JOÃO BOSCO LEITE DOS SANTOS JUNIOR

**CRITÉRIOS JURÍDICO-NORMATIVOS NA DETERMINAÇÃO DA
PENA - ANÁLISE DOS DISCURSOS EM TORNO DA FINALIDADE DA
PUNIÇÃO**

SÃO PAULO

2014

JOÃO BOSCO LEITE DOS SANTOS JUNIOR

**CRITÉRIOS JURÍDICO-NORMATIVOS NA DETERMINAÇÃO DA
PENA - ANÁLISE DOS DISCURSOS EM TORNO DA FINALIDADE DA
PUNIÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade de São Paulo para obtenção do título
de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal, Medicina
Forense e Criminologia

Orientador: Professor Associado Dr. Alamiro
Velludo Salvador Netto.

Versão corrigida em julho de 2014. A versão
original, em formato eletrônico (PDF), encontra-
se disponível na CPG da Unidade.

SÃO PAULO

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total e parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SANTOS JR., João Bosco Leite dos.

Critérios jurídico-normativos na determinação da pena – análise dos discursos em torno da finalidade da punição / João Bosco Leite dos Santos; orientador Alamiro Velludo Salvador Netto. – São Paulo, 2014.
196 fls.

Dissertação (Mestrado) - - Universidade de São Paulo, 2014

1. Direito Penal – Criminologia. 2. Finalidades da Pena. 3. Determinação da Pena. 4. Crítica materialista.

Nome: SANTOS JR., João Bosco Leite dos.

Título: Critérios jurídico-normativos na determinação da pena – análise dos discursos em torno da finalidade da punição

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico esse trabalho à memória de João, boiadeiro, meu avô; de Raimunda, trabalhadora do lar, minha avó; de Luis, agricultor, meu avô; de Rita, trabalhadora do lar, minha avó. Ofereço essa singela obra, outrossim, a todos os trabalhadores e trabalhadoras, brasileiros ou não, estejam agrilhoados às fábricas, escritórios e afins, ou aprisionados na escuridão de algum cárcere.

AGRADECIMENTOS

Nomear todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a elaboração desse singelo trabalho é tarefa assaz inglória. Se, no limite, nós somos a síntese das relações humanas das quais tomamos parte, aludido encargo me obrigaria a agradecer, inclusive, aos inimigos... Todavia, reservo-me, por ora, a referir tão somente as pessoas queridas, que, consciente ou inconscientemente, influíram na produção dessa obra.

De início, agradeço aos meus pais, João Bosco e Maria de Fátima, às minhas irmãs, Fernanda, Luana e Renata, e ao meu sobrinho Fabrício. Essas são as pessoas que me convencem, dia após dia, da possibilidade do amor incondicional.

Agradeço, igualmente, à legião de irmãos e irmãs que, se não me foram dados pela natureza, nem por isso deixam de ser imprescindíveis:

- Aos meus amigos Abulai, Cadul, Junior Pacheco, Michel Torres, Paulo, Rafael Tauil e Rodrigo Rango, camaradas que são (ou foram) dos Cravos da Madrugada;
- Aos meus amigos Álvaro Augusto, Bruno Moraes, Cláudio Bacelar, Danilo Queiroz, Fernando Rugitsky, Fernando Tavares, Gabriel Moura, Henrique Finoti, João Godoy, Marcos Minari, Pablo Biondi, Pedro Pinto e Thiago Leal. Às minhas amigas Adriana Flores, Isadora Brandão, Jéssica Elize e Talita Melo;
- Aos meus amigos Alexandre Han, Daniel Yoshinaga, Edson Pinheiro e Jorge Barretto. Às minhas amigas Bruna Santi e Thais la Fuente;
- Aos camaradas Edgar Moreira da Silva e Marco Antonio Zanellato;
- Aos meus amigos Arthur Alves, Danilo Iak, Elthon Novas, Fabio Aliende e Luis Enrique, camaradas desde os tempos de Liceu;
- À minha amiga Vilma e ao meu camarada Claudimar;
- Ao meu orientador Alamiro, pela orientação, pelo apoio e, sobretudo, pela paciência.

*“Ser radical é agarrar a coisa pela raiz.
Mas a raiz, para o homem, é o próprio
homem”.*

Karl Marx

RESUMO

SANTOS JR., João Bosco Leite dos. *Crítérios jurídico-normativos na determinação da pena – análise dos discursos em torno da finalidade da punição*. 2014. 196 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Esse trabalho sintetiza a busca por uma orientação alternativa para o tratamento teórico-prático da determinação judicial da pena, com destaque especial para as particularidades referentes à fixação da pena-base. Para tanto, de saída, foi revisitado o discurso tradicional sobre a punição, de sorte a explicitar, já a partir desse campo de legitimação da pena, algumas das principais limitações das abordagens ditas oficiais a respeito dos fundamentos e finalidades atribuídos à reprimenda penal. Em seguida, buscou-se empreender uma crítica materialista da punição, o que foi feito por meio de uma abordagem histórico-social da pena e das instituições penais, das quais se examinou a origem e consolidação, até o desaguar no atual quadro de encarceramento em massa. Por fim, analisou-se as principais contribuições teóricas ao debate sobre a determinação da punição, de maneira a que fossem aduzidas as suas mais graves insuficiências, e, ao cabo, esboçou-se indicações, ainda que gerais, voltadas a uma atuação penal fundamentalmente referenciada na necessidade de se minorar os efeitos reconhecidamente dessocializadores do cárcere.

Palavras-chave: Direito Penal – Criminologia. Finalidades da Pena. Determinação da Pena. Crítica materialista.

ABSTRACT

SANTOS JR., João Bosco Leite dos. *Normative gaps in the determination of the penalty - Analysis of the speeches on the purpose of punishment*. 2014. 196 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

This paper summarizes the search for an alternative orientation to the theoretical and practical treatment of judicial sentencing, with particular attention to the particularities regarding the base sentencing. To do so, the traditional discourse on punishment was revisited, in order to clarify, from this field of penalty legitimacy, some of the main limitations of the so called official approach concerning the foundations and purposes attributed to criminal reprimand. Next, we sought to undertake a materialist critique of punishment, which was done through a socio-historical approach of sentences and penal institutions, whose origin and consolidation was examined, to the current flow of mass incarceration. Finally, the main theoretical contributions to the debates on the determination of punishment were analyzed, so that they were put forward to its most serious shortcomings, and indications were laid out, albeit general, geared primarily to a criminal action referenced on the need to mitigate the well known dissocialising effects of the jail.

Keywords: Criminal Law - Criminology. Penalty Purpose. Determination of Penalty. Materialist Critique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. O DISCURSO TRADICIONAL SOBRE A PUNIÇÃO.....	16
1.1. Teorias Absolutas da Pena.....	16
1.2. Apontamentos críticos às teorias absolutas da pena.....	21
1.3. Teorias Relativas da Pena.....	23
1.4. Prevenção Geral Negativa.....	25
1.5. Apontamentos críticos às teorias da prevenção geral negativa.....	28
1.6. Prevenção Especial.....	31
1.7. Apontamentos críticos às teorias da prevenção especial.....	36
1.8. Prevenção Geral Positiva.....	39
1.9. Apontamentos críticos às teorias da prevenção geral positiva.....	49
1.10. As teorias unitárias ou mistas - Apontamentos críticos.....	52
2. O DISCURSO CRÍTICO SOBRE A PUNIÇÃO.....	58
2.1. A acumulação primitiva e a gênese da instituição carcerária.....	58
2.2. Cárcere, fábrica e controle social.....	65
2.3. Reestruturação produtiva do capital e encarceramento em massa.....	72

2.4. A pena como retribuição equivalente.....	83
2.5. Teorias ideológicas e teorias tecnocráticas.....	88
2.6. A contradição entre <i>a retribuição equivalente como valor de troca</i> e <i>a prevenção como valor de uso</i>	104
3. VISÕES SOCIAIS DE MUNDO E DETERMINAÇÃO DA PENA....	107
3.1. Teorias sobre a determinação da pena.....	107
3.2. Visões sociais de mundo, ideologias e utopias no discurso científico e no discurso jurídico.....	121
3.3. Visões sociais de mundo e determinação da pena.....	130
3.4. Uma análise dos atuais critérios jurídico-normativos para a determinação da pena.....	146
3.5. Outros aspectos relevantes para a determinação da pena-base.....	166
CONCLUSÕES.....	174
REFERÊNCIAS.....	178
I. Bibliografia.....	178
II. Outras fontes de pesquisa.....	195

INTRODUÇÃO

As circunstâncias judiciais insertas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, *certamente*, estão entre os parâmetros normativos mais abertos de toda a legislação punitiva de regência. Mormente as denominadas circunstâncias judiciais subjetivas configuram, é preciso reconhecer, uma nada desprezível margem de manobra para o intérprete, seja este um jurista prático, seja um cientista desinteressado. Por outro lado, fala-se aqui de previsões legais em face das quais se torna praticamente impossível preservar aquela postura sobremaneira comum no “meio jurídico”, a saber, a postura de quem sinceramente se pensa - ou de quem ladinamente se apresenta - axiologicamente “neutro”. Com efeito, a pretensão de examinar em que medida os discursos juspenais acerca dos fatores do referido artigo 59 enraizam-se nas prenoções, preconceitos, é dizer, na *visão social de mundo* dos “práticos” e/ou cientistas que cuidaram de abordar a problemática relativa à fixação da pena-base¹, figurou como um dos principais objetivos buscados com o desenvolvimento da pesquisa cujos resultados serão aduzidos abaixo.

Além das fluidas circunstâncias judiciais, constam também do artigo 59 do CP as indicações mais gerais do sentido e finalidade que devem – ou podem – ser conferidos à punição, o que, no limite, sinaliza a própria direção que se deve – ou se pode – impor ao sistema penal. Ou seja, cuida-se de outra significativa abertura para que as concepções de homem, sociedade, história, e sua relação com a natureza se manifestem amplamente.

Não se pode negar, por óbvio, que o presente trabalho também contém uma dimensão dogmática². Entretanto, tentou-se, dentro do possível, ultrapassar a mera *manipulação prático-*

¹ As circunstâncias legais – atenuantes e agravantes, causas de aumento e de diminuição -, por apresentarem estrutura mais fechada, é dizer, (quase) típica, parecem interessar mais à teoria do delito do que à teoria da determinação da pena, razão pela qual não foram analisadas no presente trabalho. Nesse sentido, o argumento de Massud: “Tendo em vista que, à exceção da atenuante do art. 66, todas as circunstâncias agravantes, atenuantes e as causas gerais de aumento e diminuição de pena encerram verdadeiros “tipos” penais de modificação da pena, a análise de sua incidência feita de modo particular, ou seja, uma a uma, parece, [...], interessar muito mais à teoria geral do crime do que à da determinação da pena”. (MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 180).

² Sobre a importância de se fazer dogmática penal com fundamento numa visão crítica de mundo, conferir: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 38.

*utilitária*³ tão comum no tratamento das questões jurídicas em geral, bem como dos problemas penais em particular. De fato, por conta de seu agir tipicamente justificador da realidade social, normalmente o juspenalista “*não discute com o mundo jurídico acerca da “pena” em si, mas sim acerca do modo e do tipo da punição*”⁴. É dizer, a punição estaria dada, e caberia tão somente operá-la. Quer parecer, todavia, que, diferentemente do usual, cumpre lograr entender a fundo a inter-relação do sistema punitivo – e da pena – com o conjunto da ordem social, a partir de uma reflexão de caráter histórico-genético, para, só então, passar-se ao exame sistemático dos aspectos propriamente juspenais. Ou seja, cuida-se de reconhecer que as partes, que não se explicam *per si*, somente podem ser efetivamente compreendidas se referidas ao todo, sem que isso redunde em olvidar das particularidades (e consequente autonomia relativa) do que é parcial⁵.

Esse desafio foi enfrentado no bojo de uma abordagem conforme a qual o Estado, se, por um lado, não é compreendido como mero instrumento que repousa nas mãos da classe dominante⁶, tampouco é entendido enquanto um ente político autônomo que paira por sobre a sociedade civil⁷. Trata-se, no entanto, de apreendê-lo *essencialmente* como garantidor da reprodução de uma ordem social que atualiza, *consoante os particulares termos do capital*, a velha história de exploração do homem pelo homem⁸.

Partiu-se, outrossim, do caráter fundamentalmente classista do Direito, o qual somente ganhou espaço para regular o mundo dos homens a partir do momento em que os conflitos se

³ ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e Ideologia - Aparência e Realidade*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 31.

⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Sagrada Família ou A Crítica da Crítica crítica contra Bruno Bauer e seus consortes*. Trad. Marcelo Backes. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 200.

⁵ LÖWY, Michael; NAÏR, Sami. *Lucien Goldmann, ou A dialética da totalidade*. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2008, pp. 23-30.

⁶ ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 17.

⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁸ *Ibid.* Cf. também: MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 23. Sobre o caráter essencialmente classista do Estado, o qual funciona como *garante* da ordem burguesa e das relações sociais antagônicas que lhe são inerentes, em que pese apareça como ente público, destaca Pachukanis que: “*O domínio de fato assume um pronunciado caráter de direito público desde que, ao lado e independentemente dele, surgem relações que estão ligadas ao ato de troca, isto é, relações privadas por excelência. Na medida em que a autoridade aparece como o fiador destas relações, impõe-se como autoridade social, um poder público, que representa o interesse impessoal da ordem [...]*.” (PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, pp. 92-93). Cf. ainda: NETTO, José Paulo. *Elementos para uma leitura crítica do Manifesto Comunista*. Disponível em: <http://www.pcb.org.br/fdr/docs/jose-paulo-netto-manifesto.pdf>. Acesso em 02/02/2014, pp. 37-38.

tornaram antagônicos, irreconciliáveis, é dizer, quando os seres humanos passaram a se defrontar enquanto membros de classes sociais, sem que isso redunde, de fato, em negar a autonomia relativa do Direito como complexo social responsável pela reprodução da totalidade social⁹.

A esses pressupostos, soma-se uma compreensão a respeito do indivíduo assentada em uma perspectiva materialista radicalmente humanista, segundo a qual o ser humano, seja na esfera individual, seja na esfera pública, é um ser que responde, que faz escolhas e, como tal, engendra a sua própria história, em que pesa não a partir de condições livremente escolhidas¹⁰.

Explicitados as prenoções, cumpre seguir adiante.

No primeiro capítulo do presente trabalho, cuidou-se de aduzir as contribuições denominadas tradicionais (ou oficiais) sobre a punição. Esses contributos teóricos foram

⁹ “[...] a regulamentação das relações sociais, em certas condições, reveste um caráter jurídico. [...] Se passarmos aos povos primitivos vemos aí certamente o embrião de um direito, mas a maior parte das relações é disciplinada extrajudicialmente, por exemplo, sob a forma de preceitos religiosos. [...] Uma das premissas fundamentais da regulamentação jurídica é, assim, o antagonismo dos interesses particulares ou privados. Este antagonismo é tanto condição lógica da forma jurídica quanto causa real de evolução da superestrutura jurídica. A conduta dos homens pode determinar-se pelas regras mais complexas, mas o momento jurídico desta regulamentação inicia-se onde começam as diferenças e as oposições de interesses. [...] A unidade de fim, ao contrário, representa a condição da regulamentação técnica”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, pp. 42-44). Cf. outrossim: *Ontologia do Ser Social*. v. 2. Trad. Nélío Schneider, Ivo Tonet e Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 229-252; LESSA, Sérgio. *Direito e política*. In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 103-122; LESSA, Sérgio. *Para compreender a ontologia de Lukács*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2012, pp. 68-69; 99-103; SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao direito*. São Paulo: Cortez, 2010.

¹⁰ “Trata-se, com efeito, de sublinhar que são os próprios homens que fazem a sua história, tanto na sua vida privada como na existência pública. Segue-se que tudo o que aconteceu, acontece e acontecerá no curso da história da humanidade compõe-se de ações humanas, as quais têm sua fonte direta nas resoluções humanas e essas resoluções são sempre tomadas nas situações concretas, precisas [...]. Ora, consideradas no plano individual, essas resoluções podem sempre ser tomadas num sentido ou noutro. Nenhum marxista razoável poderia, com efeito, pôr em dúvida que, por exemplo, quando os operários são chamados a participar de uma manifestação, cada operário interessado deverá decidir se tomará parte nela ou não [...]”. (LUKÁCS, Georg. *Existencialismo ou marxismo?* Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Ciências Humanas, 1979, pp. 124-125.). “O marxismo não se faz contra o indivíduo. Faz-se, sim, (com indivíduos e coletivos), entre outras coisas, contra representações do indivíduo tendencialmente fantástico-delirantes. Sob este prisma, o que o marxismo nega é a atribuição mistificatória ao indivíduo quer de um imaginário poder demiúrgico incondicionado (que, aliás, também não outorga à “Sociedade”) quer de um estatuto robinsônico, tão do agrado do idealismo, em geral, e do individualismo burguês, em particular”. (BARATA-MOURA, José. *Materialismo e Subjetividade – Estudos em torno de Marx*. Lisboa: Avante, 1997, p. 328). Cf. também: *Ontologia do Ser Social*. v. 2. Trad. Nélío Schneider, Ivo Tonet e Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 278-302. No mesmo sentido, conferir: SCHAFF, Adam. *O marxismo e o indivíduo*. Trad. Heidrun Mendes da Silva. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 162.

chamados “tradicionais” porque fundamentalmente comprometidos com a justificação, com a legitimação, da ordem societal afiançada pelo complexo punitivo. Referidos discursos, normalmente concebidos em termos especulativos, todavia, nem sempre se apresentam como falsificadores da realidade objetiva. Entretanto, caracterizam-se por apresentar reduzida capacidade explicativa, pois que a necessidade apologética, ora mais, ora menos presente, acaba por dar azo a apreensões incompletas e unilaterais do ser histórico-social da pena.

No segundo capítulo, aduziu-se a crítica materialista, por meio da qual foi examinada a gênese, desenvolvimento e consolidação das instituições penais gestadas no seio da nova ordem social que germinava, a saber, a sociedade capitalista. Das casas de trabalho e de correção, passando pelo cárcere propriamente dito, até os atuais depósitos de infratores em que se transformaram as prisões contemporâneas – todo esse percurso foi trilhado, para que se pudesse, mais adiante, retornar à análise das teorias da pena, então a partir de um enquadramento totalmente distinto.

Por fim, no terceiro capítulo, foram abordadas as mais variegadas contribuições no que concerne à determinação da pena, o que não se fez sem que procedesse, paralelamente, ao mapeamento das prenoções, pressupostos, preconceitos etc. de seus formuladores. Ao cabo, algumas indicações foram aportadas, ainda que bastante gerais, acerca de um caminho que pode ser seguido a fim de reorientar a aplicação da pena consoante a necessidade de se minorar os efeitos dessocializantes do encarceramento.

1. O DISCURSO TRADICIONAL SOBRE A PUNIÇÃO

1.1. Teorias Absolutas da Pena

Punitur quia peccatum est. Eis a máxima latina¹¹ pela qual é possível expressar telegraficamente o propósito identificado com as teorias absolutas da pena¹². Com efeito, os entusiastas de aludida doutrina pretendem sustentar a legitimidade da punição tomando em consideração o passado ou, mais precisamente, o mal atribuído ao delito cometido. Nenhuma consequência externa¹³, é dizer, nenhuma finalidade social se pretende realizar com a imposição da reprimenda, a qual se deve impingir por simples imperativo de justiça, conforme o clássico contributo kantiano¹⁴. De fato, pode-se afirmar que, a despeito de comportar variações (expição, retribuição, compensação etc.¹⁵), a perspectiva absoluta da pena se caracteriza pelo olhar retrospectivo¹⁶, ou seja, “pune-se porque se pecou”, de maneira que:

Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinuiu, o que equivale a dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.¹⁷

Não se coloca, portanto, a problemática relativa às eventuais funções sociais que se poderia atingir por meio da pena. Em sua formulação mais corrente, tem-se que o conteúdo da

¹¹ Referida fórmula é atribuída a Sêneca. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 4.

¹² LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 5.

¹³ HASSEMER, Winfried. *Prevención en el derecho penal*. In: *Prevención y teoría de la pena*. Trad. e Org. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: ConoSur, 1998, pp. 101-103; GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: *Revista de Direito GV*. v. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, p. 190.

¹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 154-156.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 91.

¹⁶ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 174.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

punição se esgota na justa retribuição, de sorte que “*finalidades empírico-sociais*”¹⁸, conquanto desejadas, tais como a intimidação e a ressocialização, quando presentes, não consubstanciam senão efeitos de natureza acessória, prescindíveis para que se tenha por justificada a pena¹⁹. Ou seja, à luz da teoria da retribuição, a punição não está lastreada na realização de quaisquer finalidades radicadas “[...] *en el campo de lo empíricamente demonstrable* [...]”²⁰, mas sim se justifica “[...] *porque tiene un valor ya de por sí, el que se ocasione un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el Derecho* (“*poena absoluta est ab effectu*”))”²¹.

Kant e Hegel, representantes do idealismo alemão, são estimados como os principais expoentes da teoria da retribuição²². A formulação do primeiro, para o qual “*a lei penal é um imperativo categórico* [...]”²³, pode ser perfeitamente traduzida pela seguinte passagem de sua obra:

A pena jurídica (*poena forensis*), que difere da pena natural (*poena naturalis*), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado *pela única razão de que delinuiu*; porque jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade natural inata o garante contra tal ultraje, mesmo quando possa ser condenado a perder a personalidade civil.²⁴

Consoante a tese kantiana, como se pode notar, restam afastadas quaisquer pretensões de colorido utilitarista, as quais ofenderiam a dignidade humana²⁵, de modo que a pena se

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 94.

¹⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 236.

²⁰ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 8. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 72; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 61.

²¹ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 8.

²² *Ibid.*, p. 7. Para uma abordagem em que é conferido grande destaque à contribuição de Giuseppe Bettiol para o tema ora versado, conferir REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 48-50.

²³ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 176.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, pp. 193-194.

impõe, incondicionalmente, pela só decorrência e como consequência da transgressão da lei penal, sendo bastante ilustrativo desse pensamento o célebre exemplo da dissolução de uma hipotética comunidade estabelecida em uma ilha²⁶. A inflição da pena àquele que delinuiu é entendida como exigência ética, fundada no valor moral na norma desrespeitada pelo infrator²⁷. Ao mal injusto do crime deve se seguir o mal justo da pena, como condição para a realização da justiça que, tributária do princípio da igualdade²⁸, seria orientada conforme o direito talionar²⁹, de tal arte que cada um possa receber por seus atos aquilo que supostamente merece³⁰.

Já em Hegel, a imposição da pena seria condição necessária para o restabelecimento do direito quebrantado pelo delito³¹. Demais disso, a punição figuraria como um direito do infrator³². A primeira hipótese configuraria uma fundamentação objetiva da reprimenda³³, que se poderia expressar pela seguinte (e muito conhecida) fórmula: *negação da negação*³⁴. Eis a passagem da obra hegeliana em que se desenvolve com clareza o referido enunciado:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma experiência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.³⁵

²⁶ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, pp. 178-179.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 205.

²⁸ KANT, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 177.

²⁹ *Ibid.* Em emblemática passagem sobre o tema específico do homicídio, e da pena que se deve ligar a tal delito, Kant preconiza que “*devem ser punidos com a morte todos os assassinos e todos que hajam ordenado semelhante crime ou tenham sido cúmplices*”. (*Ibid.*, p. 180).

³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 165. Nesse mesmo sentido: FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, pp. 192-194.

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, pp. 3-4.

³² LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 14-15.

³³ *Ibid.*, p. 16.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, § 97, p. 87.

Como se observa, a pena é compreendida como negação, como reação à ofensa que nega o Direito. Ou seja, trata-se de violência que se perfaz em violência jurídica, por consubstanciar a supressão da violência que maltrata o Direito³⁶, proporcionando, então, a reafirmação do ordenamento. A pena, equivalente lógico do delito³⁷, “*seria negação da negação do Direito, a lesão da lesão, a modo de discurso e réplica*”³⁸.

Além da abordada fundamentação objetiva da pena, haveria, como acima se destacou, uma espécie de expressão positiva da retribuição, uma justificação de caráter subjetivo³⁹, por força da qual se teria por legitimada a punição face ao próprio delinquente.

Com efeito, “*a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito*”⁴⁰, de forma que “*considerando-se assim que a pena contém o seu direito, dignifica-se o criminoso como ser racional*”⁴¹. Vale dizer, ao se decidir pelo delito, o infrator, ser livre e racional, decide-se igualmente pela pena, pelo que se faz justa e merecida a punição⁴².

Cumprе, ainda, destacar que, mesmo apresentando-se como um crítico de Beccaria e, consequentemente, do cunho intimidador por ele atribuído à pena⁴³, Hegel não despreza a possibilidade de a punição vir a servir a finalidades como intimidação, correção etc., as quais,

³⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, § 93, p. 84.

³⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 177.

³⁸ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 197. No mesmo sentido: LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 17; “*A pena é a negação da negação, isto é, o crime surge como a negação da vontade geral, que é o ordenamento jurídico, e a pena negará a vontade especial do delinquente, que é um ser racional e livre*”. (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 41).

³⁹ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, § 100, p. 89.

⁴¹ *Ibid.*, § 100/nota, p. 90.

⁴² LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, pp. 13-16; SCHÜNEMANN, Bernd. *Aporías de la teoría de la pena en la filosofía – Pensamientos sobre Immanuel Kant*. In: InDRET: Revista para el análisis del derecho. Abril 2008. No mesmo sentido: “*O ordenamento jurídico é desejado por todos, pois a pena não é só justa em si, mas um direito do criminoso, uma forma de sua vontade de existir, que está insita no seu ato*”. (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 41).

⁴³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, § 100/nota, p. 89.

entretanto, não teriam o condão de conferir justiça à pena⁴⁴. Nesse sentido, o argumento de Rodrigues que, de forma amplamente minoritária na doutrina, sustenta que o filósofo alemão discriminaria com clareza os fundamentos daquelas que seriam as finalidades da punição⁴⁵, de maneira que se no “[...] *plano lógico-formal* [...]”⁴⁶ a pena corresponderia, como justa retribuição, ao delito, no “[...] *plano institucional da sociedade civil* [...]”⁴⁷, colocando-se de escanteio o princípio talionar de Kant⁴⁸, as necessidades histórico-sociais conduziram à busca de fins preventivos⁴⁹. Pela mesma trilha segue Jakobs, o qual salienta que “[...] *en Hegel la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad*”⁵⁰.

De feito, o teor do parágrafo 218, bem como da anotação marginal que a ele se segue - os quais estão situados no tópico sobre a jurisdição, na seção referente à sociedade civil⁵¹-, parecem dar razão a Rodrigues e a Jakobs. Da mencionada nota pode-se concluir que o “*perigo social*” ligado ao crime, como aspecto inerente à realidade social, apresenta papel determinante na definição da qualidade e da quantidade da pena a ser infligida ao infrator, pois que “*um código penal pertence essencialmente ao seu tempo e ao correspondente estado da sociedade civil*”⁵².

⁴⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, § 99/nota, pp. 88-89.

⁴⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 174.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 177, nota n. 60.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Em Hegel a relação entre delito e pena não seria de igualdade específica, mas sim de equivalência, de igualdade de valor. Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, § 101/nota, pp. 90-92. Nesse sentido, as considerações de Schünemann: “*El principio del talión, que aparece en Kant como hermano de la teoría de la autocontradicción, no ha sido desatendido sólo por él repetidamente en ejemplos concretos, sino ridiculizado ya por Hegel con el ejemplo del autor de un solo ojo que le saca el ojo a outro*”. (SCHÜNEMANN, Bernd. *Aporías de la teoría de la pena en la filosofía - Pensamientos sobre Immanuel Kant*. In: *InDRET: Revista para el análisis del derecho*. Abril 2008).

⁴⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.*, p. 177, nota n. 60.

⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 23.

⁵¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, § 218/nota, pp. 194-195.

⁵² *Ibid.*, p. 195.

1.2. Apontamentos críticos às teorias absolutas da pena

Mesmo tomando-se em consideração somente os discursos ditos oficiais ou justificadores da punição, não são poucas as notas críticas dirigidas às teorias absolutas da pena. Tais censuras são formuladas, principalmente, por juspenalistas partidários de concepções relativas da pena⁵³.

Assumindo como pressuposto que cumpriria ao Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos⁵⁴, Roxin assevera que ao Estado não seria possível, nem tampouco legítimo, perseguir a efetivação da noção transcendente de justiça que está na base das teorias absolutas da pena. Sua tarefa, de outra sorte, residiria no asseguramento das condições de convivência pacífica dos cidadãos⁵⁵. Ademais, a suposição de que o sofrimento ocasionado pela imposição da pena possa compensar o mal decorrente do delito constituiria um ato de fé, uma crença irracional, inaceitável tanto do ponto de vista político quanto da perspectiva científica⁵⁶.

Outra base ideológica das teorias absolutas seria “[...] *la fe en la capacidad de la persona para autodeterminarse* [...]”⁵⁷, a qual, seguindo com Roxin, seria empiricamente indemonstrável⁵⁸. Conforme sustenta o aludido jurista, a compensação da culpa, suposta pelos defensores da fundamentação absoluta da pena, pressupõe a liberdade humana radicada no livre arbítrio, o qual, no entanto, não seria passível de comprovação⁵⁹.

Além disso, a retribuição do mal com o mal, ínsita às noções absolutas da punição, seria político-criminalmente insustentável, pois que comprometeria sobremaneira a realização

⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 5.

⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoria del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 51.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 84. No mesmo sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 62.

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 84.

⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 61.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 84.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 18.

da função socializadora atribuída à punição. Nesse sentido, o entendimento de Figueiredo Dias, que acrescenta ao argumento considerações de ordem preventivo-gerais:

Uma pena retributiva esgota o seu sentido no *mal* que se faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime, nesta medida é uma doutrina puramente *social-negativa* que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz pública da comunidade afetada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer *atuação preventiva* e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade.⁶⁰

Censura-se, outrossim, o elemento mágico-religioso que estaria na raiz das perspectivas absolutas da pena⁶¹.

Também a teoria da expiação não ficaria indene a críticas. A pena como expiação consubstanciaria “[...] *la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado, en definitiva, con la comunidad* [...]”⁶², de modo que pressupõe o voluntário arrependimento do culpado, “[...] *un arrepentimiento que sea visto por la sociedad como redención de su culpa*”⁶³. Entretanto, ainda que o reconhecimento da culpa e a aceitação da pena como justa pelo infrator sejam efeitos desejados da punição, não podem ser determinados contra a vontade do apenado, ao qual caberia decidir autonomamente a esse respeito⁶⁴.

Shecaira e Corrêa Junior, por seu turno, destacam, no entanto, um aspecto relevante relacionado às teorias absolutas da pena que não pode ser olvidado, dado a sua importância

⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, pp. 95-96.

⁶¹ Ferrajoli salienta que “[...] *trata-se da sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza, vale dizer, a ideia da pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo, ou aquelas igualmente não razoáveis da negação do direito por parte do erro e da simétrica reparação deste pelo direito*”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 206). No mesmo sentido: CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 121-122.

⁶² LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 7.

⁶³ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 85; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 25.

para efeito de limitação do poder punitivo. Cuida-se da proporcionalidade entre pena e culpa⁶⁵, que seria a qualidade mais saliente da noção de retribuição, “[...] a ideia de medição da pena, o que podemos chamar de princípio da proporcionalidade, dado informativo de qualquer moderna legislação penal”⁶⁶.

1.3. Teorias Relativas da Pena

Punitur ne peccetur. Esta é a fórmula que, por seu turno, traduz o programa referente às teorias relativas da pena⁶⁷. Diferentemente do que se viu por ocasião da abordagem das chamadas teorias absolutas da punição, as perspectivas relativas se caracterizam pela visão prospectiva, é dizer, pela pretensão de se lograr objetivos no futuro (“*poena relata ad effectum*”)⁶⁸. Trata-se, de fato, de uma doutrina penal de cariz consequencialista, por força da qual a legitimidade da pena residirá na sua utilidade social, ou seja, na sua aptidão para viabilizar a efetivação de certas finalidades preventivas⁶⁹. Nesse sentido, mais uma vez, as considerações de Bitencourt:

Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir. [...] Para ambas as teorias, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.⁷⁰

⁶⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, pp. 236-237.

⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 131. Em sentido aproximado, conferir: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 72-73. Zaffaroni, no entanto, destaca que, ao funcionar como limite ou critério para a quantificação da pena, a retribuição não mais seria uma teoria da pena, mas sim uma espécie de *princípio regulador*, orientado à contenção da irracionalidade característica do exercício do poder punitivo.

⁶⁷ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 5. O aludido preceito também é atribuído a Sêneca. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 7

⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 62.

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 97.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

Os discursos utilitaristas de justificação da punição costumam ser associados ao movimento iluminista, no bojo do qual haveria se desenrolado um processo de secularização do direito penal⁷¹, de sorte que, rompidas as especulações teológicas e metafísicas⁷², “*o sofrimento deliberado em que consiste o castigo somente estaria justificado se fosse útil, ou seja, se com ele se evitasse e prevenisse um sofrimento futuro, punitur ut ne peccetur*”⁷³. Assim, especificamente no que respeita à teoria da prevenção geral negativa, sobre a qual se discorrerá logo adiante, Carvalho afirma que “[...] *das teorias clássicas sobre os fundamentos do direito de punir, a única idônea a ingressar na modernidade, dado o respeito ao pressuposto da secularização, seria a teoria da prevenção geral negativa*”⁷⁴.

Consoante uma classificação já bastante tradicional, o objetivo preventivo que se vislumbra com a inflicção de uma pena pode ser qualificado tomando-se em conta seja a *esfera de destinatários da prevenção*, seja a *natureza da utilidade que se atribui à punição*⁷⁵. Dessa maneira, na trilha do primeiro critério apontado, a prevenção será *geral*, caso o efeito preventivo esteja referido à generalidade das pessoas ou, de outro lado, a prevenção será dita *especial*, na hipótese de a ação preventiva estar dirigida à pessoa do infrator. Quanto ao segundo critério, a prevenção será *negativa* ou *positiva*, de modo que:

Combinando os dois critérios, teremos quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supradescritas, ou seja: aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça

⁷¹ Nesse sentido, por todos, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 210.

⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 218.

⁷³ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 174.

⁷⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 212.

que a mesma constitui.⁷⁶

A seguir, serão examinadas cada uma das mencionadas doutrinas da prevenção, a começar pela denominada teoria da prevenção geral negativa ou da intimidação.

1.4. Prevenção Geral Negativa

De acordo com a teoria da prevenção geral negativa, a intimidação dos potenciais infratores seria a finalidade a se perseguir com a imposição da pena⁷⁷. Para tanto, seriam reconhecidas duas modalidades de formulação preventiva, conforme a eficácia intimidadora fosse conferida ao *exemplo* decorrente da aplicação da pena ou, de outra forma, fosse o efeito intimidador entendido como derivado da *ameaça* da punição prevista na lei penal⁷⁸.

Beccaria seria um dos principais entusiastas do primeiro grupo de teorias, é dizer, da pretensão a se justificar a pena a partir do exemplo que sua aplicação poderia representar para os supostos infratores em potencial⁷⁹. Com efeito, é de sua celeberrima obra *Dos Delitos e das Penas* que se pode colher que a pena, a qual deve ser moderada quanto à sua intensidade e certa quanto à sua aplicação, tem “[...] *por fim único impedir que o culpado cause futuramente novos danos à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime*”⁸⁰. Cuida-se de

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 212-213. No mesmo sentido, FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, pp. 204-205. Para uma abordagem do que se denominou “*legitimações apócrifas da pena*”, pois que secundárias ao discurso oficial, conferir: GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena II*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. v. 3. n. 1. São Paulo: jan. - jun. 2007, pp. 137-149.

⁷⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 318; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 57.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, pp. 222-224. No mesmo sentido: FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.*, pp. 205-209.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, pp. 222-223. Camargo, entretanto, situa o pensamento de Beccaria entre as teorias absolutas da pena, como se vê de sua obra acima citada. Cf. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, pp. 38-39. Referido entendimento não encontra eco junto aos demais autores pesquisados, dos quais vale destacar as palavras de Reale Júnior: “*O pensamento iluminista rejeitava a ideia de retribuição moral, do castigo como um fim em si mesmo, e só poderia compreender a punição sob a égide da utilidade, que se atende pelo fim da intimidação, do exemplo que salvaguarda a sociedade afastando a tentação da prática delituosa, ainda mais se a relação crime-castigo for rápida, garantindo inexistir impunidade*”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 53-54).

⁸⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. Leme: CL Edijur, 2010, p. 54.

contribuição ideopolítica claramente orientada ao combate da aludida inutilidade das penas cruéis características do medievo⁸¹.

Exponente destacado da teoria da prevenção pela ameaça penal seria Feuerbach⁸², cuja elaboração encontra-se cristalinamente sintetizada no parágrafo 16 da obra ora examinada⁸³, do qual se transcreve o seguinte trecho:

I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediano (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.⁸⁴

Pode-se concluir da passagem *supra* que, para o autor em exame, tanto a aplicação como a execução da pena não visam senão a conferir efetividade a ameaça contida na lei penal, de sorte que, ainda que indiretamente, o fim perseguido não deixa de ser aquele pretendido com a cominação legal, a saber, a intimidação da generalidade dos cidadãos⁸⁵. Trata-se da chamada teoria da coação psicológica⁸⁶, por obra da qual o impulso para o crime seria anulado pela consciência no sentido de que ao mal do fato haverá de se seguir, necessariamente, um mal de maior intensidade do que o decorrente da privação do prazer que

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 9. No mesmo sentido: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 232-235.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 223-224.

⁸³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, §16, p. 53.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Roxin, ao comentar a referida passagem da obra feuerbachiana, põe em relevo os momentos de aplicação e de execução da pena, sem os quais a ameaça veiculada pela cominação legal seria ineficaz. Assim, textualmente: “Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza”. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 90).

⁸⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Op. cit.*, § 12, p. 52.

eventualmente se poderia lograr alcançar com a prática da infração⁸⁷.

Cumpre, no entanto, destacar que, apesar da centralidade que confere à intimidação geral em sua obra, Feuerbach não se furta de apontar a realização de eventuais finalidades paralelas associadas à pena, entre as quais “*el mejoramiento jurídico del penado*”⁸⁸, que, se presentes, fariam da pena uma instituição mais adequada a seu objeto⁸⁹.

A perspectiva da prevenção geral negativa faz eco também entre autores contemporâneos, dos quais cabe pôr em relevo a contribuição de Luzón Peña. Buscando fundamentação na psicanálise⁹⁰, o autor em tela preconiza o caráter racional da ameaça penal enquanto instrumento de controle social, salientando que:

[...] pues como el hombre carece de inhibiciones innatas de la agresividad frente a su propia especie, del mismo modo que se procede mediante la creación de miedos reales al castigo o privación de satisfacciones en la educación paterna, etc., frente al niño o al individuo, así la sociedad o el Estado tienen que recurrir a la amenaza de pena como medio elemental, y ciertamente tosco, de elevar y reforzar los mecanismos inhibitorios de los individuos frente a la comisión de las conductas socialmente más intolerables y que, por ello, más interesa prohibir.⁹¹

Conforme Luzón Peña, a pena seria o meio do qual a sociedade se utilizaria a fim de privar o infrator dos frutos havidos com a violação do direito, de molde a aplacar a compulsão social por castigo e, dessa maneira, restaurar o “*equilíbrio psíquico da sociedade*”⁹² e manter

⁸⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, § 13, p. 52.

⁸⁸ *Ibid.*, § 113, p. 108. Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena - Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. São Paulo: Quatier Latin, 2009, pp. 220-221.

⁸⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Op. cit.*, § 113, p. 108.

⁹⁰ Deve-se destacar, por oportuno, o pioneirismo de Gimbernat Ordeig na busca por uma fundamentação psicanalítica da prevenção geral intimidadora, tal como o reconhece o próprio Luzón Peña. Cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 16, 1982, p. 94. Com efeito, aduz Gimbernat Ordeig que “[...] lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho penal. De la misma manera a que la conciencia, el Super-Yo del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado, expresado más correctamente se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir - creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo - que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana”. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 11).

⁹¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 94.

⁹² A função preventiva de “*produção ou restabelecimento do equilíbrio psíquico da sociedade*” encontraria paralelo, segundo Luzón Peña, na chamada prevenção estabilizadora ou integradora, sobre a qual se discorrerá

os mecanismos sociais de inibição, que ficariam comprometidos caso o delinquente quedasse impune. Consoante essa abordagem, a realização de um desejo por meio de um delito faria do infrator alguém invejado pelos demais, os quais teriam suas próprias tendências para o crime então despertadas. Esses supostos impulsos criminais seriam frenados pela punição dos criminosos, que funcionariam como bodes expiatórios⁹³.

Seguindo na trilha traçada por Luzón Peña, a prevenção geral intimidadora deveria prevalecer sobre a prevenção especial nas situações em que a conciliação não fosse possível⁹⁴ e, demais disso, a prevenção geral positiva só haveria de ser acolhida como efeito decorrente da intimidação geral, de modo que “[...] *lo que baste para una eficaz intimidación general ha de ser bastante por eso mismo para el prevalecimiento del Derecho*”⁹⁵.

1.5. Apontamentos críticos às teorias da prevenção geral negativa

Ainda que se tenha em conta tão somente o que aportado no âmbito das contribuições teóricas tradicionais sobre a punição, não são poucas as notas críticas formuladas às teorias da prevenção geral negativa.

Assim, a ausência de limites ao poder punitivo seria uma das principais deficiências atribuídas à teoria da intimidação geral. Com efeito, do contributo preventivo-geral não só não seria possível depreender quaisquer demarcações para a punição como, de sorte bem distinta, para fins de incremento do potencial intimidador da pena, a tendência ao terror penal estaria sempre presente⁹⁶. Por meio da teoria da prevenção geral negativa, portanto, não seria possível

por oportunidade do exame das teorias da prevenção geral positiva. Cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 16, 1982, pp. 101-102.

⁹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 100; Cf. ainda RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 197; No mesmo sentido, ainda que sem expressar a mesma simpatia pela perspectiva ora apreciada: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 100.

⁹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 95.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 97.

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 93; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 225; “*Esta ideia apresenta um grave defeito, pois tende a criar um clima de terror, ou seja, quanto maior a pena, teoricamente seria mais eficaz a prevenção*”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades*,

limitar o poder punitivo estatal em suas consequências⁹⁷.

A instrumentalização da pessoa seria outro resultado deletério de uma intervenção punitiva orientada pela teoria ora scrutinada. Violada restaria, pois, a dignidade inerente à pessoa humana, sempre que um indivíduo fosse apenado por motivos não referidos a ele, mas sim, por razões que respeitam aos demais⁹⁸. Esta crítica, radicada no pensamento absoluto sobre a pena⁹⁹, não seria compartilhada por Figueiredo Dias, o qual, de forma original se comparado à generalidade dos autores que se ocuparam do tema versado, preconiza que:

Um tal criticismo é, em conta final, destituído de fundamento. Houvesse razão na crítica e teria então de se concluir pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar finalidades socialmente úteis – desde que a atuação de tais instrumentos pudesse pôr em causa direitos, liberdades e garantias da pessoa. A verdade é antes que, para o funcionamento da sociedade, cada pessoa tem de prescindir – embora só na medida indispensável – de direitos que lhe assistem e lhe terão sido conferidos em nome da sua eminente dignidade.¹⁰⁰

Vale dizer que o autor luso se utiliza desse argumento para refutar a crítica absoluta dirigida à perspectiva preventiva em geral, e não somente à prevenção geral negativa. Conforme Figueiredo Dias, a vida em sociedade reclamaria certas “renúncias” dos indivíduos que dela participam. Tal consideração só aparentemente encerra uma obviedade. Entretanto, não é possível apreciar a legitimidade, a pertinência, da exigência dessas supostas “renúncias” – seja em qualidade, seja em quantidade - sem que se discuta a legitimidade em geral da ordem social em favor da qual elas são impostas. Em razão disso, o segundo capítulo do presente trabalho, no qual serão examinadas as críticas materialistas à questão penal, consubstanciará o momento apropriado para se buscar uma aproximação da aludida discussão.

Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal. São Paulo: RT, 2002, p. 131). Cf. também: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 59.

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 25. Figueiredo Dias, entretanto, ao tratar da crítica à teoria da prevenção por conta da ausência da previsão de limites para a pena, sustenta que tal questão “[...] *contende, em suma, com a função e a materialidade do conceito de culpabilidade e não com as finalidades do conceito de pena*”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 98). Voltar-se-á a esse ponto mais à frente, por ocasião da análise das chamadas teorias da união.

⁹⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 24; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 59.

⁹⁹ Por todos, o argumento de Roxin. Cf. *Ibid.*, pp. 24-25.

¹⁰⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Op. cit.*, p. 98.

A apontada instrumentalização dos infratores refletiria, outrossim, em menoscabo do princípio da culpabilidade, no qual a pena não estaria ancorada à luz do pensamento geral-intimidativo, de modo que a punição não passaria de “[...] *uma ação de intimidação através da punição exemplar daquele que cometeu o ato ilícito*”¹⁰¹. De fato, a culpabilidade não funcionaria nem como fundamento, nem como limite para a pena, o que reforçaria a objeção mencionada *supra*, a respeito da suposta tendência à legitimação do terror punitivo que acompanharia a teoria em comento¹⁰².

