de triagem visando encaminhar os condenados para presídios específicos, por grupos: tráfico de drogas, psicopatia diagnosticada, e demais condenados.

Conforme demonstra Decomain³⁰, no Código Penal Alemão atual, de 13 de novembro de 1998, os crimes de maior gravidade são apenados com prisão perpétua, quais sejam os crimes que oferecem risco à coletividade e à segurança pública, e os crimes com resultado morte, inclusive o homicídio qualificado e casos especialmente graves de homicídio simples. O homicídio qualificado encontra-se tipificado no § 211 do Código Penal Alemão³¹, que dispõe: “(1) O homicídio qualificado é punido com pena de prisão perpétua. (2) Assassino é quem mata uma pessoa: pelo prazer de matar (psicopatia), para saciar apetite sexual (necrofilia homicida), por cobiça ou por outros motivos torpes (desvio de caráter e psicopatia); por meios perversos, cruéis, ou capazes de gerar perigo comum (distúrbio de comportamento e psicopatia), ou para possibilitar ou ocultar uma outra conduta punível (distúrbio de comportamento e psicopatia).”

³⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p.27-28.

³¹ *Ibid.*, p.272-273.

Todas as condutas elencadas são distúrbios de comportamento que o legislador classifica como assassino, e não à toa, o legislador Alemão tipificou o homicídio qualificado dessa forma, fica claro que eles reconhecem na sua legislação que a conduta criminosa grave e contumaz, inevitavelmente, está vinculada a diversos distúrbios psiquiátricos graves, inclusive a psicopatia, que, conforme Silva³², os alemães conheceram institucionalizada através do Estado Nazista. Por isso, visando prevenir os crimes mais graves, instituíram a pena de prisão perpétua, e para os demais crimes, a pena privativa de liberdade máxima de 15 anos, não existindo gradação entre a pena máxima de 15 anos e a prisão perpétua.

Decomain³³ esclarece ainda que no Código Penal Alemão, os crimes mais graves têm um tratamento diferenciado também no livramento condicional em pena privativa de liberdade perpétua, como prevê o § 57a do CPA, se foi condenado somente por um crime, que estabelece: “(1) O Tribunal suspende condicionalmente o cumprimento do saldo de uma pena privativa de liberdade perpétua quando: 1. foram cumpridos quinze anos de pena, 2. a especial gravidade da culpa do condenado não impõe o prosseguimento do cumprimento, e 3. os pressupostos do § 57, alínea 1, ns. 2 (isto se mostre responsável, tendo em conta o interesse da segurança da coletividade, e) e 3 (a pessoa condenada concorda.) estão presentes.”

Se for uma condenação de prisão perpétua cumulativa, aplica-se então o § 57b para o livramento condicional da pena: “Se a pena privativa de liberdade perpétua é fixada como pena cumulativa, serão consideradas em conjunto, para fixação da especial gravidade da culpa do condenado, as condutas puníveis individuais.” Para os crimes punidos com pena de prisão perpétua, só é admitido o benefício de livramento condicional de cumprimento da pena, e somente após avaliação psicológica ou psiquiátrica.

Conforme esclarece Stout³⁴, a necessidade de estabelecer avaliação psiquiátrica periódicas com continuidade vem da constatação de que existe uma concentração maior de psicopatas entre os criminosos mais perigosos, contumazes e convictos, e afirma que, apesar dessa alta periculosidade, a característica básica dos psicopatas é que gostam de causar piedade nas outras pessoas, se fazendo de vítima em busca de solidariedade.

Nesse mesmo sentido, Hare³⁵ diz que faz muito mais sentido aumentar os investimentos na busca de intervenções efetivas, uma vez que o sistema criminal gasta anualmente bilhões, tentando reabilitar ou ressocializar os psicopatas e outros transgressores

³² SILVA, op. cit., nota 19 p.74.

³³ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p.184.

³⁴ STOUT, op. cit., nota 25, p.123.