Outra corrente impugnação à teoria da prevenção geral negativa está baseada na indicada ausência de comprovação empírica dos efeitos intimidantes por ela apregoados¹⁰³. Dessa maneira, se é possível sustentar a eficácia do *exemplo/ameaça* para alguns indivíduos em dadas circunstâncias – por exemplo, Roxin fala em “*homem médio em situações normais*”¹⁰⁴; Figueiredo Dias, por seu turno, supõe que referida finalidade acabaria “*por se cumprir relativamente à maioria*”¹⁰⁵ -, o mesmo não seria possível relativamente a certas modalidades de delinquência – *vg.*, delinquência habitual, delinquência passional etc.¹⁰⁶. Há, ainda, quem afirme que o “infrator racional-calculador” pressuposto pelo pensamento em exame, mais que regra, seria exceção¹⁰⁷. Ademais, se há algum “cálculo” a se considerar não seria aquele entre a vantagem decorrente do delito e a pena (relação custo/benefício), mas sim

¹⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 131.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 49.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 24.

¹⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 101.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 24; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

¹⁰⁷ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 27. No mesmo sentido: STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo A. Sancinetti. In: Cuadernos de Conferencias y Artículos. n. 8. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 14-15. Cf. ainda, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 59.

aqueloutro entre a vantagem ligada à prática delitiva e a possibilidade de impunidade¹⁰⁸.

Jakobs, no que é acompanhado por Lesch¹⁰⁹, ressalta outra impropriedade característica da teoria da prevenção geral negativa, a saber, a pretensão a que exista correspondência entre o benefício potencial vislumbrado pelo infrator com o delito e o “mal” representado pela pena, quando, em verdade, haver-se-ia de tomar em consideração a proporção entre o dano social decorrente do fato e a punição que a tal evento se deve seguir. Com efeito, o autor em destaque salienta que *“la teoría de la prevención general negativa, sin embargo, parte de una base equivocada: Mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social”*¹¹⁰. Os “membros da sociedade”, entretanto, *“no consideran primordialmente al delito un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino potencialmente perjudicial para ellos mismos”*¹¹¹.

1.6. Prevenção Especial

Em termos bastante sintéticos, por meio das variadas teorias da prevenção especial sustenta-se a necessidade de se atuar sobre a pessoa do infrator para o fim de obstar a possibilidade de reincidência e, dessa maneira, lograr-se a prevenção de delitos¹¹².

As formulações teóricas e as legislações penais de caráter preventivo-especial ganharam espaço principalmente a partir da segunda metade do século XIX, sob o influxo do

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 27; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 125; WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 238. Este autor, após discorrer sobre as teorias da “ameaça” e do “exemplo”, salienta que *“ambas teorías deben medir la gravedad de la pena, no de acuerdo con la culpabilidad, sino de acuerdo con la intensidad del impulso del hecho, y como la amenaza de pena y la punición ejemplar deben detener ese impulso del hecho, deben situar lo más alto posible el mal de la pena. Este cálculo sería exacto si el autor no contara, al cometer el hecho, con la posibilidad de no ser descubierto. El temor de la pena como motivo que impide el delito, depende menos de la gravedad del mal de la pena amenazada, que de la “chance” de ser descubierto. Cuanto más enérgica es la persecución del delito, tanto más mesurada puede ser la pena”*.

¹⁰⁹ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 26.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, pp. 27-28.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 28.

¹¹² LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 31; WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 239.

positivismo criminológico, sobretudo o de matriz ítalo-germânica¹¹³. Como sabido, é própria dessa corrente da criminologia a noção organicista de sociedade, a qual é representada como um corpo social, que pode ser diagnosticado como saudável ou doente¹¹⁴. O crime é tomado como ação patológica, que teria na figura do criminoso o seu agente propagador. Nesse sentido, as ponderações de Bitencourt:

É notória a representação organicista da sociedade, ou de um tipo de sociedade em que o indivíduo cumpre a sua função, antes de tudo, como força de trabalho, onde qualquer sintoma de rebeldia, traduzida em agressões à ordem repressiva existente, é considerado um atentado contra as bases fundamentais de tal organização social.¹¹⁵

Ferrajoli identifica três orientações teóricas básicas no bojo das quais se articulariam as duas finalidades preventivo-especiais mencionadas acima, a saber, a *prevenção especial positiva* - pela qual se postula a correção do infrator - e a *prevenção especial negativa* - por força da qual se advoga a incapacitação do agente do crime -, conforme se trate, respectivamente, de delinquente reputado corrigível ou incorrigível¹¹⁶. Dessa sorte, ainda que partindo de distintas bases ideo-políticas, poder-se-ia nomear as seguintes teorias da prevenção especial: (1) doutrinas moralistas de emenda; (2) doutrinas naturalistas da defesa social; e (3) doutrinas teleológicas da diferenciação da pena¹¹⁷.

As concepções moralistas de emenda estariam enraizadas nas tradições judaico-cristã, platônica e medieval, possuindo como características mais salientes a suposição do livre-arbítrio humano, bem como a consideração da pena como autêntico remédio para a alma, por meio do qual o infrator lograria se redimir dos pecados para, desse modo, reconciliar-se com o conjecturado Ser supremo¹¹⁸. De fato, parte-se do pressuposto de que o homem, portador de livre vontade, é capaz de se arrepender, de se penitenciar de suas faltas e, assim, de se

¹¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 104; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 213.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 213.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão - Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 130.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 213.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 213-218.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 214-215; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção - Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 222.

transformar em uma “boa pessoa”, bastando, para tanto, que seja esse o seu desejo¹¹⁹. A “emenda do criminoso”, é importante salientar, reclama a adesão interna aos valores menoscabados com o crime, ou seja, fala-se aqui de uma espécie de reforma moral, que não se compraz como o mero atendimento externo - e, por isso, oportunista - às exigências normativas¹²⁰.

As doutrinas naturalistas ou terapêuticas da defesa social, por seu turno, possuem como ideia nuclear a representação do infrator como um ser anormal, antropologicamente inferior, destituído de qualquer capacidade de autodeterminação, ao fim e ao cabo um ser “[...] *visto como entidade animal privada de liberdade e inteiramente sujeita às leis da necessidade natural*”¹²¹. Vê-se, pois, tratar-se de perspectiva filosófica que se encontra nas antípodas da doutrina acima sumariada, conquanto a ambas se possa censurar o caráter especulativo¹²².

Propugna-se, com fulcro nas doutrinas terapêuticas, a índole supostamente científica da intervenção punitiva realizada sobre a pessoa do criminoso, seja para curá-lo, porque doente, seja para segregá-lo e inocuízá-lo, porque perigoso¹²³. Cuida-se, de feito, de paradigma médico ou clínico¹²⁴, por força do qual se preconizaria a adequação da sanção penal conforme o tipo criminológico de autor de que se cuide, muito embora os criminosos fossem tidos indistintamente por anormais, como indica a seguinte passagem, da lavra de Ferri:

O homem que comete um delito, ou por seu preponderante impulso fisiopsíquico (causa endógena) ou por predomínio de condições de ambiente (causa exógena), pelo menos *no momento em que realiza o fato*, está em condições anormais. Se assim não fosse, a repugnância do senso moral e a previsão das consequências dolorosas a que vai de encontro, impedi-lo-iam de fazer mal. Se delinque, isso significa que, ou por

¹¹⁹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 222, nota n. 152.

¹²⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 103.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 215-216.

¹²² *Ibid.*, pp. 215-216.

¹²³ *Ibid.*, p. 215; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.*, p. 223.

¹²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Op. cit.*, p. 103; No mesmo sentido: “Do postulado determinista, com a consequente negação do livre arbítrio pelo atavismo antropológico, a pena será considerada medida de higienização social. Se o delinquente representa um organismo disfuncional no interior de uma sociedade sã, unívoca e consensual, a resposta do Estado à transgressão da norma deve ter uma fundamentação terapêutica”. (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131).

condição transitória ou por condição permanente (congénita ou adquirida), a sua atividade psíquica funciona anormalmente, quer dizer, de modo “não adaptado” às condições de existência social, segundo o ambiente especial em que todo homem vive e trabalha.¹²⁵

Por fim, cumpre trazer à colação algumas ponderações, ainda que breves, sobre as mencionadas doutrinas teleológicas da diferenciação da pena. Nessa seara, Von Liszt pode ser considerado o mais emblemático dos autores¹²⁶. Com efeito, no famoso Programa de Marburgo, datado de 1882, Von Liszt pretendeu elaborar um modelo de direito penal que fosse flexível o bastante para ofertar a cada “tipo” de delinquente a resposta sancionatória que lhe fosse mais ajustada¹²⁷. A pena, entendida como coação, poderia consubstanciar:

A) Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivación. La pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos. Ella multiplica y fortalece los motivos existentes. Opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad,

a) por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales;

b) por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas.

B) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitória o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto.¹²⁸

Correção, intimidação e inocuização, seriam, pois, as três finalidades atribuídas à pena, às quais corresponderiam, respectivamente, os seguintes grupos de infratores: delinquentes corrigíveis e carentes de correção; delinquentes não-carentes de correção; e, por fim,

¹²⁵ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999, 251.

¹²⁶ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 31; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 64; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 216-217. Sobre o movimento reformador encabeçado por Von Liszt a partir da segunda metade do século XIX, conferir: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 193-220.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 216.

¹²⁸ VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. México, DF - Valparaíso: Edeval, 1994, pp. 111-112.

delinquentes incorrigíveis¹²⁹. Deve-se salientar, pois que relevante, que Von Liszt não desconsidera a realização de outras funções pela pena estatal, como, por exemplo, a prevenção geral de caráter intimidador. Tratar-se-ia, no entanto, de “*efeitos reflexos*”, de menor relevância se comparados aos apregoados fins preventivo-especiais¹³⁰.

Dos supostos infratores incorrigíveis, haver-se-ia de destacar os delinquentes habituais, os quais seriam contumazes principalmente em crimes patrimoniais, bem como em “*crimes contra os costumes*”, é dizer, mostrar-se-iam persistentes naqueles “[...] *delitos que arrancan de los más fuertes y originarios instintos humanos*”¹³¹. O caráter classista¹³² da proposição lisztiana fica patente em passagem na qual os irrecuperáveis são identificados com o que o autor em comento denomina por “*proletariado*”, que abarcaria “*mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y demimondaines, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales* [...]”¹³³, ou seja, cuidar-se-ia de um grupo de pretensos inimigos da ordem social, dos quais os infratores habituais constituiriam o “*estado maior*”¹³⁴. Caberia à sociedade defender-se dessa categoria de delinquentes, reservando-lhes, na impossibilidade de se fazer uso da pena capital e da deportação, o encarceramento por tempo indeterminado, e impondo-lhes a “*servidão penal*”¹³⁵.

Corrigíveis ou adaptáveis seriam os infratores supostamente predispostos ao crime, porém, ainda não irremediavelmente “perdidos”. A esse grupo pertenceriam os infratores que perpetrassem a primeira ou segunda violação contra o patrimônio ou contra os “costumes”, os quais não deveriam ser internados indefinidamente¹³⁶. Já os *delinquentes não-carentes de*

¹²⁹ VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. México, DF - Valparaíso: Edeval, 1994, p. 115; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 32.

¹³⁰ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, pp. 112-113.

¹³¹ *Ibid.*, p. 120.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 217; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção - Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 226.

¹³³ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, p. 116.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 120-121; FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 217; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.*, p. 225.

¹³⁶ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, pp. 122-123.

correção seriam os ocasionais, face aos quais a pena teria o caráter de mera advertência¹³⁷.

Apesar das diferenças existentes entre as três modalidades de teorias especial-preventivas aduzidas - doutrinas moralistas de emenda, naturalistas da defesa social e teleológicas da diferenciação da pena -, é de se pontuar, a propósito, seus indisfarçáveis pontos de convergência. Com efeito, “*todas as três consideram os delitos como patologia, pouco importando se moral, social ou natural, e as penas como enquanto terapia política através da cura ou da amputação*”¹³⁸.

1.7. Apontamentos críticos às teorias da prevenção especial

As concepções preventivo-especiais, de fato, não haveriam de passar sem severas críticas.

Tal como se destacou por oportunidade da apresentação das críticas formuladas às teorias da intimidação geral, também às concepções preventivo-especiais se lhes reprocha a ausência de parâmetros limitadores da punição. De feito, a inexistência de barreiras aptas a conter o poder punitivo em suas consequências, tende a redundar na imposição de sanção cuja duração dever-se-á estender por tanto tempo quanto o considerado necessário para efeitos de correção do infrator¹³⁹. Demais disso, não seria de se excluir a temerária possibilidade de um condenado por delito de escassa gravidade vir a ser encarcerado por dilatado período, sob a justificativa de se tratar de indivíduo perigoso, ou mesmo - o que seria ainda mais criticável - que se infligisse pena a alguém nem sequer acusado da prática de qualquer infração, em razão de pretensa periculosidade social¹⁴⁰.

¹³⁷ VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. México, DF - Valparaíso: Edeval, 1994, pp. 124-125; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 225.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 218.

¹³⁹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 21; FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, pp. 218-219; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoria de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 32.

¹⁴⁰ Conforme Roxin: “*Su [da teoria da prevenção especial] defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería*

A impossibilidade de se impor pena a infratores condenados por crimes graves, nas situações em que não se vislumbre risco de repetição, é indicada como mais um dos inconvenientes associados às teorias da prevenção especial. Roxin ilustra essa hipótese fazendo referência a criminosos nazistas, os quais, passados longos anos de impunidade, haveriam logrado integrar-se socialmente, de modo a fazer ociosa qualquer medida de natureza ressocializadora. Decerto, em face dessas vicissitudes, não seria possível fundamentar a punição partindo-se da perspectiva preventivo-especial¹⁴¹, o que daria lugar a um quadro de todo paradoxal: ao infrator habitual, porém, dado a bagatelas, a prisão por período tendencialmente longo; ao autor de crimes graves, no entanto, perpetrados em contextos de improvável reprise, a ausência de punição¹⁴².

Outro ponto crítico de que padece a noção especial-preventiva da pena pode ser explicitado pelas seguintes indagações de Lesch: “¿Qué legitima a una mayoría de la población a que una minoría se tenga que amoldar coactivamente a las formas de vida que prefiera esa mayoría? ¿De dónde proviene el derecho a educar y a tratar a personas adultas contra su voluntad?”¹⁴³ Conforme o autor em comento, cujos questionamentos são compartilhados por Roxin¹⁴⁴, o paradigma correccionalista iria de encontro à tradição liberal de

conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento”. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 88); No mesmo sentido: LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 37-39.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 89; ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 22.

¹⁴² LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, pp. 36-37; Nesse sentido, Jakobs salienta que: “[...] hay que objetar a este modelo que - al igual que en la prevención general negativa - en él no están vinculados el quantum del dano social y el de la reacción, de modo que puede llegarse a desproporciones extremas”. (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 32).

¹⁴³ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 22.

que seria tributário o Estado de Direito¹⁴⁵.

Por fim, a ausência de êxito das pretensões preventivo-especiais configura, ao que parece, a crítica mais recorrentemente formulada às teorias ora examinadas¹⁴⁶. Questiona-se o acerto de se almejar a adaptação de um indivíduo à sociedade privando-o de uma vivência livre em seu seio¹⁴⁷. Nessa trilha, a peremptória reflexão de Ferrajoli:

[...] o fim pedagógico ou ressocializante sustentado por todas estas várias doutrinas não é realizável. Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, e que o cárcere, em particular, é um lugar criminógeno de educação e solicitação ao crime. Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto, razão pela qual a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante e deseducativo.¹⁴⁸

Essa acumulação de imperfeições conduz Lesch a sustentar que, em verdade, a ressocialização não seria nem finalidade nem fundamento da punição. Cuidar-se-ia tão somente de uma espécie de “oferta” estatal por ocasião da execução da reprimenda, oferta essa a que o apenado poderia aceitar, em sendo de seu interesse. Ou seja, sua natureza seria assistencial, e não penal¹⁴⁹.

¹⁴⁵ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 34-35. Conferir também: DOTTL, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, pp. 113-114.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 89; LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁴⁷ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, pp. 35-36; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 140-141; “O tratamento a ser imposto ao condenado, que, nos estabelecimentos fechados, é obrigado a seguir regras genéricas de comportamento, não se mostra adequado para a ressocialização, estando em crise, apesar de várias tentativas e propostas para o regime penitenciário atual”. (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 62).

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 219. No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 62-63.

¹⁴⁹ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 39. Em sentido bastante aproximado do preconizado por Lesch, conferir: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 367. Na mesma trilha, o argumento de Günther, conforme o qual: “A ressocialização em si mesma naturalmente já não é mais uma pena e talvez também por isso ela tenha permanecido até hoje uma utopia”. (GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. v. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, p. 198).

Ainda que cientes da coleção de críticas das quais o pensamento preventivo-especial tem sido objeto, alguns autores seguem destacando a importância desse ideal para a orientação da punição. É o que se passa, por exemplo, com Figueiredo Dias, que preconiza que “[...] *o pensamento da prevenção individual é uma componente irrenunciável das finalidades da pena e também para a qual não se divisa ainda hoje alternativa*”¹⁵⁰. Shecaira e Corrêa Junior trilham por senda semelhante, pondo em relevo a inspiração humanista da pretensão ressocializadora¹⁵¹.

1.8. Prevenção Geral Positiva

Consoante a esquematização ferrajoliana aludida acima, por força das doutrinas da prevenção geral positiva, em linhas gerais, atribui-se à pena a finalidade de atualizar na generalidade dos indivíduos a lealdade à ordem estabelecida¹⁵². As elaborações preventivo-gerais de caráter positivo passaram a ganhar maior expressão principalmente a partir de meados da década de 1970, no caminho aberto pelas críticas impingidas às demais fundamentações da punição¹⁵³, críticas essas cujo conteúdo foi, ainda que sumariamente, aduzido *supra*. Mormente a chamada “*crise da ressocialização*” acabou por preparar o terreno no seio do qual germinariam e se desenvolveriam as teorias ora analisadas¹⁵⁴.

Seguindo a deveras reproduzida proposição da lavra de Mir Puig¹⁵⁵, as teorias da

¹⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 105.

¹⁵¹ Assim, textualmente: “*Suas qualidades, por outro lado, são inescandíveis. Esta teoria tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social*”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 133-134).

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 213.

¹⁵³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, pp. 72-73.

¹⁵⁴ MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: Estado, Pena y Delito. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, p. 54; SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva*. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. In: Política criminal y nuevo derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, pp. 89-90.

¹⁵⁵ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008,

prevenção geral positiva podem ser reunidas em dois grupos, conforme redundem, por um lado, na fundamentação ou ampliação da intervenção punitiva ou, por outro lado, expressem a pretensão de se ver limitada a potestade punitiva estatal¹⁵⁶. Entre os entusiastas das doutrinas fundamentadoras, destacar-se-iam autores como Welzel e Jakobs. De outra banda, Roxin e Hassemer seriam autores representativos das teorias de viés limitador¹⁵⁷.

A contribuição welzeliana, segundo o reconhece o próprio Jakobs¹⁵⁸, constitui antecedente cujo teor, em alguma medida, se aproxima das proposições mais recentes da teoria preventivo-geral positiva. Nesse sentido, destaca Welzel, ao principiar seu conhecido manual, que “*es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad*”¹⁵⁹, tais como “[...] *o respeto por vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc.*”¹⁶⁰. Cumpriria ao instrumento punitivo, portanto, assegurar a vigência dos valores ético-sociais considerados fundamentais em uma sociedade¹⁶¹.

Welzel salienta que a missão essencial do direito penal não é a tutela de situações individuais concretas referidas a um dado bem jurídico enquanto abstração (por exemplo, a vida de uma pessoa determinada)¹⁶², o que configuraria “[...] *una finalidad negativo-*

pp. 211-212; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 144; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁵⁶ Da pena do próprio autor em relevo: “*Los partidarios de la prevención general positiva pueden ser agrupados en dos direcciones. Por una parte, quienes defienden aquella forma de prevención como fundamentadora, y en su caso ampliatoria, de la intervención del Derecho penal. Por otra parte, los que con aquella concepción pretenden poner freno a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial*”. (MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: Estado, Pena y Delito. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, p. 56).

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 56-62.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido - Dois Estudos de Günther Jakobs*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 26. No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 61-62.

¹⁵⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 1.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Welzel salienta que: “*Sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí, precisamente, adonde, por regla general, llega su acción demasiado tarde*”. (*Ibid.*, p. 3).

preventiva, policial-preventiva”¹⁶³. De maneira distinta:

[...] el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social: proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho [...] ¹⁶⁴.

Trata-se, pois, de empregar a punição a fim de que os indivíduos interiorizem aqueles valores tidos por essenciais em uma dada ordem social¹⁶⁵. É dizer, não basta que se cative nas pessoas uma postura exterior de atual conformidade com os comandos jurídicos. Para além disso, cumpre, principalmente, “[...] *influir en la conciencia ético-social del ciudadano, en su actitud interna frente al Derecho*”¹⁶⁶, razão pela qual se pode dizer que o contributo welzeliano pretende conferir fundamentação a uma sorte de ampliação do campo de ação do poder punitivo, o qual haveria de ser exercido como o fito de ajustar moralmente os indivíduos, firmando nestes um sentimento de constante fidelidade ao direito¹⁶⁷.

Segundo a variação formulada por Jakobs da teoria preventivo-geral positiva, a pena deve ser compreendida como demonstração de vigência da norma violada, a qual lograria recobrar sua estabilidade como referência para orientação comportamental a ser seguida pela generalidade dos indivíduos, à custa da inflicção de um mal ao infrator¹⁶⁸. Bens jurídico-penais, portanto, não seriam senão as próprias normas ou, mais precisamente, a estabilidade das

¹⁶³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 3.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 3-4.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 5

¹⁶⁶ MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: Estado, Pena y Delito. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, p. 57.

¹⁶⁷ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 4. Eis a censura de Mir Puig à concepção moralizante que Welzel atribui à pena: “La misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel, y antes de el la corriente que proclamaba la “fuerza configuradora de las costumbres” (sittenbildende Kraft) de la pena jurídica. La “actitud interna” (Gesinnung) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena”. (MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 63).

¹⁶⁸ Nas palavras do autor em comento: “La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada”. (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 9).

expectativas normativas fundamentais, as quais estariam depositadas nas normas penais¹⁶⁹. Em outros termos, bem jurídico-penal seria “[...] *la vinculatoriedad práctica de la norma*”¹⁷⁰.

Não é ocioso salientar que Jakobs não desconsidera a possibilidade de à pena se seguirem outros efeitos de natureza preventiva, seja preventivo-especial, seja preventivo-geral. No entanto, essas casuais consequências, conquanto desejadas, não consubstanciariam, segundo o autor, funções da pena:

Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que estós se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos.¹⁷¹

Assegurar a “*estabilidade das expectativas normativas fundamentais*”. Eis o objetivo que, à luz da elaboração jakobsiana, pretende-se realizar por meio da imposição de pena àquele que podendo se motivar de forma correspondente com a conduta esperada, termina por incorrer em comportamento desautorizador da norma¹⁷². A deflagração da punição comunicaria¹⁷³ aos demais que, a despeito de contingencialmente violada, a norma seguiria funcionando como parâmetro determinante para os sujeitos sociais, ao passo que o

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoria de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 45. Reforçando esse entendimento: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 334.

¹⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 47. É importante destacar que Jakobs diferencia *bem jurídico-penal* de *bem jurídico*. Com efeito, *bem jurídico* seria o objeto de proteção da norma, como o é, por exemplo, a vida humana. *Bem jurídico-penal*, por sua vez, seria a própria vigência da norma: seguindo com o exemplo anterior, a norma penal que proscree o homicídio. Cf. *Ibid.*, pp. 44-48.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 19. Especificamente sobre a importância da prevenção especial na execução da pena, conferir: *Ibid.*, pp. 35-36.

¹⁷² *Ibid.*, p. 13.

¹⁷³ Costa, ao traçar um panorama bastante útil da obra do autor em exame, destaca que: “*Para Jakobs, a sociedade é comunicação e existe tão-somente em função de suas normas*”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 106). Nesse sentido, conferir: JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido - Dois Estudos de Günther Jakobs*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 7-25. Sobre o caráter comunicativo atribuído à pena, o argumento de Günther, o qual destaca a possibilidade de referida comunicação se processar por outros meios, distintos da punição: “*Como nas variantes mais modernas da teoria da retribuição, nas teorias da prevenção geral positiva a pena, entendida como a infligência de um mal ordenado e executado pelo Estado, é também reduzida a um meio de comunicação. Por que tais mensagens precisam ser comunicadas justamente por meio da pena permanece uma questão em aberto. Seu conteúdo proposicional poderia ser comunicado também por intermédio de outros atos performativos, como uma condenação em um processo público e formalizado de determinação dos fatos e de imputação*”. (GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: *Revista de Direito GV*. v. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, p. 201).

comportamento infrator haveria de ser descartado¹⁷⁴. Ou seja, com a pena a vigência da norma restaria atualizada, é dizer, poder-se-ia afirmar que a norma ficou reconhecida¹⁷⁵. Em formato sinóptico, preconiza Jakobs que:

En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.¹⁷⁶

Com a reação à infração da norma representada pela pena, os indivíduos, que em suas interações sociais esperariam encontrar certa regularidade comportamental de parte daqueles com os quais interagem¹⁷⁷, veriam reafirmados os modelos normativos por força dos quais a “*identidade da sociedade*”¹⁷⁸ seria preservada. Com efeito, “*jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observância general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica*”¹⁷⁹. Essa assertiva - em fragmento talvez indicativo dos referenciais valorativos do autor - é ilustrada por Jakobs em fragmento seguinte de sua multicitada obra, no qual é posta em relevo a importância da propriedade privada

¹⁷⁴ “[...] la pena también significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma”. (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 13). Do mesmo entendimento: LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 49.

¹⁷⁵ “Su misión [da pena] es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento”. (JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, pp. 13-14).

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 14; Veja-se como essa formulação em muito se aproxima do contributo hegeliano *supra* aduzido, tal como o reconhece o próprio Jakobs. Assim, conferir *Ibid.*, pp. 22-23. Nesse sentido, o argumento de Mir Puig: “Asi como el delito es negativo en la medida en que supone infracción de la norma y, por tanto, defraudación de expectativas y un conflicto social consiguiente, igualmente la pena es positiva en cuanto afirma la vigencia de la norma al negar su infracción [...]. Se trata, coma se ve, de una construcción que recuerda intensamente la de Hegel [...]”. (MIR PUIG, Santiago. *Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: Estado, Pena y Delito. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, p. 59). Na mesma trilha: LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 48-49; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 333.

¹⁷⁷ “De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se decepciona esa expectativa, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe reaccionar, pues con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra: el modelo de orientación del decepcionado debe sumeterse a revisión”. (JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, pp. 9-10). Veja-se, no mesmo sentido: LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁷⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 107.

¹⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 12.

enquanto bem jurídico, assim como o caráter necessariamente público de certos conflitos que redundam em sua violação, a exemplo do furto¹⁸⁰.

Em arremate, cabe tornar saliente o seguinte excerto do contributo jakobsiano, o qual, posto que extenso, faz as vezes de conclusão, pelo próprio autor estudado, de suas ponderações acerca da teoria da prevenção geral positiva:

La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. [...] Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar. En esta medida la pena tiene lugar para *ejercitar en la confianza hacia la norma*. Además, la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esa medida la pena se despliega para *ejercitar en la fidelidade al Derecho*. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la comisión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido; en esta medida se trata de *ejercitar en la aceptación de las consecuencias*. Los tres efectos mencionados cabe resumirlos como ejercicio en el reconocimiento de la norma. [...] se trata de *prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma* (la llamada prevención positiva general o colectiva - es decir, no sólo intimidatória).¹⁸¹

Do trecho em tela pode-se inferir que a norma deve ser entendida como parâmetro de orientação destinado à generalidade dos indivíduos, pois que todos, necessariamente, travariam interações sociais. A imposição da pena, no que toca a esse aspecto, funcionaria como exercício de confiança na norma, cuja vigência restaria atualizada com o acionamento da punição. Além disso, por ser vivenciada como uma “*consequência custosa*” - é dizer, como um mal -, a pena, ao ter lugar, ampliaria a possibilidade de o comportamento infrator vir a ser considerado uma alternativa de conduta a não ser seguida, de modo que a fidelidade dos indivíduos ao direito quedaria reforçada. Por fim, da inflicção de punição decorreria o exercício de aceitação das consequências, dado que ficaria explicitado que aquele que, mesmo sabedor das consequências, quebranta a norma, terá de suportar os gravames inerentes ao seu ato. Os três efeitos aludidos redundariam no que Jakobs nomeia por “*prevenção geral mediante o*

¹⁸⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoria de la imputación*. Trad. Joaquín Cuervo Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 12.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 18.

exercício no reconhecimento da norma”, ou, em termos distintos, prevenção geral positiva¹⁸².

Como referido acima, a contribuição jakobsiana recorda, em muitos aspectos, a formulação hegeliana, a qual, ainda que de maneira resumida, foi exposta no início desse capítulo, na oportunidade em que se tratou das teorias absolutas da pena. Conforme Jakobs, a distinção entre os dois mencionados contributos residiria no sistema de referência para a fundamentação da pena, que, em Hegel, seria o conceito de Direito, ao passo que as condições de existência da sociedade dariam a tônica à proposta de Jakobs. Por outro lado, ainda seguindo Jakobs, os dois autores em destaque concordariam quanto ao caráter de réplica da pena, é dizer, quanto à “negação” que ela representa face ao comportamento que nega o Direito, de sorte a consubstanciar o restabelecimento da ordem jurídica¹⁸³.

Lesch, que ao tratar da noção preventivo-geral positiva da pena o faz a partir de uma abordagem que se socorre de elementos tomados de empréstimo às teorias psicanalíticas¹⁸⁴, propõe o que ele chama de “*teoria funcional da retribuição*”, cuja inspiração em Hegel e Jakobs é patente¹⁸⁵. De feito, salienta Lesch - após consignar que a denominação “prevenção geral positiva” não seria adequada, pois que poderia dar espaço a possíveis confusões com as teorias por ele aduzidas como preventivo-gerais positivas -, que:

Se trata [...] de una *teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad*, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista [...] Es absoluta, porque se pena “quia peccatum est” y no “ne peccetur”. Es relativa, porque esa punición no es “absoluta ab effectu”, no es fin en sí misma, sino que tiene una función, a saber, el

¹⁸² MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: Estado, Pena y Delito. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, p. 59; STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo A. Sancinetti. In: Cuadernos de Conferencias y Artículos. n. 8. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 19; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 11; CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 56; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 334; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 112.

¹⁸³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoria de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 22-23.

¹⁸⁴ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 28-31.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 45-52.

mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad [...]. Esto es lo único que respeta el principio de culpabilidad [...]: el autor responde sólo por su culpabilidad. Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden [...].¹⁸⁶

No entanto, ao contrário de Jakobs¹⁸⁷, Lesch descarta possíveis fins preventivos para pena, a qual, como se pode concluir da passagem *supra* transcrita, consubstanciaria retribuição. Isso configuraria mais um motivo para o autor em comentário descartar a expressão “*prevenção geral positiva*”¹⁸⁸.

Já de Hegel, Lesch censura o idealismo da identificação entre razão e ordem, afirmando que a legitimidade da pena (assim como a do Estado e do Direito), que não pode ser pressuposta, somente poderá decorrer da legitimidade da ordem social que se pretende preservar com o recurso à punição¹⁸⁹.

Retornando ao argumento de Mir Puig, cumpre passar ao exame das chamadas perspectivas limitadoras da prevenção geral positiva¹⁹⁰.

Sem abandonar o conceito de bem jurídico, o qual se referiria àqueles bens considerados incanceláveis para a vida social¹⁹¹, Hassemer¹⁹² sustenta que a pena, que estaria orientada tanto ao passado como ao futuro, representaria uma reação corretora à violação das

¹⁸⁶ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 50.

¹⁸⁷ “*La pena debe proteger las condiciones de tal interacción [social] y tiene, por tanto, una función preventiva*”. (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 18).

¹⁸⁸ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 50. Mostrando acordo com Lesch: STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo A. Sancinetti. In: Cuadernos de Conferencias y Artículos. n. 8. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 21.

¹⁸⁹ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 51.

¹⁹⁰ Shecaira e Corrêa põem em relevo que “[...] para a teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc.”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 132).

¹⁹¹ HASSEMER, Winfried. *¿ Por qué y con qué fin se aplican las penas? - Sentido y fin de la sanción penal*. In: Persona, mundo y responsabilidad - Bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 199.

¹⁹² Para um elucidativo panorama da obra hassemeriana, conferir: COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, pp. 74-92.

normas por força das quais são protegidos os aludidos bens jurídicos¹⁹³. Pretende-se, portanto, ao se impingir uma sanção penal, ver asseguradas as normas fundamentais, preservando-as de toda forma de negação¹⁹⁴.

Cumprir destacar que Hassemer não descarta a possibilidade de efetivação de outras funções por meio da imposição da punição, tais como a ressocialização e a intimidação geral. Estas, no entanto, haveriam de funcionar como instrumentos a serviço da prevenção geral positiva, de molde a efetivamente proteger a “*consciência social da norma*”¹⁹⁵. Para tanto, a punição deverá, segundo o autor em tela, ficar limitada à proporcionalidade, é dizer, à retribuição pelo ato perpetrado¹⁹⁶.

Hassemer pontua que o direito penal, cuja característica mais saliente seria o alto grau de formalização, funciona como instância parcial integrante do sistema total de controle social. Por conta disso, a sua ação preventiva não pode ser examinada sem que se tome em consideração a sua inter-relação com as demais esferas de controle social, como a família, o local de trabalho e a escola, pois que o objetivo perseguido não é senão a harmonização das diferentes instâncias de controle da sociedade¹⁹⁷. Para que o mencionado equilíbrio seja alcançando, faz-se necessário orientar o direito penal a fim de que possa exercer influência positiva em longo prazo, no que toca ao respeito às normas. Essa influência, por sua vez, não

¹⁹³ HASSEMER, Winfried. ¿ *Por qué y con qué fin se aplican las penas?* - *Sentido y fin de la sanción penal*. In: *Persona, mundo y responsabilidad - Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 200.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 200; Cf. também: HASSEMER, Winfried. *Prevención en el derecho penal*. In: *Prevención y teoría de la pena*. Trad. e Org. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: ConoSur, 1998, p. 105.

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. ¿ *Por qué y con qué fin se aplican las penas?* - *Sentido y fin de la sanción penal*. In: *Persona, mundo y responsabilidad - Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 201. Afirma Mir Puig que: “*Por ello, ‘la función de la pena - afirma - es la prevención general positiva’, que no opera mediante la intimidación, sino que persigue la protección efectiva de la conciencia social de la norma. Ello supone dos cosas: por una parte, que la pena ha de estar limitada por la proporcionalidad, por la retribución por el hecho; por otra parte, que la misma ha de suponer un intento de resocialización del delincuente, entendida como ayuda que ha de prestarse en la medida de lo posible [...]’*”. (MIR PUIG, Santiago. *Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: *Estado, Pena y Delito*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, p. 61); BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 84.

¹⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 61

¹⁹⁷ HASSEMER, Winfried. *Prevención en el derecho penal*. In: *Prevención y teoría de la pena*. Trad. e Org. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: ConoSur, 1998, pp. 105 e 110; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, p. 83.

caberia pretender alcançar recorrendo-se ao recrudescimento punitivo típico de políticas criminais de cariz intimidador, mas sim “[...] *con una política de derecho penal y procedimiento penal humana, de Estado de derecho, que considere los derechos de los participantes*”¹⁹⁸.

Especificamente sobre a função preventivo-geral positiva da pena, Roxin¹⁹⁹ aduz que:

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el “ejercicio en la confianza del Derecho” que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de “prevención integradora”.²⁰⁰

Nota-se que a formulação transcrita, tal como não deixa de salientar o próprio autor em comento²⁰¹, é bastante afeita àquela proposta por Jakobs, a qual foi, ainda que rapidamente, analisada *supra*. À pena conferem-se as funções de pedagogia e de pacificação sociais, bem como o fim de exercitar a confiança dos indivíduos em relação à norma, como também postulado por Jakobs²⁰².

A contribuição de Roxin será mais bem examinada no tópico seguinte, que será dedicado à análise das chamadas teorias unitárias ou mistas, ou, mais precisamente, quando se passar ao estudo da intitulada “*teoria unificadora dialética*”²⁰³. Por ora, cumpre pontuar que

¹⁹⁸ HASSEMER, Winfried. *Prevención en el derecho penal*. In: *Prevención y teoría de la pena*. Trad. e Org. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: ConoSur, 1998, p. 105.

¹⁹⁹ Para uma noção geral da obra roxiniana, uma vez mais, conferir: COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, pp. 92-106.

²⁰⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 91-92.

²⁰¹ ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 101, nota n. 20.

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, pp. 10-11.

²⁰³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, pp. 63-64.

Roxin - cuja preocupação com a abertura da dogmática jurídico-penal às metas político-criminais não pode ser olvidada ao se abordar sua compreensão sobre as funções da punição²⁰⁴-, pretendeu elaborar um dado arranjo entre os diversos fundamentos e finalidades atribuídos à punição que tornasse possível se chegar a uma pena ajustada à culpabilidade e que, simultaneamente, fosse adequada às necessidades preventivas, mormente à ressocialização e à prevenção geral positiva²⁰⁵.

Por fim, importa salientar que Mir Puig, conquanto compartilhe de boa parte das críticas que serão aduzidas a seguir, considera a prevenção geral positiva conveniente, desde que acolhida em sentido restritivo²⁰⁶. Assim, destaca o autor que:

Un tal Estado [Democrático de Direito] ha de restringir el Derecho penal mediante una serie de limites, y no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización y otros. El concepto de prevención general positiva será oportuno si se entiende que ha de integrar todos estos límites armonizando sus contradicciones recíprocas: si se entiende que *una razonable afirmación del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho exige el respeto de dichas limitaciones*.²⁰⁷

1.9. Apontamentos críticos às teorias da prevenção geral positiva

Variadas são as críticas às concepções preventivo-gerais positivas da pena, mesmo ao se observar tão somente o discurso tradicional sobre o tema.

²⁰⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 93.

²⁰⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 103. Cabe destacar que Roxin demonstra mais simpatia pela versão positiva da prevenção geral, como se pode concluir da seguinte passagem: “*Se puede hacer prevención general fortaleciendo con la satisfacción del sentimiento jurídico la conciencia jurídica general (prevención integradora); pero también se puede hacer prevención general, intimidando a los delincuentes con penas (intencionalmente elevadas) e intentando así apartarlos de la comisión de delitos (prevención intimidatoria). El mantenimiento del principio de culpabilidad significa una decisión de principio en favor de la prevención integradora, y sólo dentro de sus límites permite una prevención intimidatoria*”. (ROXIN, Claus. *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal*. In: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 183). Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: *Estado, Pena y Delito*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, p. 62; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 328.

²⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 63.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 66. Cf. também: MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho*. In: *Estado, Pena y Delito*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, pp. 106-107.

De saída, convém destacar que boa parte das reservas que foram aduzidas em relação às teorias da prevenção geral negativas pode ser estendida à perspectiva punitiva ora enfocada.

Nessa senda, pontua Camargo que os defensores das teorias preventivo-gerais positivas, sejam em suas versões fundamentadoras, sejam em suas roupagens limitadoras, assumem como pressuposto inquestionável a (improvável) “capacidade motivadora da norma”, do que redundaria a inexistência de comprovação empírica dos supostos efeitos preventivos atribuídos à pena. Com efeito, na base da teoria da prevenção geral positiva repousaria a questionável compreensão da sociedade enquanto todo homogêneo que se perfaz de indivíduos racionais, motiváveis pelas normas²⁰⁸.

Censurar-se-ia à teoria em tela, outrossim, a pretensão a se lograr efeitos preventivos à custa da instrumentalização do infrator, o que esvaziaria de conteúdo ético a resposta punitiva, pois que violada restaria a apregoada dignidade humana²⁰⁹.

Demais disso, tal como se reprova às formulações preventivo-gerais intimidativas, critica-se na teoria da prevenção geral positiva a ausência de qualquer atenção referida à execução da pena, o que decorre do fato de ela estar orientada à sociedade como um todo, e não especificamente aos infratores²¹⁰.

A carência de limites previstos à potestade penal configuraria outra deficiência do contributo teórico que se examina²¹¹.

Ferrajoli, para quem a teoria preventivo-geral positiva não passa de “[...] *uma ideologia de legitimação apriorística, tanto do direito penal como da pena*”²¹², sustenta que, apesar da

²⁰⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 57.

²⁰⁹ *Ibid.*; ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoria del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 93.

²¹⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 93.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 222. No mesmo sentido: FALCÓN Y TELLÁ, María José; FALCÓN Y TELLÁ, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe*

proeminência alcançada recentemente, mencionada contribuição teórica muito pouco soma a teorias cujas concepções radicam em um passado não tão próximo, como é o caso da “[...] *teoria da deviança de Émile Durkheim, que, no mesmo diapásão, havia concebido a pena como um fator de estabilização social [...]*”²¹³, apta a produzir efeitos junto àqueles que supostamente não delinquem, “[...] *reafirmando-lhes os sentimentos coletivos e solidificando-lhes a solidariedade contra os desviantes*”²¹⁴.

Na contramão de Roxin, que, como se viu, mostra-se mais afeito à versão positiva da prevenção geral, pois que em sua versão intimidativa, como argumenta, a pena tenderia a dar lugar ao terror punitivo²¹⁵, Luzón Peña preconiza que a prevenção estabilizadora ou integradora não seria senão “[...] *una versión modernizada y disfrazada de la vieja idea de retribución [...]*”²¹⁶, e que, ao contrário do postulado pelos seus entusiastas, estaria inclinada a legitimar uma maior demanda punitiva – “*para evitar la incomprensión o el rechazo de los ciudadanos*”²¹⁷ –, quando comparada à concepção preventivo-geral intimidativa por ele esposada²¹⁸. De fato, destaca Luzón Peña que:

Pues me parece evidente que las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad (y aquí hay que plantearse ciertamente: ¿toda, la mayoría o sólo los grupos dominantes?) Para mantener su fidelidad al Derecho y su seguridad y confianza en el mismo, pueden ser muy superiores – y menos fundadas – que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la prevención de intimidación.²¹⁹

Veja-se que o autor, além de contrastar as demandas punitivas supostamente correspondentes a cada uma das noções de prevenção geral, coloca uma indagação

um direito de castigar? Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, pp. 210-211.

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 222.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 101.

²¹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 16, 1982, p. 97. Cf. também: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 335-347.

²¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 98.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 97-98. Cf. ainda: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

²¹⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 99.

(extremamente) indispensável para o correto enquadramento de quaisquer assuntos referentes ao sistema penal: a quem interessa a punição? À sociedade como um todo, à maioria ou somente às classes e grupos dominantes? Estas questões – e outras afins – darão a tônica da abordagem que se espera lograr desenvolver no segundo capítulo desse trabalho. Por ora, cabe tão somente mencioná-las.

Luzón Peña, ademais, mostra-se profundamente refratário a que se opere de modo autônomo com o conceito de prevenção geral positiva, o qual deveria, segundo ele, quedar subordinado às exigências de prevenção geral intimidadora, sob pena de não se conseguir ir além da racionalização “[...] *de algo subyacente e inconsciente: impulsos, agresividad y emociones de carácter claramente irracional*”²²⁰.

A exacerbada normativização das formulações jakobsianas é censurada por Figueiredo Dias, que, mantendo-se tributário à compreensão que identifica a tutela de bens jurídicos como finalidade precípua do direito penal, propõe uma elaboração alternativa da noção preventivo-geral positiva da pena - de caráter “*realista*” ou “*sociológico-axiológico*”-, conforme a qual a proteção penal de bens jurídicos proporcionaria a estabilização das expectativas da sociedade, é dizer, redundaria no “[...] *restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime*”²²¹.

1.10. As teorias unitárias ou mistas - Apontamentos críticos

Por meio das denominadas teorias da união ou mistas procura-se acolher de cada uma das teorias acima referidas os aspectos reputados mais proveitosos, de maneira a se chegar a uma síntese capaz de superar o caráter pretendidamente unilateral das teorias da pena quando tomadas de forma isolada²²². Trata-se, pois, de uma postura eclética – ao que tudo indica, majoritária na doutrina e na jurisprudência²²³ - face à torrencial de críticas desfechadas contra

²²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 16, 1982, pp. 99 e 102.

²²¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, pp. 130-131.

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 141-142.

²²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 67; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena* –

as diversas concepções sobre a pena.

Roxin apresenta três formulações de cariz unitário²²⁴.

A primeira delas, intitulada “teoria unificadora retributiva em sentido tradicional”, não deixaria de mostrar-se tributária da produção de efeitos preventivos especiais e gerais, os quais estariam, no entanto, subordinados à retribuição, que se entende ser a função mais destacada da pena²²⁵. Nesse sentido, preconiza Jescheck que “*la teoría unitaria se caracteriza, pues, por un concepto pluridimensional de la pena que, aunque orientado en la idea de retribución, no se limita a la misma [...]*”²²⁶. À luz dessa elaboração, que animou o Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962²²⁷, a pena não poderia ser fixada, por razões preventivas, em patamar superior ao representado pela culpabilidade. Por outro lado, por motivos atinentes à necessidade preventivo-especial, seria aceitável a concretização da pena em nível “*moderadamente inferior*” ao considerado ajustado à culpa²²⁸.

Conforme o argumento roxiniano, a teoria mista de orientação retributiva haveria de ser descartada, pois que a ela poderiam ser estendidas todas as reservas relacionadas à teoria da retribuição quando tomada em termos absolutos²²⁹.

Outra modalidade de teoria mista seria a chamada “*teoria unificadora aditiva*”, por meio da qual, em síntese, sustenta-se a inexistência de proeminência *a priori* de quaisquer das

Fundamentos políticos e Aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 13; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. In: Revista Canaria de Ciencias Penales. n. 3. Las Palmas de Gran Canaria: Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, jul. 1999, p. 105.

²²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 93-103.

²²⁵ *Ibid.*, p. 93. Cabe registrar, como acima mencionado, a existência de controvérsia a respeito do enquadramento da retribuição como função – e não como fundamento – da pena.

²²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 67.

²²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 141-142; FALCÓN Y TELLÁ, María José; FALCÓN Y TELLÁ, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 237.

²²⁸ JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido - Dois Estudos de Günther Jakobs*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 2.

²²⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 94.

funções da pena - retribuição²³⁰, prevenção geral e prevenção especial. A maior relevância emprestada a uma ou a outra das apregoadas finalidades da punição ficaria a depender das singularidades de cada caso concreto²³¹. Veja-se que essa formulação segue preservando a concepção retributiva.

Roxin manifesta-se igualmente refratário ao pensamento unificador aditivo, o qual, ao reunir não somente as virtudes, mas principalmente as deficiências das teorias que lhe conferem apoio, acabaria por se sujeitar a toda uma série de objeções, além de inviabilizar a ideação de um conceito unitário de pena “[...] *como uno de los medios de satisfacción social*”²³². Tal concepção, portanto, além de teoricamente frágil, mostrar-se-ia “[...] *muito grave do ponto de vista do Estado de Direito*”, pois que franquearia espaço à potestade punitiva nas mais díspares situações, de molde a ampliar as possibilidades de incidência de pena²³³.

Sumariadas as teorias da união em seus formatos então mais correntes, bem como suas respectivas críticas, Roxin apresenta uma elaboração alternativa, por ele batizada de “*teoria unificadora preventiva dialética*”. Aludida proposição é assim resumida pelo autor:

[...] la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivos especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivos generales.²³⁴

²³⁰ Vide o consignado à nota de número 225.

²³¹ Para uma formulação em que se destaca amplamente a importância de se pensar as funções da pena consoante as necessidades identificadas em cada caso concreto, conferir: STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo A. Sancinetti. In: Cuadernos de Conferencias y Artículos. n. 8. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 31-35.

²³² ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 94-95.

²³³ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, pp. 26 e 44.

²³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 103. Formulação semelhante, porém, como maior acento nas “*exigências da prevenção geral positiva ou de integração*”, pode ser encontrada em FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, pp. 129-136.

No contributo roxiniano, a retribuição perde qualquer espaço²³⁵, e o princípio da culpabilidade, tradicionalmente entendido como vinculado à visão retribucionista²³⁶, se independentiza²³⁷, passando a funcionar como limite para a intervenção punitiva²³⁸, a qual se atribui finalidade unicamente preventiva²³⁹. O emprego do conceito de culpabilidade para efeitos de limitação das necessidades preventivas, associado ao rechaço a todo ideal retributivo, caracterizaria o Projeto Alternativo alemão de 1966²⁴⁰.

De forma coerente com o seu pressuposto, consoante o qual o direito penal somente encontraria fundamento na “[...] *protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio* [...]”²⁴¹, Roxin sustenta que, ante a colisão entre a pretensão preventivo-geral e a necessidade preventivo-especial de ressocialização, esta deveria prevalecer. Aquela, por outro lado, cumpriria papel protagonístico nas cominações penais, legitimando por si só a punição nos casos de comprovado fracasso do ideal ressocializador²⁴².

A aludida saliência da perspectiva preventivo-especial positiva²⁴³ autorizaria a que se fixasse a pena em patamar inferior àquele supostamente correspondente à culpabilidade, caso

²³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 98-99. Em sentido contrário, como se viu, o argumento de Luzón Peña, segundo o qual a construção de Roxin “[...] *no es sino una versión modernizada y disfrazada de la vieja idea de retribución* [...]”. (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 16, 1982, pp. 97-98). Da mesma opinião que Luzón Peña, conferir: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 335-347; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 72, nota n. 135.

²³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Op. cit.*, p. 134. No mesmo sentido: LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 41-42.

²³⁷ Sobre a suposta “*cisão entre pensamento retributivo e culpa*”, Rodrigues salienta que: “*O que se verificou foi, portanto, uma mudança fundamental na doutrina sobre o papel que deve desempenhar a culpa: de fundamento passou a limite da intervenção punitiva estatal*”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.*, p. 216).

²³⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, pp. 99-101.

²³⁹ *Ibid.*, p. 95.

²⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 238.

²⁴¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 95.

²⁴² *Ibid.*, p. 98.

²⁴³ Chamou-se de “*retorno a Von Liszt*” o ressurgimento das ideias preventivo-especiais a partir dos anos 1960 do século passado, o que acabaria por inspirar sobremaneira o mencionado Projeto Alternativo alemão. Cf. FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.*, p. 238.

o requeresse a exigência ressocializadora verificada no caso singular. Nessa trilha, o rebaixamento da medida da pena em relação ao “grau” que se sugere coincidente com a culpa somente encontraria freio na necessidade de preservar a “*confianza no ordenamento jurídico*”, é dizer, “[...] *la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad* [...]”²⁴⁴.

Roxin postula, ainda, que se haveria de proceder a uma “*ponderação diferenciada*” sobre os fins da pena conforme a fase do *iter* penal²⁴⁵ - o que não se confundiria com a identificação excludente de uma dada função da pena com uma específica etapa do processo de realização da punição²⁴⁶. Assim, o autor preconiza que:

El significado de la prevención general y especial se acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales [...]. Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial [...].²⁴⁷

Em linhas gerais, Jakobs e Lesch mostram-se de acordo quanto às críticas que desferem contra as teorias da união. Cabe, a essa altura, por em relevo, ainda que brevemente, o que eles aduzem a respeito da versão roxiniana da teoria unitária.

O ponto central do argumento leschiano reside na consideração tocante ao suposto caráter irresolúvel da contradição entre culpabilidade e prevenção. Nessa senda, Lesch salienta que:

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 97. Cf. também: JAKOBS, Günther. *Teoría da pena e suicídio e homicídio a pedido - Dois Estudos de Günther Jakobs*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 3.

²⁴⁵ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 238.

²⁴⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 97.

²⁴⁷ *Ibid.* Para uma abordagem mais aprofundada dessa questão, conferir: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, pp. 28-43. Cf. também: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 63; SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 134; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 97.

El punto de vista restrospectivo de la compensación de la culpabilidad y el prospectivo de la prevención se encuentran absolutamente desligados e incompatibles. La combinación de diferentes finalidades de la pena no conduce ni mucho menos a la desaparición de las insuficiencias de las que adolecen por separado cada una de ellas.²⁴⁸

Desse modo, ante a ausência de ponto de sintonia entre as perspectivas da culpa e da prevenção, quadro esse agravado pela não menos relevante incongruência potencial entre prevenção geral e prevenção especial, a única “salvação” possível seria um compromisso de duvidosa consistência teórico-prática, à moda da proposta roxiniana de ponderação diferenciada conforme a fase do *iter* criminal, a qual não obstaria que viessem a se somar as diferentes deficiências associadas a cada um das teorias da pena²⁴⁹.

Jakobs, por sua vez, aduz, no mesmo caminho trilhado por Lesch, que “[...] *se é possível a harmonia, a teoria da união perde relevo, já que não identifica o elemento criador de harmonia, inclusive, nem sequer o busca*”²⁵⁰. O resultado disso não seria outro senão a deslegitimação da prevenção pelo princípio da culpabilidade, o qual não poderia - no que toca especificamente à formulação unitário-dialética -, por conta de incompatibilidade conceitual, funcionar como parâmetro limitativo para a prevenção, seja geral, seja especial²⁵¹.

Com efeito, de tudo quanto consignado acima, é possível afirmar que, somente à custa de muitas reservas, é possível sustentar algum nível de pertinência teórico-prática de quaisquer das teorias ditas tradicionais da punição. Com efeito, cabe asseverar, com Günther, que “*as alegadas relações de meio e fim entre a pena e seus efeitos não são acertadas ou são impossíveis de se comprovar, ou a pena é reduzida a um meio de comunicação, sem que se possa demonstrar que as mensagens a serem comunicadas dependam necessariamente da pena como meio de transmissão*”²⁵².

²⁴⁸ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 42.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido - Dois Estudos de Günther Jakobs*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 5.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 5-6; 27.

²⁵² GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. v. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, pp. 201-202

2. O DISCURSO CRÍTICO SOBRE A PUNIÇÃO

A pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais. Nós não negamos que a pena tenha fins específicos, mas negamos que ela possa ser entendida tão somente a partir de seus fins. [...]

A pena como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas. O objeto de nossa investigação, portanto, é a pena em suas manifestações específicas, as causas de sua mudança e de seu desenvolvimento, as bases para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos.²⁵³

O fragmento *supra* transcrito traduz, em grande medida, os propósitos da segunda parte desse trabalho. Com efeito, o desafio que ora se pretende enfrentar consiste - para além de se retomar o argumento sobre os fundamentos e finalidades da pena - na abordagem histórico-genética do sistema punitivo particular à ordem social capitalista. Somente depois de consumado esse passo, será possível recobrar, à luz da contribuição materialista sobre o assunto, a discussão a respeito das denominadas teorias da pena.

2.1. A acumulação primitiva e a gênese da instituição carcerária

Ao contrário do que aparentemente supõem os autores de alguns assépticos manuais de direito penal, os quais preconizam que a crueldade e a indiferença ante o sofrimento humano configuravam traços determinativos próprios do fenômeno punitivo antigo ou medieval, em contraste com a suposta realidade de penas humanizadas inaugurada pela ordem social burguesa²⁵⁴, a história do cárcere - que se confunde com a história do capitalismo - não foi senão gravada à custa de muito ferro, fogo e sangue.

De fato, a moderna instituição carcerária descende das casas de trabalho e correção que

²⁵³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 19-20.

²⁵⁴ Por todos, conferir a narrativa de Prado: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – Parte Geral, arts. 1º a 120*. v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, pp. 64-78. Nesse sentido, é emblemático o argumento de Dotti: “Somos herdeiros de um sistema que encontrou o seu apogeu no século das luzes quando o reconhecimento formal dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, impunha a abolição das penas cruéis. E a prisão não seria, portanto, uma pena cruel principalmente porque ela mantinha a vida que tão frequentemente era o preço do resgate do crime cometido”. (DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 106).

foram sendo instaladas, a partir do século XVI, nos países europeus no seio dos quais o capitalismo germinava²⁵⁵. As referidas organizações punitivas serviram de destino para as hostes de camponeses que, aos milhares, foram sendo expulsos das terras e amontoados nas cidades, no bojo do longo e complexo processo sócio-histórico que Marx denominou por acumulação primitiva²⁵⁶, a qual, ao consubstanciar a “pré-história” do capital, envolveu variegados métodos, tais como o cercamento de terras comunais, a secularização de bens eclesiásticos, a alienação/apropriação fraudulosa de domínios estatais etc.²⁵⁷.

De forma bastante sintética, no decurso da dinâmica de acumulação primitiva, o produtor será apartado dos meios de produção, de maneira que ao final desse processo, estará em condições de ostentar as qualidades fundamentais que o farão se submeter *formalmente* ao capital²⁵⁸. De feito, o trabalhador passará a figurar como indivíduo duplamente livre: livre por ser o proprietário de sua força de trabalho, é dizer, livre porquanto não-dependente de um senhor; e, ademais, livre por nada possuir além de sua própria força de trabalho²⁵⁹, ou seja, livre, pois que expropriado dos meios de produção, que se transmudam em capital²⁶⁰.

A expropriação dos produtores rurais está, portanto, na gênese da “[...] *formação do proletariado* [...]”²⁶¹. Fala-se aqui, entretanto, de uma quadra histórica relativamente extensa, na qual a punição cumpriu papel de indubitável importância. “*Mas qual deveria ser a finalidade da pena? [...] a pena deveria consistir no aprendizado da “disciplina da nova*

²⁵⁵ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 33-60; RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 67-82.

²⁵⁶ “A acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como “primitiva” porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde”. (MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 786).

²⁵⁷ MARX, Karl. *Op. cit.*, pp. 788-805. Cf. também: MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 33-36. Cabe acrescentar que Marx refere-se especificamente ao que se passou na Inglaterra, entendida como o país no qual o aludido processo expropriatório mostrou-se em seu formato clássico. Fenômenos similares, porém, com traços particularizantes, tiveram lugar nos demais países em que o capitalismo floresceu. Quanto a esse aspecto, conferir MARX, Karl. *Op. cit.*, pp. 787-788.

²⁵⁸ NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx – Ciência e revolução*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 97-99.

²⁵⁹ “Por força de trabalho ou capacidade de trabalho entendemos o complexo [...] das capacidades físicas e mentais que existem na corporeidade [...], na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento sempre que produz valores de uso de qualquer tipo”. (MARX, Karl. *Op. cit.*, p. 242).

²⁶⁰ MARX, Karl. *Op. cit.*, p. 786. Cf. também MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, p. 33.

²⁶¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, p. 33.

situação”²⁶². Transformar camponeses despossuídos - inicialmente rebaixados à condição de mendigos, vadios e/ou criminosos de toda espécie - em operários, foi a tarefa incumbida às casas de trabalho e correção²⁶³: “[...] *casa de trabalho para pobres e casa de correção para vagabundos e criminosos, instituições que, na prática, eram a mesma coisa, uma vez que o real delito era, no fundo, a pobreza, e a finalidade da instituição era o aprendizado de uma disciplina, visto como punição*”²⁶⁴. Nesse sentido, Marx destaca que:

[...] o surgimento, em toda a Europa ocidental, no final do século XV e ao longo do século XVI, de uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe trabalhadora foram inicialmente castigados por sua metamorfose, que lhes fora imposta, em vagabundos e *paupers*. A legislação os tratava como delinquentes “voluntários” e supunha depender de sua boa vontade que eles continuassem a trabalhar sob as velhas condições, já inexistentes. [...] Assim, a população rural, depois de ter sua terra violentamente expropriada, sendo dela expulsa e entregue à vagabundagem, viu-se obrigada a se submeter, por meio de leis grotescas e terroristas, e por força de açoites, ferros em brasa e torturas, a uma disciplina necessária ao sistema de trabalho assalariado.²⁶⁵

Com efeito, para quem nascera camponês, o *status* de operário haveria de representar algo “[...] *absolutamente não-natural*”²⁶⁶. Sobre as profundas transformações experimentadas pelo desapossado homem do campo em seu modo de ser e de viver, Melossi acrescenta:

Vindos das ruínas do feudalismo, capital e operários “livres” são colocados frente a frente. E são reunidos materialmente na manufatura. Para esse proletariado em formação, tal abraço não é voluntário nem de modo algum prazeroso. Ele deve adaptar-se à clausura, à falta de luz e de espaço, à perda daquela relativa autonomia

²⁶² MELOSSI, Dario. *A questão penal em O capital*. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas n. 4. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 129. Cabe observar que a citação efetuada por Melossi (é dizer, a expressão “*disciplina da nova situação*”), foi extraída d’O Capital: MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 805. Sobre o papel desempenhado pela punição no curso da chamada acumulação primitiva, conferir também: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 37-38.

²⁶³ MELOSSI, Dario. *Op. cit.*, p. 125. Cf. ainda: PAVARINI, Massimo. *El orden carcelario - Apuntes para una historia material de la pena*. In: El derecho penal hoy - Homenaje al profesor David Baigún. Trad. Laura Martín. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, pp. 569-570.

²⁶⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 59-60. Como consabido, a questão referente aos dispositivos disciplinares de controle foi largamente explorada também por autores não-marxistas, a exemplo de Michel Foucault, especialmente em sua obra mais conhecida, a saber, *Vigiar e Punir*. Os propósitos do presente trabalho, no entanto, limitam-se à abordagem da contribuição marxiana sobre o tema versado, a qual, cabe pontuar, não deixa de fazer referências críticas ao contributo de Foucault. Nesse sentido, conferir: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 76-77; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 26.

²⁶⁵ MARX, Karl. *Op. cit.* pp. 806-808.

²⁶⁶ MELOSSI, Dario. *Op. cit.*, p. 129.

permitida pelo trabalho nos campos, para submeter-se à autoridade incondicional do capitalismo, na mais brutal e fatigante monotonia e repetitividade. Não é por acaso, como veremos, que manufatura e cárcere tenham historicamente uma mesma e interdependente origem.²⁶⁷

Nesse momento histórico, em que se processa a transformação do *camponês expulso* em *operário*, a violência estatal cumpre papel fundamental. Somente após consolidada a “nova situação” - aproximadamente, a partir da segunda metade do século XVIII -, a coerção econômica difusa²⁶⁸ passaria a configurar a principal fonte de pressão exercida sobre a classe trabalhadora²⁶⁹. Antes, no entanto, que os trabalhadores fossem completamente entregues às “[...] *leis naturais da produção* [...]”, legislações contra a vadiagem ou antiassociativas, sem falar no controle penal dos níveis salariais, por exemplo, foram muito frequentes²⁷⁰. De feito,

²⁶⁷ MELOSSI, Dario. *A questão penal em O capital*. In: Margem Esquerda - Ensaios Marxistas n. 4. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 130. De fato, se a mercadoria *força de trabalho* apresenta a propriedade de todo peculiar de produzir valor à medida que é consumida, cabe consignar que a extração de mais-valor estará condicionada pela imposição da disciplina produtiva imposta aos trabalhadores. Daí a importância das instituições correcionais em estudo: fazer com que ex-camponeses interiorizassem a disciplina inerente aos processos manufatureiros e, em seguida, fabris. Nessa senda, o argumento de Melossi: “*O enigma deve residir portanto na natureza particular da mercadoria que ele [capitalista] comprou, na mercadoria força de trabalho [...]. O valor de uso dessa mercadoria não pertence mais, obviamente, ao seu vendedor, ao trabalhador, mas sim ao capitalista que a comprou. E a natureza particular dessa mercadoria é tal que o consumo de seu valor de uso produz valor [...]. Isso, porém, só é verdadeiro se o uso dessa força de trabalho é efetivamente capaz de produzir, na jornada de trabalho, um valor maior do que aquele que o capitalista antecipou. [...] porém, da mesma maneira que a mercadoria força de trabalho tem a característica peculiar de produzir valor, também tem uma estranha propriedade, que é contraditória em relação à anterior: a tendência a subtrair-se ao próprio consumo [...]. [...] uma série de tratamentos complementares que precedem, acompanham e sucedem a sua utilização no processo. Essa é a tarefa específica das instituições segregadoras inventadas pela burguesia capitalista [...] instituições que, no sentido que estamos explicando, podem ser definidas como subalternas à fábrica. [...] A esfera da circulação, da troca entre equivalentes, é o reino da liberdade e da igualdade, o reino da Declaração de direitos; a esfera da produção é o reino da exploração, da acumulação e, por conseguinte, da autoridade, da fábrica, e das outras instituições segregadoras*”. (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 75-76).

²⁶⁸ “*Com o desenvolvimento da burguesia, isto é, do capital, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos operários modernos, os quais só vivem enquanto têm trabalho e só têm trabalho enquanto seu trabalho aumenta o capital*”. (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 46).

²⁶⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 50-51; 64. Cf. também: *Ontologia do Ser Social*. v. 2. Trad. Nélio Schneider, Ivo Tonet e Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 328.

²⁷⁰ MELOSSI, Dario. *Op. cit.*, pp. 130-131. Sobre esse longo e complexo processo histórico-social, Marx salienta que: “*Não basta que as condições de trabalho apareçam num polo como capital e no outro como pessoas que nada têm para vender, a não ser sua força de trabalho. Tampouco basta obrigá-las a se venderem voluntariamente. No evoluir da produção capitalista desenvolve-se uma classe de trabalhadores que, por educação, tradição e hábito, reconhece as exigências desse modo de produção como leis naturais e evidentes por si mesmas. A organização do processo capitalista de produção desenvolvido quebra toda a resistência; a constante geração de uma superpopulação mantém a lei da oferta e da demanda de trabalho, e, portanto, o salário, nos trilhos convenientes às necessidades de valorização do capital; a coerção muda exercida pelas relações econômicas sela o domínio do capitalista sobre o trabalhador. Violência extraeconômica, direta,*

as casas laborais e as casas correcionais, orientadas por uma pretensão de nítido caráter pedagógico-produtivista²⁷¹, vão, paulatinamente, se substituindo às práticas punitivas de natureza corporal e, assim, afirmando-se como instituições subordinadamente vinculadas à nascente empresa manufatureira. Nessa trilha, uma vez mais, o argumento de Melossi:

É, de fato, durante os séculos XVII e XVIII, paralelamente ao surgimento da manufatura, portanto, que em todos os países mais desenvolvidos do mundo ocidental, ao mesmo tempo que se assiste ao progressivo desaparecimento das formas de punição corporal, vão surgindo “casas de trabalho” e “casas de correção” desconhecidas no período precedente e baseadas em uma visão ascética e produtivista da vida, que era completamente estranha aos lugares de reclusão que existiam até então. E é precisamente o elemento *reeducativo do trabalho*, de fato, que acima de qualquer outro, é ressaltado nesse período e que determina a novidade tanto ideológica como de organização material dessas novas instituições.²⁷²

A essa altura da presente exposição, cabe abordar, ainda que rapidamente, a

continua, é claro, a ser empregada, mas apenas excepcionalmente. Para o curso usual das coisas, é possível confiar o trabalhador às “leis naturais da produção”, isto é, à dependência em que ele mesmo se encontra em relação ao capital, dependência que tem origem nas próprias condições de produção e que por elas é garantida e perpetuada. Diferente era a situação durante a gênese histórica da produção capitalista. A burguesia emergente requer e usa a força do Estado para “regular” o salário, isto é, para comprimi-lo dentro dos limites favoráveis à produção de mais-valor, a fim de prolongar a jornada de trabalho e manter o próprio trabalhador num grau normal de dependência. Esse é um momento essencial da assim chamada acumulação primitiva”. (MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 808-809). Sobre a repressão penal das iniciativas operárias de organização, Pachukanis destaca que “[...] a burguesia capitalista, ainda em fase de nascimento, declarou delituosos os esforços dos operários para se agruparem em associações”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 124). No mesmo sentido, conferir MARX, Karl. *Op. cit.*, p. 810. A respeito da legislação penal inglesa sobre controle de salários. Marx salienta que: “Proibia-se, sob pena de prisão, pagar salários mais altos do que o determinado por lei, mas quem recebia um salário mais alto era punido mais severamente do que quem o pagava. [...] O espírito do estatuto trabalhista de 1349 e de seus descendentes se revela muito claramente no fato de que o Estado impõe um salário máximo, mas de modo algum um mínimo”. (*Ibid.*, p. 810). Na Inglaterra, as leis penais anticoalização e as de regulação salarial somente foram revogadas no século XIX. Cf.: (*Ibid.*, pp. 811-812). Cf. também: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 43-58.

²⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 45.

²⁷² MELOSSI, Dario. *A questão penal em O capital*. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas n. 4. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 133. No mesmo sentido, a contribuição de Santos: “A relação capital/trabalho assalariado é a chave para compreender a instituição carcerária: expropriados dos meios de produção e expulsos do campo - o violento processo de acumulação primitiva do capital nos séculos XV e XVI -, os camponeses se concentram nas cidades, onde a insuficiente absorção de mão-de-obra pela manufatura e a adaptação à disciplina do trabalho assalariado originam a formação de massas de desocupados urbanos. [...] A penitenciária moderna começa nas workhouses, instituições de trabalho forçado do período de germinação do capitalismo - carente de mão-de-obra disposta ao trabalho assalariado [...] -, criadas para a tarefa de disciplina da força de trabalho da manufatura e, depois, da indústria, reforçando o papel da família, da escola e de outras instituições sociais [...]”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, pp. 33-44.). Cf. ainda, MELOSSI, Dario. *Carcere, posfordismo e ciclo de produzione della “canaglia”*. In: Dei delitti e delle pene – Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. ns. 1 – 3. 2001, p. 98.

particularidade brasileira correspondente ao período sócio-histórico em exame. Como consabido, o emprego de mão-de-obra escrava foi majoritário no Brasil, até bem avançado o século XIX. Pode-se afirmar que, especialmente durante a quadra colonial, a potestade punitiva titularizada pelos donatários fazia da efetivação da punição um fenômeno em larga medida privado²⁷³. De fato, fosse no bojo do chamado sistema penal colonial-mercantilista²⁷⁴, fosse no seio do intitulado sistema penal imperial-escravista²⁷⁵, predominava a “[...] *velha matriz ibérica da continuidade público-privado*”²⁷⁶. Mesmo com a promulgação da Constituição Imperial de 1824, a qual aboliu a pena de açoitamento - além de outras punições corporais que, até àquele momento, eram as de utilização mais usual -, traços de continuidade com a realidade colonial persistiram, a exemplo dos aludidos açoites, que, com fulcro no Código Criminal de 1830, seguiram sendo largamente infligidos - tanto pelo senhor como pelo órgão oficial de execução penal - aos escravos²⁷⁷.

Assim, diferentemente do que se passou nos países europeus centrais, os quais assistiram ao surgimento de instituições de natureza correcional já a partir do século XVI, no Brasil, somente no século XIX principiam a emergir as primeiras Casas de Correção, datando a primeira delas do ano de 1833²⁷⁸, as quais, no entanto - e as suas precaríssimas condições de salubridade e higiene o demonstravam -, afiguravam-se sobremaneira descoladas dos

²⁷³ Nessa senda, salienta Batista que: “*Quem ficar apenas nos textos legais nunca saberá do que realmente se passou. As Ordenações, por ora Manuelinas e a partir do início do século XVII Filipinas, são apenas um pano de fundo para o exercício pouco regulamentado, e às vezes desregulamentado, do poder punitivo. Aos donatários delegava o rei poder punitivo*”. (BATISTA, Nilo. *Os Sistemas Penais Brasileiros*. In: *Novas Tendências do Direito Penal – Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 108). No mesmo sentido, SERRA, Marco Antonio de Souza. *Economia Política da Pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, pp. 161-184. Cf. também: DOTTL, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, pp. 41-54.

²⁷⁴ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, pp. 105-108; No mesmo sentido, SERRA, Marco Antonio de Souza. *Op. cit.*, pp. 161-168.

²⁷⁵ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, pp. 108-111; No mesmo sentido, SERRA, Marco Antonio de Souza. *Op. cit.*, pp. 168-184.

²⁷⁶ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 110.

²⁷⁷ BATISTA, Nilo. *Os Sistemas Penais Brasileiros*. In: *Novas Tendências do Direito Penal – Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 110. Sobre a condição jurídica do escravo, Batista pontua que: “*Quero apenas chamar a atenção para uma curiosidade: o escravo era coisa perante a totalidade do ordenamento jurídico (seu sequestro correspondia a um furto), mas era pessoa perante o direito penal [...]. É que essa dualidade perversa costuma reapresentar-se hoje, sob a forma de uma cidadania – categoria jurídica da revolução burguesa muito em moda hoje, no Brasil – de uma cidadania à qual os pobres acedem somente através do direito penal*”. (*Ibid.*, p. 111).

²⁷⁸ SERRA, Marco Antonio de Souza. *Economia Política da Pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 179.

propósitos que determinavam as congêneres européias e estadunidenses²⁷⁹. Com efeito, “a pena por excelência num Estado do capitalismo dependente e que mantém a escravidão, ainda não é a prisão, até porque não havia nenhuma revolução industrial: ainda que não formalmente imposta ou não deliberadamente executada, continua a ser a morte”²⁸⁰.

Pode-se concluir, com lastro no que foi aduzido *supra*, que a gênese da instituição carcerária moderna, longe de estar radicada em razões de cariz humanitário, vincula-se de modo indelével à *formação do proletariado*, a qual, como se viu, diferentemente do que apregoam os entusiastas do mito da história incruenta, não se fez sem o largo e aberto emprego da velha e onipresente violência^{281 282}.

²⁷⁹ SERRA, Marco Antonio de Souza. *Economia Política da Pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 180.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 184. Conforme Melossi, as particularidades sócio-econômicas verificadas na Itália acabaram por determinar que o surgimento das instituições carcerárias nesse país de desenvolvimento capitalista atrasado viesse a se apresentar esvaziado do conteúdo pedagógico-produtivista próprio das congêneres inglesas e holandesas. Assim, o autor destaca que: “O contínuo excesso de força de trabalho em relação à demanda da indústria servirá de base, ainda que com determinadas exceções, em certos Estados e em certos períodos, para uma política malthusiana levada a cabo pelo capital italiano, sobretudo em relação às massas do sul. Primeiro a fome e a força, depois, após a Unificação, a emigração serão os instrumentos com os quais se tentará remediar o insuficiente desenvolvimento industrial do país. E isso explica também por que as instituições carcerárias italianas jamais - ou quase nunca - conhecerão um regime de trabalho industrial, um regime de trabalho produtivo: por um lado, isso retiraria trabalho dos operários livres; por outro, não havia nenhuma necessidade de fazer pressão sobre o mercado de trabalho”. (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 111). Para uma profunda análise da particularidade estadunidense, conferir o texto de Pavarini: *Ibid.*, pp. 153-207.

²⁸¹ Nesse sentido, o argumento de Rusche e Kirchheimer: “Os métodos de punição começaram a sofrer uma mudança gradual e profunda em fins do século XVI. A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção, com a adoção da escravidão nas galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados; [...] Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades”. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 43).

²⁸² Evidentemente, não se cuida de entender a denominada acumulação primitiva como um momento sócio-historicamente regressivo, tão somente por conta da violência que lhe foi característica. Com efeito, cabe reconhecer, com Harvey que: “Embora a violência de classe envolvida no surgimento do capitalismo possa ser repugnante, o lado positivo da revolução capitalista foi que despossuiu as instituições feudais arbitrárias (como a monarquia e a Igreja) e seus poderes, liberou energias criativas, abriu novos espaços e aproximou as regiões do mundo por meio das relações de troca, abriu a sociedade a fortes correntes de mudança tecnológica e organizacional, superou um mundo baseado na superstição e ignorância e substitui-os com uma ciência esclarecida com a potencialidade de libertar toda a humanidade das necessidades materiais e de carências. Nada disso poderia ter ocorrido sem que alguém em algum lugar fosse despossuído”. (HARVEY, David. *O enigma do capital - E as crises do capitalismo*. Trad. João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011, pp. 200-201).

2.2. Cárcere, fábrica e controle social

Se o nascimento das casas de trabalho e de correção faz parte do processo de gestação das condições necessárias ao florescimento de uma nova forma de sociabilidade, a saber, a sociabilidade regida pelo capital, pode-se afirmar, outrossim, que a consolidação do cárcere - enquanto instituição no bojo da qual a pena de prisão será erigida à condição de punição por excelência - confunde-se com a afirmação e a estabilização da novel ordem social.

E, como diferente não poderia ser, à medida que os pilares da sociedade capitalista vão se robustecendo, a função social da instituição carcerária vai se transformando, de sorte a confirmar, à luz da dinâmica particular da ordem do capital, a tese geral no sentido de que *“todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”*²⁸³. É dizer, as práticas penais tendem a seguir o movimento de conjunto da totalidade social, atendendo-lhe em suas necessidades. Assim, se até a denominada Baixa Idade Média as penas corporais predominaram fartamente, com o geminar da nova formação social, o quadro seguirá se alterando, de maneira a confirmar o encarceramento como principal modalidade punitiva, a partir do século XVIII²⁸⁴. Do mesmo modo, as finalidades atribuídas ao cárcere também experimentarão mudanças, em consonância com as novas demandas sociais surgidas.

Nesse sentido, com fundamento na seminal obra de Rusche e Kirchheimer, *Punição e Estrutura Social*, Santos preconiza que:

[...] *todo sistema de produção tende a descobrir a punição que corresponde às suas relações produtivas*, demonstrando a relação *mercado de trabalho/sistema de punição*, determinada pela seguinte lógica: se a força de trabalho é *insuficiente* para as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos de preservação da força de trabalho; se a força de trabalho *excede* as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos de destruição da força de trabalho.²⁸⁵

²⁸³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20.

²⁸⁴ Segundo os autores *retro* citados, *“até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento [...]”*. (*Ibid.*, pp. 94-95).

²⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 20. Cf. também: SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 42.

Essa a razão essencial das cruéis penas corporais - que imperaram, por exemplo, durante a Baixa Idade Média, contexto social marcado pela abundância de mão-de-obra²⁸⁶ - irem cedendo lugar ao encarceramento com viés pedagógico/produtivista, conforme se foi vislumbrando alguma utilidade social no trabalho do preso²⁸⁷. De outra banda, por motivos semelhantes, a instituição carcerária, paulatinamente, passa a ter esvaziada a sua função “reeducativa”, que é substituída por uma atitude progressivamente terrorista, no seio da qual o “trabalho” perde todo o traço produtivo, tornando-se mero elemento aflitivo²⁸⁸. Com efeito, especialmente a partir de meados do século XVIII, com a Revolução Industrial, um abundante “[...] *exército de reserva de desempregados* [...]” começa a se formar por toda a Europa, de maneira a tornar ocioso o papel do cárcere enquanto instituição orientada à disciplina produtiva da classe trabalhadora²⁸⁹. Nesse sentido, Melossi destaca que:

A razão de fundo pode ser encontrada, como já foi visto, no aumento excepcional da oferta de trabalho que tornava completamente obsoleta a velha fórmula do trabalho carcerário, em benefício do aspecto intimidatório e terrorista da casa de trabalho e, mais ainda, do cárcere. Não é que não se trabalhasse mais no cárcere; o trabalho no cárcere não era descartado *a priori*, mas o que emergia no primeiro plano era o caráter punitivo, disciplinador, do trabalho, mais do que a sua imediata valorização econômica.²⁹⁰

Cumprе salientar, por oportuno, que o trabalho em ambiente carcerário jamais logrou níveis elevados de produtividade, ainda quando formalmente orientado para isso²⁹¹. Nessa trilha, o argumento de Pavarini, consoante o qual “*o trabalho penitenciário inventará, assim, modelos dirigidos mais para a criação daquele “sujeito virtual”, imposto de vez em quando ao mercado da produção livre, do que para a produção, economicamente relevante, de*

²⁸⁶ “*Todo o sistema penal da Baixa Idade Média deixa claro que não havia escassez de força de trabalho, pelo menos nas cidades. Como o preço da mão-de-obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor*”. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 39).

²⁸⁷ “[...] *algumas mudanças econômicas contribuíram para incrementar o valor da vida humana e levaram o Estado a fazer um uso programático da força de trabalho à sua disposição. A ideia de utilizar o trabalho potencial do criminoso não era nova*”. (*Ibid.*, p. 83).

²⁸⁸ Nesse sentido, conferir: *Ibid.*, pp. 154-160.

²⁸⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 80 e 93.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 69. Para o exame do desenrolar desse processo na Itália, conferir: *Ibid.*, pp. 127, 145 e 147.

²⁹¹ “*A instituição penitenciária moderna se caracteriza por dois aspectos principais: economia de custos e orientação para o trabalho produtivo*”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 45).

mercadorias”²⁹². Ou, em síntese, “*a penitenciária é, portanto, fábrica de proletários e não de mercadorias [...]*”²⁹³. Tampouco a experiência estadunidense, que conheceu os modelos de Filadélfia e de Auburn - este, ajustado à disciplina industrial, caracterizava-se pelo trabalho em comum; aquele, espelhado na disciplina manufatureira, determinava-se pelo confinamento solitário²⁹⁴ - conheceu sorte distinta do fracasso enquanto unidade produtiva. De fato, a produção passível de se realizar no cárcere seria a de *sujeitos ideais*, e não a de mercadorias²⁹⁵, ou seja, “[...] *o cárcere como fábrica de proletários [...]*”²⁹⁶, ao que se somaria [...] *a fábrica como cárcere do operário*”²⁹⁷.

O apregoado colorido terrorista que vai se tornando característico da instituição carcerária, além de se intensificar, como se viu, devido à ampliação da superpopulação - o que, por seu turno, se dá em decorrência da expansão da indústria -, se robustece à medida que a burguesia transita à condição de classe reacionária. Nesse sentido, assevera Melossi:

[...] faz com que sejam cada vez mais numerosas as invocações pelo retorno ao bom tempo antigo, ao terrorismo e ao método duro [...]. A contradição entre burguesia e proletariado, que surgira havia séculos, embora permanecendo secundária à contradição entre aristocracia e burguesia, desponta agora com toda força na cena principal.²⁹⁸

De feito, os levantes proletários que passarão a se disseminar pela Europa especialmente a partir do segundo quartel do século XIX²⁹⁹, redundarão em significativos

²⁹² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 193.

²⁹³ *Ibid.*, p. 212. Na mesma direção, Santos preconiza que; “*Em outras palavras, o criminoso encarcerado representa o não-proprietário encarcerado, mostrando o cárcere como instituição coercitiva para transformar o criminoso não-proprietário no proletário não-perigoso, aquele sujeito de necessidades reais adaptado à disciplina do trabalho assalariado*”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 50). Cf. ainda: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 216 e 232.

²⁹⁴ “[...] *se a manufatura determina o confinamento solitário do modelo de Filadélfia, a indústria produz o trabalho em comum do modelo de Auburn [...]*”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 48). Cf. também: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 184-192; 199.

²⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 51.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 22.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 23. No mesmo sentido, conferir: MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 259-266.

²⁹⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, pp. 78-79.

²⁹⁹ Quanto a isso, a “[...] *revolta de junho [de 1848] do proletariado parisiense [...]*” é emblemática. Cf., LUKÁCS, Georg. *Marx e o Problema da Decadência Ideológica*. In: *Marxismo e Teoria da Literatura*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 53.

deslocamentos sócio-políticos, de tal forma que a burguesia passará a se defrontar com uma classe trabalhadora em ascensão. Essa nova dinâmica sócio-histórica da luta de classes não deixará de apresentar implicações teóricas, as quais, no que se refere ao pensamento de matriz burguesa, podem ser compreendidas a partir do conceito de *decadência ideológica*. Nessa senda, Lukács destaca que o processo de dissolução do pensamento racionalista burguês próprio do Iluminismo principia “[...] *quando a burguesia domina o poder político e a luta de classe entre ela e o proletariado se coloca no centro do cenário histórico*”³⁰⁰.

O traço mais saliente da ideologia decadente não é senão o seu caráter apologético. É dizer, a pesquisa e a reflexão desinteressadas sobre a realidade objetiva cedem lugar à defesa entusiasmada da ordem social, não poucas vezes realizada a partir de uma perspectiva marcada pelo subjetivismo. Assim, consoante a contribuição lukacsiana, “*a decadência ideológica surge quando as tendências da dinâmica objetiva da vida cessam de ser reconhecidas, ou são inclusive mais ou menos ignoradas, ao passo que se introduzem em seu lugar desejos subjetivos, vistos como força motriz da realidade*”³⁰¹. Ainda sobre a noção de decadência ideológica, Pinassi salienta que:

³⁰⁰ LUKÁCS, Georg. *Marx e o Problema da Decadência Ideológica*. In: *Marxismo e Teoria da Literatura*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 50. Cf. também: LUKÁCS, Georg. *Existencialismo ou marxismo?* Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Ciências Humanas, 1979, pp. 30-37; COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. 2. ed. Posfácio de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 35.

³⁰¹ LUKÁCS, Georg. *Marx e o Problema da Decadência Ideológica*. In: *Marxismo e Teoria da Literatura*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 99. Do posfácio à segunda edição d’O Capital, colhe-se que: “*Na França e na Inglaterra, a burguesia conquistara o poder político. A partir de então, a luta de classes assumiu, teórica e praticamente, formas cada vez mais acentuadas e ameaçadoras. Ela fez soar o dobre fúnebre pela economia científica burguesa. Não se tratava mais de saber se este ou aquele teorema era verdadeiro, mas se, para o capital, ele era útil ou prejudicial, cômodo ou incômodo, se contrariava ou não as ordens policiais. O lugar da investigação desinteressada foi ocupado pelos espadachins a soldo, e a má consciência e as más intenções da apologética substituíram a investigação científica imparcial*”. (MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 86). Sobre a decadência ideológica do pensamento jurídico, consubstanciada especialmente na ascensão do positivismo jurídico, Pachukanis destaca que: “*Ademais, logo que a chama revolucionária da burguesia se extinguiu definitivamente na segunda metade do séc. XIX, a pureza e a precisão das doutrinas clássicas deixaram igualmente de exercer sobre ela qualquer atração. A sociedade burguesa aspira a uma estabilidade e a um poder forte. Eis por que não é mais a análise da forma jurídica que se encontra no centro dos interesses da teoria jurídica, porém, antes, o problema do fundamento da força coativa dos preceitos jurídicos. Disso resulta uma singular mistura de historicismo e de positivismo jurídico, que se reduz à negação de todo o direito que não seja o direito oficial*”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 132).

Do otimismo revolucionário, que imperou até finais do século XVIII, brotava uma cínica substância apologética que revelava, pela mudança, o caráter contingencial da ideologia burguesa, conforme as necessidades de expansão e acumulação do capital [...], mas também da sua posição na esfera do controle político.³⁰²

É nesse contexto ideo-político que o trabalho no cárcere tem o seu aspecto pedagógico/produtivo eclipsado pelas necessidades intimidativas, as quais se pretenderá justificar teoricamente³⁰³. Com o positivismo criminológico e suas derivações³⁰⁴, a apologética em matéria criminal chegará ao paroxismo, sob o signo da denominada defesa social “[...] ou

³⁰² PINASSI, Maria Orlanda. *Da miséria ideológica à crise estrutural do capital - Uma reconciliação histórica*. In: Margem Esquerda - Ensaios Marxistas n. 4. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 142. Também a respeito do processo sócio-histórico que redundou no rebaixamento das formulações teórico-burguesas, Netto afirma que: “Trata-se da crise que, entre aproximadamente 1830 e 1848, conduziu ao impasse as vertentes teórico-filosóficas progressistas dominantes da Ilustração. Tais vertentes (muito conexas à economia política clássica [...]), na sua gênese, estavam estreitamente vinculadas ao protagonismo revolucionário da burguesia e enfrentavam crítica e otimisticamente a realidade social emergente da derrocada do Ancien Regime — criticamente, porque o fato de seus autores serem ideólogos de uma classe ascendente e vitoriosa e sem ameaças visíveis lhes garantia uma autonomia intelectual considerável; otimisticamente, porque consideravam as sequelas deletérias do nascente capitalismo industrial como passageiras dores do parto de uma nova era histórica. A partir de 1825-1830, com a reiteração periódica das crises econômicas e com os passos organizativos iniciais do proletariado e a decorrente agudização das lutas de classes, os quadros societários que suportavam o progressismo daquelas vertentes entram em rápida erosão. O giro experimentado pela burguesia, que vai se convertendo, desde então, em sujeito histórico conservador, retira gradualmente os suportes daquele otimismo e, principalmente, daquela criticidade — com a ameaça proletária, vetores críticos se tornam armas antiburguesas. A tempestade revolucionária de 1848 selou a sorte do ciclo progressista da burguesia e das possibilidades dos pensadores que expressavam a sua visão de mundo. A herança teórico-cultural emancipadora é incompatível, a partir de então, com a perspectiva de classe da burguesia — eis aí o impasse que sinaliza a crise cultural que igualmente tem por marco o ano de 1848. A sua solução histórica deu-se em duas direções: de uma parte, com a teoria social de Marx, os componentes emancipatórios são criticamente reelaborados numa perspectiva de classe proletária (justamente a relação de continuidade e de ruptura que Marx mantém com suas “fontes”); de outro lado, com o pensamento da ordem dividido entre um funcional, ainda que aparentemente “radical”, anticapitalismo romântico (articulado especialmente numa constelação irracionalista) e um positivismo domesticado (prisioneiro de um racionalismo formal), em cujo berço nascem as ciências sociais [...]. (NETTO, José Paulo. *Elementos para uma leitura crítica do Manifesto Comunista*, p. 14. Disponível em: <http://www.pcb.org.br/fdr/docs/jose-paulo-netto-manifesto.pdf>. Acesso em 02/02/2014).

³⁰³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 158.

³⁰⁴ Cf. SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia da Repressão – Uma Crítica ao Positivismo em Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Sobre a inspiração positivista de que padece o Código Penal de 1940, no bojo do que se denominou “sistema penal republicano-positivista”, destaca Batista que: “Entre o final do século XIX e as duas primeiras décadas do século XX, as miseráveis condições de vida do proletariado e os esforços por sua organização, as tendências críticas do capitalismo (como o anarquismo) e os movimentos socialistas tinham sugerido aos juristas burgueses que era preciso punir mesmo sem crime. O princípio da legalidade se transforma num estorvo para o controle social penal. Favorecida pelos ventos do positivismo criminológico, a idéia de periculosidade produz as medidas de segurança, um remédio que nesta condição não deve reportar-se à lei, mas à “ciência criminal”. Elas estarão presentes em nosso código penal de 1940”. (BATISTA, Nilo. *Os Sistemas Penais Brasileiros*. In: *Novas Tendências do Direito Penal – Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 111). No mesmo sentido, SERRA, Marco Antonio de Souza. *Economia Política da Pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, pp. 190-197.