³⁵ Ibid., op. cit., nota 22, p.225.

persistentes em vão, quando o que se precisa é descobrir um modo de socializá-los através de sérios esforços científicos e intervenções precoces, dado que os custos sociais e financeiros causados por eles são grandes.

Com base nas pesquisas de todos esses especialistas da Ciência Comportamental, pode-se constatar, que se faz necessária a criação imediata de um fundo para viabilizar a instalação e o funcionamento de um amplo sistema de avaliação comportamental, composta por psicólogos e psiquiatras especializados, continuamente preparados em centros de pesquisa e formação, todos orientados pelos métodos e estudos do psicólogo canadense Robert Hare.

Para viabilizar a criação desse centro de pesquisa e formação, é essencial que se celebre um acordo de cooperação entre os governos Brasileiro e Canadense, para que se possa desenvolver um centro matriz, no qual serão treinados os profissionais que vão integrar os outros centros de pesquisas, um em cada Estado da federação.

O objetivo é criar uma rede nacional, adotando um controle diagnóstico da psicopatia todo o país para os condenados por crimes hediondos, equiparados a hediondos, possibilitando assim o isolamento dos criminosos muito perigosos, visando cortar o máximo possível as possibilidades de extensão, frequência e manutenção dos reforços para esses grupos.

As alterações legislativas, a serem implementadas no Código Penal por um projeto de lei, devem ser direcionadas aos criminosos condenados ao regime fechado, por crimes hediondos e equiparados a hediondos, e para os condenados com psicopatia diagnosticada, são: a) a obrigatoriedade da avaliação psicológica através do “Psychopathy Checklist”, b) obrigatoriedade da separação dos traficantes, dos psicopatas e dos demais presos em presídios distintos.

A obrigatoriedade da avaliação psicológica através do “Psychopathy Checklist” pode ser implementada no artigo 34 do Código Penal, passando a vigorar o seguinte texto:

“O condenado ao regime fechado, ou por crime hediondo ou equiparado a hediondo, será submetido a exame criminológico de classificação para individualização da execução da pena, devendo ser utilizado também como critério de avaliação, o método “Psychopathy Checklist”.

A obrigatoriedade da avaliação comportamental periódica através do “Psychopathy Checklist” para os condenados diagnosticados psicopatas, pode ser implementada através da criação do § 4º, a ser inserida no artigo 34 do Código Penal, constando o seguinte texto:

“O condenado diagnosticado psicopata pelo método “Psychopathy Checklist”, será submetido ao exame criminológico completo periodicamente, devendo a sua periodicidade ser

estabelecida na avaliação inicial, para que seja ajustada a individualização da execução da pena, da concessão dos benefícios de progressão de regime e de livramento condicional.

A obrigatoriedade da separação dos traficantes, dos psicopatas e dos demais presos em presídios distintos pode ser implementada através da criação do artigo 34-A no Código Penal, constando o seguinte texto:

“Para atender a individualização da execução da pena, será obrigatória a separação dos condenados, isolando os condenados por tráfico de drogas, daqueles diagnosticados psicopatas, e dos demais condenados, em estabelecimentos prisionais distintos, específicos para cada situação.”

CONCLUSÃO

A alta criminalidade e a perda do controle do sistema prisional demonstram claramente que o poder de intimidação que a aplicação da lei deveria gerar na sociedade, vale dizer, o cidadão de nível intelectual médio, foi gravemente enfraquecido.

Esse enfraquecimento ocorreu devido às mudanças instituídas na reforma legislativa de 1984, Leis nº 7.209 e 7.210, que reduziram o tempo mínimo de cumprimento das penas privativas de liberdade para obter o regime de progressão e o livramento condicional, que passou de um terço para um sexto da pena prevista na sentença.