*mais precisamente de defesa da classe dominante [...]*³⁰⁵. Assim, segundo Melossi:

Por volta da metade do século XIX, em todos os países burgueses a instituição carcerária se alinha, já madura e pronta a cumprir com seus compromissos, entre os vários momentos da organização social capitalista. A história posterior da instituição - que, deste momento de maturidade em diante, é mais do que qualquer coisa, a história da sua crise, assim como a história do movimento operário organizado - já faz parte de uma sociedade distinta.³⁰⁶

Com efeito, na Europa, mormente a partir da segunda metade do século XIX, fortalece-se o papel dissuasório do cárcere³⁰⁷. Para tanto, amesquinha-se ainda mais a condição de vida do aprisionado, em uma concreta demonstração do chamado princípio da menor exigibilidade³⁰⁸, conforme o qual “*o limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre*”³⁰⁹. Nas palavras de Santos:

A prisão, aparelho de punição por privação de liberdade característico das sociedades capitalistas, se baseia no princípio de *menor elegibilidade* para desestimular comportamentos criminosos: o nível de vida na prisão deve estar abaixo do nível de vida da classe trabalhadora mais inferior da população livre.³¹⁰

O sistema penal, como instância de controle social, seguirá desempenhando papel de notável importância na dinâmica de conservação e reprodução da ordem social do capital, a

³⁰⁵ PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 132.

³⁰⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 99.

³⁰⁷ Nesse sentido, o argumento de Pachukanis, segundo o qual: “É necessário ainda notar que os últimos decênios do séc. XIX e os primeiros do séc. XX viram nascer precisamente num certo número de Estados burgueses uma tendência característica no sentido da restauração das penas aflictivas, cruéis e infamantes. O humanismo da burguesia cede lugar aos apelos à severidade e a uma aplicação mais ampla da pena de morte. [...]. A transformação da burguesia numa classe reacionária que sente medo diante do desenvolvimento do movimento operário como também diante da sua política colonial, que foi sempre uma escola de crueldade, foram as causas mais importantes”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Op. cit.*, p. 125).

³⁰⁸ PAVARINI, Massimo. *El orden carcelario - Apuntes para una historia material de la pena*. In: *El derecho penal hoy - Homenaje al profesor David Baigún*. Trad. Laura Martin. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 573.

³⁰⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 153. Cf. também: MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 66 e 84.

³¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 45. Cf. ainda: SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 43. Nesse sentido, conferir: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.*, pp. 120, 135 e 153. Na mesma trilha, conferir: MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, p. 66 e 84.

qual, como indicado, se assenta em relações sociais de exploração, consoante as quais se processa a apropriação privada do produto do trabalho social³¹¹. De fato, trata-se de “[...] *sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação capital/trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho/meios de produção das sociedades capitalistas contemporâneas*”³¹². Na fábrica, a submissão dos trabalhadores à disciplina fabril; para além dos muros industriais, o controle penal exercido principalmente sobre os setores mais rebaixados da classe trabalhadora, como o destaca Santos:

Na sociedade de produção de mercadorias, a reprodução ampliada do capital pela expropriação de *mais-valia* da força de trabalho - a energia produtiva capaz de produzir valor superior ao seu valor de troca (salário) -, exige o controle da classe trabalhadora: na fábrica, a coação das necessidades econômicas submete a força de trabalho à autoridade do capitalista; fora da fábrica, os trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho - a chamada *superpopulação relativa*, sem função direta na reprodução do capital, mas necessária para manter os salários em níveis adequados à máxima valorização do capital -, são controlados pelo cárcere, que funciona como *instituição auxiliar* da fábrica.³¹³

Ao fim e ao cabo, cabe preconizar que “*se o Direito Penal garante uma ordem social*

³¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 21. Cf. também: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 9. Para uma abordagem acerca da categoria *classe social*, bem como das *relações sociais* (exploratórias) estabelecidas entre as classes, conferir: ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e Ideologia - Aparência e Realidade*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, pp. 135-166.

³¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 2. Cf. ainda: SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 72; No mesmo sentido, MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 33.

³¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 46. “*Las máximas chances de ser seleccionado para formar parte de la “población criminal” aparecen de hecho concentradas en los niveles más bajos de la escala social (subproletariado y grupos marginales). La posición precaria en el mercado de trabajo (desocupación, subocupación, carencia de calificación profesional) y defectos de socialización familiar y escolar, que son característicos de quienes pertenecen a los niveles sociales más bajos y que en la criminología positivista y en buena parte de la criminología liberal contemporánea son indicados como las causas de la criminalidad, revelan ser más bien connotaciones sobre cuya base los estatus de criminal son atribuido*”. (BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 172). Cf. também, BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 364. No mesmo sentido, conferir: BARATTA, Alessandro. *Criminologia e Dogmática Penal - Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal*. In: *Revista de Direito Penal*. N. 31. Rio de Janeiro: Forense, jan. - jun. 1981, p. 31, nota n. 30.

desigual, então garante a desigualdade social”.³¹⁴

Por fim, deve-se ponderar, a respeito do liame cárcere/fábrica, que “*en su fase más avanzada este elemento ya no es suficiente para ilustrar la relación actual entre cárcel y sociedad, sino que queda como la raíz histórica y de este modo continúa condicionando su existencia*”.³¹⁵ Essa noção será reforçada com os desenvolvimentos seguintes do presente trabalho.

2.3. Reestruturação produtiva do capital e encarceramento em massa

Depois de aduzida teoricamente, em que pese de maneira sucinta, a gênese e o desenvolvimento históricos do sistema punitivo, mormente no que toca ao surgimento e à consolidação da prisão enquanto pena por excelência, cumpre esboçar uma aproximação científica, ainda que igualmente ligeira, dos traços mais salientes da política carcerária na sociedade contemporânea.

De saída, cumpre pontuar que as pretensões ressocializadoras - como se verá mais à frente³¹⁶ - deram a tônica da política criminal levada a efeito após a segunda grande conflagração mundial. No entanto, a crise do chamado Estado do Bem-Estar³¹⁷ fez-se acompanhar do ressurgimento do coro retribucionista (neoretribucionismo), bem como do renascimento, se bem que em outras roupagens, de perspectivas geral-integrativas³¹⁸, como se

³¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 7. Cf. ainda: BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, pp. 364-365.

³¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 365. Cf. ainda: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 174.

³¹⁶ Cf. tópico 2.5. desse trabalho.

³¹⁷ Cf. NETTO, José Paulo. *Crise do socialismo e ofensiva neoliberal*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

³¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social - Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 377; BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: *Cuadernos de Política Criminal*. n. 24. Madri: Edersa, 1984, pp. 543-544; BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, pp. 206-208; PAVARINI, Massimo. *El orden carcelario - Apuntes para una historia material de la pena*. In: *El derecho penal hoy - Homenaje al profesor David Baigún*. Trad. Laura Martin. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 590.

poderá observar *infra*³¹⁹.

Em termos gerais, porém, sem que se corra o risco de caricaturar a realidade objetiva, tem-se que a política penal hodierna pode ser muito bem caracterizada por meio do emprego de uma só expressão: encarceramento em massa. Nesse sentido, o argumento de Melossi, que, apesar de referir-se especificamente à realidade estadunidense, não se distancia do quadro mundialmente observado, principalmente ao se tomar em consideração a situação própria dos países periféricos, a exemplo do Brasil. Nas palavras do aludido autor:

[...] “posfordismo” - período em que, viene bien recordarlo, se produjo un crecimiento extremo del encarcelamiento, que aumentó más de sete veces entre el período de crisis que desembocó en el posfordismo, hacia la mitad de los años setenta, y el fin del siglo XX, y que se refiere a toda la población norteamericana, comprendidos los blancos y las mujeres, tanto blancas como afroamericanas, pero que, para los afroamericanos alcanzó niveles por los que, podría hablarse, respecto de estas poblaciones, de una verdadera gestión directa de éstas por parte de lo que en los Estados Unidos se llama el “sistema correccional”.³²⁰

Como se pode concluir do fragmento colacionado, Melossi coloca em relevo o liame espaço-temporal entre pós-fordismo e superencarceramento. Mas o que se deve entender por “pós-fordismo”? Em quais termos se é possível falar no tão alardeado encarceramento em massa? São questões como essas que se almeja enfrentar no presente tópico.

“Pós-fordismo” - e a isso se pode chegar pela só exegese do mencionado termo - é expressão que remete a um horizonte que se projeta para além do fordismo. O regime de acumulação fordista³²¹, na trilha do que sustentado por Harvey, pode ser sinteticamente compreendido como um sistema capitalista de produção em larga escala no bojo do qual se

³¹⁹ Cf. tópico 2.5. desse trabalho.

³²⁰ MELOSSI, Darío. *Delito, pena y control social - Un enfoque sociológico entre estructura y cultura*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, pp. 309-310.

³²¹ Conforme Braga, “[...] *por modo de regulação, entendemos o complexo social formado pelas instituições com responsabilidade direta pela reprodução mais ou menos coerente dos conflitos inerentes às relações sociais de produção capitalistas. [...] Por regime de acumulação, compreendemos as instituições sociais com responsabilidade direta pela reprodução do processo de valorização do valor (produção e apropriação privada do excedente econômico) em um contexto histórico dado. [...] Finalmente, por modelo de desenvolvimento, entendemos a combinação histórica mais ou menos coerente de um determinado modo de regulação com um regime de acumulação dado.*” (BRAGA, Ruy. *A política do precariado - Do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo - USP, Programa de Pós-Graduação, 2012, p. 22, nota n. 20). (negrito não presente no original). Cf. também: MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 111-114.

articulam produção e consumo em massa³²². Para tanto, a orientação das políticas econômicas da quadra sócio-histórica correspondente ao fordismo no sentido de se lograr um cenário próximo do pleno emprego (formal), mesmo que isso jamais tenha significado a superação da “[...] *divisão entre uma força de trabalho predominantemente branca, masculina e fortemente sindicalizada e “o resto”*”³²³. O arranjo histórico desses elementos compõe aquilo que o autor em comentário denominou por fordismo-keynesianismo, como se nota da passagem abaixo transcrita:

Aceito amplamente a visão de que o longo período de expansão de pós-guerra, que se estendeu de 1945 a 1973, teve como base um conjunto de práticas de controle do trabalho, tecnologias, hábitos de consumo e configurações de poder político-econômico, e de que esse conjunto pode com razão ser chamado de fordista-keynesiano³²⁴.

Esse argumento, que encontra complementação na formulação à luz da qual “[...] *o fordismo do pós-guerra tem de ser visto menos como um mero sistema de produção em massa do que como um modo de vida total*”³²⁵, é, no essencial, convergente com a noção lukacsiana de capitalismo manipulatório, é dizer, com a elaboração teórica referida à particular conformação da ordem social do capital na qual se expressa a pretensão ao exercício de controle integral sobre a classe trabalhadora, seja enquanto produtora, seja enquanto consumidora³²⁶.

O modelo fordista-keynesiano, no entanto, não tardou a ingressar em tempos (não-dourados) de crise. Em apertada síntese, conforme salientado por Harvey, com as recuperações da Europa Ocidental e do Japão efetivadas, o fordismo, já em meados da década de 1960, começa a apresentar sinais de debilidade, marcadamente por conta do rebaixamento

³²² HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012, pp. 121-122.

³²³ *Ibid.*, p. 132. Cf. também, YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 19.

³²⁴ HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 119. No mesmo sentido, YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p. 23.

³²⁵ HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 131.

³²⁶ Cf. HOLZ, Hans Heinz; KOFLER, Leo; ABENDROTH, Wolfgang. *Conversando com Lukács*. Trad. Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, pp. 51-57; LUKÁCS, Georg. *A autocrítica do marxismo* (Entrevista). In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 129; COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. 2. ed. Posfácio de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010, pp. 67-75.

das taxas de acumulação de capital³²⁷. O quadro se agrava com a escalada inflacionária e a crise do petróleo deflagrada em 1973³²⁸.

Por conta desses desarranjos, as décadas que se seguiram, a saber, os anos 1970 e 1980 foram pródigos em investidas orientadas à “reordenação” sociopolítica e à “reorganização” econômica. No que se refere à reestruturação econômica, cabe, uma vez mais, por em saliência um estrato, ainda que extenso, da multicitada obra de Harvey:

A acumulação flexível, como vou chamá-la, é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas [...].

Esses poderes aumentados de flexibilidade e mobilidade permitem que os empregadores exerçam pressões mais fortes de controle do trabalho [...]. A acumulação flexível parece implicar níveis relativamente altos de desemprego “estrutural” (em oposição a “friccional”), rápida destruição e reconstrução de habilidades, ganhos modestos (quando há) de salários reais [...] e o retrocesso do poder sindical – uma das colunas políticas do regime fordista.

[...] redução do emprego regular em favor do crescente uso do trabalho em tempo parcial, temporário ou subcontratado.³²⁹

Seja na esfera da produção, seja na esfera do consumo, o regime de acumulação flexível constitui-se nas antípodas da rigidez do sistema fordista de organização laboral, o qual

³²⁷ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 135.

³²⁸ *Ibid.*, p. 136.

³²⁹ *Ibid.*, pp. 140-143. Cf. também, YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 24-25; ANTUNES, Ricardo. *Século XXI – Nova era da precarização estrutural do trabalho? In: Infoproletários - degradação real do trabalho virtual*. Org. Ricardo Antunes e Ruy Braga. São Paulo: Boitempo, 2009, pp. 233-238. Sobre a escalada do desemprego estrutural, conferir: MÉSZÁROS, István. *Desemprego e precarização - Um grande desafio para a esquerda*. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 27-44. Não é ocioso salientar, mormente em face da dissolução da reflexão crítica promovida pelas vertentes “pós-modernas”, que, a despeito dos deslocamentos experimentados pelo sistema capitalista nas últimas décadas, cabe “[...] reconhecer que a essência do mundo moderno, com todas as modificações que ela mesma tenha sofrido - pois a essência também é mutável - permanece idêntica a si mesma sob as miríades de formas diferentes de sua manifestação. Mas, este reconhecimento é uma tarefa que só pode ser levada a cabo pela razão ontológica, porque esta não se limita ao mundo dos fenômenos, mas apreende o mundo como uma síntese de essência e aparência”. (TONET, Ivo. *Modernidade, Pós-Modernidade e Razão*. Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/MODERNIDADE_POS-MODERNIDADE_E_RAZAO.pdf. Acesso em 02/02/2014, p. 11).

se determinava, como explicitado, por padrões tendencialmente parcimoniosos de desemprego e informalidade. Por outro lado, desemprego estrutural e precarização do trabalho são os traços determinativos mais destacados da estratégia “flexível” de controle sobre o trabalho³³⁰.

No Brasil, esse processo, que principia ainda na década de 1980³³¹, se intensifica a partir dos anos 1990, como o demonstra Antunes:

Foi nos anos 90 que a reestruturação produtiva do capital desenvolveu-se intensamente em nosso país por meio da implantação de vários receituários oriundos da acumulação flexível e do ideário japonês, com a intensificação da *lean production*, dos sistemas *just-in-time* e *kanban*, do processo de qualidade total, das formas de subcontratação e de terceirização da força de trabalho, da transferência de plantas e unidades produtivas [...].

Do mesmo modo, verificou-se um processo de descentralização produtiva, no qual indústrias tradicionais, como a têxtil, sob alegação de concorrência internacional, deflagravam um movimento de mudanças geográficas, buscando níveis mais rebaixados de remuneração da força de trabalho e incentivos fiscais ofertados pelo Estado.³³²

No que tange ao reajustamento sociopolítico, o neoliberalismo, que pode ser precisamente depreendido como “[...] *um projeto de classe que surgiu na crise dos anos 1970*”³³³, aportará com a programática desregulamentadora de direitos e de políticas sociais ajustada ao novel regime de acumulação que se impunha. Nesse aspecto, as eleições de Margaret Thatcher e Ronald Reagan consubstanciaram dois exemplos emblemáticos, eleições às quais se seguiria toda uma série de “reformas” do Estado orientadas aos interesses do mercado, a exemplo das privatizações e do desmonte de aparelhos destinados à prestação de

³³⁰ A fim de que se tenha uma melhor noção de como esse processo se desenrolou, vale fazer menção ao exemplo estadunidense. Com efeito, entre os anos de 1973 e os primeiros anos da década de 1990, a renda média horária do trabalhador estadunidense foi rebaixada em algo próximo de 20%, o que, em alguma medida, “compensou-se”, no que se refere à composição da renda das famílias, pelo massivo e precário ingresso feminino no mercado de trabalho, mormente em circuitos marginais da esfera produtiva. Assim, conferir: MELOSSI, Dario. *Carcere, posfordismo e ciclo de produzione della “canaglia”*. In: Dei delitti e delle pene – Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. ns. 1 – 3. 2001, pp. 103-104.

³³¹ ANTUNES, Ricardo. *A era da informatização e a época da informalização - Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 17.

³³² *Ibid.*, p. 18. Cf. também, BRAGA, Ruy. *A política do precariado - Do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo - USP, Programa de Pós-Graduação, 2012, pp. 183-187.

³³³ HARVEY, David. *O enigma do capital - E as crises do capitalismo*. Trad. João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 16.

serviços públicos³³⁴.

Com efeito, da perspectiva da classe trabalhadora passam a prevalecer “[...] a insegurança econômica, a total falta de perspectivas, as dificuldades de administração do tempo, a precariedade em cada fase da própria existência etc.”³³⁵. É dizer, a precarização ingressa pela porta enquanto a proteção social escapa pela janela.

Todo esse complexo de questões econômicas e sociopolíticas, por óbvio, não se faria desacompanhado de teorizações que lhes fossem convenientes. Nesse diapasão, Young pontua a importância, entre outras, das formulações tidas por “pós-modernas” na em nada desimportante tarefa de reconciliação teórica (que também se desdobrará em reconciliação política)³³⁶ com a realidade objetiva:

As duas correntes intelectuais que sinalizaram o suposto “fim da história” são o neoliberalismo – a filosofia de mercado da Nova Direita – e o pós-modernismo, uma ressuscitando o passado *laissez-faire* como chave para criar políticas governamentais efetivas, a outra baseando suas afirmações num futuro pós-industrial em que todas as certezas do Iluminismo se tornaram inaplicáveis.³³⁷

A essa altura da presente exposição, cumpre retornar à temática propriamente criminal.

³³⁴ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 157. Cf. também: BARATA-MOURA, José. *Materialismo e Subjetividade – Estudos em torno de Marx*. Lisboa: Avante, 1997, pp. 328-338. Cf. ainda: MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 105-128.

³³⁵ VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade - Elemento estratégico determinante do capital no paradigma pós-fordista*. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 52. Sobre o significado da reestruturação produtiva para o movimento organizativo dos trabalhadores, Melossi destaca que: “*Reducir partes de la classe obrera o algunas partes de ésta al rol de canalla, es el objetivo de los procesos de reestructuración capitalista en su intento de derrotar una classe obrera cuando ésta se ha vuelto demasiado combativa, demasiado orgullosa, “se há vuelto soberba” y ya no acepta estar “en el puesto que le compete”*”. (MELOSSI, Dario. *Delito, pena y control social - Un enfoque sociológico entre estructura y cultura*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 313). Cf. ainda: NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx – Ciência e revolução*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 147.

³³⁶ Cf. NETTO, José Paulo. *Georg Lukács - Um exílio na Pós-Modernidade*. In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 77-101.

³³⁷ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 58-59. Especificamente sobre as teorizações “pós-modernas”, consultar a citada obra de Harvey: HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012. Cf. também: EAGLETON, Terry. *As Ilusões do Pós-Modernismo*. Trad. Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. Cf. ainda: DUAYER, Mario. *Anti-realismo e absolutas crenças relativas*. In: Margem Esquerda - Ensaios Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 109-130. Cf., outrossim, o posfácio de José Paulo Netto à famosa obra de Carlos Nelson Coutinho: COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. 2. ed. Posfácio de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010, pp. 233-286.

A respeito da dinâmica criminal no contexto de “modernidade recente”, a contribuição de Young afigura-se esclarecedora:

O movimento de uma sociedade inclusiva para uma excludente envolve a desestruturação dos mercados de trabalho: a criação de uma situação em que amplos setores da população são economicamente precários ou de fato excluídos. A privação relativa torna-se óbvia nas comparações através desse terreno social deslocado. Nesse ínterim, as mesmas forças de mercado que transformam o mercado de trabalho produzem um mundo novo de estilo de vida e consumismo de cujas entranhas emerge um individualismo que permeia a sociedade [...]. O crime brota desta combinação e se torna um traço normal da vida cotidiana [...].³³⁸

De fato, os autores pesquisados, em uníssono, reconhecem que as últimas décadas podem ser caracterizadas, no que concerne aos fenômenos da criminalidade³³⁹ e da criminalização, pela exorbitante elevação dos índices criminais, bem como pelo progressivo incremento dos indicadores de encarceramento³⁴⁰. De feito, a (custosa) política criminal lastreada no superencarceramento tem se disseminado por todo o globo³⁴¹, muito embora,

³³⁸ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 194.

³³⁹ De feito, as últimas décadas assistiram “[...] a um aumento considerável da sua taxa de crimes registrados no período após a década de 1960”. (*Ibid.*, p. 61). Cf. também, *Ibid.* p. 180. É necessário acrescentar que essa afirmativa foi dirigida por Young especialmente aos países capitalistas centrais. Entretanto, como é largamente reconhecido, distinta não é a situação brasileira. Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 196; NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 9.

³⁴⁰ “Nas últimas duas décadas, a população carcerária aumentou no mundo e de forma sensível, não apenas em termos absolutos, em seu conjunto – isto é, como total -, mas também quase por toda a parte”. (PAVARINI, Massimo. *O encarceramento de massa*. In: *Depois do grande encarceramento*. São Paulo: Revan, 2011, p. 302). O autor referido destaca, ainda, que: “No conjunto dos países desenvolvidos, a elevação dos indicadores de encarceramento nos últimos 15 anos situou-se em torno de 45%”. (*Ibid.*, p. 299).

³⁴¹ Sobre a “exportação” de políticas de superencarceramento dos países centrais para os países capitalistas periféricos, Pavarini destaca que: “Em resumo: mais ou menos prisões no mundo [...] não parece ter muito a ver com a criminalidade, com a ampliação ou com a restrição do universo de excluídos do trabalho, com as variações nas representações sociais da periculosidade nas grandes periferias do mundo. Ou melhor, esse fato tem a ver também com tudo isso, mas no sentido de que, no presente momento histórico, o aumento da criminalidade, a difusão da insegurança social, as práticas de exclusão impostas pelo mercado, os novos processos de mobilidade determinados pela globalização, a redução do Estado social etc., são apenas os elementos através dos quais – in primis na “capital” – constrói-se, impõe-se e, no final, difunde-se, universalmente, uma nova filosofia moral, um determinado ponto de vista sobre o bem e sobre o mal, sobre o lícito e sobre o ilícito, sobre o que merece inclusão ou exclusão”. (*Ibid.*, p. 312). Especificamente sobre a exportação do “modelo estadunidense”, Young ironiza: “[...] tentar aprender o controle da criminalidade dos Estados Unidos é como viajar para a Arábia Saudita para aprender sobre direitos das mulheres. A única lição a ser aprendida é não viajar nessa senda de punição, é compreender que se for necessário um gulag para manter a sociedade do vencedor leva tudo, então é a sociedade que precisa ser mudada, e não as prisões expandidas”. (YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p. 214). Sobre a “globalização” de políticas criminais do tipo “tolerância zero”, conferir: WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. No que respeita à importação da “intolerância” como um importante elemento da política criminal própria do sistema punitivo do “capitalismo tardio” brasileiro, Batista destaca que: “A marginalização intensiva de contingentes

objetivamente, tenha-se que reconhecer a fragorosa ineficácia³⁴² do sistema punitivo no tratamento de situações conflituosas.

Essa situação, que, como se preconizou, não configura condição exclusiva desse ou daquele país, é especialmente alarmante nos países periféricos. “*De fato, à exceção dos EUA, o aumento mundial nas taxas de encarceramento caracterizou, sobretudo, os países em via de desenvolvimento*”³⁴³.

Assim, abstraindo-se da imprecisa expressão “países em via de desenvolvimento” - a qual, *data venia*, não dá conta de traduzir de maneira satisfatória a particularidade brasileira, caracterizada por sua constante subordinação à dinâmica do capitalismo mundial³⁴⁴ -, há de se reconhecer que o ascenso dos índices de encarceramento é fenômeno amplamente verificado no Brasil. As consequências sociais de um processo como esse são, muitas vezes, difíceis de

humanos, através do desemprego e do desmonte de programas assistenciais públicos, efetuada pelo empreendimento neoliberal, demanda mais controle social penal. No Brasil, era inevitável que as regiões mais industrializadas sofressem de forma mais evidente este processo, e o caso de São Paulo o demonstra. A criminalização das ilegalidades populares, do que a maior peça publicitária foi o projeto chamado de Tolerância zero [...], que influenciou certas políticas cariocas de disciplinamento de espaços públicos, é condição para o esforço de vigilância e repressão desses novos desajustados inúteis”. (BATISTA, Nilo. *Os Sistemas Penais Brasileiros*. In: Novas Tendências do Direito Penal – Artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 113). No mesmo sentido, SERRA, Marco Antonio de Souza. *Economia Política da Pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, pp. 230-238.

³⁴² Estima-se que tão somente cerca de 1% das infrações (em tese) penais acabe por gerar a correspondente resposta punitiva. Nesse sentido, conferir: PAVARINI, Massimo. *La negociabilidad de la pena – Entre la parsimonia y el despilfarro repressivo*. In: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Criminologia, Teoría y Praxis. n. 1, v. 1, 2002, pp. 31-32; PAVARINI, Massimo. *El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo*. In: Poder y Control - Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social. n. 1. 1987, pp. 148-149.

³⁴³ PAVARINI, Massimo. *O encarceramento de massa*. In: Depois do grande encarceramento. São Paulo: Revan, 2011, p. 310. Sobre o vertiginoso crescimento da população carcerária estadunidense, especialmente a partir de 1973, conferir: WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos – A Onda Punitiva*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 206-219. Cumpre, entretanto, salientar que ainda mais exorbitante foi o crescimento do número de infratores submetidos a controles penais não encarceradores, a exemplo da chamada *probation*. De fato, nos EUA, o montante de pessoas sujeitadas a controles em liberdade é, atualmente, muito superior à população encarcerada. Quanto a isso, conferir: MELOSSI, Dario. *Carcere, posfordismo e ciclo de produzione della “canaglia”*. In: Dei delitti e delle pene – Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. ns. 1 – 3. 2001, p. 100.

³⁴⁴ ANTUNES, Ricardo. *A era da informatização e a época da informalização - Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 16-19. Cf. também, RÊGO, Walquiria Domingues Leão. *Questões sobre a noção de via prussiana*. In: Lukács - Um Galileu no século XX. Org. Ricardo Antunes e Walquiria Leão Rêgo. São Paulo: Boitempo, 1996, pp. 121-124. Cf. ainda: BRAGA, Ruy. *A política do precariado - Do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo - USP, Programa de Pós-Graduação, 2012. Sobre as determinações do fenômeno jurídico na ordem social capitalista periférica brasileira, conferir: MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 81-103.

prever. Nesse sentido, Feltran, ao tomar em análise especificamente o cenário paulista, com apoio em rigorosa pesquisa etnográfica, associa a política de superencarceramento ao surgimento e consolidação de organizações como o PCC - Primeiro Comando da Capital. Nessa trilha, o argumento do autor referido:

Um problema pouco comentado entre os defensores dessa política [política de superencarceramento], entretanto, é que o encarceramento retirou uma parcela significativa dos criminosos das vielas das favelas para inseri-los em redes muito mais complexas e conectadas do mundo criminal, que operam nos presídios. O período do encarceramento maciço corresponde exatamente ao período de expansão do poder do PCC.³⁴⁵

No Brasil, conforme dados colhidos do sítio eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), é possível concluir que entre junho de 2002³⁴⁶ e dezembro de 2012³⁴⁷, ou seja, em um decurso temporal pouco superior a uma década, a população carcerária brasileira aumentou mais de 350%. No mesmo período, a população brasileira evoluiu pouco mais de 9%³⁴⁸. Nessa senda, na qual as prisões brasileiras transmudam-se muito rapidamente em autênticos “[...] *armazéns de infratores* [...]”³⁴⁹, a vetusta repressão à criminalidade patrimonial, reunida à hodierna política de “guerra às drogas”, respondem por mais de 74%

³⁴⁵ FELTRAN, Gabriel de Santis. *Debates no “mundo do crime”, repertórios da justiça nas periferias de São Paulo*. In: Saídas de emergência. Org. Robert Cabanes, Isabel Georges, Cibele S. Rizek e Vera da Silva Telles. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 230.

³⁴⁶ A população carcerária correspondia – referência 06/2002 - a 151.370 presos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Consulta em: 08/02/2014.

³⁴⁷ A população carcerária correspondia – referência 12/2012 - a 548.003 presos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Consulta em: 08/02/2014.

³⁴⁸ O Brasil possuía - referência 12/2012 - 190.732.694 habitantes. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Consulta em: 08/02/2014. Segundo dados disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, o Brasil possuía – referência 2002 - 174.632.932 habitantes. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2003/a01.def>. Consulta em 08/02/2014.

³⁴⁹ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 177.

(setenta e quatro por cento) da massa encarcerada³⁵⁰. Com efeito, trata-se da tradicional criminalização de comportamentos normalmente associados ao lumpemproletariado³⁵¹, bem como ao que hoje se poderia denominar “*precariado*”³⁵² ou, simplesmente, “proletariado precarizado”³⁵³, é dizer, o grupo constituído pelas frações mais rebaixadas da “*classe-que-*

³⁵⁰ Conferir dados disponíveis no sítio eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Consulta em: 08/02/2014.

³⁵¹ Sobre o denominado lumpemproletariado, entendido como “[...] *refugio de todas as classes [...]*”, no contexto específico da movimentação política que culminaria com o golpe perpetrado por Luís Bonaparte, em França, Marx assevera que: “*Roués [rufiões] decadentes com meios de subsistência duvidosos e de origem duvidosa, rebentos arruinados e aventureiros da burguesia eram ladeados por vagabundos, soldados exonerados, ex-presidiários, escravos fugidos das galeras, gatunos, trapaceiros, lazzaroni [lazarones], batedores de carteira, prestidigitadores, jogadores, maquereaux [cafetões], donos de bordel, carregadores, literatos, tocadores de realejo, trapeiros, amoladores de tesouras, funileiros, mendigos, em suma, toda essa massa indefinida, desestruturada e jogada de um lado para outro, que os franceses denominam la bohème [a boemia] [...]*”. (MARX, Karl. O 18 Brumário de Luís Bonaparte. Trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 91).

³⁵² BRAGA, Ruy. *A política do precariado - Do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo - USP, Programa de Pós-Graduação, 2012, pp. 17-28. Para um minucioso perfil da população carcerária estadunidense, conferir: WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres - A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos - A Onda Punitiva*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 126-134. Para o exame do caso brasileiro, conferir: NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005, pp. 145-156. A semelhança que se pode verificar entre a situação estadunidense e a situação brasileira é assustadora. Lá como cá, a população carcerária é majoritariamente composta por homens jovens, não-brancos, de baixa escolaridade, provenientes de famílias desestruturadas, estavam subempregados ou desempregados à época do delito, e foram enquadrados por conta da prática de crime contra o patrimônio ou por infração à lei de drogas. Outro ponto de convergência entre o quadro verificado nos EUA e aquele que se observa no Brasil reside nas condições de saúde dos presos. Com efeito, tanto no cárcere estadunidense como no cárcere brasileiro as condições de salubridade são precárias, com farta incidência de doenças como AIDS, Hepatites B e C e tuberculose. Sobre o perfil do encarcerado brasileiro, conferir também os dados do censo penitenciário apresentado em 2012: Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Consulta em: 08/02/2014. Desse documento é possível concluir, ainda, que menos de 10% do encarcerados participam de atividades educacionais no cárcere [a despeito de mais de 75% dos presos não possuírem nem sequer o ensino médio completo - o qual, hoje, praticamente universalizado no país, é condição para o ingresso no mercado de trabalho (BRAGA, Ruy. *A política do precariado - Do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo - USP, Programa de Pós-Graduação, 2012, p. 193)], e que apenas pouco mais de 20% executa algum tipo de trabalho, seja interno seja externo à unidade carcerária.

³⁵³ Braga destaca que “[...] o *precariado*, isto é, o proletariado precarizado, é formado por aquilo que, excluídos tanto o lumpemproletariado quanto a população pauperizada, Marx chamou de “*superpopulação relativa*””. (BRAGA, Ruy. *A política do precariado - Do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo - USP, Programa de Pós-Graduação, 2012, p. 18). Para melhor esclarecer essa noção, cumpre consignar, mais uma vez com Braga, que o precariado, é dizer, a fração pior remunerada e mais explorada da classe trabalhadora, que vive no limite entre a superexploração e a exclusão (*Ibid.*, p. 19), abarca as populações flutuante, latente e estagnada. Nas palavras de Braga: “*Tendo em vista a dinâmica dos investimentos capitalistas e a aceleração do consumo da força de trabalho, a população flutuante seria formada por aqueles trabalhadores ora atraídos, ora repelidos pelas empresas. A população latente seria composta por jovens e trabalhadores não industriais à espera de uma oportunidade para deixar os setores tradicionais, especialmente rurais, estabelecendo-se na indústria. Por sua vez, a população estagnada já seria parte da força de trabalho, ocupando, no entanto, funções tão deterioradas e*

vive-do-trabalho”³⁵⁴ 355.

Ao fim e ao cabo, pode-se afirmar, com livre inspiração em Pachukanis, que reestruturação produtiva do capital, neoliberalismo, pensamento pós-moderno e encarceramento massivo “[...] *constituem fenômenos pertencentes a uma única e mesma época histórica*”³⁵⁶.

mal pagas que sua condição de vida cairia para níveis subnormais de existência. Finalmente, a população pauperizada seria formada pela massa de indigentes, de doentes, de acidentados e de incapacitados para o trabalho devido à idade”. (Ibid., p. 17). Em Marx, conferir: MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 716-719.

³⁵⁴ Antunes aponta para uma “nova conformação da classe trabalhadora”, decorrente da “precarização estrutural do trabalho”, que se observa principalmente a partir da década de 1970. Assim, destaca o autor em tela que: “O que nos obriga a elaborar uma concepção ampliada de trabalho, que engloba a totalidade dos assalariados que vivem da venda da sua força de trabalho, não se restringindo aos trabalhadores manuais diretos, mas incluindo também o enorme leque que compreende aqueles que vendem sua força de trabalho como mercadoria em troca de salário. No plano mais analítico, podemos acrescentar que a classe-que-vive-do-trabalho incorpora tanto o núcleo central do proletariado industrial, os trabalhadores produtivos que participam diretamente do processo de criação de mais valia e da valorização do capital que hoje transcende em muito as atividades industriais, dada a ampliação dos setores produtivos nos serviços, abarcando ainda os trabalhadores improdutivos, que não criam diretamente mais valia, uma vez que são utilizados como serviço, seja para uso público, como os serviços públicos, seja para uso capitalista. Isso porque os trabalhadores improdutivos, criadores de anti-valor no processo de trabalho, vivenciam situações muito aproximadas com aquelas experimentadas pelo conjunto dos trabalhadores produtivos. A classe trabalhadora hoje, também incorpora o proletariado rural, que vende a sua força de trabalho para o capital, de que são exemplos os assalariados das regiões agroindustriais e incorpora também o proletariado precarizado, o proletariado moderno, fabril e de serviços, part time, que se caracteriza pelo vínculo de trabalho temporário, pelo trabalho precarizado, em expansão na totalidade do mundo produtivo. Inclui, também, além dos trabalhadores materiais, aqueles que exercem formas do trabalho imaterial. E abarcam, ainda, a totalidade dos trabalhadores desempregados. [...] Não fazem parte da classe trabalhadora moderna, em nosso entendimento, os gestores, pelo papel central que exercem no controle, gestão e sistema de mando do capital. Estão excluídos também os pequenos empresários, a pequena burguesia urbana e rural que é proprietária e detentora, ainda que em pequena escala, dos meios de sua produção. E estão excluídos também aqueles que vivem de juros e da especulação”. (ANTUNES, Ricardo. *Século XXI - Nova era da precarização estrutural do trabalho?* In: *Infoproletários - degradação real do trabalho virtual*. Org. Ricardo Antunes e Ruy Braga. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 238).

³⁵⁵ Com efeito, “[...] *las sanciones que más influyen en el estatus social se usan de preferencia respecto de aquellos ubicados en el más bajo*”. (BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 188).

³⁵⁶ A passagem da obra de Pachukanis que serviu de “inspiração” para o trecho acima, refere-se ao vínculo incancelável entre a pena de prisão e a sociedade capitalista. Ei-la: “*Para que a ideia da possibilidade de reparar o delito através de um quantum de liberdade tenha podido nascer, foi necessário que todas as formas concretas da riqueza social tivessem sido reduzidas à mais abstrata e mais simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo. Temos ainda aqui, indubitavelmente, um exemplo de interação entre os diferentes aspectos da cultura. O capitalismo industrial, a Declaração dos Direitos do Homem, a economia política de Ricardo e o sistema de detenção temporária constituem fenômenos pertencentes a uma única e mesma época histórica*”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 130).

2.4. A pena como retribuição equivalente

Face à problemática enfrentada nos tópicos precedentes, afigura-se pertinente indagar sobre a consistência e a utilidade teóricas de abordagens como a realizada no primeiro capítulo desse trabalho. É dizer, faz algum sentido orientar quaisquer questões que sejam em seara criminal (v.g., problemas a respeito da determinação da pena) partindo-se de formulações especulativas tais como as que campeiam no bojo do debate tradicional sobre os apregoados fundamentos e finalidades da pena?

De feito, como se pôde concluir do referido capítulo primeiro, as deficiências teóricas explicitadas à luz do próprio discurso oficial são tão graves em conteúdo e tão numerosas em quantidade³⁵⁷ que *parece* tornar ociosa a pretensão de se realizar incursões por campos autenticamente críticos, como o que se tem intentado lograr na segunda parte da presente exposição. De fato, se o discurso tradicional, em um movimento quase que autofágico, desacredita-se por si mesmo, por que razão se haveria de lançar mão do contributo crítico materialista? Essa questão - assim como outras - será (ao menos esse é o desafio...) respondida adiante.

A fim de iniciar o exame crítico-materialista das teorias da pena, caberiam, de saída, algumas considerações a respeito das noções absolutas sobre a punição. Para tanto, poder-se-ia principiar indagando sobre o fundamento sócio-histórico da pretensão a que se retribua o delito com uma pena que lhe seja equivalente, e que, ademais, se expresse em uma dada quantidade de tempo de privação de liberdade.

Ao enfrentar questões como essa, Pachukanis identifica na forma mercantil a fonte do *princípio da equivalência*, o qual nortearia a proporção entre pena e delito. Com efeito, o delito seria compreendido como um ato caracterizado pela arbitrariedade, por força do qual se estabeleceria uma espécie de relação contratual à revelia da vontade da vítima. A pena, por sua

³⁵⁷ Vale consignar novamente, com Günther, que: “As razões e justificativas apresentadas no discurso oficial e público sobre a pena não resistem, portanto, a um exame mais detalhado. As alegadas relações de meio e fim entre a pena e seus efeitos não são acertadas ou são impossíveis de se comprovar, ou a pena é reduzida a um meio de comunicação, sem que se possa demonstrar que as mensagens a serem comunicadas dependam necessariamente da pena como meio de transmissão”. (GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. v. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, pp. 201-202).

vez, consubstanciaria uma reparação equivalente ao delito. Assim, ressalta o autor em comento que:

A idéia de equivalente, esta primeira idéia puramente jurídica, encontra novamente a sua fonte na forma mercantil. O delito pode ser considerado como uma modalidade particular da circulação na qual a relação de troca, ou seja, a relação contratual, é estabelecida imediatamente ou, melhor dizendo, através da ação arbitrária de uma das partes. A proporção entre o delito e a reparação reduz-se igualmente a uma proporção de troca.³⁵⁸

De fato, com a universalização das relações mercantis de troca na sociedade capitalista³⁵⁹, mormente da troca entre força de trabalho e salário, a qual se processa no bojo da relação capital-trabalho – reduzida a capacidade de trabalho à condição de mercadoria, sem que se possa olvidar de sua propriedade singular de gerar valor à medida que é consumida³⁶⁰ -, a forma jurídica, que tem no *contrato* e no *sujeito de direito* suas categorias fundamentais³⁶¹, surge como uma necessidade indeclinável, dado que “[...] o processo de trocas mercantis generalizado exige, para a sua efetivação, o surgimento da subjetividade jurídica e dos princípios da liberdade, da igualdade etc. que a acompanham [...]”³⁶². Nesse sentido, ao examinar o íntimo liame entre a *forma do direito* e a *forma da mercadoria*³⁶³, Pachukanis preconiza que:

³⁵⁸ PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 119.

³⁵⁹ MASCARO, Alysso Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 22.

³⁶⁰ “Para poder extrair valor do consumo de uma mercadoria, nosso possuidor de dinheiro teria de ter a sorte de descobrir no mercado, no interior da esfera da circulação, uma mercadoria cujo próprio valor de uso tivesse a característica peculiar de ser fonte de valor, cujo próprio consumo fosse, portanto, objetivação de trabalho e, por conseguinte, criação de valor. E o possuidor de dinheiro encontra no mercado uma tal mercadoria específica: a capacidade de trabalho, ou força de trabalho”. (MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 242).

³⁶¹ Sobre a dissolução das qualidades singulares do indivíduo na figura abstrata do sujeito de direito, o que se dá na esteira da redução do valor de uso ao valor de troca, bem como na redução do trabalho concreto ao trabalho abstrato, ao trabalho humano em geral, Pachukanis salienta que: “Do mesmo modo que a diversidade natural das propriedades úteis de um produto não aparece na mercadoria senão sob a forma de simples embalagem do valor e assim como as variedades concretas do trabalho humano se diluem no trabalho humano abstrato, como criador de valor, assim também a diversidade concreta da relação do homem com a coisa surge como vontade abstrata do proprietário e todas as particularidades concretas, que diferenciam um representante da espécie *Homo sapiens* de um outro, se diluem na abstração do homem em geral, do homem como sujeito jurídico”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Op. cit.*, p. 72).

³⁶² NAVES, Márcio Bilharinho Naves. *Prefácio*. In: ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O Socialismo Jurídico*. Trad. Lúvia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 12.

³⁶³ *Ibid.*

Marx mostra simultaneamente a condição fundamental, enraizada na estrutura econômica da própria sociedade, da existência da forma jurídica, ou seja, a unificação dos diferentes rendimentos do trabalho segundo o princípio de troca de equivalentes. Ele descobre o profundo vínculo interno que existe entre a forma jurídica e forma mercantil. Uma sociedade que é coagida, pelo estado das forças produtivas, a manter uma relação de equivalência entre o dispêndio de trabalho e a remuneração sob uma forma que lembra, mesmo de longe, a troca de valores-mercadorias, será coagida igualmente a manter a forma jurídica.³⁶⁴

Na trilha do que sustentado por Pachukanis, a mediação jurídica é um traço característico da ordem social capitalista, pois que, se na relação de exploração escravagista o escravo estava total e diretamente submetido ao senhor, na relação entre trabalhador e capitalista o contrato surge como que expressando a inter-relação entre sujeitos jurídicos *formalmente* livres e iguais que manifestam a vontade de trocar suas respectivas propriedades, a saber, força de trabalho por dinheiro³⁶⁵. A esse respeito, a contribuição de Tonet:

[...] para que possa ser feito um contrato de compra e venda de força de trabalho (e outros contratos), é preciso que os contratantes sejam pessoas livres, iguais e proprietárias. Eles têm que ser sujeitos de direitos. No entanto, a igualdade exigida pelo contrato não é uma igualdade em todas as esferas, mas apenas enquanto contratantes. Vale dizer, enquanto indivíduos abstratos. A desigualdade, que consiste no fato de que o capitalista é proprietário de trabalho acumulado (isto é, de meios de produção) e o trabalhador, apenas da sua força de trabalho, permanece intacta, apesar da igualdade jurídica. É ocioso observar que mesmo a igualdade jurídica é um processo em permanente andamento. Deste modo, paradoxalmente, a igualdade jurídica é, ao mesmo tempo, uma expressão e um instrumento de reprodução da desigualdade vigente na esfera da produção.³⁶⁶

Com efeito, o princípio da equivalência (formal) espraia-se, na sociedade dos proprietários de mercadorias, por todas as relações sociais, e passa a dar a tônica, igualmente, nos vínculos que se estabelecem por decorrência da prática de delitos. Nessa senda, o

³⁶⁴ PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, pp. 28-29.

³⁶⁵ “O escravo está totalmente subordinado ao seu senhor e é justamente por isso que esta relação de exploração não necessita de nenhuma elaboração jurídica particular. O trabalhador assalariado, ao contrário, surge no mercado como livre vendedor da sua força de trabalho e, por esta razão, a relação de exploração capitalista se realiza sob a forma jurídica do contrato”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Op. cit.*, p. 69). A ordem feudal - fundada na carência e caracterizada por seu sistema de privilégios e concessões -, assim como a antiga, assentava-se na desigualdade não apenas material, mas também formal entre os homens. O direito pré-capitalista, com efeito, estava condicionado pelo *status* do sujeito, e, por conta disso, não apresentava as marcas da impessoalidade e da abstração, que são próprias do direito moderno, *rectius*, burguês. (MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 21-55).

³⁶⁶ TONET, Ivo. *Cidadão ou Homem Livre?* Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/cidadao_ou_homem_livre.pdf. Acesso em 02/02/2014, pp. 5-6. No mesmo sentido, conferir: TONET, Ivo. *Cidadania ou emancipação Humana?* Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/CIDADANIA_OU_EMANCIPACAO_HUMANA.pdf. Acesso em 02/02/2014. Cf. ainda: MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, p. 69.

argumento de Santos, o qual, com supedâneo na obra pachukaniana, analisa os enlances existentes entre forma mercantil, forma jurídica e pena, esta entendida enquanto *retribuição equivalente*:

A estrutura material das relações econômicas do capitalismo se baseia no princípio da *retribuição equivalente* em todos os níveis da vida social: do *trabalho* pelo *salário* na produção social de bens ou serviços - apesar da expropriação de mais-valia; da *mercadoria* pelo *preço* na distribuição social de bens ou serviços - não obstante o lucro etc. Logo, as formas jurídicas da formação social capitalista instituem a *retribuição equivalente*, no âmbito da responsabilidade civil, por exemplo, sob a forma do *contrato*, da *indenização* etc.; no âmbito da responsabilidade penal, a retribuição equivalente é instituída sob a forma da pena *privativa de liberdade*, como *valor de troca* do crime medido pelo *tempo* de liberdade suprimida.³⁶⁷

Cumpriria, todavia, perguntar por que razão o *intercâmbio equivalente*³⁶⁸, em sede penal, haveria de se processar entre, por um lado, o delito, e, por outro, um dado tempo de privação da liberdade. De feito, ao cuidar dessa questão, Pachukanis assevera que somente em uma ordem social na qual a totalidade das formas de riqueza social pudesse ser expressa em termos de trabalho abstrato mensurável em tempo³⁶⁹, é dizer, somente na ordem social capitalista, a privação de liberdade, também medida em tempo, poderia ser alçada ao papel de equivalente do crime. Assim, destaca o autor estudado - em longa passagem, mas que merece ser transcrita - que:

A privação de liberdade com uma duração determinada através da sentença do tribunal é a forma específica pela qual o Direito Penal moderno, ou seja, burguês-capitalista, concretiza o princípio da reparação equivalente. Tal forma está inconsciente, porém profundamente ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato mensurável pelo tempo. Não foi por acaso que esta forma de pena introduziu-se e foi considerada como natural justamente no século XIX, ou seja, numa época em que a burguesia pôde desenvolver e afirmar todas as suas características. Também as prisões e os calabouços eram uma realidade na Antiguidade e na Idade Média juntamente com outros meios de exercício da violência física. Contudo, os indivíduos eram geralmente detidos aí até à sua morte

³⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 21.

³⁶⁸ PAVARINI, Massimo. *La justificación imposible – La história de la idea de pena entre justicia y utilidad*. In: Capítulo Crimonológico – Órgano del Instituto de Criminología. n.º. 26. Maracaibo, 1993, p. 34.

³⁶⁹ Nesse direção, Vianna salienta que: “No que se refere à penalidade, Pachukanis observa que, apenas numa sociedade baseada na noção de trabalho abstrato medido pelo tempo, poderia ter surgido um sistema penal de retribuição equivalente, em que se pune o delito com a supressão de um quantum de liberdade correspondente”. (VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. *Sujeito de direito e subjetivação capitalista: a invenção do homem responsável*. In: Cadernos de pesquisa marxista do Direito. v. 1. n. 1. São Paulo: Outras expressões, jul. – 2011, p. 134).

ou até que tivessem condições de pagar o próprio resgate.³⁷⁰

Para que a idéia da possibilidade de reparar o delito através de um *quantum* de liberdade tenha podido nascer, foi necessário que todas as formas concretas da riqueza social tivessem sido reduzidas à mais abstrata e mais simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo. Temos ainda aqui, indubitavelmente, um exemplo de interação entre os diferentes aspectos da cultura. O capitalismo industrial, a Declaração dos Direitos do Homem, a economia política de Ricardo e o sistema de detenção temporária constituem fenômenos pertencentes a uma única e mesma época histórica.³⁷¹

De fato, e ao contrário do que sustentam alguns autores, o princípio da retribuição equivalente não pode ser entendido como uma simples “[...] *convenção historicamente transmitida e estabilizada pelos costumes* [...]”³⁷², é dizer, como a mera reposição, em tempos modernos, de uma lógica punitiva arcaica. Consoante o apregoado por Santos, a retribuição equivalente “[...] *não constitui fenômeno de sobrevivência histórica de vingança retaliatória, nem resqúicio metafísico de expiação ou compensação de culpabilidade* [...]”³⁷³. De sorte bem distinta, a forma jurídica de equivalência entre pena e delito é mais um dos frutos de uma sociabilidade no bojo da qual a força humana de trabalho, abstratamente considerada, não é senão uma mercadoria que se troca por outra, a saber, dinheiro. Uma mercadoria que se troca por dinheiro e se quantifica pelo tempo³⁷⁴.

³⁷⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 94-107. Para uma abordagem em que se procura explicitar a influência da doutrina cristã-católica sobre as concepções retributivas e expiatórias da pena, bem como sobre o fundamento metodista do sistema de confinamento celular, conferir: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Sagrada Família ou A Crítica da Crítica crítica contra Bruno Bauer e seus consortes*. Trad. Marcelo Backes. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 200-211.

³⁷¹ PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 130. Cf. também: SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 46. No mesmo sentido, MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 21-22; 91; 262-263.

³⁷² GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. v. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, p. 193.

³⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 19.

³⁷⁴ Sobre a especificidade da pena de prisão enquanto punição por excelência na ordem burguesa, Naves afirma que: “*Se continuarmos a tomar o direito penal como matéria de análise, poderemos perceber que a diferença entre o direito pré-burguês e o direito burguês reside em que só neste se consagra a idéia de que a pena possa estar relacionada com a privação de certa quantidade de tempo. Ora, só em uma sociedade na qual o trabalho humano medido pelo tempo é a forma social dominante, onde, portanto, domina o trabalho abstrato, é que esta idéia pode triunfar. É nesse momento que surgem as prisões e, não por acaso, a sua constituição se dá sob o modelo da fábrica, ambas sendo postas em funcionamento sob o controle do cronômetro*”. (NAVES, Márcio Bilharinho Naves. *Marxismo e direito - Um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008, pp. 60-61).

Justamente por se encontrar profundamente ancorada nos fundamentos materiais da sociedade capitalista, há que se reconhecer, ao contrário do que preconizado inclusive por alguns teóricos progressistas³⁷⁵, que a retribuição lastreada na equivalência entre gravidade do delito e tempo de privação da liberdade seguirá funcionando como critério penal básico³⁷⁶, ao qual outros poderão se somar – prevenção, v. g. -, mas cuja ultrapassagem reclama a superação do conjunto da ordem social³⁷⁷. Evidentemente, essa constatação não deve obstar os esforços no sentido de que se desenvolva uma prática criminal de caráter alternativo, voltada a minorar, na medida do possível, as consequências deletérias de um sistema de contenção do desvio de traço *essencialmente* classista³⁷⁸.

2.5. Teorias ideológicas e teorias tecnocráticas

Partindo da discussão relativa às teorias utilitárias da pena³⁷⁹, Baratta propõe uma

³⁷⁵ Nesse sentido, conferir: FURQUIM, Gabriel Martins. *Crítica pachukaniana ao abolicionismo penal de Hulsman e Christie*. In: Boletim IBCCRIM. Ano 21. n. 253. Dez - 2013, pp. 15-17.

³⁷⁶ “Enquanto a fórmula mercantil e a forma jurídica que dela origina continuarem imprimindo à sociedade a sua marca, a idéia, no fundo absurda, ou seja, do ponto de vista não jurídico, de que a gravidade de todo delito possa ser medida e expressa em meses ou anos de prisão, conservará, na prática judiciária, a sua força e a sua significação reais”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 133).

³⁷⁷ Que a abolição do sistema penal somente se tornará realizável como a superação da ordem social no seio da qual ele foi engendrado para cumprir funções indispensáveis, é o que se pode concluir da seguinte passagem: “Sabemos que sustituir el derecho penal por algo mejor será posible sólo cuando sustituyamos nuestra sociedad por una sociedad mejor, pero no debemos perder de vista que una política criminal alternativa, y la lucha ideológica y cultural que la acompaña, deben desarrollarse con miras ala transición a una sociedad que no tenga necesidad del derecho penal burgués, y que, entre tanto, deben realizarse en la fase de transición todas las conquistas posibles para la reapropiación, por parte de la sociedad, de un poder alienado, y para el desarrollo de formas alternativas de autogestión de la sociedad, aun en el campo del control de la desviación”. (BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 221).

³⁷⁸ Sobre a indisfarçável índole classista do direito penal, uma vez mais, o argumento de Pachukanis: “Não podemos compreender o verdadeiro sentido da prática penal do Estado de classe senão quando partimos da sua natureza antagônica. As teorias do Direito Penal, das quais se deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade no seu conjunto, constituem deformações, conscientes ou não, da realidade. “A Sociedade no seu conjunto” existe apenas na imaginação dos juristas; de fato, existem somente classes que têm interesses opostos, contraditórios”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Op. cit.*, p. 124).

³⁷⁹ De fato, sustenta o autor que: “La elaboración de las teorías relativas o utilitarias de la pena ha alcanzado ya desde fines del siglo pasado, una exhuberancia tal que desde hace mucho tiempo todas “las nuévas” teorías producidas en esa dirección, constituyen meras reproposiciones y/o reposiciones de las viejas. Por ello resulta posible practicar una clasificación universal de las mismas que abarca en su estructura formal todas las viejas y nuevas estrategias de legitimación de este tipo. Se trata de cuatro tipos ideales de legitimación material de la pena a través de la declaración de sus funciones útiles por parte del saber oficial del sistema penal. [...] De acuerdo al destinatario principal de la punición o de la amenaza de punición, las teorías relativas se dividen, según un esquema universalmente utilizado en los manuales, en teorías de la prevención especial y teorías de la

abordagem bastante distinta daquele visualizada nos limites do enfoque tradicional sobre o tema. Trata-se, com efeito, de um enquadramento teórico referenciado na contraposição entre, por um lado, as funções da pena que efetivamente se realizam e, por outra banda, as supostas funções da pena cuja realização não se tem por realmente confirmada³⁸⁰. As teorias baseadas no primeiro grupo de funções, Baratta denominou de teorias tecnocráticas da pena, ao passo que as formulações lastreadas na aludida segunda espécie de funções, o autor chamou de teorias ideológicas da pena. Assim, nas palavras do renomado criminólogo:

Desde este punto de vista, podemos clasificar las teorías relativas de la pena en modo diverso a aquel precedentemente señalado. Podemos dividir las en dos tipos fundamentales. Las teorías del primer tipo se basan en funciones de la pena cuya existencia no es empíricamente verificable. Las teorías del segundo tipo, por el contrario, se basan en funciones cuya existencia puede ser considerada como verificada. Las teorías del primer tipo se agrupan en un modelo de saber *ideológico*. Las teorías del segundo tipo en un modelo de saber *tecnocrático*.³⁸¹

Como se pode inferir da passagem *supra* transcrita, as teorias ditas ideológicas consubstanciam uma sorte de legitimação do sistema penal assentada na idoneidade da punição para proporcionar à sociedade a realização de dadas funções, as quais, no entanto, não

prevención general. [...] Las teorías de la prevención especial se dividen a su vez en teorías de la prevención especial negativa y teorías de la prevención especial positiva. [...] También las teorías de la prevención general se distinguen en teorías de la prevención negativa y de la prevención positiva". (BARATTA, Alessandro. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. In: Revista Capítulo Criminológico, n. 14. Universidad del Zulia, p. 174. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014). Vê-se, pois, que se trata da mesma esquematização da qual se tratou amplamente no primeiro capítulo desse trabalho.

³⁸⁰ Cumpre destacar, por oportuno, a discrepância existente - a respeito da correspondência das teorias da pena à realidade - entre as formulações de Baratta e Santos. Este autor argumenta no sentido da completa irrealizabilidade das finalidades tradicionalmente apregoadas à punição, é dizer, das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena. Por conta disso, cumpriria ao teórico crítico a identificação das funções *reais* ou *latentes* da pena criminal. (Cf. SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 2). Já para Baratta, como adiante ficará explicitado, o discurso oficial não seria integralmente ilusório, razão pela qual a sua oposição - que se acolhe, no presente trabalho, como mais satisfatória para efeitos de reprodução ideal da realidade objetiva, em que pese o caráter indiscutivelmente crítico da elaboração de Santos - entre *teorias ideológicas* e *teorias tecnocráticas*. (Cf. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, pp. 175-176. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014).

³⁸¹ *Ibid.*, p. 176. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014. Na trilha do que apregoada pelo autor em tela, no que se refere aos destinatários das duas distintas modalidades de teorias penais aduzidas, é possível afirmar que as noções ideológicas são dirigidas a generalidades dos indivíduos, ao passo que as teorias tecnocráticas repercutem fundamentalmente junto às estruturas político-burocráticas. Assim, Baratta salienta que: "*Las teorías de carácter ideológico se dirigen sobre todo a producir, en la generalidad de los ciudadanos, un consenso alrededor de una imagen ideal y mistificante de su funcionamiento. Las teorías tecnocráticas por su parte, se dirigen sobre todo al poder y a sus funcionarios. El conocimiento que éstas producen sobre los mecanismos reales puestos en movimiento por el sistema penal se dirigen a ser utilizados como una contribución a la tecnología del poder*". (*Ibid.*).

se encontram devidamente comprovadas. Tratar-se-ia, portanto, de elaborações teóricas falsificadoras da realidade objetiva e, como tais, criticáveis por conta da natureza ideológica (ideologia enquanto “falsa consciência”)³⁸² que lhes é característica. Nesse conjunto de teorias estariam as noções preventivo-geral negativa e preventivo-especial positiva da pena. Conforme o autor em estudo:

Al tipo de las teorías ideológicas, pertenecen las teorías de la prevención especial positiva y aquellas de la prevención general negativa. La crítica a estas teorías ha constituido sobre todo una crítica de la ideología, basada sobre la falsificación y desmitificación de las teorías a través de los resultados de su control empírico.³⁸³

No que concerne à teoria preventivo-geral intimidativa, Baratta, em abordagem que talvez peque pela brevidade, afirma que “[...] *el resultado de las investigaciones dirigidas a su control empírico puede ser resumido en la siguiente formulación: la existencia de la función disuasiva de la pena, no está empíricamente demostrada*”³⁸⁴. *Data venia*, talvez seja pertinente supor que a ausência de comprovação empírica não autorizaria uma refutação tão contundente da função preventivo-geral negativa, tal como se houvesse a demonstração de sua irrealizabilidade, como se passa, por exemplo, com a teorização sobre a prevenção especial positiva.

Não se pense, *evidentemente*, que se esteja a conferir crédito ao discurso oficial sobre a questão ora versada. De fato, não é disso que se cuida. O que se pretende ressaltar, *permissa venia*, é o caráter, em alguma medida, tecnocrático da referida teoria da prevenção geral intimidativa. Em sendo assim, caberia desferir contra a teoria em comento a mesma qualidade

³⁸² Para uma ampla e profunda discussão sobre o conceito de ideologia, tanto em seu aspecto cognitivo (em síntese, esse é o terreno no qual se costuma fazer afirmações sobre a falsidade e/ou verdade de um enunciado tido (ou não) por ideológico) quanto em seu aspecto funcional (ideologia enquanto função social), entre outros, conferir: EAGLETON, Terry. *Ideologia – Uma introdução*. Trad. Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Boitempo, 1997, pp. 11-64. Consultar, outrossim, o clássico: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã - Crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. Trad. Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007. Verificar, ainda, a contribuição de maturidade de Lukács sobre o tema: LUKÁCS, György. *Ontologia do Ser Social*. v. 2. Trad. Nélcio Schneider, Ivo Tonet e Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 355-575. Cf. também: LESSA, Sergio. *Para compreender a ontologia de Lukács*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2012, pp. 64-73.

³⁸³ BARATTA, Alessandro. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. In: Revista Capítulo Criminológico. n. 14. Universidad del Zulia, p. 176. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 177.

de crítica que adiante se verá explicitada face às teorias da prevenção geral positiva e da prevenção especial negativa.

Nesse trilha, registre-se, por oportuno, o argumento de Young, segundo o qual, entre os diversos fatores que concorrem para a variação dos índices de criminalidade, há que se destacar o “[...] *nível de dissuasão exercido pelo sistema de justiça criminal* [...]”³⁸⁵. Sobre a mencionada eficácia dissuasória, entretanto, Young pontua que “*ironicamente, o criminoso de colarinho branco é mais passível de ser dissuadido pela prisão do que a juventude da classe trabalhadora mais baixa, que nada tem a perder, que comete o tipo de crimes convencionais pelos quais nós mandamos pessoas para a prisão*”.³⁸⁶

Na mesma trilha, a contribuição de Santos, o qual reconhece a possibilidade de que a ameaça penal opere efeitos desestimulantes no que se refere aos chamados “*crimes de reflexão*” (criminalidade econômico-tributária, ambiental etc.), ou seja, justamente face àquelas modalidades infracionais em relação às quais a resposta punitiva, em geral, não é encarceradora³⁸⁷.

No entanto, a despeito da qualidade da punição, é dizer, se privativa ou não da liberdade, se algum nível de eficácia intimidadora é reconhecida, *rectius*, se entende-se que o efeito dissuasório repercute junto a alguns grupos sociais, ter-se-ia que admitir o conteúdo

³⁸⁵ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 192.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 211. Em sentido bastante aproximado, conferir: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 57-58. De fato, Zaffaroni destaca o reduzido efeito desestimulador da pena para os autores das chamadas “obras toscas”, é dizer, os crimes não graves – e de grande incidência estatística – praticados pelos setores mais vulneráveis da sociedade, a exemplo do furto/roubo perpetrados por jovens pauperizados. Por outro lado, que a criminalidade de “colarinho branco” *normalmente* não redunde em pena encarceradora, é fato confirmado por pesquisa levada a efeito por um grupo de pesquisadores do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena – Direito GV -, que examinou diversas questões relacionadas ao tratamento dado aos crimes contra o sistema financeiro nacional pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ e pelos Tribunais Regionais Federais - TRFs. Com efeito, entre as diversas conclusões elencadas pelo referido grupo, há que se destacar a seguinte: “[...] *atualmente, são raras as penas privativas de liberdade que não são substituídas por penas restritivas de direitos*”. SCHORSCHER, Vivian Cristina. *Comentários aos resultados da pesquisa – A questão da punição*. In: Cadernos Direito GV 33 – Pesquisa em debate – A aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros. v. 7. n. 1. jan. – 2010, p. 81. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6969/Caderno%20DIREITO%20GV%2033.pdf?sequence=1>. Consulta em: 07/03/2014.

³⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, pp. 29-30.

relativamente tecnocrático da teoria em tela e, por esse motivo, estender a ela críticas do mesmo jaez que as elaboradas a respeito das teorias *essencialmente* tecnocráticas, que serão examinadas adiante.

Do mesmo (suposto) problema não padece a crítica de Baratta à ideológica teoria da prevenção especial positiva. De fato, cuida-se agora do efetivamente comprovado, e não do simplesmente não demonstrado, com se viu por ocasião da breve análise crítica às teorias preventivo-gerais negativas.

Sobre a denominada prevenção especial positiva, há que se consignar, com Baratta, que “[...] *las investigaciones empíricas sobre los efectos de la pena detentiva han demostrado largamente la imposibilidad de una reinserción social de individuos tratados dentro de instituciones de carácter total*”³⁸⁸. Com efeito, e essa conclusão se faz presente até mesmo no senso comum (às vezes, bom senso) sobre o problema, “[...] *a prisão só ensina a viver na prisão*”³⁸⁹. Tal assertiva é reforça pela constatação de que “[...] *70% da população carcerária brasileira é de reincidentes*”³⁹⁰.

A dinâmica carcerária envolve um complexo processo no bojo do qual aculturação e prisionização se complementam³⁹¹. Sobre esse conjunto de questões, Baratta aborda dois importantes fenômenos, a saber, “[...] *la educación al criminal y la educación al buen detenido*”³⁹².

A “educação para ser criminoso” diz respeito, em síntese, aos processos

³⁸⁸ BARATTA, Alessandro. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. In: Revista Criminológica. n. 14. Universidad del Zulia, p. 177. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014.

³⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 28.

³⁹⁰ NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 9. Cf. também, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 161-164.

³⁹¹ BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, pp. 368-370. Cf. ainda: DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, pp. 115-116.

³⁹² BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 369.

(de)formadores por força dos quais traços anti-sociais são reforçados em uma minoria carcerária já caracterizada por sua “[...] *fuerte orientación asocial* [...]”³⁹³. Já a “educação para ser um bom detento”, por seu turno, refere-se aos condicionamentos a que devem se sujeitar os presos, a fim de que o cotidiano da instituição carcerária de desenrole de maneira “ordenada”³⁹⁴. À desejada “ordem” interna se soma a pretendida segurança externa, principalmente no seio de um contexto social no qual o cárcere não passa de um “[...] *depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y por ello neutralizados en su capacidad de ‘hacerle daño’*”³⁹⁵. Sendo esse o cenário, é forçoso reconhecer que “[...] *la función de ‘resocialización’ es siempre sacrificada o instrumentalizada a favor del orden interno y de la ‘seguridad’ externa*”³⁹⁶.

Cumprido, ainda, destacar que na realidade carcerária se refletem os traços mais hediondos da ordem social do capital, com o demonstra Baratta. Assim, na prisão processa-se:

[...] la ampliación en forma menos mistificada y más “pura”, de las características típicas de la sociedad capitalista. Son relaciones sociales basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal, en el interior de las cuales los individuos socialmente más débiles son llevados a desempeñar funciones de sumisión y explotación.³⁹⁷

Por outro lado, se no cárcere exasperam-se os aspectos mais abjetos da sociedade capitalista, cabe acrescentar que o próprio fenômeno criminal não deixa de ser igualmente uma

³⁹³ BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, pp. 369-370; Cf. ainda, BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 195.

³⁹⁴ BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 370. Cf. também, BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 196.

³⁹⁵ BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social - Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 377.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 393. Cf. ainda: DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 115.

³⁹⁷ BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 371. Cf. também: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 197.

exacerbação de práticas e de relações socialmente comuns. Nessa senda, o argumento de Melossi, conforme o qual “*en cualquier sociedad, el comportamiento criminal es frecuentemente la exasperación, desviada en cuanto a los medios pero no en cuanto a los fines, de las relaciones y prácticas sociales características de aquella sociedad*”³⁹⁸. De fato, o colorido econômico/patrimonial de que se reveste boa parte da delinquência (criminalizada ou não)³⁹⁹, do roubo aos crimes financeiros, passando pelo tráfico de drogas e pela corrupção, demonstram a pertinência da tese melossiana. Desse modo, se o cárcere reflete a sociedade, e o crime, por sua vez, reflete posturas normalmente aceitas (e, muitas vezes, socialmente dominantes), caberia indagar sobre que tipo de conteúdo (autêntico) restaria à programática ressocializadora, se é que lhe subsistiria algum...

Cumprido recordar, a despeito de tudo quanto aduzido acima, que as pretensões ressocializadoras nortearam a política criminal levada a cabo após a segunda grande guerra⁴⁰⁰. Com a crise do chamado Estado do Bem-Estar, no entanto, o programa ressocializador entraria em progressivo declínio, o que daria lugar, por um lado, ao chamado neoretribucionismo, bem como ao fortalecimento de perspectivas preventivo-especiais negativas⁴⁰¹. Por outro lado, assistiu-se, outrossim, no ocaso dos movimentos “re”, ao ressurgimento, ainda que em outras peles, de teorias preventivo-gerais positivas. Nesse sentido, Baratta, que, como outros autores,

³⁹⁸ MELOSSI, Dario. *Ideología y derecho penal - ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?* In: Pena y Estado – Función simbólica de la pena. Org. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: ConoSur, 1998, p. 64.

³⁹⁹ Sobre o perfil da criminalidade na ordem social capitalista, destaca Santos que: “*A indicação das estatísticas é no sentido de que, nas sociedades capitalistas, a imensa maioria dos crimes é contra o patrimônio, de que mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais, e o próprio crime patrimonial constitui uma tentativa normal e consciente para suprir carências econômicas dos deserdados sociais*”. (SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 9). Cf. também: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 185; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 58.

⁴⁰⁰ Sustenta-se não ter sido esse o caso da Alemanha, país que, por conta da suposta instrumentalização do programa lisztiano pelos nazistas, conheceu após a segunda guerra uma vaga retribucionista, a qual somente cederia lugar ao movimento preventivo-especial na década de 1960. Nesse sentido, FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, pp. 234 e 238.

⁴⁰¹ BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social - Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 377.

associa o ideal ressocializador à política criminal do pós-Segunda Guerra⁴⁰², sustenta que essa “[...] *ideología utilitarista-humanística de la pena* [...]”⁴⁰³, ingressa em um período de descrédito a partir da década de 1970, na esteira da crise que se abate sobre o Estado do Bem-Estar Social:

En la misma época la crisis del Estado asistencial, que comienza justamente en el momento en que la ideología reeducativa alcanza su punto más alto en el pensamiento penal de todos los países occidentales, disminuye la disponibilidad y los recursos de los gobiernos, necesarios para perseguir la finalidad humanitaria; igualmente se imposibilita una conversión funcional del sistema penal en un sistema de reinserción social de los sujetos condenados. La creciente exigencia de disciplina, unida a un aumento de la población marginada o en posición precaria dentro del mercado de trabajo, la extensión de movimientos de protesta política carentes de canales institucionales y la explosión del fenómeno del terrorismo, acompañan a la comprobación científica del deterioro de la ideología penitenciaria-educativa; en ésta se produce así una profunda crisis en todo el mundo occidental. Posteriormente la ideología penal se reacomoda adoptando una función puramente disuasiva y represiva de la pena, en otras palabras, con una nueva fundamentación neoclásica y retribucionista del sistema penal [...].⁴⁰⁴

⁴⁰² No mesmo sentido, ainda que se valendo de distintos pressupostos, conferir: GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. v. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, p. 197. Cabe, por oportuno, fazer menção ao argumento de Pavarini, conforme o qual, no contexto do “bem-estar social”, processava-se uma crescente perda de centralidade das investidas punitivas (ainda que mais em termos qualitativos que quantitativos) no bojo do conjunto total de estratégias de controle social, especialmente no que se refere à tarefa ressocializadora, que ia sendo progressivamente confiada a mecanismos assistenciais. Nessa trilha, conferir: PAVARINI, Massimo. *El orden carcelario - Apuntes para una historia material de la pena*. In: El derecho penal hoy - Homenaje al profesor David Baigún. Trad. Laura Martin. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, pp. 576-577; PAVARINI, Massimo. *La justificación imposible – La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad*. In: Capítulo Criminológico – Órgano del Instituto de Criminología. n. 26. Maracaibo, 1993, pp. 38-40.

⁴⁰³ BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 24. Madri: Edersa, 1984, p. 543.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, pp. 543-544. Cf. também: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, pp. 206-208. Em outro trabalho, Baratta salienta que: “*Por otra parte, la crisis fiscal del Welfare State, que ha repercutido por todo el mundo occidental entre los años 70 y 80, ha suprimido en buena parte la base material de recursos económicos que habrían debido sostener una política carcelaria de resocialización efectiva. Asistimos, por lo tanto hoy, en muchos países, y sobre todo en los Estados Unidos de América, a un desplazamiento del discurso oficial sobre la cárcel, de la prevención especial positiva (resocialización) hacia la prevención especial negativa (neutralización, incapacitación)*”. (BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social - Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 377). Também a respeito do esvaziamento do programa ressocializador, o argumento de Pavarini, o qual sustenta que, atualmente, as demandas por segurança e disciplina sobrepõem-se a quaisquer outras: “*Los circuitos o segmentos estrictamente carcelarios ya están liberados definitivamente de toda preocupación correctiva y la misma retórica especial-preventiva ha sido abandonada por las agencias oficiales: la jurisprudencia utiliza cada vez con menos ganas el argumento del fin re-educativo de la pena para motivar la determinación judicial del castigo, prefiriendo, según el caso, motivarla en términos de defensa social, de incapacitación, etc. La misma administración penitenciaria evidencia un malestar frente a las prácticas del tratamiento, anteponiendo siempre y de todas formas las imprescindibles exigencias de seguridad y de disciplina institucional*”. (PAVARINI,

Não cabe, por suposto, referir-se ao que se convencionou chamar por “Estado de Bem-Estar” tendo-se em conta tão somente os aspectos pretensamente positivos que lhe são associados⁴⁰⁵. Seus limites, com efeito, são aqueles inerentes à sociabilidade do capital, de maneira que consubstancia uma indisfarçável falsificação histórica a afirmação no sentido de que as políticas do “bem-estar social” tenham representado, indiscriminadamente, avanços nas situações de todos e em todos os lugares, olvidando-se, por óbvio, de se conferir a devida importância a aspectos tocantes à dinâmica das relações entre as classes sociais, bem como às intrincadas relações centro-periferia do sistema capitalista global. Sobre essa problemática, vale conferir relevo à seguinte passagem, ainda que extensa, da obra de Lessa:

Todos conhecemos a extensão e a importância das políticas públicas, da implantação dos sistemas universais de saúde e educação, investimentos do Estado em moradias para a classe média e os trabalhadores, etc., que marcaram o Estado de Bem-Estar. O impacto político e ideológico destas medidas não devem e não podem ser subestimados. Todavia, na maior parte das análises, apenas esse aspecto limitado, parcial, é considerado. As análises procedem como se nada mais houvesse ocorrido por obra e graça do mesmo Estado de Bem-Estar. Esquecem-se que, nos mesmos anos de 1950 que abriram as “três décadas de ouro”, os Estados que pretensamente estavam se democratizando pela adoção das políticas, iniciavam o movimento de implantação no restante do mundo das multinacionais e, das ditaduras, militares ou não, necessárias para “adequar” a periferia do sistema à nova etapa do imperialismo. No seio das democracias européias e estadunidense, nesses mesmos anos tivemos o renascimento da tortura em uma escala desconhecida desde o final do século XIX [...]. Com intensidade variável, em todos os países que conheceram o Estado de Bem-Estar tivemos uma direitização do espectro político (Maccarthismo, gaullismo, etc.). A Guerra Fria foi a política externa do Estado de Bem-Estar e levou ao bárbaro desenvolvimento do arsenal nuclear, com tudo o que ele representa de alienação. E, por fim, é bom lembrar que a implantação do Estado de Bem-Estar não representou, de modo universal e necessário, a melhoria das condições de vida e trabalho dos assalariados mesmo nos países capitalistas centrais, como ainda a real elevação da massa salarial, onde ela ocorreu, não significou uma distribuição de renda consistente, isto é, que tenha perdurado por mais de alguns anos.⁴⁰⁶

Todavia, a desmistificação do apregoado período de “bem-estar social” não implica,

Massimo. *El orden carcelario - Apuntes para una historia material de la pena*. In: El derecho penal hoy - Homenaje al profesor David Baigún. Trad. Laura Martin. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 590).

⁴⁰⁵ Em que pese seu inegável conteúdo crítico, pode-se objetar a Wacquant o cariz maniqueísta que a oposição idealista entre, por um lado, “Estado-providência” (o “bem”) e, por outro, “Estado penitência” (o “mal”), acaba por impor à sua obra. Com efeito, quer parecer que essa deficiência teórica decorre de um posicionamento ideológico muito simpático ao denominado Estado do Bem-Estar Social, o qual é tratado, *fundamentalmente*, a partir de seus aspectos considerados progressistas. Cf. WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos – A Onda Punitiva*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴⁰⁶ LESSA, Sergio. *A emancipação política e a defesa de direitos*, 2007, p. 12. Disponível em: http://www.sergiolessa.com/artigos07_08/emancipacao_dirt_2008.PDF. Acesso em 30/01/2014.

decerto, deixar de reconhecer o caráter sócio-historicamente regressivo da “nova ordem social” que se foi instalando com o derruimento dos arranjos constituídos após a Segunda Guerra, conforme se examinou do tópico em que se pretendeu explicitar os nexos existentes entre a política criminal de superencarceramento e a reestruturação produtiva do capital. Na esteira desse entendimento, há que se admitir que o trânsito de um programa penal fundado no (idealisticamente utópico, e por vezes, realmente autoritário) ideal ressocializador para um outro contaminado pelo amesquinamento típico das formulações mais “atualizadas”, de que são exemplos o neoretribucionismo e a prevenção positivo-geral, representa um grave rebaixamento político-jurídico e teórico dos horizontes já *per si* estreitos do direito penal. Especialmente por essa razão, Baratta sustenta que não se trata, pois, de abandonar a pretensão à reintegração social do condenado, mas sim de compreendê-la de modo totalmente novo⁴⁰⁷.

Dessa forma, seguindo em sua análise crítica, Baratta preconiza que reinserir socialmente não pode significar senão “[...] *reincorporar al detenido en la clase y por medio del antagonismo de la clase en la sociedad*”⁴⁰⁸. Para tanto, *a abertura do cárcere para a sociedade*, com a colaboração das organizações em que se congregam os explorados e os oprimidos, se faz indispensável⁴⁰⁹. Nessa linha, o autor mencionado salienta que:

[...] la verdadera “reeducción” del condenado es aquella que transforma una razón individual y egoísta en conciencia y acción política entre el movimiento de clase. El desarrollo de la conciencia de la propia condición de clase y de las contradicciones de la sociedad, de parte del condenado, es la alternativa opuesta a la concepción individualista y ético-religiosa de la expiación y del arrepentimiento.⁴¹⁰

É necessário pontuar que o pensamento crítico de orientação marxiana não se compadece de interpretações “romantizadas” seja do crime seja do criminoso. O desvio criminal é considerado uma manifestação insatisfatória de inconformismo, é dizer, como “[...]”

⁴⁰⁷ BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social - Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 378.

⁴⁰⁸ BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 372.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 373. No mesmo sentido, SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 84. Cf. também: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, pp. 216-217.

*una respuesta individual, y por eso no política [...]*⁴¹¹. No mesmo sentido, a contribuição de Hirst, segundo o qual “*a carreira criminosa e a ‘solução delinquente’, ainda que bastante reforçadas pelas duras necessidades do capitalismo, não são, com efeito, formas de rebelião política contra a ordem existente, mas uma acomodação mais ou menos reacionária a ela*”⁴¹². Por isso, a pretensão de se ver, por obra do processo sócio-reintegrador reelaborado criticamente, a “razão individual e egoísta”, própria da prática criminal, evoluída em termos de razão emancipadora⁴¹³.

Trocando em miúdos, de infrator a revolucionário, eis a única reinserção social de índole não-manipulatória de que se pode autenticamente falar.

Feitas as merecidas considerações às denominadas teorias ideológicas da pena, cumpre

⁴¹¹ BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 372. Cf. ainda: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 201. No mesmo sentido, SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 84.

⁴¹² HIRST, Paul Q. *Marx e Engels - sobre direito, crime e moralidade*. In: *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, p.270. Cabe mencionar, por oportuno, a inconsistência teórica da abordagem de Rodrigues sobre a por ela denominada “moderna criminologia”. Com efeito, destaca a autora que: “*Para além de político-criminalmente este modelo crítico sofrer de tentações utópicas – culpabiliza a sociedade e converte o delinquente em vítima [...]*”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 385-386). De fato, quer parecer que essa imprecisão se deve à confusão operada por Rodrigues entre a contribuição crítica própria do marxismo e aquela outra de matriz interacionista. A pertinência dessa hipótese pode ser confirmada pelo teor da nota de pé de página de n. 234 (*Ibid.*, pp. 384-385), na qual a autora em comentário, partindo do texto “*Criminologia da classe trabalhadora*”, de Young, toma o objeto de crítica desse autor - a chamada “nova teoria do desvio”, gênero do qual o *labeling approach* seria espécie – como se fosse a perspectiva por ele esposada. De sorte bem distinta, tendo em conta a sua base idealista, bem como o seu pendor relativista, além de seu exacerbado traço voluntarista, Young censura à nova teoria do desvio o fato de que ela proporcione a “[...] construção de teorias que são imagens-espelhadas das falsas ideias atacadas”, falsas ideias essas que não seriam senão as ideias positivistas, as quais, *permissa venia*, conferem ancoragem ao trabalho de Rodrigues. (Cf. YOUNG, Jock. *Criminologia da classe trabalhadora*. In: *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, p. 74). Para uma precisa distinção teórica entre a criminologia marxista e a criminologia do *labeling approach*, conferir: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, pp. 83-178.

⁴¹³ Sobre o programa alternativo elaborado por Baratta, no seio de uma abordagem profundamente consciente dos efeitos deletérios do cárcere para os presos - o que impõe a adoção do abolicionismo como estratégia de longo prazo -, conferir: BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social - Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: *Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, p. 383-393. Cf. igualmente: BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, pp. 209-222.

seguir adiante, o que significa passar ao exame das designadas teorias tecnocráticas da punição.

Como referido *supra*, diferentemente do que se verifica em relação às teorias de caráter ideológico, as noções tecnocráticas da pena encontram-se apoiadas na efetivação de funções cuja comprovação pode-se ter por realizada. É dizer, as teorias tecnocráticas, *no essencial*, correspondem a reproduções ideais razoavelmente aproximadas da dinâmica real do sistema punitivo. São formulações dessa natureza as teorias preventivo-geral positiva e preventivo-especial negativa, conforme o ressalta Baratta:

A las teorías tecnocráticas, pertenecen la teoría de la prevención especial negativa y aquella de la prevención general positiva. Las funciones declaradas y valoradas en las construcciones teóricas correspondientes reflejan la realidad de los sistemas punitivos.⁴¹⁴

Por se tratar de teorias que encontram respaldo na conformação real da ordem social, a elas não é possível criticar senão tomando como objeto de análise a própria realidade societal que por meio de intervenções punitivas se pretende garantir contra os eventuais desarranjos decorrentes da criminalidade. Com efeito, porque os seus conteúdos se ajustam à realidade objetiva, as teorias tecnocráticas reclamam uma sorte de crítica distinta daquela radicada na simples explicitação de seu caráter falsificador do real, como se viu por ocasião do exame crítico das teorias preventivo-especial positiva e, com as devidas reservas, preventivo-geral negativa. É o que se pode concluir do seguinte fragmento da obra de Baratta:

La crítica a este tipo de teorías no puede consistir en argumentar la falsificación de las mismas desde el punto de vista de la realidad que ellas reflejan, sino en un discurso crítico sobre la propia realidad, es decir sobre los mecanismos que pone en funcionamiento el sistema punitivo y sobre la “normalidad” que éste representa y estabiliza. Al hablar de “normalidad” es necesario tener en cuenta tanto la moral dominante, como las relaciones sociales y de poder existentes en una sociedad.⁴¹⁵

De fato, as teorias tecnocráticas são censuráveis menos por conta de suas casuais falsidades do que por traduzirem a pretensão de ver fundamentado e justificado o

⁴¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. In: Revista Capítulo Criminológico. n. 14. Universidad del Zulia, p. 177. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 181. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014.

funcionamento de um complexo parcial da realidade social, a saber, o sistema punitivo, em sua tarefa de assegurar, tutelar, proteger, defender etc. o “normal” movimento de uma ordem societal que repõe a velha história de exploração do homem pelo homem, e que ora se atualiza consoante as particularidades do capital⁴¹⁶. Ou seja, as elaborações tecnocráticas são criticáveis porquanto criticável é o sistema penal em sua realidade operativa e, outrossim, porque a totalidade social - no bojo da qual a punição se concretiza - não está isenta a críticas.

No que respeita especificamente à intitulada teoria da prevenção geral positiva, é possível afirmar que o traço determinante da perspectiva sistêmica que lhe confere fundamento consubstancia-se na flagrante radicalização do ideal normativista⁴¹⁷. De maneira profundamente formalista, cogita-se de estabilização da ordem social, produção de consenso e quejandos funcionais, abstraindo-se, de feito, do conteúdo substantivo associado às aludidas “fórmulas”⁴¹⁸. Nesse sentido, Baratta destaca que:

Si el derecho garantiza un grado indispensable de orientación de la acción y de estabilización de las expectativas, su función resulta, sin embargo, independiente del contenido específico de las normas [...]. La abstracción de la validez formal del derecho respecto de los contenidos valorativos y los preceptos en la norma particular, que es un principio fundamental del positivismo jurídico, en la teoría sistémica es llevada a su extrema consecuencia.⁴¹⁹

Cuida-se, de fato, de uma formulação cristalinamente funcional para “[...] *la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes*”⁴²⁰, orientada que está para “[...] *una estabilización conservadora y una nueva legitimación de los instrumentos*

⁴¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídica penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 169.

⁴¹⁷ Sobre o esvaziamento de conceitos jurídico-penais outrora de importância basilar, tais como as noções de bem jurídico e de culpabilidade, Baratta coloca em evidência que: “*De esa forma, los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un “subsistema físico-síquico” (G. Jakobs, 1983, 385), al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social*”. (BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 24. Madri: Edersa, 1984, p. 537).

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 534.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 550.

*tradicionales del sistema penal [...]*⁴²¹. A noção preventivo-geral positiva se, por um lado, faz menoscabo da (idealista) utopia ressocializadora⁴²², por outro lado, reforça um dos traços mais *negativamente* característicos do sistema penal, a saber, a sua seletividade. Assim, preconiza Baratta que:

Es decir que lo que pone en peligro la confianza institucional no son las violaciones latentes de la norma, sino las graves y manifiestas. Es, pues, un determinado nivel de visibilidad social de la desviación, de alarma social, y no la cifra oscura de la delincuencia, lo que provoca una respuesta penal basada en la teoría de la prevención-integración. Ésta, por tanto, legitima el principio de selectividad del sistema y los procesos de inmunización de la respuesta penal, que dependen estrechamente del grado de visibilidad social de la criminalidad en una determinada sociedad.⁴²³

Com efeito, a perspectiva preventivo-geral positiva da pena, que tem no contributo jakobsiano o seu exemplo mais saliente⁴²⁴, eleva até o paroxismo a apologética jurídico-penal da ordem social estabelecida, o que, às vezes, é até mesmo reconhecido de modo expresso por seus entusiastas, tal como cinicamente o faz Jakobs, ainda que em discreta nota de pé de página, no bojo da qual declara serem *posivelmente* pertinentes as críticas no sentido de que sua posição não é senão conservadora e classista⁴²⁵. Vê-se, pois, no seio das chamadas

⁴²¹ BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 24. Madri: Edersa, 1984, p. 548. Particularmente sobre a elaboração jakobsiana, Baratta ressalta que: “*El condenado se transforma de este modo, para retomar la formulación de Jakobs, el mayor representante de esta variante, en el “substrato psicofísico” de la función punitiva, en última instancia en el chivo expiatorio a través de cuyo sacrificio se hace efectiva la representación de la moral dominante, el restablecimiento de la confianza en la “normalidad” de la estructura material e ideal de la sociedad, el “ejercicio de los ciudadanos en la validez”, es decir en la aceptación de las normas, según la formulación del autor mencionado*”. (BARATTA, Alessandro. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. In: Revista Capítulo Criminológico. n. 14. Universidad del Zulia, p. 181. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014).

⁴²² BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 24. Madri: Edersa, 1984, p. 547.

⁴²³ *Ibid.*, p. 548. No mesmo sentido, ainda que alicerçado em distintos pressupostos: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 60-61.

⁴²⁴ Sobre o caráter autoritário das elaborações de Jakobs, conferir: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, pp. 30-31; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, pp. 14-18.

⁴²⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 21-22, nota n. 24. Para uma análise da formulação de Jakobs com supedâneo (também) na crítica de Baratta, conferir: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 348-366.

ciências criminais, uma amostra modelar do que Lukács chamou de decadência ideológica⁴²⁶.

Além da prevenção geral positiva, também se afigura tecnocrática a teoria preventivo-especial negativa⁴²⁷. Em seu tratamento crítico das questões ora versadas, Baratta aponta para a relação de complementaridade existente entre as duas teorias tecnocráticas referidas. Assim, após fazer uma rápida, porém, precisa referência aos regimes autoritários que se instalaram no Cone Sul especialmente a partir da década de 1970, regimes esses amplamente assentados na aniquilação física de dissidentes políticos, bem como em formulações ideo-políticas do naipe da “doutrina de segurança nacional”⁴²⁸, o autor em destaque aborda o nexo existente entre produção de terror e geração de consenso nos processos de asseguramento e reprodução da ordem social:

Las teorías de la prevención general positiva, pueden aparecer en una primera consideración, como la variante opuesta de las estrategias tecnocráticas de legitimación de la pena respecto de las teorías de la prevención especial negativa y a sus variantes extremas. Ciertamente, existen muchos elementos que apoyarían esta consideración.

Se podría de hecho observar que el destinatario de la prevención especial negativa es el infractor individual, por el contrario el destinatario de la prevención especial positiva es el conjunto de la sociedad. Además, las teorías de la prevención especial negativa en sus formas extremas, se aplican hoy, como lo hemos hecho notar, a un sistema punitivo que ha hecho un abandono casi completo del derecho, al contrario de lo que sucede hoy en el caso de la teoría de la prevención-integración.