Essa redução do tempo mínimo de cumprimento da pena pela metade objetiva um incremento à ressocialização do preso, porém foi idealizada para o cidadão médio de forma genérica, beneficiando também os criminosos convictos e as organizações criminosas, que estavam em processo de franco crescimento, além de não considerar o crescimento da expectativa de vida média do brasileiro, que já tinha ultrapassado os 60 anos de idade, situações que, associadas, minimizaram drasticamente o impacto psicológico que a aplicação da pena gera sobre a sociedade, e logicamente, anularam totalmente esse impacto psicológico sobre os criminosos convictos e as organizações criminosas.

Apesar da Lei nº 8.072, de 1990, Lei de Crimes Hediondos, ter sido criada com o objetivo de corrigir esse tratamento genérico da reforma legislativa de 1984, aumentando tempo mínimo de cumprimento de 2/5 da pena, para os réus primários, e o cumprimento de 3/5 da pena, para os réus reincidentes, não surtiu muito efeito, pois a expectativa média de vida já ultrapassava os 65 anos.

Na realidade, a lógica mais coerente em relação à previsibilidade do comportamento humano é orientada pela constatação de que o indivíduo mais propenso a repetir uma conduta criminosa, é exatamente aquele que já cometeu algum delito, o que muda o paradigma do público alvo do Direito Penal para aquele indivíduo que já violou as normas penais, devendo ser focado também como público alvo a ser intimidado pela aplicação da Lei Penal, os criminosos convictos, os traficantes e os psicopatas.

Por isso, a Justiça Criminal Brasileira precisa mudar o seu paradigma, orientada pela neutralização desses criminosos mais graves, aplicando a análise psiquiátrica e psicológica da conduta humana, através da criação de um amplo sistema de avaliação comportamental, composta por psicólogos e psiquiatras especializados, preparados continuamente pelo centro de pesquisa e formação orientada pelos métodos e estudos do psicólogo canadense Robert Hare, podendo a criação desse centro pode ser viabilizado pela celebração de um acordo de cooperação entre o Brasil e o Canadá.

A implementação desse sistema tornando obrigatória a utilização do sistema de avaliação do Robert Hare no sistema brasileiro, criando um sistema de triagem visando isolar os condenados em presídios diferenciados por grupos: tráfico de drogas, psicopatia diagnosticada, é fundamental, dado que são líderes altamente perigosos e influenciadores dos demais condenados. A obrigatoriedade dos condenados diagnosticados com psicopatia serem submetidos a exames periódicos para adequar o cumprimento da pena e a obtenção dos benefícios legais, otimizará a recuperação do controle dos presídios, reduzindo as possibilidades de reforço do tráfico de drogas, combatendo assim a impunidade, e, gradativamente, fortalecer a Função Preventiva da Lei Penal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernando. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. IBGE, agência de notícias. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>. Acesso em: 17 jan 2019.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v.1. 17.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848 atualizado*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 abr 2018.

_____. *Decreto-lei nº 2.848 original*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 02 fev 2019.

_____. *Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-148882-pl.html>. Acesso em: 02 fev 2019.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 fev 2019.

CERQUEIRA, Daniel, et.al. *Atlas da Violência 2018*, de junho de 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 01 mar 2019.

COSTA, Flávio. Novos aliados do PCC contra o CV, Pandas surgem em prisão superlotada de RO. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/12/03/primeiro-comando-do-panda-facao-criminosa-rondonia-pcc-presidios-cv.htm?utm_source=E2%80%A6. Acesso em: 03 dez 2018.

CUNHA, Carolina. Feminicídio - Brasil é o 5º país em morte violentas de mulheres no mundo. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/femicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm>. Acesso em: 05 mai 2019.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

HARE, Robert D. *Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, Maria. *Invivo – História – É um milagre!*. FIOCRUZ. Disponível em: <http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=811&sid=7>. Acesso em: 25 mai 2019.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

SIMON, Robert I. *Homens Maus Fazem o que Homens Bons Sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

STOUT, Martha. *Meu vizinho é um psicopata*. Rio de Janeiro: Sextante, ed, 2010.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*, 6.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.