Más aún, a una consideración más profunda, a los elementos de oposición, se suman elementos de simetría y complementariedad entre estas dos nuevas-viejas teorías

⁴²⁶ LUKÁCS, Georg. *Marx e o Problema da Decadência Ideológica*. In: *Marxismo e Teoria da Literatura*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, pp. 49-111.

⁴²⁷ No mesmo sentido, ainda que partindo de distinta formulação teórica, o argumento de Zaffaroni, segundo o qual “*sin duda que tienen éxito preventivo especial: la muerte y los demás impedimentos físicos son eficaces para suprimir conductas posteriores del mismo sujeto*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 64).

⁴²⁸ BARATTA, Alessandro. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. In: *Revista Capítulo Criminológico*. n. 14. Universidad del Zulia, pp. 177-180. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014. Para uma análise crítica do papel cumprido pelo sistema punitivo no asseguramento da ordem sociopolítica que se estabeleceu no Brasil após o golpe civil-militar de 1964, conferir Santos: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Defesa Social e Desenvolvimento*. In: *Revista de Direito Penal*. n. 26. Rio de Janeiro: Forense, jul. - dez. 1979, pp. 19-32. Batista, por seu turno, assim traduz a interação entre sistema penal e o conjunto da ordem social brasileira após 1964: “*Enquanto a política do arrocho salarial assegurava às multinacionais a mão-de-obra mais barata do mundo, o sistema penal tratava de prender vadios e grevistas*”. (BATISTA, Nilo. *Capitalismo e Sistema Penal*. In: *Punidos e mal pagos - Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 36). No mesmo sentido, SERRA, Marco Antonio de Souza. *Economia Política da Pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, pp. 217-224.

tecnocráticas de la pena. Cada una de ellas en su propio ámbito de aplicación lleva consigo la sombra de la otra. De hecho, en su forma más radical y autoritaria la prevención negativa produce además del aniquilamiento de la persona punida, un efecto quizás más importante en la tecnología del poder: la fragmentación del disenso y el impedimento de su articulación. Pero el impedimento de la articulación del disenso constituye un equivalente funcional de la producción de consenso.⁴²⁹

Vê-se, pois, como a produção de consenso, apregoada pela perspectiva preventivo-geral positiva da pena, encontra um seu equivalente funcional na teoria da prevenção especial negativa, dada a aptidão desta para reforçar a unidade social, ao proceder à legitimação da eliminação de focos de conflito/dissidência. Trata-se, sem embargo, de afiançar o “normal” desenrolar da ordem societal capitalista, para tanto, valendo-se dos instrumentos disponíveis e considerados convenientes⁴³⁰.

Por fim, no que se refere às denominadas *teorias da união*, ao menos em termos formais, a crítica materialista não muito difere daquela que se viu por oportunidade do exame do discurso oficial sobre a punição, ou seja, quando foram analisados os apontamentos críticos - de caráter normalmente especulativo - às teorias da unidade manifestados por teóricos situados no campo da teoria tradicional. Assim, vale reconhecer, com Santos, que “[...] *as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; [...] não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em*

⁴²⁹ BARATTA, Alessandro. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. In: Revista Capítulo Criminológico. n. 14. Universidad del Zulia, p. 180. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014.

⁴³⁰ Cabe pontuar que Baratta entende as teorias tecnocráticas enquanto portadoras de um “duplo código”: além da mensagem tecnológica, far-se-ia também presente uma mensagem esotérica, é dizer, ideológica, por força da qual seria preconizada a “normalidade”, a naturalidade da ordem social e, por via de consequência, a legitimidade do arranjo punitivo orientado à preservação de referida ordem. Nesse sentido, destaca o autor em comentário que: “*Este mensaje tecnológico, en ésta como en todas las teorías que ofrecen conocimientos instrumentales al ejercicio del poder (en este caso tecnología del terror o tecnología del consenso) sirve a mantener la realidad social existente. El mensaje ideológico sirve para representar y legitimar dicha realidad. La realidad social está constituida por las relaciones materiales de producción, propiedad y poder y la moral dominante. Legitimar la realidad social significa reproducirla ideológicamente como “normal”. El mensaje ideológico de las teorías tecnocráticas posee por lo tanto una función similar a la del mensaje transmitido por las teorías ideológicas, a pesar de que la metodología adoptada es diversa. Las teorías ideológicas contribuyen a estabilizar la realidad existente mistificándola y escondiéndola. Las teorías tecnocráticas, en su mensaje ideológico, representando y legitimando la realidad como “normal”. Se trata de una atribución de sentido. La “normalidad”, es decir esta atribución de sentido, puede producirse con la represión del disenso (prevención especial negativa) o con la producción de consenso (prevención general positiva: prevención-integración)*”. (Ibid., p. 182. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014).

*teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes*⁴³¹.

2.6. A contradição entre a retribuição equivalente como valor de troca e a prevenção como valor de uso

Depois de enfrentada a problemática relativa ao princípio da retribuição equivalente, bem como após enfocadas as questões referentes às tarefas preventivas - ideológicas ou tecnocráticas - atribuídas à pena, cumpre refletir sobre os possíveis nexos existentes entre essas distintas determinações da punição. Nesse sentido, procedendo-se à “[...] *analogia da pena criminal com a mercadoria na sociedade capitalista* [...]”⁴³², afigura-se adequado afirmar que, por um lado, a utilidade preventiva (especial e geral) corresponde ao *valor de uso*⁴³³ da pena, ao passo que, de outra banda, a retribuição equivalente representa o *valor de troca*⁴³⁴ da reprimenda⁴³⁵. Com efeito, conquanto à primeira vista sinalizem serem propriedades mutuamente excludentes da pena, em verdade, retribuição e prevenção, apesar de estarem em contradição objetiva⁴³⁶, configuram o todo unitário da punição.

No plano teórico, a contradição resta bem estampada especialmente no cotejo entre as supostamente irreconciliáveis noções absoluta e “educativa” da pena, as quais, entretanto, não são senão complementares. E são complementares porque pretendem expressar, respectivamente, os momentos de aplicação e de execução da pena, os quais, em que pesem os contrastes, de fato, articulam-se organicamente: a aplicação da punição consubstancia um

⁴³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, pp. 34-35.

⁴³² *Ibid.*, p. 23.

⁴³³ “A utilidade de uma coisa faz dela um valor de uso [...]”. (MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 114).

⁴³⁴ Em apertada síntese, entende-se por valor de troca “[...] a relação quantitativa, a proporção na qual valores de uso de um tipo são trocados por valores de uso de outro tipo [...], uma relação que se altera constantemente no tempo e no espaço”. (*Ibid.*). Conferir também: HARVEY, David. *Para entender O capital - Livro I*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 25-27.

⁴³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, pp. 19-24.

⁴³⁶ Sobre a contradição objetiva entre retribuição equivalente e necessidades preventivas, Pachukanis destaca que: “Na realidade, esta forma absurda de equivalência não resulta do erro de alguns criminalistas, mas das relações materiais da sociedade de produção mercantil de que ela se nutre. A contradição entre os fins racionais de proteção da sociedade ou da reeducação do delinqüente e o princípio da reparação equivalente não existe somente nos livros e nas teorias mas também na própria vida, na prática judiciária, na estrutura da própria sociedade”. (PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, pp. 130-131).

processo público e marcadamente jurídico; a execução “reeducadora” da pena, por seu turno, é mantida sob o sigilo conferido pelas muralhas da prisão, e tem na discricionariedade administrativa seu traço fundamental. Ao final, no entanto, não passam de dois momentos de algo que deve ser apreendido em sua unidade⁴³⁷. Conforme Melossi, a relação entre aplicação e execução da pena reflete a inter-relação entre as esferas da circulação⁴³⁸ e da produção⁴³⁹ de mercadorias⁴⁴⁰. Assim, salienta o autor aludido que:

Aqui [momento de aplicação da pena] reina, portanto, o *direito* e a teoria hegeliana da pena. Mas, se penetrarmos “*no local oculto da produção*”, a igualdade e o Iluminismo cessam; lá onde está o coração mesmo do desenvolvimento capitalista, onde se encontra a condição *essencial* da sua sobrevivência, a *exploração*, dominam os princípios da hierarquia e da subordinação, princípios que se manifestam na *disciplina* que o capitalista impõe ao operário. Tal *disciplina* é condição fundamental da extração de mais-valia e, portanto, o único *ensinamento* real que a sociedade burguesa tem para oferecer ao proletariado. Se fora da produção pode imperar a *ideologia jurídica*, dentro dela impera a *servidão*, a *desigualdade*. Mas o lugar da produção é a fábrica. Assim, a função institucional que cumprem a casa de trabalho, primeiro, e a prisão, como se verá depois, é o *aprendizado*, por parte do proletariado, da *disciplina de fábrica*.⁴⁴¹

De feito, no momento de aplicação da pena, o condenado - ainda que formalmente - é considerado um sujeito de direitos, ou seja, alguém que não poderia ser reduzido à condição

⁴³⁷ PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 131.

⁴³⁸ Nos precisos e irônicos dizeres de Marx, “[...] *essa esfera rumorosa, onde tudo se passa à luz do dia, ante os olhos de todos [...]. A esfera da circulação ou da troca de mercadorias, em cujos limites se move a compra e venda da força de trabalho, é, de fato, um verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem. Ela é o reino exclusivo da liberdade, da igualdade, da propriedade e de Bentham. Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu. Bentham, pois cada um olha somente para si mesmo*”. (MARX, Karl. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 250).

⁴³⁹ No que se refere à esfera da produção, Marx preconiza que: “[...] *acompanhemos os possuidores de dinheiro e de força de trabalho até o terreno oculto da produção [...]. O antigo possuidor de dinheiro se apresenta agora como capitalista, e o possuidor de força de trabalho, como seu trabalhador. O primeiro, com um ar de importância, confiante e ávido por negócios; o segundo, tímido e hesitante, como alguém que trouxe sua própria pele ao mercado e, agora, não tem mais nada a esperar além da... despela*”. (*Ibid.*, pp. 250-251). Cf. também: NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx – Ciência e revolução*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 90-91.

⁴⁴⁰ “*O direito vive da contradição mesma de fixar e garantir a realização da circulação pela troca de equivalentes, por um lado, e possibilitar a produção baseada na exploração do homem pelo homem, por outro*”. (VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. *Sujeito de direito e subjetivação capitalista: a invenção do homem responsável*. In: *Cadernos de pesquisa marxista do Direito*. v. 1. n. 1. São Paulo: Outras expressões, jul. – 2011, p. 140).

⁴⁴¹ MELOSSI, Dario. *A questão penal em O capital*. In: *Margem Esquerda - Ensaio Marxistas* n. 4. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 133-134. Cf. também: MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 91.

de meio para a realização de interesses que lhe são alheios. Todavia, por oportunidade da execução da reprimenda, o apenado é rebaixado ao *status* de objeto, é dizer, torna-se alvo de investidas “pedagógicas” à revelia de sua vontade⁴⁴². Ou, como é mais comum à luz da “pós-moderna” política de encarceramento massivo, é o preso tomado tal como uma coisa sem utilidade, a ser relegada aos apinhados depósitos de gente em que se transmudaram as prisões contemporâneas. Assim, se na asséptica *sala de audiências* como na iluminada *esfera da circulação* de mercadorias, tudo se desenrola segundo os ditames da liberdade, da igualdade, da propriedade etc., ou seja, conforme o determinado (ainda que apenas formalmente) pelo direito, na insalubre prisão como na sombria *esfera da produção*, vige a sujeição, a assimetria, a privação etc., é dizer, a dominação do homem pelo homem. Nessa trilha, a contribuição de Melossi e Pavarini:

No microcosmo da pena carcerária encontramos refletida a contradição central do universo burguês: a forma jurídica geral, que garante um sistema de direitos igualitários, é neutralizada por uma espessa rede de poderes não igualitários, capazes de recolocar as assimetrias políticas, sociais e econômicas negadoras das mesmas relações formalmente igualitárias, surgidas da natureza (contratual) do direito. Estamos, assim, na presença contemporânea de um *direito* e de um *não* ou *contra-direito*, ou de uma *razão contratual* e de uma *necessidade disciplinar*. A contradição, neste nível de interpretação, é “objetiva” e reflete, de fato, a aporia presente no próprio modo de produção capitalista, entre a esfera da distribuição ou circulação e a esfera da produção ou de extração de mais-valia [...].⁴⁴³

Vê-se, pois, como a instituição carcerária (e a pena de prisão) está intimamente imbricada com a ordem social do capital, e como os seus fundamentos básicos estão enraizados nos mais profundos alicerces da sociedade dos proprietários de mercadorias⁴⁴⁴.

⁴⁴² PAVARINI, Massimo. *La justificación imposible – La história de la idea de pena entre justicia y utilidad*. In: Capítulo Crimonológico – Órgano del Instituto de Criminología. n. 26. Maracaibo, 1993, pp. 35-36. Conferir também, MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 263-264.

⁴⁴³ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, p. 264. Cf. também: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICP; Lumen Juris, 2005, pp. 22-23.

⁴⁴⁴ PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 133.

3. VISÕES SOCIAIS DE MUNDO E DETERMINAÇÃO DA PENA

3.1. Teorias sobre a determinação da pena

Antes de se passar propriamente à análise dos critérios jurídico-normativos para a individualização da pena, o que se fará tendo como eixo condutor *especialmente* o que se consignou no capítulo anterior, cabe abordar, em que pese de modo sucinto, os aspectos mais gerais relativos à determinação da punição.

Consoante indicado pela doutrina, o primeiro passo necessário a fim de tornar praticável uma racional determinação da pena corresponde à definição do que foi denominado por Rodrigues como “*modelo de medida da pena*”, por obra do qual é fixada a devida orientação a respeito dos fundamentos, finalidades e limites que se objetiva impor à reprimenda⁴⁴⁵. Trata-se, *normalmente*, como se verá adiante, de encontrar uma resposta compromissória apta a aplacar as reconhecidas antinomias entre, por um lado, a culpabilidade e a prevenção, e, por outra banda, entre as finalidades preventivas especial e geral atribuídas à pena⁴⁴⁶.

Segundo Zipf, por ocasião da aplicação da pena, cumpre conciliar três princípios tendencialmente antinômicos, a saber, os princípios da culpabilidade, da prevenção especial e da prevenção geral⁴⁴⁷, os quais constituem, conforme expressão cunhada pelo autor, o “*triângulo mágico da determinação da pena*”. Nesse sentido, Zipf destaca que:

⁴⁴⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 44 e 487-576. Cf. também: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 790; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. In: Revista Canaria de Ciencias Penales. n. 3. Las Palmas de Gran Canaria: Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, jul. 1999, p. 106.

⁴⁴⁶ ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 115. Cf. ainda: ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 141; ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, pp. 353-355.

⁴⁴⁷ Zipf compreende a prevenção geral menos como intimidação difusa e mais em termos de “[...] *fortalecimiento del sentimiento general de responsabilidad y de la fidelidad al Derecho* [...]”. (ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 143). Cf. também: ZIPF,

Toda determinación de la pena se orienta hoy hacia *tres puntos de referencia*: la retribución del hecho antijurídico, la adaptación de la sanción a las condiciones de motivabilidad propias del autor concreto y las necesidades de afirmación del orden jurídico en su conjunto. Principio de culpabilidad, prevención individual y prevención general constituyen, pues, el *triángulo mágico* de la determinación de la pena.⁴⁴⁸

Nessa trilha, serão examinados os principais modelos de determinação da pena. São eles: (a) teoria da pena exata ou pontual; (b) teoria da proibição de exceder a culpabilidade; (c) teoria da margem de liberdade ou de culpabilidade; (d) teoria do valor de emprego ou de posição; (e) teoria da pena proporcional ao fato.

Todavia, antes de se passar à análise das elaborações teóricas supramencionadas, faz-se necessário precisar, ainda que rapidamente, dois importantes aspectos concernentes à determinação da pena.

Primeiramente, deve-se pontuar que por determinação da pena compreende-se o momento judicial de individualização da reprimenda, o qual - no que toca ao ordenamento jurídico brasileiro - encontra fundamento constitucional no artigo 5º, XLVI, da Carta Magna⁴⁴⁹, e alicerce legal, *especialmente*, no artigo 59, do Código Penal (CP)⁴⁵⁰. Com efeito, conforme preconiza Demetrio Crespo, “[...] *en la individualización judicial de la pena, cuestión que constituye propiamente nuestro objeto de estudio, éste [o juiz] asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador [...]*.”⁴⁵¹

Demais disso, cabe acrescentar que a determinação da pena é realizada em duas fases. Assim, a *determinação da pena em sentido estrito* corresponde ao momento em que o magistrado procede à decisão acerca da modalidade [fundamentalmente, pena de prisão ou de

Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 354.

⁴⁴⁸ ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 353. Cf. também: ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 141.

⁴⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 81.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 263.

⁴⁵¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. In: Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998, p. 21.

multa, conforme previsão inserta no preceito normativo secundário] e da quantidade [conforme os limites cominados] de punição a ser imposta ao condenado. Por outro lado, a *determinação da pena em sentido amplo* consubstancia a deliberação judicial sobre as possibilidades de suspensão e substituição da reprimenda. Nesse sentido, uma vez mais, as palavras de Demetrio Crespo:

La *IJP* [Individualização Judicial da Pena] *en sentido estricto* es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y la pena de multa. A la *IJP en sentido amplio* pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros substitutivos penales [...].⁴⁵²

Feitas essas considerações preliminares, é possível adentrar ao exame específico das aludidas teorias da determinação da pena.

No que se refere à *teoria da pena exata ou pontual* (também chamada “teoria do núcleo da culpabilidade”⁴⁵³), consoante a qual “[...] *existe una única pena completamente determinada que corresponde a la culpabilidad del autor*”⁴⁵⁴, Zipf levanta duas objeções, como se pode concluir da seguinte passagem:

Quien se oponga a esta teoría de la pena exacta o pontual puede hacerlo desde dos puntos de partida: puede poner en duda la premisa, según la cual la culpabilidad conduce a un punto firmemente fijado dentro del marco penal típico; o bien, puede condenar sus consecuencias, es decir, el hecho de que la pena exacta no permite ninguna clase de consideración de puntos de vista preventivos en el proceso de determinación de la pena.⁴⁵⁵

De fato, segundo o autor em tela, além de não ser possível afirmar a existência de um *quantum* punitivo precisamente equivalente à suposta culpabilidade do agente, há que se censurar à teoria da pena exata o esvaziamento de qualquer orientação voltada ao atendimento

⁴⁵² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. In: Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998, p. 22.

⁴⁵³ ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 357.

⁴⁵⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 33. No mesmo sentido, Zipf afirma que, em conformidade com a teoria da pena exata ou pontual, entende-se que “[...] *la valoración de la culpabilidad concurrente en el hecho concreto conduce a una medida exacta de la pena, a un punto claramente determinable dentro del marco pena típico*”. ZIPF, Heinz. *Op. cit.*, p. 356.

⁴⁵⁵ ZIPF, Heinz. *Op. cit.*, p. 356. Cf. também: ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, pp. 144-145. Cf. ainda: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 34.

das necesidades preventivas depositadas na punição. Na mesma senda, o argumento de Roxin, o qual reforça o coro a respeito da inexistência de um dado grau pontual de culpabilidade, ao qual se possa fazer corresponder o equivalente grau de pena. Dessa sorte, hipoteticamente, tudo o que o magistrado estaria autorizado a dizer seria que “[...] *lo adecuado es una pena privativa de libertad entre nueve y doce meses, y que una sanción inferior o superior a la que permite este marco pondría en peligro los criterios unitarios de la determinación de la pena y supondría una injusticia*”⁴⁵⁶. De feito, o autor em estudo sustenta que:

No es que exista una magnitud penal que se corresponda con exactitud al grado de culpabilidad y que, por nuestras limitaciones, no podamos verla con claridad; sino que una tal magnitud no existe en absoluto y es por eso por lo que la teoría del margen de libertad se ajusta mejor a la realidad del acto de determinación de la pena.⁴⁵⁷

Já a denominada *teoria da proibição de exceder a culpabilidade*, conforme o indica a própria expressão nominativa em relevo, consubstancia uma formulação teórica que identifica a prevenção como o conteúdo que se deve conferir à punição, a qual, entretanto, haveria de ficar limitada ao correspondente grau de culpabilidade apontado na espécie. Ademais, cabe atentar para a ausência de definição de qualquer patamar referente ao mínimo de pena a se respeitar, o que autorizaria, por motivos relacionados à prevenção especial, a fixação da reprimenda em *quantum* sensivelmente inferior ao pretensamente adequado a título de retribuição da culpabilidade. Nesse sentido, o argumento de Zipf:

Según esta outra concepción, la valoración de la culpabilidad sólo fija un límite máximo dentro del marco penal típico que no cabe traspasar al determinar la culpabilidad; pero, en cambio, no impone ningún límite por abajo que restrinja el marco penal típico. De ahí que esta teoría permita al juez, en el caso concreto, imponer una pena muy inferior a la que exigiría la culpabilidad, si estima como especialmente favorable la prognosis social del delincuente y no considera, por ello, necesario ejercer sobre él la prevención especial. En la práctica ello se plantea en los casos en que el juez quiere evitar que el condenado resulte desocializado por la

⁴⁵⁶ ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 97.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 96. Cf. também: ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 126-127. No mesmo sentido, conferir: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. In: Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998, pp. 34-35; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. In: Revista Canaria de Ciencias Penales. n. 3. Las Palmas de Gran Canaria: Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, jul. 1999, pp. 116-117.

ejecución de una pena privativa de libertad.⁴⁵⁸

Cumprе salientar que Zipf, apesar de reconhecer a compatibilidade entre teoria da proibição de exceder a culpabilidade e os princípios constitucionais que regem as sanções penais⁴⁵⁹, mostra-se mais simpático à chamada *teoria da margem de liberdade ou de culpabilidad* (também denominada “teoria do espaço de jogo”⁴⁶⁰), pois que esta seria portadora de maior clareza dogmática – já que ficariam definidos os patamares máximo e mínimo para a concretização da punição -, qualidade considerada importante para efeitos de revisão judicial da determinação da pena⁴⁶¹. Desse modo, sobre a referida *teoria da margem de liberdade ou de culpabilidad*, preconiza o autor em tela que:

La teoría del marco de culpabilidad se encuentra en cierto modo entre las otras dos teorías. Evita, por una parte, el inmovilismo político-criminal de la pena exacta o puntual; pero, por otra parte, tampoco concede toda la libertad de acción que la prohibición de sobrepasar la culpabilidad permite al juez en la determinación de la pena.⁴⁶²

Na trilha do que postulado à luz da mencionada teoria da margem de liberdade, desde que o faça respeitando os limites correspondentes à culpabilidade, poderá o juiz decidir-se pelo grau de pena que lhe pareça mais ajustado às singularidades do caso concreto, tendo em conta principalmente a pretensão ressocializadora carregada à punição. Com efeito, destaca Roxin que “*el juez puede, por tanto, imponer cualquier pena que esté dentro de los límites que permite el marco de la culpabilidad, eligiendo en cada caso aquella que le parezca más*

⁴⁵⁸ ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, pp. 356-357. Cf. ainda: ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, pp. 144-145.

⁴⁵⁹ ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 145.

⁴⁶⁰ ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 357.

⁴⁶¹ ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 145. Roxin, igualmente, expressa a sua preferência por essa formulação, como se pode concluir do seguinte excerto: “Lo que acabo de decir debe entenderse del siguiente modo: los partidarios de la teoría del margen de libertad, que es para mí la correcta [...], sólo pueden entender la expresión de que la culpabilidad es “fundamento de la determinación de la pena”, de tal forma que el marco para la determinación concreta de la pena se forme por la culpabilidad y que, dentro de este “margen de libertad”, sean las consideraciones preventivas quienes decidan sobre la magnitud de la pena”. (ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 116).

⁴⁶² ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 357.

conveniente, sobre todo para alcanzar la resocialización”⁴⁶³. Nessa toada, o autor conclui:

Como resultado de nuestras reflexiones se puede decir que, tanto en el Derecho alemán como en el suizo, la pena adecuada a la culpabilidad debe ser entendida en el sentido de la teoría del margen de libertad y que la pena definitiva a imponer, dentro del marco de la culpabilidad, debe satisfacer solamente las exigencias preventivo-especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco la ley prevé una prevención intimidatoria general que permita ir más lejos. Igualmente también por razones político-criminales debe rechazarse una agravación de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias.⁴⁶⁴

Definida a moldura de liberdade no seio da qual o magistrado teria mobilidade para fixar a pena, restar-lhe-ia proscria a aplicação de sanção em magnitude superior ao “límite máximo” referente ao “marco da culpabilidade”. Assim, consoante à contribuição roxiniana:

Desde un principio debe rechazarse toda pena que sea **superior al límite máximo** que permite el marco de la culpabilidad [...]. Ello es consecuencia del fin protector liberal del principio de culpabilidad que impide que, tanto por razones preventivas generales como especiales, pueda imponerse una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad.⁴⁶⁵

Esse entendimento, segundo Roxin, apoiar-se-ia em “ampla unanimidade”⁴⁶⁶. Quadro distinto, no entanto, se apresentaria no que respeita à possibilidade de fixação da pena em patamar inferior ao supostamente recomendado conforme o marco da culpabilidade⁴⁶⁷. O autor em estudo, após passar em revista os dispositivos legais alemães que conferem parâmetro para a aplicação da pena, sustenta a possibilidade de concretização da punição em patamar inferior ao definido pelo marco de culpabilidade, caso isso seja adequado ao objetivo ressocializador (“reserva preventiva especial”⁴⁶⁸). O único impeditivo estaria consubstanciado na exigência de “defesa do ordenamento jurídico”, é dizer, no mínimo indispensável de prevenção geral

⁴⁶³ ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 100.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 107. Cf. também: ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, pp. 135 e 137.

(positiva), a qual encontra previsão expressa na lei germânica⁴⁶⁹. De maneira geral, entretanto, a pena satisfatória para efeitos de prevenção-integração seria aquela considerada merecida, a saber, a pena congruente com a culpabilidade. Nas palavras do Roxin:

De todos estos preceptos considerados en conjunto se puede deducir que el legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización.

[...]

Sólo cuando la imposición de una pena inferior a la que corresponda por el grado de culpabilidad “parezca simplemente como incomprensible para la sensibilidad jurídica general” [...], cede la prevención especial en favor de la “defensa del ordenamiento jurídico”. Debe, por consiguiente, distinguirse entre tres formas diversas de prevención general. El que no se haya hecho antes ha perjudicado la polémica mantenida sobre estos problemas. La “defensa del ordenamiento jurídico” es en cierto modo la última forma de prevención general, su límite último de contención (**Auffangposition**). La pena adecuada a la culpabilidad es la forma normal que adopta la prevención general. Más allá de la pena adecuada a la culpabilidad sólo hay una prevención intimidatoria que está prohibida en cuanto supone la imposición de una pena superior a la que permite la culpabilidad.⁴⁷⁰

Ainda no que toca à teoria da margem de liberdade, cumpre aduzir uma importante censura que lhe é feita por Demetrio Crespo. Este autor, que corrobora a compreensão no sentido de inexistir uma magnitude de pena pontualmente correspondente ao grau de culpabilidade imputado ao agente pela prática do fato delitivo⁴⁷¹, põe em questão a possibilidade de se indicar - conforme o preconizado pelos entusiastas da teoria da margem de liberdade - não apenas um, senão dois graus de culpabilidade, é dizer, um referente ao patamar máximo e outro relativo ao patamar mínimo de culpabilidade. De feito, a aludida impugnação elaborada por Demetrio Crespo é apresentada destarte:

Por otro lado, existe un problema lógico que afecta al presupuesto de esta teoría, ya que si la determinación de una pena única adecuada a la culpabilidad no es posible, ¿por qué debería ser posible la determinación de dos que sí lo son y que fijan el techo

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 129. No mesmo sentido, conferir: ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 356.

⁴⁷⁰ ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 109.

⁴⁷¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. In: Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998, p. 34.

máximo y el mínimo de penas adecuadas a la culpabilidad?⁴⁷²

Consoante a *teoria do valor de emprego ou de posição*, enquanto a determinação da pena em sentido estrito se efetiva tomando-se em consideração tão somente o princípio da culpabilidadade, a determinação da pena em sentido amplo reporta-se à necessidade preventivo-especial⁴⁷³.

Entre as objeções opostas por Roxin à teoria do valor de emprego, destaca-se a ancorada em interpretação do § 46⁴⁷⁴, parágrafo 1.º, seção 2.ª, do StGB (Código Penal Alemão), com base na qual o autor em estudo salienta que:

Si esta fórmula prescribe al juez “tener en cuenta”, a la hora de determinar la pena, “los efectos que cabe esperar para la vida futura del reo en sociedad”, entonces no puede ser compatible con una teoría que precisamente pretende prescindir de estos efectos a la hora de determinar la magnitud de la pena.⁴⁷⁵

⁴⁷² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. In: Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998, p. 36.

⁴⁷³ “Esta teoría presenta una solución de la antinomia de los fines de la pena, desconcertante por su facilidad, al pretender tener en cuenta tanto el punto de vista de la retribución de la culpabilidad como el de la prevención, pero atribuyendo a cada uno un valor de empleo en la ley completamente diferente: la “determinación judicial de la pena” [...], es decir, la determinación de la magnitud de la pena conforme al § 46, StGB, debe llevarse a cabo con abstracción de todo criterio preventivo, únicamente conforme al grado de culpabilidad, mientras que la determinación de la pena en sentido amplio, es decir, la decisión, según los §§ 47 y sigs., StGB, sobre la pena privativa de libertad o la multa, sobre la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, sobre la amonestación con reserva de pena y la dispensa de pena, debe ser fijada igualmente de un modo exclusivo, sólo por consideraciones preventivas. Retribución de la culpabilidad y prevención aparecen aquí, por tanto, como “grados” sucesivos e independientes de la determinación de la pena”. (ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, pp. 118).

⁴⁷⁴ “**Principios de la determinación de la pena.**

“1) La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en la sociedad.

“2) En la determinación, el tribunal sopesará las circunstancias favorables y contrarias al reo. Para ello considerará especialmente:

“- los motivos y fines del reo,

“- la actitud que se deriva del hecho y la voluntad empleada en él,

“- el grado de infracción del deber,

“- la clase de ejecución y los efectos culpables del hecho,

“- la vida del reo anterior a la comisión del hecho, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento tras el hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño causado.

“3) No podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias que son ya elementos del tipo legal”. (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 115).

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 121.

Da mesma forma, entre os fatores normativamente previstos para efeitos de determinação do *quantum* da pena (§ 46, parágrafo 2.º, do StGB), encontrar-se-iam “[...] *circunstancias que no determinan exclusivamente la magnitud de la culpabilidad, sino que en todo o en parte se orientan en necesidades preventivas* [...]”⁴⁷⁶, de modo que, conforme o argumento roxiniano, tanto a culpabilidade quanto a prevenção (mormente a prevenção especial) haveriam de funcionar como orientação para a definição da quantidade de pena a ser infligida ao infrator, é dizer, para efeitos de individualização judicial da pena em sentido estrito. Já no que concerne à decisão sobre a suspensão ou substituição da pena, ou seja, sobre a individualização da punição em sentido amplo, Roxin mostra-se de acordo com os partidários da teoria do valor de emprego, segundo os quais, nesse momento da determinação da reprimenda, tão somente as necessidades preventivo-especiais teriam lugar. Nesse sentido, as palavras do autor em tela:

Es completamente cierto que cuando se trata de determinar la pena en sentido amplio, es decir, cuando se trata de decisiones a tomar conforme a los §§ 47 y sigs., StGB, no pueden desempeñar ningún papel los puntos de vista de la retribución de la culpabilidad, sino que aquí deciden exclusivamente necesidades preventivas.⁴⁷⁷

Assim, Roxin, de maneira, pode-se dizer, jocosa, chega à conclusão no sentido de que a aludida teoria do valor de emprego estaria correta em 3/4 dos seus enunciados, consoante se pode extrair da passagem *infra* transcrita:

Es correcta en su primera mitad, en tanto pretende determinar la pena en sentido amplio (es decir, la decisión de las consecuencias jurídicas previstas en los §§ 47 y sigs., StGB) exclusivamente conforme a criterios preventivos especiales. Y es todavía una cuarta parte más correcta, en tanto excluye la prevención general como componente autónomo agravante de la pena en la determinación de la pena en sentido estricto (es decir, en la determinación de la magnitud de la pena conforme el § 46, StGB). También acierta tendencialmente en el sentido de que en el marco del § 46, StGB, pone en primer plano, en resumidas cuentas, la retribución de la culpabilidad, pero en las decisiones a tomar conforme a los §§ 47 y sigs., StGB, pone en primer plano la prevención.

Su defecto principal reside sólo en la eliminación de la prevención especial a la hora de determinar la duración de la pena.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 123.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 144. Vale acrescentar que, a desconsideração de aspectos preventivo-especiais ao se proceder à determinação da pena em sentido estrito, deixa aberta a possibilidade de que se venha a fixar a pena em

Por fim, cabem algumas considerações a respeito da denominada *teoria da pena proporcional ao fato*.

Partindo de classificação distinta da entendida como clássica⁴⁷⁹, Silva Sánchez afirma que a teoria da determinação da pena pode se fundar em argumentos (a) relativos ao delito praticado, ou, (b) em argumentos referidos diretamente aos fins atribuídos à pena (princípios político-criminais gerais)⁴⁸⁰. O autor sustenta que:

Pero debería huirse de la tentación de pensar que ésta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se consideraran de modo inmediato los fines del Derecho penal. Precisamente en un contexto así, para evitar el intuicionismo, el puro decisionismo o, sin más, la arbitrariedad, es preciso que esa política criminal se canalice por vías dogmáticas. Esto es, que, en la medida de lo posible se traduzca en reglas y no se quede en el plano de los principios. Por tanto, aquí se sostendrá que la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito [...].

Lo que reitera lo ya expresado en forma concisa: la única política criminal que debe realizar el juez es la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas.⁴⁸¹

Logo, cuidar-se-ia de determinar o [...] *exacto contenido delictivo del hecho* [...] ⁴⁸², de maneira que, “*según lo indicado, la determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito [...]. [...] Depende pues, básicamente, de las categorías del injusto objetivo (de la acción y “del resultado”), del injusto subjetivo y de la culpabilidad [...]*”⁴⁸³. Essas as balizas gerais do que Silva Sánchez denominou *método de*

quantidade capaz de lhe fazer não mais passível de suspensão ou substituição. É dizer, as escolhas feitas por oportunidade da determinação da pena em sentido estrito podem repercutir gravemente quando da sua determinação em sentido amplo. Nesse sentido, conferir: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 495-496.

⁴⁷⁹ Zipf, por exemplo, aduz três formulações teóricas a respeito da determinação da pena: teoria da margem de culpabilidade, teoria da proibição de exceder a culpabilidade e teoria da pena exata ou pontual. Cf. ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 356; ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 144. No mesmo sentido, conferir: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 487-545.

⁴⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abr. – 2007, p. 3.

⁴⁸¹ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 5.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 8.

*determinação da medida da afetação típica*⁴⁸⁴.

Vê-se, pois, que a preocupação central de Silva Sánchez reside na (suposta) excessiva abertura, franqueada aos juízes, para a efetivação de metas político-criminais por meio de uma práxis de determinação da pena diretamente referida às finalidades da punição⁴⁸⁵, tal como o mencionado autor censura aos modelos de medida da pena aduzidos *supra*⁴⁸⁶. Por conta disso o intento de Silva Sánchez, consubstanciado na formulação, ainda que em forma de esboço, de uma teoria da individualização da pena ancorada em critérios dogmáticos de graduação da magnitude do injusto culpável⁴⁸⁷.

Aparentemente pela mesma senda delineada por Silva Sánchez pretende seguir Feijoo Sánchez. Entretanto, há que se apontar, uma vez mais com Silva Sánchez⁴⁸⁸, que a contribuição teórica de Feijoo Sánchez padece de certas contradições. Com efeito, logo de saída, Feijoo Sánchez salienta que “*la determinación o la individualización judicial de la pena no es más que una concreción de la teoría de los fines de la pena [...]*”⁴⁸⁹, razão pela qual os órgãos judiciais representariam “[...] *una instancia político-criminal esencial o de primera magnitud [...]*”⁴⁹⁰.

De fato, ao tratar da relação entre retribuição e individualização da pena, Feijoo

⁴⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abr. – 2007, p. 10.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 7, nota n. 19.

⁴⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, p. 677. Destaca o autor, em outro trabalho, que: “*No es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin [...]. La determinación o la individualización judicial de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines o de los criterios generales de legitimación de la pena [...]*”. (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, p. 8).

⁴⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, p. 677. Cf. também: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, p. 3.

Sánchez pontua que são as necessidades preventivo-gerais⁴⁹¹ de estabilização da norma violada que devem orientar a concretização da pena⁴⁹², e não a culpabilidade, pois que “[...] *la referencia a la culpabilidad no es capaz de fijar cuál es el máximo de pena adecuado y necesario en una determinada sociedad*”⁴⁹³. De sorte bem distinta do que sustentado à luz das teorias examinadas acima, o princípio da culpabilidade serviria tão somente para que fosse obstada, na individualização da reprimenda, a consideração de fatores alheios ao delito⁴⁹⁴, como a intranquilidade social provocada pelo aumento da criminalidade, a qual poderia redundar na redução do infrator à qualidade de bode expiatório⁴⁹⁵. Como se pode também concluir, para o autor em comento o conceito de culpabilidade, compreendido como “[...] *un referente valorativo etéreo* [...]”⁴⁹⁶, encerra-se na noção de culpabilidade pelo fato.

Preconiza Feijoo Sánchez, então, a existência de dois diferentes modelos de orientação para a determinação da pena, a saber, um fundado na proporcionalidade pelo fato, e outro lastreado na prevenção geral positiva⁴⁹⁷. Aquele expressaria uma maior acentuação do aspecto individualístico do conflito criminal, pois que assentado na perspectiva da vítima⁴⁹⁸. Já o segundo modelo – do qual o autor seria tributário – conferiria maior relevo à dimensão social do fato delituoso⁴⁹⁹, é dizer, ao “[...] *significado comunicativo del hecho concreto* [...]”⁵⁰⁰.

Todavia, no correr de sua obra, Feijoo Sánchez parece relativizar a sua afirmação no

⁴⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, p. 679.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 681.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 679.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 680.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 681.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 679.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 688.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 692. De fato, destaca o autor que: “*La teoría de la proporcionalidad por el hecho parte de una concepción extremadamente individualista de la lesividad que fundamenta la responsabilidad penal, no teniendo suficientemente en cuenta la dimensión intersubjetiva o social del hecho o la lesividad de lo común [...]. No es extraño, por ello, que estos autores que adoptan una concepción del hecho tan fáctica desarrollen una teoría de la determinación de la pena excesivamente orientada a los intereses de la víctima. Acaba siendo relevante a efectos de determinación de la pena exclusivamente la afectación de intereses individuales*”. (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, p. 8).

⁴⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, p. 692.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 693.

sentido de se apreender a determinação da pena como um momento de nítido conteúdo político-criminal, ao destacar, para efeitos de individualização da punição, a relevância do conceito material de delito que se acolha⁵⁰¹, já que a teoria da determinação da pena não seria “[...] *más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto* [...]”⁵⁰². De feito, o autor faz consignar, ainda, que:

Si se assume que el delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable. La teoría de la determinación de la pena no es una teoría sobre los efectos que se buscan con la pena concreta en el autor del delito, en terceros o en la sociedad, sino sólo una teoría dogmática con todas las ventajas que han hecho triunfar ésta como ciencia jurídica [...]. Se hace preciso, pues, desarrollar en paralelo las líneas fundamentales de la teoría jurídica del delito y de la teoría de la determinación de la pena en la medida en la que ésta no es más que una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquélla.⁵⁰³

Desse modo, consoante o argumento de Feijoo Sánchez, a determinação do *quantum* punitivo não seria outra coisa que a graduação do injusto culpável. As finalidades preventivas, mormente a prevenção especial, somente teriam espaço no momento de determinação da pena em sentido amplo, pelo que ficaria patenteada a (aliás, expressa) adesão do autor à teoria do valor de emprego ou posicional⁵⁰⁴.

Cabe salientar, por oportuno, que a objeção de Silva Sánchez ao contributo de Feijoo Sánchez não se apresenta indene à crítica. Com efeito, como o próprio Silva Sánchez reconhece, é comum que o princípio retributivo (orientação político-criminal, pois que relativa

⁵⁰¹ Por consequência desse entendimento, o autor se presta a expor, ainda que sucintamente, a sua noção material de delito, por ele denominada “teoria comunicativa do injusto penal”. Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, pp. 701-725.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 693. Cf. também: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, p. 9.

⁵⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, pp. 695-696. Cf. ainda: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, p. 10.

⁵⁰⁴ “[...] *hay que señalar que los factores preventivo-instrumentales, especialmente la prevención especial, sólo operan en el marco de la determinación de la pena entendida en sentido amplio; es decir, no determinan la pena adecuada al injusto culpable, sino sus posibilidades de sustitución o suspensión*”. (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, p. 700). Cf. também: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, pp. 10-11.

às teorias da pena) e o princípio da proporcionalidade ao fato (orientação dogmática, já que referida à graduação do injusto culpável) sejam doutrinariamente tratados como princípios afins, quando não idênticos⁵⁰⁵.

Uma boa amostra do que ora se supõe pode ser encontrada na elaboração de Choclán Montalvo. O autor, que, entre as apregoadas finalidades da pena preconiza a proeminência da pretensão retributiva⁵⁰⁶, sustenta que “[...] *la pena se destina a retribuir la culpabilidad, entendida como justa retribución del injusto y la culpabilidad*”⁵⁰⁷. Nesse sentido, a graduação da culpabilidade (em sentido amplo)⁵⁰⁸ ficaria, por um lado, condicionada à gravidade do injusto – síntese de gravidade da ação e do resultado⁵⁰⁹ - e, de outra banda, restaria vinculada à culpabilidade em sentido estrito, a qual dependeria do “[...] *valor o disvalor ético de los motivos que impulsaron al autor*”⁵¹⁰. Como se pode notar, consoante o entendimento de Choclán Montalvo, a retribuição da culpabilidade identifica-se com a graduação do injusto culpável, ou, o que não muito se distanciaria dessa compreensão, guarda proximidade com um juízo de proporcionalidade, de equivalência, entre a pena e o delito, “[...] *sin que esa medida pueda ser sobrepasada en función de circunstancias relativas a personalidad peligrosa del autor* [...]”⁵¹¹, ou seja, sem que se pondere acerca de possíveis necessidades preventivas, mormente preventivo-especiais.

Pode-se concluir, portanto, que a teoria da pena proporcional ao fato não se encontra nas antípodas das teorias da determinação da pena fundadas em considerações político-criminais, como pretende Silva Sánchez. De outra sorte, parece mais razoável afirmar que a

⁵⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abr. – 2007, p. 8.

⁵⁰⁶ Choclán Montalvo mostra-se simpático à noção jescheckiana de pena, conforme a qual a punição está orientada fundamentalmente em sentido retributivo, muito embora a ele não se restrinja. Apesar disso, o autor em tela também faz referência à concepção unificadora preventiva dialética de Roxin, que, como se examinou *supra*, coloca em saliência as finalidades preventivas da pena. No entanto, é notável a centralidade conferida por Choclán Montalvo à retribuição da culpabilidade no procedimento individualizante da pena, como se vê das páginas 109 e seguintes de sua citada obra. Cf. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. In: Revista Canaria de Ciencias Penales. n. 3. Las Palmas de Gran Canaria: Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, jul. 1999, pp. 105-106 e 109-122.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 106.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 118.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, pp. 118-121.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 121.

⁵¹¹ *Ibid.*, pp. 102 e 117.

formulação teórica em tela, devido à tradicional associação entre o ideal retributivo e o princípio da culpabilidade⁵¹², tende a desterrar do momento de individualização da pena (ao menos no que concerne à determinação da pena *stricto sensu*) apreciações de natureza preventiva, de modo a corroborar, na prática, a efetivação de uma política criminal de traço retributivo (*rectius*, neoretributivo, ou, *neoproporcionalista*, como denominado por Feijoo Sánchez)⁵¹³. Assim, se logo de saída será explicitado o alvo político-criminal que se tem em mira (como se viu da formulação de Choclán Montalvo, que destaca o caráter retributivo da pena) - o qual será atingido por meio da fixação de critérios dogmáticos referenciados na graduação do injusto culpável - ou se, de forma distinta, a meta político-criminal (também retributiva) quedará encoberta, mas será igualmente realizada, pois que utilizado o mesmo critério dogmático (esse é o caso da elaboração de Silva Sánchez), trata-se, *data venia*, de questão de menor importância.

De fato, é necessário reconhecer, conforme o faz Zipf, que “[...] *la teoría de la pena y su concreta manifestación es el tema jurídico-penal más discutido y el que en mayor medida depende de la visión del mundo que se tenga*”⁵¹⁴.

3.2. Visões sociais de mundo, ideologias e utopias no discurso científico e no discurso jurídico

Se, na trilha do correto entendimento de Zipf, a decisão sobre a determinação da pena é tarefa cuja orientação depende fundamentalmente da visão de mundo de quem dela se encarrega, caberia - antes ainda de se passar ao exame dos critérios jurídico-normativos para a individualização da pena - precisar com maior vagar o que se deve compreender por visão (social) de mundo. Com efeito, isso é o que se pretende efetuar *infra*, para tanto, partindo-se

⁵¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 134. No mesmo sentido: LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 41-42; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. In: Revista Canaria de Ciencias Penales. n. 3. Las Palmas de Gran Canaria: Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, jul. 1999, p. 106.

⁵¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, pp. 5-13. Retribuição, culpabilidade e proporcionalidade, são, com efeito, noções afins. O tratamento das eventuais particularidades que as distinguem, *venia concessa*, fogem ao propósito do presente trabalho.

⁵¹⁴ ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 359.

do mesmo referencial que conferiu fundamento ao capítulo segundo desse trabalho, é dizer, o referencial marxiano.

Quais são as condições para tornar possível a objetividade nas ciências sociais? O modelo científico-natural de objetividade é operacional para as ciências históricas? É concebível uma ciência da sociedade livre de julgamentos de valor e pressupostos político-sociais? É possível eliminar as ideologias do processo de conhecimento científico-social? Não é, a ciência social, necessariamente “engajada”, isto é, ligada ao ponto de vista de uma classe ou grupo social? E, neste caso, seria possível conciliar esse caráter partidário com o conhecimento objetivo da verdade?⁵¹⁵

Conforme Löwy, essas são questões que sempre ocuparam papel central no debate metodológico e epistemológico no campo das ciências sociais modernas⁵¹⁶.

Na aludida obra, o autor destaca como objeto de pesquisa o estudo das imbricações existentes entre as classes ou grupos sociais e o conhecimento científico sobre a sociedade⁵¹⁷. Ou seja, trata-se de uma análise sociológica do conhecimento, por via da qual se pretende examinar os condicionamentos sociais inapelavelmente presentes sempre que a *sociedade* é eleita como objeto a ser tematizado na pesquisa científica.

Como assegurar a objetividade científica nas ciências sociais, dado que a relação sujeito/objeto que aí se processa “[...] *não é uma relação de externalidade* [...]”⁵¹⁸, tal como ocorre nas ciências da natureza, mas, de sorte bem distinta, o que se identifica é uma relação na qual o sujeito pesquisador está contido no objeto de pesquisa? É partindo de questões como essa que Löwy pretende examinar as relações entre a produção do conhecimento sociológico e o que ele designará pela expressão *visão social de mundo*, a qual pode ser sucintamente traduzida como “[...] *a perspectiva de conjunto, a estrutura categorial, o estilo de pensamento socialmente condicionado – que pode ser ideológico ou utópico* [...]”⁵¹⁹.

Com o conceito de *visão social de mundo*, o autor em comento busca referir-se a uma noção que seja suficientemente ampla para abarcar de uma só vez *as ideologias*, identificadas

⁵¹⁵ LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, p. 11.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁵¹⁸ NETTO, José Paulo. *Introdução ao estudo do método de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p. 23.

⁵¹⁹ LÖWY, Michael. *Op. cit.*, p. 15.

como formas de pensamento direcionadas à legitimação da ordem social estabelecida⁵²⁰, e as *utopias*, por sua vez, entendidas como abordagens que remetem “[...] a um estado não existente das relações sociais [...]” e, como tal, em tese portadoras de “[...] um caráter crítico, subversivo, ou mesmo explosivo”⁵²¹. Em outros termos, por *visão social de mundo* deve-se compreender uma locução de tal maneira abrangente para congregar tanto as perspectivas conservadoras como as visões transformadoras que se desenvolvem face à realidade social⁵²². Conforme o próprio Löwy, o termo *visão social de mundo*:

[...] circunscreve um conjunto orgânico, articulado e estruturado de valores, representações, idéias e orientações cognitivas, internamente unificado por uma *perspectiva* determinada, por um certo *ponto de vista* socialmente condicionado. Acrescentando o termo social – *visão social de mundo* –, queremos insistir em dois aspectos: a) trata-se da *visão de mundo social*, isto é, de um conjunto relativamente coerente de idéias sobre o homem, a sociedade, a história, e sua relação com a natureza (e não sobre o cosmos ou a natureza enquanto tais); b) esta *visão de mundo* está ligada a certas *posições sociais* [...], isto é, aos interesses e à situação de certos grupos e classes sociais.⁵²³

Desse modo, o autor pretende demonstrar - apoiando-se “[...] em uma certa tradição historicista e nas idéias fundamentais do marxismo [...]”⁵²⁴ -, a partir de uma análise crítica dos principais modelos de objetividade científica que se desenvolveram no bojo do positivismo, do historicismo e do marxismo, que toda representação da realidade social está vinculada “[...] a uma das grandes visões sociais de mundo [...]”⁵²⁵, ou seja, que o ato de conhecer e interpretar o homem, a sociedade, a história, e sua relação com a natureza está profundamente ligado “[...] a uma perspectiva global socialmente condicionada [...]”⁵²⁶.

Partindo da problemática exposta, no que toca mais especificamente ao objeto do presente trabalho, poder-se-ia perguntar: estaria o discurso jurídico-penal, tal como o

⁵²⁰ LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, p. 14.

⁵²¹ *Ibid.*, pp. 14-15.

⁵²² Sobre o conceito de “falsa consciência”, possivelmente alternativo ao termo “visão social de mundo”, destaca Löwy que: “Quanto ao conceito de “falsa consciência”, este nos parece inadequado porque as ideologias e as utopias contêm, não apenas as orientações cognitivas, mas também um conjunto articulado de valores culturais, éticos e estéticos que não substituem categorias do falso e do verdadeiro”. *Ibid.*, p. 15.

⁵²³ *Ibid.*, p.16.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁵²⁶ *Ibid.*

conhecimento científico-social, vinculada às diferentes *visões sociais de mundo*, é dizer, às diversas perspectivas de conjunto socialmente condicionadas? Ou, de forma ainda mais precisa, estariam os discursos doutrinários e jurisprudenciais em torno da finalidade da punição ligados às diferentes *visões sociais de mundo* esposadas pelos variados intérpretes?

De fato, é de se reconhecer que o juiz, por exemplo, está sujeito a toda uma sorte de condicionamentos sócio-jurídicos desconhecidos pelo cientista social. Súmulas, orientações jurisprudenciais, precedentes, dispositivos legais, consequências sociais da decisão etc., são elementos que, em maior ou menor medida, restringem a liberdade decisória dos magistrados no exercício de suas funções em geral e, evidentemente, também na tarefa específica de concretização da sanção penal⁵²⁷. Com efeito, esses parâmetros para decidibilidade consubstanciam limites - ao livre convencimento dos juízes - que podem, eventualmente, dar lugar a existência de verdadeiro abismo entre a compreensão pessoal (do magistrado) a respeito do que pode ser entendido como justo (e que é “pessoal” apenas no que toca à sua explicitação, pois, a compreensão em torno do “justo” também está socialmente condicionada) e o teor daquilo que estampado na decisão judicial.

Para que se possa compreender a fundo a dinâmica de determinação da pena, será indispensável “mapear” as premissas, as prenoções, componentes do que se chamou de *visão social de mundo*, nas quais, se supõe, deitam raízes os argumentos mobilizados pelos juristas quando diante da aplicação da pena.

Essa tarefa não é fácil. Uma amostra de sua complexidade pode ser identificada por meio da seguinte passagem, extraída da obra de Bruno:

As realidades jurídicas sobre as quais se constrói o Direito Penal, e mais que tudo a pena, suscitam problemas em relação com determinadas concepções do homem e da vida, a que não pode ficar estranho o pensamento filosófico. A atividade dirigida a investigá-los na sua essência e nos seus fundamentos pertence à Filosofia, em particular à Filosofia jurídica, não ao Direito Penal. [...]

Para o jurista propriamente dito, o que é a pena e quais as suas características é questão que se resolve precisamente nos termos do Direito positivo. Não pede o jurista justificação para o Direito. Toma o sistema jurídico e as suas implicações como uma realidade que existe e exerce a sua função normativa prescindindo de

⁵²⁷ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 83-92.

qualquer indagação de legitimidade.⁵²⁸

Como se pode concluir, Bruno, apesar de destacar a importância de “*determinadas concepções do homem e da vida*” na construção do Direito Penal e, particularmente, da pena, salienta que essas concepções são objeto de interesse do filósofo, e não do jurista, ao qual cumpriria exercer um papel isento de críticas a esse respeito, pois que centrado nas manifestações positivas do Direito, sobre as quais desempenharia sua tarefa técnico-jurídica. Ou seja, caberia ao jurista tão somente a manipulação da técnica jurídica, a partir de um exercício *provavelmente* encarado como “neutro” do ponto de vista axiológico.

Esse tipo de postura impõe uma séria dificuldade analítica, já que os elementos componentes da chamada *visão social de mundo*, a saber, “*determinadas concepções do homem e da vida*”, estarão, normalmente, pressupostos na argumentação jurídico-penal, manifestando-se de maneira bastante fragmentada, lacunosa e, por isso, incompleta.

Ainda conforme Bruno, “[...] *o jurista propriamente dito* [...]” “*toma o sistema jurídico e as suas implicações como uma realidade que existe* [...]”. É dizer, toma o Direito como algo dado. Essa assertiva convida ao retorno à obra de Löwy.

Como pontuado acima, o autor em relevo pretende, valendo-se do referencial marxista, demonstrar que todo conhecimento/interpretação científico(a) da sociedade possui ancoragem em “*uma das grandes visões sociais de mundo*”. Para tanto, Löwy põe em contraste três importantes perspectivas teórico-sociais, a saber, o positivismo, o historicismo⁵²⁹ e o próprio marxismo, e suas respectivas contribuições no que toca ao desafio de se atingir a objetividade científica nos domínios das ciências humanas.

Segundo Löwy, o *positivismo*, em linhas gerais, se apoia em um conjunto de premissas que se articulam sistematicamente, formando um todo “coerente e operacional”:

⁵²⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo : Forense, 1967, pp. 29-30.

⁵²⁹ Tendo-se em conta as necessidades e os limites específicos do presente trabalho, no bojo do qual o discurso tradicional sobre a punição, de matriz fundamentalmente positivista, é contrastado com a contribuição crítica marxiana sobre o tema, não se procederá ao exame das questões relacionadas especificamente ao historicismo. Para o leitor interessado na problemática historicista, fica a referência à obra do autor ora estudado: LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, pp. 74-111.

1. A sociedade é regida por leis naturais, isto é, leis invariáveis, independentes da vontade e da ação humanas; na vida social, reina uma harmonia natural.
2. A sociedade pode, portanto, ser epistemologicamente assimilada pela natureza (o que classificaremos como “naturalismo positivista”) e ser estudada pelos mesmos métodos, *démarches* e processos empregados pelas ciências da natureza.
3. As ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos.⁵³⁰

De feito, esforça-se o autor para demonstrar como o positivismo, surgido em finais do século XVIII e início do século XIX, se transmuda, no correr deste último, de *pensamento utópico* - ligado à classe burguesa então revolucionária que lutava contra o Absolutismo - em *perspectiva ideológica* ajustada à fundamentação científica da nova ordem - industrial e burguesa - que se consolidava. Esse traço conservador passaria a ser característico do positivismo, assim se manifestando até os presentes dias⁵³¹. De fato, passa-se da *utopia positivista* à *ideologia positivista* “[...] à medida que a burguesia deixa de ser uma classe revolucionária para tornar-se cada vez mais uma força social associada ao exercício do poder”⁵³². Trata-se, como se pode notar, de noção afim ao conceito lukacsiano de *decadência ideológica*.

Tal inflexão teórica é iniciada por Augusto Comte⁵³³ e aprimorada por Emile Durkheim⁵³⁴, cujas formulações teóricas concorreram para converter o positivismo, que, como

⁵³⁰ LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, pp. 19-20. Ao discorrer sobre o caráter indisfarçavelmente manipulatório do positivismo jurídico, Quinney, por seu turno, destaca que: “A falha política do pensamento positivista, relacionada à sua falha intelectual, é a sua aceitação do status quo. [...] O pensamento positivista, de fato, naturalmente presta-se à ideologia oficial e aos interesses da classe dominante. [...] A ordem legal é tomada por dada, com a pesquisa dirigida para uma compreensão de como o sistema opera. Pouca atenção é devotada a questões sobre por que o direito existe, se o direito é realmente necessário, ou o que seria um sistema justo. [...] Sugestões podem ser feitas para mudar leis particulares, mas as linhas gerais do sistema legal devem permanecer intactas [...]. Inadequações na administração da justiça podem ser notadas, mas as prescrições para mudança são em termos de procedimentos mais técnicos e eficientes”. (QUINNEY, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista - Uma filosofia crítica da ordem legal*. In: *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, p. 224).

⁵³¹ LÖWY, Michael. *Op. cit.*, pp. 20-39.

⁵³² *Ibid.*, p. 29.

⁵³³ *Ibid.*, p. 25.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 30.

utopia, “[...] esteve no coração da doutrina política dos insurretos de 1789 [...]”⁵³⁵, em *visão social de mundo* conceitual e axiologicamente orientada à legitimação da ordem social burguesa que se instalara⁵³⁶.

Sociedade harmônica orientada por leis naturais; unidade metodológica no campo da pesquisa científica, seja a natureza ou a sociedade o objeto de análise (*método científico-natural*); ciências sociais de corte nitidamente *contemplativo* fundadas sobre o axioma da *neutralidade axiológica* e, portanto, pretensamente livres de qualquer “[...] condicionamento histórico-social do conhecimento”⁵³⁷. Eis os traços distintivos da *visão de mundo positivista*.

Em Durkheim, v.g., seguindo-se o *paradigma organicista*, passa-se “[...] sem hesitação das leis da seleção natural às “leis naturais” da sociedade, e dos organismos vivos aos “organismos” sociais”⁵³⁸, no bojo de uma formulação teórica que servirá de ponto de partida para a perspectiva *funcionalista* em geral⁵³⁹ e, conforme observado *supra*, também para a elaboração funcionalista no *plano jurídico-penal*, a qual tem em Jakobs o seu representante atualmente mais destacado⁵⁴⁰.

Feitas essas considerações, sobressai a seguinte questão: como assegurar a tão propalada neutralidade axiológica no *conhecimento científico da sociedade*, o qual, consoante reconhecido até mesmo pelos positivistas, “[...] é também objeto de um combate político acirrado, onde se enfrentam as ideologias, os “preconceitos passionais”, as concepções de mundo, os interesses sociais radicalmente opostos [...]”⁵⁴¹? A resposta positivista a essa questão, segundo Löwy, radicar-se-ia no esforço individual do cientista para se alhear de suas

⁵³⁵ LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, p. 31.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 34.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁴⁰ BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 24. Madri: Edersa, 1984, p. 548; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 222; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 85-88.

⁵⁴¹ LÖWY, Michael. *Op. cit.*, p. 35.

próprias prenoções, de sorte a extirpar da pesquisa científica “[...] *a influência das crenças ou dos desejos pessoais*”⁵⁴². Ou seja, a objetividade no campo das ciências sociais seria alcançada por aquilo que o autor designou por “*boa vontade positivista*”⁵⁴³. Essa postura epistemológica é criticada por Löwy na seguinte passagem, a qual, ainda que longa, merece ser transcrita:

Na realidade, a “boa vontade” positivista enaltecida por Durkheim e seus discípulos é uma ilusão ou uma mistificação. Liberar-se por um “esforço de objetividade” das pressuposições éticas, sociais e políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen, ou este herói picaresco que consegue, através de um golpe genial, escapar do pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas. Para se liberar destes “preconceitos” é necessário, antes de tudo, reconhecê-los como tais: ora, sua principal característica é que eles não são considerados como tais, mas como verdades evidentes, incontestáveis, indiscutíveis. Ou melhor, em geral eles não são sequer formulados, e permanecem implícitos, subjacentes à investigação científica, às vezes ocultos ao próprio pesquisador. Eles constituem o que a sociologia do conhecimento designa como *campo do comprovado como evidente*, um conjunto de convicções, atitudes ou idéias (do pesquisador e de seu grupo de referência) que escapa à dúvida, à distância crítica ou ao questionamento.⁵⁴⁴

De fato, bastaria analisar as contribuições dos autores positivistas para se concluir que elas estão profundamente enraizadas em *premissas político-sociais* “engajadas”, “preconceituosas” e, como tais, vinculadas “[...] *ao ponto de vista e à visão social de mundo de grupos sociais determinados*”⁵⁴⁵, *rectius*, ao ponto de vista e à visão social de mundo da classe social dominante, vencedora de outrora, a saber, a burguesia, de maneira que a indicada “[...] *pretensão à neutralidade é às vezes uma ilusão, às vezes um ocultamento deliberado, e, frequentemente, uma mistura bastante complexa dos dois*”⁵⁴⁶.

Já sobre o acolhimento do referencial marxista, caberia perguntar: por que o *marxismo*, compreendido como a teoria revolucionária que se identifica como o *ponto de vista do*

⁵⁴² LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, p. 37.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

*proletariado*⁵⁴⁷, haveria de ser entendido como “[...] *mais favorável ao conhecimento social que a visão de mundo das outras classes* [...]”⁵⁴⁸? Essa questão é assim respondida por Löwy:

Quanto a nós, pensamos que o ponto de vista potencialmente mais crítico e mais subversivo é o da última classe revolucionária, o proletariado. Mas não há dúvida de que o ponto de vista proletário não é de forma alguma uma garantia suficiente do conhecimento da verdade social: é somente o que oferece a maior possibilidade objetiva de acesso à verdade. E isso porque a verdade é para o proletariado uma arma indispensável à sua auto-emancipação. As classes dominantes, a burguesia (e também a burocracia, em um outro contexto) têm necessidade de mentiras e ilusões para manter seu poder. Ele, o proletariado, tem necessidade de verdade...⁵⁴⁹

Com efeito, o potencial crítico do materialismo histórico-dialético, a um só tempo *instrumento de conhecimento e instrumento de ação*⁵⁵⁰ que se auto-reconhece condicionado não somente histórica com também socialmente, decorre do papel revolucionário da classe trabalhadora, à qual não interessa a produção de ilusões e auto-ilusões, pois que inexistente “[...] *outra classe social, mais radical, da qual [...] teria de se defender por mecanismos de ocultação ideológica da realidade*”⁵⁵¹. Vale dizer, o proletariado é chamado ao combate consciente voltado à transformação revolucionária do conjunto da ordem social⁵⁵².

Destacando que o conhecimento objetivo sobre a realidade social se assemelharia a uma *paisagem* pintada por um artista, em contraste com o que seria uma imagem refletida por

⁵⁴⁷ LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, p. 97. Vale salientar, por oportuno, que não se trata de associar “mecanicamente”, por um lado, uma dada visão social de mundo, e, por outro, uma dada classe social. Cuida-se, de sorte bem distinta, de reconhecer que as visões de mundo – o marxismo, por exemplo – apresentam-se vinculadas a interesses, a valores, a prenoções próprias de específicas classes, frações de classe ou grupos sociais – exemplificando, a classe trabalhadora. Isso não obsta que um indivíduo *materialmente* situado em uma classe acabe por se tornar, v. g., um intelectual *teoricamente* ligado a outra classe social. Nesse sentido, o seguinte fragmento de uma famosa obra de Marx: “[...] *shopkeepers* [lojistas] *ou os seus defensores entusiásticos. Por sua formação e situação individual, mundos podem estar separando os dois. O que os transforma em representantes do pequeno-burguês é o fato de não conseguirem transpor em suas cabeças os limites que este não consegue ultrapassar na vida real e, em consequência, serem impedidos teoricamente para as mesmas tarefas e soluções para as quais ele é impelido na prática pelo interesse material e pela condição social. Essa é, em termos gerais, a relação entre os representantes políticos e literários de uma classe e a classe que representam*”. (MARX, Karl. *O 18 de brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 64).

⁵⁴⁸ LÖWY, Michael. *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 254.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 152.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 165.

⁵⁵² NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx – Ciência e revolução*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 84. Cf. também: COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. 2. ed. Posfácio de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 88.

um espelho, como tal, independente do sujeito, Löwy conclui afirmando que “[...] *tanto mais verdadeira será a paisagem, quanto mais elevado o observatório ou belvedere onde estará situado o pintor, permitindo-lhe uma vista mais ampla e de maior alcance do panorama irregular e acidentado da realidade social [...]*”⁵⁵³. De feito, por estar “[...] *situada na perspectiva mais vasta e totalizante [...]*”⁵⁵⁴, a ciência ligada à *visão social de mundo* do proletariado seria a portadora de maior capacidade explicativa da realidade. Todavia, cumpre asseverar que se cuida de conhecimento científico de caráter tão somente *aproximativo* da realidade social, e não de uma possibilidade de apreensão absoluta do real, como suposto pelo positivismo⁵⁵⁵.

3.3. Visões sociais de mundo e determinação da pena

Viu-se como Bruno, não obstante salientar a importância de “*determinadas concepções do homem e da vida*” na construção do Direito Penal e, especialmente, da pena, afirma logo em seguida que essas concepções configuram objeto de interesse somente do filósofo, fugindo, dessa maneira, do campo de reflexão *próprio* do jurista.

Entretanto, o autor em tela acrescenta, como algo de importância talvez secundária, pois que alocado no espaço marginalizado das notas de rodapé (nota n. 1), que:

⁵⁵³ LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009, p. 17.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 253. Sobre a perspectiva da totalidade, Lukács, ainda em obra de juventude, destaca que: “*Não é o predomínio de motivos econômicos na explicação da história que distingue de maneira decisiva o marxismo da ciência burguesa, mas o ponto de vista da totalidade. A categoria da totalidade, o domínio universal e determinante do todo sobre as partes constituem a essência do método que Marx recebeu de Hegel e transformou de maneira original no fundamento de uma ciência inteiramente nova. A separação capitalista entre o produtor e o processo de trabalho em partes que deixam de lado o caráter humano do trabalhador, a atomização da sociedade em indivíduos que produzem irrefletidamente, sem planejamento nem coerência, tudo isso devia ter também uma influência profunda sobre o pensamento, a ciência e a filosofia do capitalismo. A ciência proletária é revolucionária não somente pelo fato de contrapor à sociedade burguesa conteúdos revolucionários, mas, em primeiro lugar, devido à essência revolucionária do seu método. O domínio da categoria da totalidade é o portador do princípio revolucionário da ciência*”. (LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe – Estudos sobre a dialética marxista*. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 105-106).

⁵⁵⁵ LUKÁCS, Georg. *Introdução a uma estética marxista - Sobre a Categoria da Particularidade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Civilização Brasileira, 1968, p. 103. Cf. também: LUKÁCS, Georg. *Existencialismo ou marxismo?* Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Ciências Humanas, 1979, pp. 228-237; HOLZ, Hans Heinz; KOFLER, Leo; ABENDROTH, Wolfgang. *Conversando com Lukács*. Trad. Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, p. 17.

Evidentemente a investigação da essência e fins da pena transcende do Direito Penal propriamente dito. Desenvolve-se no domínio da especulação filosófica, embora se inspire em dados da experiência científica ou empírica. Em todo caso, nelas se refletem as concepções dominantes em determinado momento histórico, sobre o homem e a sociedade.⁵⁵⁶

Com efeito, o que faz o autor nessa passagem aparentemente despretensiosa não é senão reconhecer a importância das concepções de homem e sociedade (ou, de forma mais abrangente e completa, concepções de *homem, sociedade, história, e sua relação com a natureza*), é dizer, das *visões sociais de mundo* na compreensão e, como se viu, também na materialização da pena. É fundamental destacar que essa perspectiva norteadora não seria qualquer uma, aleatoriamente tomada, mas sim a *visão social dominante na quadra histórica em questão*, a qual, seguindo a tradição marxista, se confundiria com a visão social de mundo da classe dominante, ou seja, da classe social que detém o controle dos meios de produção da vida material⁵⁵⁷.

Como já pontuado, os elementos componentes dessas “*determinadas concepções do homem e da vida*” normalmente ficam pressupostos no discurso jurídico, o que acaba representando uma importante dificuldade para a análise. Um caminho potencialmente fecundo no que toca a esse aspecto consistiria em examinar as funções sociais que os autores costumam atribuir ao sistema penal (e a pena). Em outros termos, interesses de que ordem seriam resguardados pela manifestação do poder de punir?

⁵⁵⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, p. 29.

⁵⁵⁷ “As idéias da classe dominante são, em cada época, as idéias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que tem à sua disposição os meios da produção material dispõe também dos meios da produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios da produção espiritual. As idéias dominantes não são nada mais do que a expressão ideal [...] das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como idéias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as idéias de sua dominação. Os indivíduos que compõem a classe dominante possuem, entre outras coisas, também consciência e, por isso, pensam; na medida em que dominam como classe e determinam todo o âmbito de uma época histórica, é evidente que eles o fazem em toda a sua extensão, portanto, entre outras coisas, que eles dominam também como pensadores, como produtores de idéias, que regulam a produção e a distribuição das idéias de seu tempo; e, por conseguinte, que suas idéias são as idéias dominantes da época. Por exemplo, numa época e num país em que o poder monárquico, a aristocracia e a burguesia lutam entre si pela dominação, onde portanto a dominação está dividida, aparece como idéia dominante a doutrina da separação dos poderes, enunciada então como uma “lei eterna””. (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã - Crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas* (1845-1846). Trad. Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Lucianne Cavini Martorano. São Paulo, Boitempo, 2007, p. 47). Cf. também: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 57.

Nessa esteira, como se pôde observar dos primeiros capítulos desse trabalho, o discurso tradicional sobre a punição se apresenta de modo a legitimar o sistema penal, bem como a ordem social que o tem em seu bojo. De fato, *a luta contra o crime* seria mais uma das tarefas desempenhadas pelo Estado, *ente mediador*⁵⁵⁸, a fim de garantir/fomentar o *bem comum/coletivo*, no bojo de uma sociedade cuja ordem, que se pressupõe legítima, deve ser preservada. Como preconiza Frederico Marques:

A pena é meio indispensável para a conservação de uma sociedade juridicamente organizada.

Desde que um bem ou valor social tenha relevo e importância para o Estado, como condição de progresso, desenvolvimento e conservação da vida em comunhão, tutela mais enérgica é exigida para colocá-lo sob amparo seguro.

[...]

O bem comum dá base e fundamento à intervenção estatal na vida e esfera de liberdade daqueles que praticaram atos delituosos, porque tais condutas *merecem* punição.⁵⁵⁹

Pode-se notar que o autor fundamenta a necessidade da intervenção punitiva estatal como meio apto à preservação da ordem social, a qual se identificaria com o bem comum. Em outros termos, conservar a ordem social e assegurar o bem comum seriam exatamente a mesma coisa, do que se pode intuir que a manutenção da organização social interessaria indistintamente a todos.

A mesma trilha é seguida por Bruno, o qual afirma que “*o novo Direito Penal era chamado a resolver o conflito entre essas duas realidades – a sociedade que tem de defender a sua ordem e estabilidade e o homem criminalmente perigoso que lhe opõe a ameaça de novas transgressões*”⁵⁶⁰, para em seguida acrescentar que “*a cominação de uma pena a um fato é a maneira mais enérgica de exprimir a reprovação que a ordem de Direito faz recair sobre ele e, portanto, do valor que o Estado, representando o interesse coletivo, atribui ao bem por ele ofendido*”⁵⁶¹. Com efeito, *defender a ordem e estabilidade sociais/preservar o*

⁵⁵⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, p. 27.

⁵⁵⁹ FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, pp. 94-95.

⁵⁶⁰ BRUNO, Aníbal. *Op. Cit.*, p. 19.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 48.

interesse coletivo seriam as funções do sistema penal⁵⁶².

Já na obra de Fragoso, no entanto, é possível encontrar um tratamento distinto das questões ora versadas. De feito, ainda que de maneira sucinta, esse autor salienta que “*por outro lado, verifica-se que o sistema punitivo do Estado visa manter a estrutura sócio-econômica e política vigente, com a qual poucos estão satisfeitos. É inegável que a clientela do sistema é constituída pelos pobres e desfavorecidos*”⁵⁶³. Como se pode facilmente concluir, Fragoso faz questão de destacar que *ordem social* e *bem comum* não se confundem, pois que a preservação daquela não seria do interesse geral da “sociedade”, mas, de sorte bem distinta, seria do interesse de apenas alguns poucos. Esses *poucos* seriam, *a contrario sensu* do que afirmado pelo autor, “os ricos e favorecidos”.

Fragoso, diferentemente dos demais autores analisados, cujos argumentos se prestam a legitimar o funcionamento do sistema penal, posiciona-se criticamente em relação a este, como se nota da seguinte passagem:

Chegamos, assim, a certas conclusões que já não são discutidas. A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e a medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão, nos crimes poucos graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo.⁵⁶⁴

Verifica-se, pois, como as diferentes concepções de “sociedade” esposadas, de um lado, por Bruno, Frederico Marques e Noronha e, de outra banda, por Fragoso, conduzem a compreensões bastante díspares sobre a função social do sistema penal. Para os primeiros, o sistema penal consubstanciaria instrumento indispensável para a garantia da ordem social, é

⁵⁶² Desse entendimento não destoa Noronha, como se pode concluir do seguinte fragmento: “*Com efeito, o Estado, como já se disse mais de uma vez, tem como finalidade a consecução do bem coletivo, que não pode ser alcançado sem a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade e, portanto, quando se acham em jogo direitos relevantes e fundamentais para o indivíduo, como para ele próprio, Estado, e as outras sanções são insuficientes ou falhas, intervém ele com o jus puniendi, com a pena, que é a sanção mais enérgica que existe, pois, como já se falou, pode implicar até na supressão da vida do delinquente*”. (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 214).

⁵⁶³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 282.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 291.

dizer, para a preservação do bem comum. De fato, haveria identidade entre *ordem social e bem comum*. A “sociedade”, pode-se concluir, funcionaria de modo harmônico e ordeiro, ao passo que o crime configuraria uma perturbação anormal, a ser repelida pelo Estado, ente apaziguador, por meio do sistema punitivo. O caráter ideológico de tal postura teórica fica patente, pois que expressa indisfarçável simpatia para com a ordem estabelecida, tomando os interesses de “alguns” como se de “todos” fossem e abordando o Estado, em geral, e o sistema penal, em particular, como garantidores desses interesses pretensamente gerais⁵⁶⁵. Já para o autor dissidente, *o sistema de justiça seria desigual e opressivo* e, como tal, operacionalizado em favor da preservação de uma ordem social que não se ajustaria senão aos interesses de poucos.

É importante perceber como os discursos (apologéticos) de Bruno, Frederico Marques e Noronha passam ao largo de quaisquer considerações sobre a configuração da sociedade (universalidade) em termos de totalidade social, no seio da qual os indivíduos (singularidades) se inter-relacionam enquanto integrantes de classes, frações de classe e grupos sociais (particularidades). Cuida-se, de fato, de elaborações teóricas nas quais “[...] *o homem singular* [...] *é contraposto à totalidade, afastando-se idealmente dele todas as mediações sociais* [...]”⁵⁶⁶, é dizer, faz-se tábula rasa da problemática relativa às classes sociais⁵⁶⁷ e, consequentemente, a categoria da particularidade perde toda a sua relevância⁵⁶⁸. Trata-se, com efeito, de procedimento “teórico” tipicamente característico do que se denominou por *decadência ideológica*⁵⁶⁹, por obra do qual interesses particulares são apresentados como se

⁵⁶⁵ “A função da ideologia consiste em impedir essa revolta [revolta dos dominados] fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela idéia do Estado – ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela idéia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela idéia do Direito – ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos”. (CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. 6. reimpr. da 2. ed. de 2001. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 83).

⁵⁶⁶ LUKÁCS, Georg. *Introdução a uma estética marxista - Sobre a Categoria da Particularidade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Civilização Brasileira, 1968, p. 92.

⁵⁶⁷ De fato, “[...] *passa [-se] por cima do caráter de classe da sociedade capitalista*”. (*Ibid.*, p. 119).

⁵⁶⁸ “[...] *a dialética de universal e particular na sociedade tem uma função de grande monta; o particular representa aqui, precisamente, a expressão lógica das categorias de mediação entre os homens singulares e a sociedade*”. (*Ibid.*, p. 93). Para maiores aprofundamentos sobre as relações entre as categorias da universalidade, particularidade e singularidade, recomenda-se ao leitor a leitura integral do citado trabalho de Lukács.

⁵⁶⁹ “De fato, os momentos particulares mediadores têm frequentemente, na natureza como na sociedade, uma existência relativamente bem delimitada, uma figura própria. Que se pense na espécie, no gênero, etc., na

fossem universais⁵⁷⁰.

Essa identidade/diversidade de perspectivas encontradas nos juspenalistas supramencionados haverá de reverberar em outros momentos de suas respectivas obras, com implicações diretas na tarefa supostamente “técnica” de aplicação da pena, como se verá *infra*.

Eis o teor do dispositivo que, na ordem jurídico-penal inaugurada em 1940, cumpria o papel de guiar a fixação da pena, hoje reservado ao artigo 59, do Código Penal, com a Parte Geral definida pela Lei 7209/84:

Fixação da pena

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Conforme amplamente reconhecido pela doutrina penal, o artigo 42 consagrou o chamado arbítrio regulado na aplicação da pena, de sorte a superar a sistemática presente no Código Republicano de 1890, o qual reduzia o juiz à condição de mero “*contador mecânico*”⁵⁷¹, inaugurando, dessa forma, um critério para a concretização da sanção penal que não se confundiria nem com a determinação absoluta, nem tampouco com a absoluta indeterminação⁵⁷². Em outros termos, nem o sistema de penas fixas idealizado pelos iluministas⁵⁷³, nem o arbítrio pleno próprio do medievo⁵⁷⁴. Esse processo sócio-histórico em

natureza, ou na classe, no estrato, etc., na sociedade. [...]. Mas tampouco é um acaso que a filosofia burguesa, tão logo se fazem sentir suas tendências à decadência, “esqueça” novamente a particularidade, elimine-a das considerações filosóficas e opere apenas com os extremos, deformantes, da singularidade e da universalidade. Esta tendência inicia-se já com a dissolução do hegelianismo”. (LUKÁCS, Georg. *Introdução a uma estética marxista - Sobre a Categoria da Particularidade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Civilização Brasileira, 1968, p. 118).

⁵⁷⁰ MÉSZÁROS, István. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social*. Trad. Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 166. Nesse sentido, Lukács assevera que: “[...] a definição errônea da categoria da universalidade tem uma função importantíssima na apologia do capitalismo”. (LUKÁCS, Georg. *Op. cit.*, p. 84).

⁵⁷¹ HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945, p. 147.

⁵⁷² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, p. 102.

⁵⁷³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 109-122.

que se transitou do pleno arbítrio judicial à determinação legal absoluta na definição das penas é assim descrito por Noronha:

ARBÍTRIO JUDICIAL. No estudo da evolução histórica das idéias penais [...], vimos que, primeiramente, predominou na justiça o arbítrio judicial, com a desigualdade de classes na punição, a desumanidade das penas, o sigilo do processo, os meios inquisitoriais, a imprecisão das leis, etc., até que, no século XVIII, raiasse o Iluminismo que iria conduzir a Justiça ao pólo oposto, com a exaltação do individualismo e reação contra o estado de coisas então reinante.

O juiz passou agora a ser considerado quase um autômato na aplicação da pena. Esta já era fixada em lei e dividida em graus, a que ele ficava sujeito na sentença. Entre nós, até o advento do novo Código, predominou essa concepção. Ao aplicar a pena o magistrado estava jungido aos graus máximo, mínimo, médio, submáximo e submédio, pouco ou quase nada restando para seu subjetivismo ou determinação pessoal.⁵⁷⁵

Como se pode concluir, o sistema de penas fixas, proporcionais à gravidade do delito, é encarado como fruto da “*evolução histórica das idéias penais*”, no bojo de uma “[...] *humanização progressiva dos sentimentos e dos costumes*” [...]”⁵⁷⁶, pela qual se abandonaria a “*rudeza e agressividade*” dos “*velhos tempos*”, em especial da Idade Média⁵⁷⁷, para que sob os auspícios do Iluminismo se pudesse inaugurar “[...] *um regime de segurança jurídica e de respeito à pessoa do homem* [...]”⁵⁷⁸.

Considerações desse mesmo jaez foram encontradas nos demais autores estudados⁵⁷⁹, de modo a expressar uma concepção de história consubstanciada no progresso contínuo das

⁵⁷⁴ “Não havia qualquer critério definido para fixar a duração da pena, pois não havia uma concepção adequada do relacionamento necessário entre punição e crime. As sentenças eram, algumas vezes, absurdamente pequenas, mas mais frequentemente eram absurdamente longas, no caso de a duração estar de alguma maneira definida”. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 109).

⁵⁷⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 243.

⁵⁷⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, p. 51.

⁵⁷⁷ “Outros criminólogos condenam os métodos medievais como estúpidos e equivocados. Acreditam que a história da punição é uma grande extensão da história da irracionalidade e crueldade humana. [...] ponto de vista inadequado. A punição brutal não pode ser simplesmente atribuída à crueldade primitiva de uma época, agora abolida. A crueldade mesma é um fenômeno social que apenas pode ser entendido nos termos das relações sociais dominantes num dado período”. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.*, p. 42).

⁵⁷⁸ BRUNO, Aníbal. *Op.Cit.*, p. 19, nota n. 1.

⁵⁷⁹ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 311-312; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. t. 2. v. 1. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 532; LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 22.

idéias no tempo⁵⁸⁰, ou, ainda, na chamada “[...] *evolução geral do espírito humano*” [...]”⁵⁸¹, de sorte a se supor ser suficiente mudar as idéias para que a mudança real do mundo se opere a reboque⁵⁸². Tal qualidade de “*idealismo*”, que se furta de qualquer consideração a respeito da “[...] *produção das condições materiais da vida social*”⁵⁸³, é criticado por Kirchheimer, ao examinar os “*ataques*” proferidos pelos criminólogos reformadores da segunda metade do século XIX contra os autores clássicos do pensamento penal retribucionista que os antecederam:

Nos seus ataques à posição clássica, os teóricos modernos acentuaram a barbárie e o atraso cultural que consideravam ser a consequência prática das doutrinas retribucionistas. Eles se esqueceram de que, em sua época, os teóricos clássicos também se opuseram à prática penal desumana vigente [...].

Os novos reformadores criaram, portanto, a ilusão de que uma prática penal específica é consequência de uma teoria penal específica, e que para demolir a teoria é necessário pôr a prática num bom caminho. O caráter sedutor de qualquer teoria penal unilateral repousa na falsa esperança de que esta teoria tornará possível uma *praxis* clara e inequívoca. Desse modo, estaremos invertendo as coisas, caso atribuamos um poder imaginário à doutrina sobre a realidade, ao invés de compreender a inovação teórica como uma expressão de uma necessidade ou de uma mudança já acontecida na *praxis* social.⁵⁸⁴

Com se viu do capítulo anterior desse trabalho, Rusche e Kirchheimer lograram demonstrar que, muito mais do que por razões humanitárias, foram as necessidades materiais dos diversos sistemas sociais que determinaram o tratamento penal e, conseqüentemente, o valor a ser dispensado à vida dos infratores, o qual, historicamente, oscilou de acordo com a demanda estrutural por mão-de-obra. Desse modo, a feição emprestada à punição seria definida conforme fosse ou não interessante se utilizar do “[...] *trabalho potencial do*

⁵⁸⁰ “A história não é sucessão de fatos no tempo, não é progresso das idéias, mas o modo como homens determinados em condições determinadas criam os meios e as formas de sua existência social, reproduzem ou transformam essa existência social que é econômica, política e cultural”. (CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. 6. reimpr. da 2. ed. de 2001. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 23). Cf. também: MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 114. “A História é a história da auto-realização do homem, ela nada mais é que o autocriação do homem por intermédio de seu próprio trabalho e produção [...]”. (FROMM, Erich. *Conceito marxista do homem*. Trad. Octavio Alves Filho. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 35).

⁵⁸¹ MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 47. Cf. ainda: PAULANI, Leda Maria. *A (anti)filosofia de Karl Marx*. In: *Cadernos IHU Idéias*. ano 3. n. 41. São Leopoldo, 2005, p. 13.

⁵⁸² PAULANI, Leda Maria. *Op. cit.*, p. 4.

⁵⁸³ NETTO, José Paulo. *Introdução ao estudo do método de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p. 40.

⁵⁸⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 196-197.

*criminoso [...]*⁵⁸⁵. Destarte, a Reforma penal por via da qual as penas corporais foram substituídas pela casa de correção/prisão “[...] *encontrou um terreno fértil somente em função da coincidência de seus princípios humanitários com a necessidade econômica*”⁵⁸⁶.

Consagrado o arbítrio regulado na aplicação da pena, os juspenalistas referidos *supra* são unânimes em reconhecer que “[...] *o juiz, na aplicação da medida penal, terá diante de si duas sortes de investigações: a que diz respeito ao fato punível em si, na sua objetividade, e a que se dirige ao homem que o praticou, na sua íntima natureza e na sua relação com o mesmo fato*”⁵⁸⁷. Ou seja, o julgador terá de fazer a pesquisa de circunstâncias objetivas e subjetivas, de maneira a ajustar a sanção não só à “*gravidade do fato*” como também à “*responsabilidade do agente*”⁵⁸⁸.

Contudo, os autores aludidos salientam que, no momento da concretização da pena, a análise da dimensão subjetiva do fenômeno delitivo prepondera sobre a sua dimensão objetiva. Tendo-se em conta as necessidades preventivas, cumpriria ao juiz, na apreciação das circunstâncias judiciais, indagar em que medida o delito poderia ser compreendido como expressão, sintoma, da personalidade do agente. Nas palavras de Bruno:

Será em todo caso importante determinar se o fato punível é expressão autêntica da personalidade do autor ou um extravio insólito da sua linha de conduta habitual, condicionado decisivamente por influências estranhas à sua própria natureza. E o peso da reprovabilidade será tanto mais forte quanto maior for a cota do pessoal e íntimo do agente na determinação do seu ato, isto é, quanto mais profundamente mergulharem as raízes do crime na sua personalidade.⁵⁸⁹

Lyra chega a afirmar que o “[...] *crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata*”, de forma que “*a proporção a obter é entre o delinquente e a pena, para neutralizar as causas do crime. Em última análise, a pena deve*

⁵⁸⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 83.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁸⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, p. 151.

⁵⁸⁸ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. t. 2. v. 1. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, pp. 535-536. Cf. ainda: FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 244.

⁵⁸⁹ BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, pp. 155-156.

*justapor-se às peculiaridades do estado perigoso revelado pela infração [...]”*⁵⁹⁰.

De fato, poder-se-ia asseverar que a orientação elaborada pelos autores em tela pretende ser funcional na identificação de um dado estado pessoal em que o crime não seria encarado apenas como uma “obra” do agente, como uma sua conduta reprovável, mas sim, como uma expressão do seu “eu”. É dizer, crime e criminoso se confundiriam, de tal maneira que o “mal” já não residiria no crime, mas no seu autor.

Note-se que até mesmo Fragoso, para quem “*o crime é fenômeno sócio-político, que se deve a um conjunto de fatores ligados à estrutura econômica, em relação aos quais o Direito Penal tem muito pouca influência*”⁵⁹¹, confere acolhida à tese segundo a qual o crime, em maior ou menor medida, poderia subsumir-se à personalidade do agente. Com efeito, estar-se-ia aqui acenando com a típica oposição positivista entre o “normal” e o “patológico”, a qual se revelaria em locuções como “*a delinquência é diátese cancerosa para a qual ainda não se encontrou, nem talvez se encontrará jamais remédio específico*”⁵⁹², ou, ainda, “[...] *infeliz classe de sub-homens que não sabem disputar, por si mesmos, um digno e suficiente lugar ao sol*”⁵⁹³.

As necessidades preventivas que alçam a “personalidade do agente” à condição de principal circunstância judicial a ser examinada no momento da aplicação da pena, estimulam o exame das contribuições dos autores em destaque no debate sobre as funções da pena.

Nesse quesito, uma vez mais, os autores em estudo cantam (quase) em uníssono, destacando o “ecletismo penal” do legislador de 1940⁵⁹⁴, consagradas as funções repressiva e preventiva da pena. A pena, que não representaria um *fim em si*, funcionaria também como um

⁵⁹⁰ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, pp. 153-154.

⁵⁹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 4.

⁵⁹² HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945, p. 133.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 144.

⁵⁹⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, pp. 24-25; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. t. 2. v. 1. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 481; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 214; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, pp. 279-282; FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 98.

*meio de utilidade social*⁵⁹⁵, de sorte a se afirmar que, por meio de tal “espírito de conciliação”, “*acende-se uma vela a CARRARA e outra a FERRI*”⁵⁹⁶. Por (quase) todos, o ensinamento lapidar de Hungria:

O novo Código Penal brasileiro é uma conciliação, no sentido pragmático, entre postulados e critérios que, do ponto de vista teórico, não se acomodariam, talvez, nem mesmo no caminho para o céu. O nosso legislador de 40 alheou-se à crença no caráter teleológico das verdades acessíveis ao homem e evitou certas soluções de lógica pura, para construir no terreno oportunístico e arbitrário da utilidade prática. A pena continua a ter por fundamento a *responsabilidade moral*, mas não é só *retribuição* ou *reação ético-jurídica*, segundo o pensamento hegeliano: é, também, *defesa social*. A sua irrogação permanece condicionada à imputabilidade psíquica, mas o seu fim não é apenas o restabelecimento do direito violado: é, no mesmo passo, a tutela da vida em sociedade. A idéia de justiça aliada à política de defesa social.⁵⁹⁷

Dessa compreensão destoa Lyra, segundo o qual, “[...] *a pena é, antes de tudo e sobretudo, um instrumento de defesa social*”, de forma que “[...] *deve ser proporcional, sim, mas não ao crime e sim à periculosidade do delinquente*”⁵⁹⁸. Ainda consoante o autor em tela:

Pena não é vingança instintiva ou raciocinada, não é retorsão medida ou arbitrária, não é represália direta ou indireta, mas sim defesa adequada e intransigente.

Não há dúvida de que na lei predomina o princípio do ato; na justiça, porém supera o do autor e, na execução, verifica-se a conciliação dos dois princípios. O ideal é estabelecer sempre o primado dos critérios individualizadores, pois o objeto da ameaça, da atuação e da execução não é o crime, mas o criminoso.⁵⁹⁹

Por outro lado, vale a pena pontuar que, apesar de sustentar a consagração do sistema eclético à luz do Código Penal Brasileiro, alguns autores parecem nutrir maior simpatia pelo caráter retributivo da punição. É o caso de Hungria⁶⁰⁰ e, aparentemente, de Noronha⁶⁰¹. Já

⁵⁹⁵ HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945, p. 132.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 147.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁵⁹⁸ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 51.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁰⁰ “*Não se pode repudiar, irrestritamente, o sistema ético-jurídico da pena, cuja modalidade principal é a prisão. A compensatio mali cum malo é ditada por uma lei da natureza e depara justificação em nossa própria consciência. Não há argumentar que a pena retribuição é resquício do talião primitivo. O modus faciendi da punição tem evoluído no sentido da brandura e da proporção, mas a idéia da retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana, tal como no tempo do “olho por olho, dente por dente”. Surgiu com os primeiros homens e há de ser pedagogia de todos os tempos a correspondência entre o mal e o castigo, entre o bem e o prêmio. A pena, como sofrimento imposto aos que delinquem ou como contragolpe do crime (malum passionis quod infligitur ob malum actionis), traduz, primordialmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece*”. (HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 131).

Bruno acena com a preponderância do valor preventivo da pena⁶⁰².

Essa divergência conduzirá a outra: o que o juiz estaria quantificando ao proceder à graduação da pena?

Segundo Hungria, a grandeza a ser aferida pelo julgador nesse momento seria a denominada *criminosidade do réu* ou *a sua capacidade de delinquir*⁶⁰³:

Quando se diz *personalidade*, quer-se dizer, antes de tudo, caráter, síntese das qualidades morais do indivíduo. É a psique individual no seu modo de ser permanente. [...].

É por essa identificação psicológica que se pode apurar a *criminosidade* do réu ou a sua *capacidade de delinquir*, não se devendo, porém, confundir esta com a *periculosidade*, que é critério para a imposição de *medida de segurança* (arts. 76, n.º II, e 77), de caráter meramente *preventivo*, e não para fixação da *pena*, de cunho essencialmente *repressivo*. Como ensina PETROCELLI, a capacidade de delinquir não é a probabilidade futura de que o réu venha a cometer novos crimes, mas o grau atual de rebeldia contra a lei. A pena não pode ser irrogada pelo que pode acontecer, mas pelo que realmente aconteceu.⁶⁰⁴

O destaque dado pelo autor ao caráter eminentemente repressivo das penas, em oposição às medidas de segurança, de traço marcadamente preventivo, aponta para uma certa proximidade entre as noções de “capacidade de delinquir” e de “culpabilidade”. No mesmo sentido, todavia, fazendo menção expressa à noção de culpabilidade (e não à capacidade de

⁶⁰¹ “A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos imposta ao criminoso, em face do ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquele que praticou um mal deve também um mal sofrer. Não se trata da *lex talionis*, e para isso a humanidade já viveu e sofreu muito, porém, é imanente em todos nós o sentimento de ser retribuição do mal feito pelo delinquente. Não como afirmação de vindita, mas como demonstração de que o direito postergado protesta e reage, não apenas em função do indivíduo, mas também da sociedade”. (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 213).

⁶⁰² “Hoje se procura fazer com que, na execução da pena, o seu caráter afliitivo somente se exprima na privação ou restrição da liberdade, com as consequências que daí naturalmente decorrem, o que, em suma, é simples condição imposta pelos meios empregados para a consecução do fim de prevenção especial”. (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, p. 24, nota n. 3).

⁶⁰³ A supramencionada “capacidade de delinquir”, atestando a influência que o Código Penal Brasileiro sofreu do Código Penal Italiano, de Arturo Rocco, constava expressamente do artigo 133 desse diploma, funcionando como critério a que o juiz devia dispensar atenção ao aplicar a pena. Conforme Toledo, “em sua versão original, antes da edição da nova Parte Geral, pela Lei 7209, de 11.06.1984, ostentava o código brasileiro acentuada influência do código italiano de 1930”. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 97).

⁶⁰⁴ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, pp. 155-156. No mesmo sentido, conferir: NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 244.

delinquir) como critério norteador para a aplicação das penas, o entendimento de Bruno⁶⁰⁵, em que pese a ênfase conferida à finalidade preventiva da pena em sua obra.

Já para Lyra, profundamente entusiasmado pelo ideal defensivo, “*a periculosidade condiciona as medidas de segurança (art. 76, II, e 77) e influi na qualidade e na quantidade das penas (art. 42), como eixo de toda justiça baseada na realidade humana, individual e social*”⁶⁰⁶. De fato, conforme o autor, quase todos os criminosos seriam perigosos⁶⁰⁷, de maneira que a periculosidade estaria objetivada no crime, restando “[...] *tão somente, estimá-la e neutralizá-la*”⁶⁰⁸.

Frederico Marques, por sua vez, salientando que os critérios previstos para a aplicação da pena (art. 42) eram basicamente os mesmos dispostos no Código para a verificação da periculosidade (art. 77⁶⁰⁹)⁶¹⁰, destaca que, além da capacidade de delinquir⁶¹¹, “*no exame desses elementos de individualização da norma sancionadora, já poderá o juiz aquilatar da periculosidade do agente, que é dado integrante dessa tarefa individualizadora, e poderá por isso ir tentando equilibrar a dosagem da pena com a da medida de segurança a ser imposta*”⁶¹². Com efeito, sustenta o autor que “[...] *não se pode desprezar a periculosidade como fator de graduação da pena*”⁶¹³.

Quer parecer que a aceitação pacífica, ainda que com algumas matizações, de que o delito pode ser compreendido como expressão, ou seja, como sintoma da personalidade do agente, faz pouco convincente o argumento, quase meramente escolástico, no sentido de que não se deva levar em consideração a suposta “periculosidade do agente” quando da aplicação

⁶⁰⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo : Forense, 1967, pp. 109-110, 156.

⁶⁰⁶ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 175. Cf. também a p. 167.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 179.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 183.

⁶⁰⁹ **Verificação da periculosidade.** Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.

⁶¹⁰ FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, pp. 60-61.

⁶¹¹ *Ibid.*, pp. 60-61.

⁶¹² *Ibid.*, p. 241.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 246.

da pena. A isso, acrescenta-se o caráter preventivo-especial atribuído por todos à pena, conquanto que também aqui com algumas variações de um a outro autor estudado.

Ainda no que concerne às funções reconhecidas à pena, mais uma vez, alguns apontamentos críticos são vertidos por Fragoso, segundo o qual “*a teoria da retribuição é insatisfatória porque, como se tem observado, pressupõe a necessidade da pena*”⁶¹⁴, ao passo que a prevenção geral, além de não ter a sua eficácia demonstrada⁶¹⁵, tenderia “[...] *a criar um direito penal do terror*”⁶¹⁶, ao não prever limites para a punição. As teorias unitárias, dominantes na doutrina, por sua vez, seriam igualmente *insatisfatórias*⁶¹⁷. Por fim, sobre a prevenção especial, o autor acrescenta que:

A prevenção especial também não pode, por si só, constituir fundamento para a pena. Há delinquentes que não carecem de ressocialização alguma, em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não reincidência. A prevenção especial não permite estabelecer a pena a ser aplicada e conduz à idéia de pena indeterminada, a ser aplicada como uma espécie de tratamento, que deve cessar com a cura do enfermo. A experiência com a pena indeterminada é negativa. Por outro lado, parece ilusório pretender alcançar a recuperação social do delinquente através das penas privativas da liberdade.⁶¹⁸

Destaque-se, por fim, que o apontado ecletismo punitivo, o qual, segundo Hungria, reúne “[...] *postulados e critérios que, do ponto de vista teórico, não se acomodariam, talvez, nem mesmo no caminho para o céu*”⁶¹⁹, reflete, consoante o preconizado por Kirchheimer, “[...] *uma contradição entre os interesses da sociedade na reabilitação do delinquente, de um lado, e o seu interesse alegado de manter a função dissuasiva do encarceramento através da privação de vantagens especiais para o prisioneiro*”⁶²⁰.

Feitas essas considerações, é possível passar à análise das circunstâncias judiciais então previstas no artigo 42, CP/1940. Conforme este dispositivo, competiria ao juiz aplicar a pena

⁶¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 278.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 281

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 278.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 279

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 279.

⁶¹⁹ HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945, p. 145.

⁶²⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 219. Em sentido bastante semelhante: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo : Forense, 1967, p. 24, nota n. 3.

atendendo aos *antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime.*

Como a tarefa a ser cumprida consistia basicamente em examinar em que medida o delito poderia ser compreendido como sintoma da personalidade do agente, não é de causar estranheza que, em linhas gerais, os autores estudados remetessem todas as demais circunstâncias judiciais à “pesquisa” sobre a personalidade do infrator. Na locução de Frederico Marques:

O artigo 42 traz um elenco de dados pertinentes à personalidade do delinquente para que o juiz individualize a pena em função de elementos subjetivos. São apontados como relevantes, pelo citado texto do artigo 42, na fixação da pena, os antecedentes do réu, os motivos determinantes do crime e as circunstâncias que influem como dados externos da periculosidade do agente.

[...]

É a aplicação, “a parte subjecti”, da lei penal, uma vez que a pena não é só retribuição que se mede pela gravidade do fato delituoso, mas também medida de prevenção especial, que deve afeiçoar-se à personalidade do réu.⁶²¹

Assim, “[...] *os antecedentes do réu contribuem a definir-lhe a personalidade, a forma normal do seu comportamento, as reações que costuma opor às provocações do ambiente e que são sinais reveladores da sua maneira de ser*”⁶²². Nessa “pesquisa”, todos os fatos da vida pregressa do agente deveriam ser levados em consideração. Dos antecedentes propriamente criminais, entre os quais se incluíam até mesmo processos em andamento, até episódios da vida familiar ou social do imputado⁶²³. É dizer, “*ao juiz compete extrair-lhe [do agente] a conta-corrente, para ver se há saldo credor ou devedor*”⁶²⁴.

Também a intensidade do dolo ou o grau de culpa⁶²⁵ serviriam ao mesmo propósito. De

⁶²¹ FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 246.

⁶²² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo : Forense, 1967, p. 153. No mesmo sentido, conferir: FREDERICO MARQUES, José. *Op. cit.*, p. 63; HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945, p. 155; LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 182.

⁶²³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, pp. 244-245; FREDERICO MARQUES, José. *Op. cit.*, p. 63; HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 155; LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p. 182.

⁶²⁴ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 155.

⁶²⁵ “*O dolo tem uma escala, que vai desde uma intervenção mínima de consciência e vontade até o pleno domínio da inteligência sobre a volição. Intensidade do dolo é o grau de determinação consciente com que se realiza a*

acordo com Lyra, “[...] a intensidade da primeira ou o grau da segunda forma do elemento subjetivo do crime constitui um dos índices da periculosidade, oferecidos ao ativo, prudente, relativo arbítrio do juiz para individualizar a sanção”⁶²⁶.

O motivo, por sua vez, “[...] é o adjetivo do elemento moral do crime. É através do porque do crime, principalmente, que se pode rastrear o valor psicológico do criminoso e aferir da sua maior ou menor anti-sociabilidade”⁶²⁷.

Nem mesmo as circunstâncias e consequências do crime⁶²⁸, componentes da gravidade objetiva do delito, deixavam de ser utilizados na pesquisa da personalidade do agente. Nos dizeres de Lyra “o Código refere-se, portanto, às circunstâncias e consequências associadas aos sinais de identificação da personalidade: repugnância à idéia, ao ato e seus efeitos, audácia, habilidade, perversidade, insensibilidade, etc.”⁶²⁹.

No que toca ao exame específico da personalidade⁶³⁰, segundo Hungria, não bastaria mais do que uma espécie de “psicologia do senso comum” para dar conta de referida tarefa:

Não apenas a identificação técnico-jurídica do crime, mas também a identificação psicológica do criminoso. Advirta-se para logo, porém, que não se trata de fazer psicologia livresca ou erudita, lastreada de metafísica sob a máscara de

ação criminosa. Assim, o dolo eventual é um minus de intensidade em relação ao dolo direto. [...] Não se deve, porém, neste particular, proceder com um critério apriorístico. [...] Tal como o dolo, a culpa tem igualmente a sua graduação, determinada pela maior ou menor previsibilidade do evento lesivo. [...] Mas, aqui também, não se devem adotar critérios prefixos”. (HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945, pp. 156-158).

⁶²⁶ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 186. No mesmo sentido, conferir: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967, p. 156.

⁶²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 158. Esse autor ainda destaca que: “Desprezadas miúdas sub-distinções, os motivos podem ser classificados em duas grandes categorias: motivos imorais ou anti-sociais e motivos morais ou sociais, conforme sejam, ou não, contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade”. (*Ibid.*).

⁶²⁸ “As circunstâncias são as modalidades da ação criminosa, particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante e após o crime. [...] Por último, refere-se o art. 42 às consequências do crime, isto é, à maior ou menor gravidade do dano ou perigo de dano ocasionado à vítima e o maior ou menor alarma social provocado”. (HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 159). No mesmo sentido, conferir: BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 152; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983, pp. 316-317.

⁶²⁹ LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p. 201.

⁶³⁰ “A personalidade é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano”. (BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 152).

experimentalismo, mas psicologia que todos nós sabemos fazer, psicologia intuitiva ou ensinada pelo traquejo da vida, psicologia acessível a todo homem sensato e de perspicácia comum, embora ignorante dos bio-psicogramas de *Kretschmer* ou dos processos catárticos de FREUD.⁶³¹

Atento aos efeitos deletérios do encarceramento, também nessa ocasião Fragoso faz comparecer considerações com algum conteúdo crítico:

Na imposição da pena o juiz deverá ter presente o efeito nocivo da prisão [...], e reservá-la, sempre que possível, para os delinquentes perigosos, autores de crimes graves. A probabilidade de reincidência é maior se o condenado vai para a prisão e será tanto maior quanto mais longa for a pena imposta. Na aplicação da pena torna-se cada vez mais importante a preocupação com as consequências e não com os pressupostos.⁶³²

Trata-se, como se pode concluir, de uma postura ante o momento de determinação da pena fundamentalmente orientada à não-dessocialização do condenado. Essa compreensão, de feito, será de grande valia para os desenvolvimentos futuros do presente trabalho.

3.4. Uma análise dos atuais critérios jurídico-normativos para a determinação da pena

Com a edição da Nova Parte Geral do Código Penal, por força da Lei n. 7.209/1984, ampliou-se a discricionariedade relativa⁶³³ conferida aos magistrados para fins de valoração das circunstâncias do delito⁶³⁴, assim como para a concretização, em termos gerais, da punição. Vale dizer, no entanto, que, no concernente à sistemática de fixação da pena-base⁶³⁵,

⁶³¹ HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945, p. 152. No mesmo sentido, conferir: LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 183.

⁶³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 318.

⁶³³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Circunstâncias do Crime*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 23. São Paulo, 1998, p. 79. Cf. ainda: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 276.

⁶³⁴ A diferença entre elementares e circunstâncias do delito é assim definida por Ferreira: “[...] a diferença entre elementar e circunstância é notória. A elementar integra ao crime, de modo que se retirada, este deixa de existir. A circunstância, está ao redor das elementares, e se retirada, o crime continua existindo”. (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 67-68).

⁶³⁵ O conceito de “pena-base” é explicitado de maneira bastante clara por Boschi, nos seguintes termos: “Como o próprio nome sugere, a pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo, se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes, minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68 do CP). Pena-base, enfim, é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a priori na lei penal, para que, sobre ela, incidam,

o novel regramento, em larga medida, repõe o que já constava da disciplina legal posta pelo legislador de 1940⁶³⁶. Nesse sentido, é possível notar a não desprezível semelhança existente entre o artigo 42, do CP/1940, por um lado, e o artigo 59 da atual Parte Geral do CP, o qual é reproduzido abaixo:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (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)⁶³⁷.

Com efeito, às circunstâncias *antecedentes e personalidade do agente*, bem como aos *motivos, circunstâncias e consequências do crime*, vieram se somar duas novas circunstâncias, a saber, a *conduta social do agente* e o *comportamento da vítima*, além da circunstância *culpabilidade do agente*, que substituiu a previsão referente à *intensidade do dolo ou grau de culpa*, que constava da Parte Geral do CP/1940⁶³⁸.

por cascata, [...] as diminuições ou aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes”. (BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 187).

⁶³⁶ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 140.

⁶³⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Consulta em: 08/02/2014.

⁶³⁸ De fato, da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal/1984, extrai-se que: “50. As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela

Há que se destacar, todavia, uma importante inovação operada pela Reforma de 1984, qual seja, a inédita previsão das finalidades que se deve perseguir com a aplicação da pena⁶³⁹. A esse respeito, Santos preconiza que:

No Brasil, o Código Penal consagra as *teorias unificadas* ao determinar a aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime” (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a ideia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.⁶⁴⁰

Quer parecer que a definição legal dos objetivos orientadores da individualização judicial da reprimenda, a saber, *reprovação* – entendida enquanto retribuição da culpabilidade – e *prevenção do crime*, configura relevante critério para a eleição do adequado *modelo de medida da pena*, consoante as razões aduzidas no tópico 3.1. desse trabalho, no qual se examinou variadas teorias da determinação da pena. Nesse sentido, foi possível encontrar na doutrina jus-penalista brasileira, distintas orientações no tocante a esse tema, como se verá *infra*.

Assim, para autores como Nucci, Ferreira, Boschi, Rocha e Santos, ainda que suas formulações sejam bem diversas, determinar a medida da pena não consubstancia senão proceder ao juízo quantitativo da culpabilidade⁶⁴¹. Mas é preciso reforçar: as elaborações teóricas dos autores mencionados guardam muitas singularidades umas em relação às outras, especialmente no que se refere aos critérios que haveriam de ser adotados para que a

que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. [...]”. (Disponível em: http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF. Consulta em: 08/02/2014).

⁶³⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 147-148; MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, pp. 143-144.

⁶⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 13. Conforme Reale Jr., os fins almejados no momento de individualização da reprimenda não podem ser outros senão os próprios fins da pena. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 87). Utilizando-se de distinta locução, porém, expressando, em linhas gerais, a mesma noção, o argumento de Aguiar Jr., consoante o qual: “[...] a reprovação fundada na culpabilidade e a prevenção como necessidade de proteção do bem jurídico estão claramente definidas como sendo o objetivo do trabalho judicial na fixação da pena”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 32. São Paulo, out. – dez. 2000, p. 206).

⁶⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 105.

graduação da *culpabilidade*⁶⁴², esse *referente valorativo etéreo*⁶⁴³, pudesse ser adequadamente realizada. De feito, é preciso reconhecer, com Zaffaroni, que “*na prática, a reprovabilidade nunca foi critério útil à quantificação da pena, e a pobreza dogmática nessa matéria é a melhor prova de que sempre se ocultou uma falência dogmática ou discursiva dificilmente desculpável*”⁶⁴⁴, de sorte que “*o princípio segundo o qual a pena – ou o seu máximo – se mede pela culpabilidade foi mais um enunciado que um conteúdo*”⁶⁴⁵.

Desse modo, Nucci - e também Ferreira - pretendem chegar à quantificação da culpabilidade valendo-se da mediação das demais circunstâncias judiciais insertas no artigo 59 do Código Penal. Nessa senda, Nucci preconiza:

Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos. Assim, antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.⁶⁴⁶

Em razão desse entendimento, Ferreira chega a sustentar que o aludido artigo 59 padeceria de notável imprecisão técnica⁶⁴⁷, pois que:

⁶⁴² Cumpre destacar que os autores em relevo - além de outros cujas obras serão examinadas mais adiante - compreendem a culpabilidade em termos normativos, como se nota do seguinte fragmento: “*Esta é, portanto, um juízo de reprovação que recai sobre o agente mentalmente são, que praticou conscientemente um fato ilícito que poderia não praticar ou evitar, se quisesse*”. (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 75-76).

⁶⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007, p. 679.

⁶⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 260.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 261.

⁶⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 174. No mesmo sentido, a contribuição de Ferreira, segundo o qual: “*Na verdade, os critérios estabelecidos no art. 59 – todos eles – se destinam a apurar qual o grau de reprovabilidade, representado por certa quantidade de pena, que o fato praticado está a merecer*”. (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70). Este autor, no entanto, de maneira isolada na doutrina, sustenta a possibilidade de a pena ser fixada em patamar superior ao supostamente recomendado a título de retribuição da culpabilidade, caso o exijam as necessidades preventivas. Assim, destaca Ferreira que: “*Que dizer, o juiz avalia a culpabilidade e fixa a quantidade de pena que for proporcional a ela. Depois, se essa pena não for suficiente para reprovar e prevenir poderá acrescentar um plus a fim de que aquele objetivo seja atingido. Se bem interpretei, é isto o que determina o art. 59. Então, pergunto: qual o fundamento que autoriza o magistrado a acrescentar esse plus sobre a pena correspondente à culpabilidade? A resposta só pode ser esta: a prevenção*”. (FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.*, p. 81). Cf. ainda: BRAVO, Otávio. *A má conduta social do jogador Edmundo*. In: *Discursos Sediciosos - Crime, direito e sociedade*. n. 9-10. Rio de Janeiro, 2000, p. 342.

⁶⁴⁷ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.*, p. 81

[...] melhor teria feito o legislador se tivesse estabelecido que, para medir a culpabilidade e estabelecer o grau de reprovação da conduta, o juiz devesse levar em conta os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, eventuais outras circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima.⁶⁴⁸

Poder-se-ia, no entanto, opor quanto às formulações de Nucci e Ferreira a seguinte objeção: é possível sustentar que fatores referidos ao passado do infrator (como os antecedentes e a conduta social) ingressem em um juízo de culpabilidade dirigido ao *fato-do-autor*, e não ao *autor-do-fato*⁶⁴⁹? Essa questão será retomada mais adiante.

Muito próximo da compreensão mencionada *supra*, estaria, de fato, Boschi, segundo o qual as circunstâncias judiciais “[...] *funcionam não como critérios independentes, mas, isto sim, como critérios auxiliares para a graduação da própria culpabilidade* [...]”⁶⁵⁰. Assim, destaca o autor em tela, igualmente apontando a suposta inexatidão legal, que:

Ora, se as circunstâncias judiciais são dados legais para uso auxiliar na graduação da culpabilidade e por isso mesmo não podem concorrer com esta última em nível paritário de importância para permitir a percentualização valiosa ou desvaliosa do conjunto e, daí, conduzir o grau de censura inicial, segue-se, então, que o legislador, se quisesse, poderia ter dado ao artigo 59 do CP, a redação seguinte, que é, ao fim e ao cabo, como nós a devemos considerar existente: “O juiz, atendendo à culpabilidade do agente pelo fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis, dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”, etc.⁶⁵¹

Cumprе salientar, todavia, que Boschi não refere as circunstâncias judiciais (antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima) diretamente à culpabilidade, mas sim, aos considerados elementos estruturais do conceito de culpabilidade, a saber, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa. Dessa forma, a *personalidade do agente* estaria vinculada à apreciação da imputabilidade, ao passo que os *antecedentes* e a *conduta social do imputado* seriam relevantes para a graduação da consciência da ilicitude, e os *motivos*, as *circunstâncias* e as *consequências do crime*, assim

⁶⁴⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 82.

⁶⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Aspectos da aplicação da pena no anteprojeto de reforma do código penal*. In: *Ciência Penal*. n. 1. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 20-21.

⁶⁵⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 224.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 235.

como o *comportamento da vítima* repercutiriam no exame referente à (in)exigibilidade de outra conduta⁶⁵². Caberia questionar à Boschi, no entanto, por que razão as “*as anteriores experiências de vida do acusado no crime*” serviriam tão somente para efeitos de apuração do grau de consciência da ilicitude, e não para definições acerca de quanto seria (in)exigível outro comportamento por parte do infrator? Ou por que motivo as circunstâncias do crime, por exemplo, não haveriam de ser examinadas quando da formação do juízo sobre o potencial conhecimento da ilicitude do fato? *Data venia*, essas são questões cujas respostas não foi possível encontrar na citada obra de Boschi, em que pese o seu indiscutível valor doutrinário⁶⁵³.

O entendimento de Rocha, por seu turno, já se mostra um pouco mais distante das compreensões aduzidas *supra*. De fato, na trilha do que preconizado por esse autor, a graduação da culpabilidade, tal como salientado por Boschi, não seria outra coisa que a determinação da magnitude dos elementos estruturais do conceito normativo de culpabilidade⁶⁵⁴. No entanto, as demais circunstâncias judiciais, que não guardariam relação com a culpabilidade⁶⁵⁵, funcionariam como fatores capazes de viabilizar (na hipótese de serem

⁶⁵² Com efeito, ainda que em tom especulativo, destaca Boschi que: “*O exame da personalidade não deveria ser então realizado num único momento, ou seja, no momento em que o juiz aprecia a imputabilidade e começa a graduar a culpabilidade? A personalidade não seria, deste modo, uma circunstância destinada a estabelecer o grau da própria imputabilidade?*”

O que diríamos, por exemplo, do indivíduo que viesse a cometer outros crimes durante a execução da pena por diversos furtos continuados? Estaria o juiz impedido de afirmar que as anteriores experiências de vida do acusado no crime propiciavam a este o conhecimento pleno de que seu agir era criminoso, ou, então, que em razão das solenes advertências emanadas das penas pelos crimes anteriores era, em relação a ele, mais exigível que evitasse nova violação da lei penal?

Nesta linha de raciocínio, por acaso os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime não abrigam realidades e suscitam questões como aquelas que abriga e propõe a inexigibilidade de outra conduta? Desse modo, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências não seriam isto sim, parâmetros para a compreensão e graduação desse elemento da culpabilidade ao invés de concorrerem entre si em igualdade de condições e, depois, com esta última, como propõe a jurisprudência?

[...] *E o que diríamos, para finalizar, da participação da vítima no fato? É absurdo afirmar que, com seu comportamento estimulador, desafiador, instigador, provocador, a vítima pode aumentar ou diminuir a intensidade da reprovação, ao minar as resistências e enfraquecer a determinação anterior do agente de manter sua vida em ordem com o direito? Há elementos para negativa de que a conduta da vítima pode e deve entrar no espaço de cogitações da inexigibilidade de outra conduta, seja para abrandar a censura, seja para agravá-la? A resposta, também aqui, é, a nosso sentir, negativa*”. (BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 234-235).

⁶⁵³ Para maiores aprofundamentos na elaboração *supra* aduzida, conferir: *Ibid.*, pp. 231-257.

⁶⁵⁴ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Aplicação da Penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995, pp. 141-144.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 91.

positivamente valorados) a fixação da pena em patamar inferior àquele definido pelo juízo de culpabilidade, já que “[...] *nenhum argumento poderá ser considerado para elevar a reprimenda além dos limites estabelecidos pela culpabilidade*”⁶⁵⁶. Todavia, Rocha não oferece indicações concretas a fim de que a dosimetria dos componentes estruturais da culpabilidade se torne realizável, limitando-se, tão somente, a pontuar que a imputabilidade, o conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa, como elementos do exame da culpabilidade, admitiriam graduação⁶⁵⁷, acrescentando, entretanto, que, “*na verdade, a verificação prática dessa variabilidade da culpabilidade traduz um dos problemas mais sérios que o Direito Penal pode enfrentar*”⁶⁵⁸.

A formulação de Santos, em grande medida, se aproxima do contributo de Rocha. Com efeito, para Santos a culpabilidade - que não poderia ser rebaixada à condição de mera circunstância judicial, pois que, por consubstanciar o próprio juízo de reprovabilidade⁶⁵⁹, seria claramente de valor superior a quaisquer dos fatores do artigo 59⁶⁶⁰ -, entendida enquanto “[...] *culpabilidade como quantidade de reprovação, isto é, como **medida** da pena criminal [...]*”⁶⁶¹, seria dosada por meio da graduação de seus elementos integrantes. Nesse sentido, o autor em estudo assevera que:

a) o nível de *consciência do injusto* no psiquismo do autor varia numa escala graduável entre o pólo de *pleno conhecimento do injusto* (que define plena reprovabilidade) e o polo de *erro de proibição inevitável* (que define ausência de reprovabilidade), passando pelos níveis intermediários de todas as graduações de *evitabilidade do erro de proibição*, necessariamente mensuradas na *reprovabilidade do autor* e expressas na *medida* da pena; [...]

⁶⁵⁶ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Aplicação da Penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995, p. 144.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, pp. 143-144.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 144.

⁶⁵⁹ Destaca Santos que: “A culpabilidade como circunstância judicial, introduzida pela reforma penal de 1984 em substituição ao critério da “intensidade do dolo ou grau de culpa” da lei anterior, aparece em posição incômoda: a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento diverso (porque é reprovado). [...] A definição da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 109).

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 111.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 110.

b) o grau de *exigibilidade de comportamento diverso* de autor consciente do tipo do injusto, varia numa escala graduável entre o pólo de *plena normalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define a *plena dirigibilidade normativa*), como máximo *poder pessoal de não fazer o que faz* e o pólo de *plena anormalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define ausência de *dirigibilidade normativa*), como inexistência do *poder pessoal de não fazer o que faz*, expressa nas *situações de exculpação* legais e supralegais, passando pelos graus intermediários de todas as gradações de *normalidade/anormalidade* do tipo de injusto, que reduzem o poder pessoal de *não fazer o que faz*, necessariamente mensuradas na *exigibilidade de comportamento diverso* e, portanto, expressas na *medida da pena*.⁶⁶²

Quer parecer que a contribuição de Santos, afim à de Rocha, padece da mesma deficiência desta, a saber, a ausência de critérios mais concretos, definidos, para a tal determinação da magnitude da culpabilidade.

Além das teorizações apresentadas acima, consoante as quais determinar a pena representa definir a medida da culpabilidade - razão porque essas contribuições podem ser entendidas como vizinhas da denominada *teoria da pena proporcional ao fato*, cujo caráter retributivo é inegável -, impende destacar a elaboração de Shecaira e Corrêa Jr., a qual, como se pode concluir do fragmento abaixo, se aproximaria da chamada *teoria do valor de emprego*:

Infere-se, portanto, que na aplicação da pena devem ser considerados dois momentos distintos. Em um primeiro momento o juiz fixa a qualidade e a quantidade da pena, fazendo um juízo de culpabilidade e analisando a vida pregressa do réu, visando à reprovação do delito. Por outro lado, em um segundo momento, o juiz fixa o regime de cumprimento e analisa eventual substituição da pena, realizando um juízo sobre o futuro do condenado, visando à prevenção do delito⁶⁶³.

No entanto, assim como se procedeu acima, caberia questionar: é possível sustentar que o exame da *vida pregressa do réu* deva fazer parte do juízo de culpabilidade, considerado este em termos de culpabilidade pelo fato, e não do autor? De feito, cumpre passar à abordagem dessa questão, bem como de outras que lhe são conexas.

Conforme Toledo, que presidiu a comissão de reforma da Parte Geral do Código Penal⁶⁶⁴, o direito penal brasileiro, na trilha das legislações mais modernas, estaria orientado à

⁶⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 110.

⁶⁶³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 263.

⁶⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 195.

punição de certas condutas, e não de dadas formas de ser ou de viver⁶⁶⁵. É dizer, seria exemplo de direito penal do fato. Assim, preconiza o autor em estudo que:

O direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. As exceções são raras (rufianismo, vadiagem etc.) e, pois, não infirmam a regra.⁶⁶⁶

No entanto, Toledo, ao tratar da relação entre *culpabilidade pelo fato e direito penal do fato*, salienta que não há sistema punitivo que se apresente com a “pureza” dos modelos teóricos de direito penal (do fato e do autor), de modo que existem tão somente “[...] *sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos*”⁶⁶⁷.

Nesse sentido, cabe atentar para a presença, entre os critérios previstos no artigo 59, do CP, de circunstâncias não referenciadas no fato delitivo, mas sim, no passado do agente (“antecedentes” e “conduta social”) ou na sua subjetividade, como é o caso do fator “personalidade”. Sobre esta circunstância judicial, Bacigalupo Zapater sustenta que “*a fórmula da personalidade é, em realidade, uma fórmula em que se procura acolher a personalidade perigosa do autor como base para a medida da pena*”⁶⁶⁸. Na mesma senda, a compreensão de Machado e Rodrigues, segundo os quais, devido à permanência de critérios subjetivos como guia para a aplicação da pena, “[...] *parece ter ficado aberta a porta para o juízo de periculosidade*”⁶⁶⁹. Ainda conforme Machado e Rodrigues “*a presença de critérios ligados ao autor imputável dentre critérios legais de fixação da pena [...] conduzem o olhar do juiz às preocupações com o futuro, com a conduta do autor dali por diante e especialmente com a*

⁶⁶⁵ Segundo Toledo, à luz do conceito de culpabilidade do autor “*censurável não seria já o agente pelo seu comportamento, pelo injusto típico, mas sim pela sua conduta de vida, pelo seu caráter, pela sua personalidade; numa palavra: pelo seu modo de ser e de viver*”. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 235).

⁶⁶⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Aspectos da aplicação da pena no anteprojeto de reforma do código penal*. In: *Ciência Penal*. n. 1. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 20-21.

⁶⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 251.

⁶⁶⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *A personalidade e a culpabilidade na medida da pena*. In: *Revista de Direito Penal*. ns. 15-16. Rio de Janeiro, jul. – dez. 1974, p. 39.

⁶⁶⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Os Juízes de Direito e os Caminhos da Periculosidade no Direito Penal Brasileiro*. In: *Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo – A Lei, o Direito e a Ideologia*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 79.

possibilidade de ele voltar a delinquir”⁶⁷⁰. É dizer, tratar-se-ia de fatores relacionados com as supostas necessidades preventivo-especiais, e não com o ilícito culpável⁶⁷¹.

A preocupação explicitada pelos autores supramencionados não é ociosa. Em diversas elaborações teóricas sobre a fixação da pena-base, é possível encontrar traços, ora mais, ora menos salientes de “contaminação”, seja pela noção de periculosidade, seja pela noção de culpabilidade do autor⁶⁷². É o que se vê, por exemplo, da contribuição de Reale Jr., conforme a qual o infrator haveria de ser responsabilizado pela formação de sua personalidade, pois que “[...] *a decisão pela ação é concomitantemente a decisão por um significado de vida*”⁶⁷³. Assim, preconiza o autor em tela que:

⁶⁷⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Os Juízes de Direito e os Caminhos da Periculosidade no Direito Penal Brasileiro*. In: *Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo – A Lei, o Direito e a Ideologia*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 78. No mesmo sentido, o argumento de Carvalho, consoante o qual: “A periculosidade, encoberta na aplicação judicial pelos termos *personalidade e conduta social*, representa nada além de juízo futuro e incerto sobre condutas de impossível determinação probabilística, aplicada à pessoa rotulada como perversa, com base em uma questionável avaliação sobre suas condições morais e sua vida pregressa”. (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 135). Na mesma direção, porém, não em tom crítico, mas legitimador, a alegação de Ferreira, segundo o qual, por meio do suposto exame da personalidade do agente, o que realmente se pretende é efetivar um verdadeiro prognóstico sobre a “[...] *sua maior ou menor propensão à prática de crimes* [...]”. (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 88).

⁶⁷¹ ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 100. Esse aspecto é expressamente reconhecido por Zipf, o qual compreende o Direito Penal enquanto Direito Penal do fato e do autor, de modo que se a culpabilidade – que expressaria as convicções valorativas da comunidade a respeito do desvalor carregado a certos comportamentos humanos - esgotar-se-ia em um juízo sobre o fato, a prevenção especial, por seu turno, estaria referida à personalidade do agente, de forma a encerrar um juízo de natureza prognóstica, pois que voltado a revelar a suposta periculosidade do infrator. Cf. ZIPF, Heinz. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: *Cuadernos de política criminal*. n. 17. Madri: Edersa, 1982, pp. 354, 356 e 358. Cf. também: ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979, p. 142.

⁶⁷² Cumpre pontuar, por oportuno, que para os efeitos do presente trabalho, periculosidade e culpabilidade do autor são entendidas enquanto *equivalentes funcionais*, na trilha do que preconizado por Zaffaroni: “*La culpabilidad de acto puro, es decir, el reproche fundado en el ámbito de autodeterminación del sujeto en el momento de la acción, no podía reemplazar funcionalmente a la peligrosidad como discurso legitimante. Conforme a la culpabilidad de acto puro, la habitualidad puede resultar un supuesto de menor culpabilidad, lo que es inaceptable para cualquier construcción legitimante del poder punitivo. El dilema que esto planteó a las teorías legitimantes trató de resolverse apelando a una culpabilidad que reproche algo más que el acto y, por ende, recayendo en una degradación sintomática del delito, que volvía a ser el signo de ese algo más que se reprochaba. Ese es el marco de las versiones del normativismo como culpabilidad de autor, en cualquiera de sus variables -culpabilidad del carácter, de personalidad, de conducción de la vida o de decisión de la vida [...] - o en sus expresiones contemporáneas*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 662).

⁶⁷³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 86. Destaca, ainda, o autor em exame, que: “*O agente será mais ou menos reprovável se, na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo*”. (*Ibid.*, p. 85).

O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção) a facilitação à prática do delito.

São, portanto, especificações do termo genérico “culpabilidade”, as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos.

O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado revelar-se, em análise da subjetividade expressa na sua biografia, como consequência esperada de seus antecedentes, bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas.

[...] Repetimos que é inegável que uma ação será tanto mais de alguém, quanto mais é adequada à sua personalidade, quanto mais é irrepudiável, posto que negá-la seria negar a si mesmo.⁶⁷⁴

Não muito díspar da compreensão de Reale Jr. é entendimento de Nucci, o qual salienta que se a *personalidade do infrator* não é relevante para a decisão acerca da imputação (ou não) de responsabilidade penal, sua importância para efeitos de fixação da reprimenda, à luz da legislação de regência, seria indisfarçável. Nesse sentido, o contributo de Nucci, que ainda esboça negar na aparência o que o seu argumento representa em essência:

Não se trata de consagrar uma *culpabilidade de autor* [...], pois não se está considerando praticado o crime por conta do passado do agente. Este somente se torna relevante na aplicação da pena concreta [...]. E disso não há como se distanciar, ao menos na atual redação do Código Penal, uma vez que a culpabilidade concentra-se, para a constituição do crime, no fato (comportamento típico e antijurídico gerador do resultado), embora não se perca de vista a culpabilidade do autor, apenas no momento de fixação da pena. Sua personalidade, seu caráter, seu temperamento, sua conduta social não servem para determinar se cometeu ou não a infração penal, mas somente para graduar a sanção penal.⁶⁷⁵

Essa concepção a respeito do tema versado, leva autores como Nucci e Ferreira, por exemplo, a sustentar uma espécie de interpenetração entre o fator “personalidade” e as demais circunstâncias previstas no artigo 59, do CP, tal como procediam os autores cujas obras estavam referenciadas no artigo 42 da Antiga Parte Geral do Código Penal/1940, como se pôde concluir do tópico 3.3. desse trabalho. Nesse sentido, Ferreira destaca ser “*claro que na análise da personalidade entrariam elementos que compõem os demais fatores*”⁶⁷⁶. Dessa interpretação, não destoa Nucci, para quem a circunstância personalidade – definida como o

⁶⁷⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 84-86.

⁶⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 178.

⁶⁷⁶ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 83.

“[...] conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida”⁶⁷⁷ – atuaria em inegável relação com as demais circunstâncias do aludido artigo 59⁶⁷⁸, restando aberto, pois, o espaço para a dupla valoração negativa do mesmo fator circunstancial. O autor em comento, há que se reconhecer, não se furta de ressaltar que a análise da personalidade haveria de se esgotar em sua interação com o fato delituoso, com o qual teria de manter “nexo de causalidade”, de maneira a não se franquear ao julgador a valoração dos traços pessoais do autor como um todo⁶⁷⁹. Nessa trilha, Nucci preconiza que:

[...] ao cometer um crime, especialmente se a característica negativa de sua personalidade for o móvel propulsor – como a inveja incontrolável ou o desejo de praticar maldade – deve ser levado em conta para o estabelecimento da pena. Esta, no entanto, não será aumentada se não houver nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente”.⁶⁸⁰

⁶⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 186. No mesmo sentido, conferir: MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 163. Ainda segundo Nucci, “São exemplos de elementos da personalidade, que se pode buscar na análise do modo de ser do autor da infração penal: a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom humor, compreensão, simpatia, tolerância, especialmente à liberdade de ação expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade”. (*Ibid.*, p. 187-188). Cf. também, MASSUD, Leonardo. *Op. cit.*, p. 164.

⁶⁷⁸ Nesse sentido, pontua Nucci que: “[...] o registro de vários antecedentes criminais conduz à crença de que o agente possui personalidade desajustada aos regramentos impostos pelo direito, motivo pelo qual devem ser levados em consideração para a aplicação da pena”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 182). Na mesma trilha, sobre a relação entre a conduta social e personalidade do agente, salienta o autor em estudo que: “[...] a conduta social pretérita do réu espelha seu caráter e personalidade interagindo com o mundo exterior, provocando, por vezes, danos, justamente em face da presença da agressividade hostil”. (*Ibid.*, p. 183). Da mesma maneira, quanto à circunstância “motivos”, preconiza Nucci que: “[...] a motivação invade o cenário das inclinações afetivas e sentimentais de cada um, como nítido reflexo da sua personalidade”. (*Ibid.*, p. 203). Ainda conforme Nucci, nem mesmo as circunstâncias do fato criminoso deixariam de “denunciar” a personalidade do agente, como se vê da seguinte passagem: “Naturalmente, algumas circunstâncias do crime, embora objetivas – como a sua execução em local ermo – podem ser fruto da personalidade do agente ou estar a ela intimamente ligada. Aquele que pratica em lugar ermo, premeditando meticulosamente a concretização do delito, manifesta personalidade fria e calculista, o que será igualmente levado em consideração”. (*Ibid.*, p. 205).

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 188

⁶⁸⁰ *Ibid.* O autor em tela ainda salienta que: “Insistimos, pois, dever o julgador, ao analisar detidamente a personalidade do réu, levar em conta os fatores que se esgotam na atividade delituosa e não no ser humano como um todo; afinal, defeitos todos possuímos e nem sempre eles se revelam em móveis propulsores de ação criminosa”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *A análise da personalidade do réu na aplicação da pena*. In: Boletim IBCCRIM. n. 153. Ago. – 2005). Cf. também: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 197.

Todavia, em que pese a pertinente “cautela” de Nucci, ao salientar que os traços de personalidade relevantes para efeitos de graduação da reprimenda seriam tão somente aqueles diretamente ligados ao fato delituoso, assevera o autor que, formado o juízo condenatório, restaria aberto ao magistrado o caminho para, a título de exame da personalidade do agente, censurar ao infrator o seu pretense “modo de ser”, bem como a suposta prática de comportamentos “negativos”, ainda que atípicos, como se pode concluir dos fragmentos colacionados *infra*:

Para decidir se houve ou não crime, o juiz não leva em conta a personalidade. [...] Logo, inexistente punição somente porque alguém é diferente da maioria, retirando-se sua liberdade de agir ou pensar. Entretanto, justamente para evitar a padronização da pena, após a constatação de que o delito ocorreu, deve-se levar em consideração, sim, o *modo de ser* do acusado [...].⁶⁸¹

Não há dúvida de que uma pessoa de excelente conduta anterior ao crime merece menor censura do que outra, acostumada a incomodar pessoas, provocar arruaças, agredir a família, enfim, ainda que não tenha formalmente cometido um crime e por este tenha sido processado – o que poderia constituir mau antecedente ou mesmo reincidência –, demonstra uma vida desregrada, até chegar ao cometimento de delito. E não há como fugir, nesse aspecto, de uma culpabilidade voltada aos fatos da vida e não simplesmente ao fato criminoso praticado.⁶⁸²

Em sintonia com o entendimento esposado pelos autores que teorizaram acerca do antigo artigo 42, do CP/1940, Nucci rebate as críticas relativas à falta de conhecimentos técnicos suficientes, por parte dos juízes, para efeitos de análise da personalidade dos réus. De fato, o autor preconiza que “o juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu”⁶⁸³. Esse argumento encontra-se nas antípodas do apontamento crítico de Carvalho sobre o tema, conforme o qual não seria possível se chegar, por vias processuais penais, a quaisquer conclusões minimamente seguras a respeito da personalidade do

⁶⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 191-192. Cf. também: NUCCI, Guilherme de Souza. *A análise da personalidade do réu na aplicação da pena*. In: Boletim IBCCRIM. n. 153. Ago. – 2005.

⁶⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 183. Dessa compreensão não destoa Ferreira, consoante o qual: “Cabe-lhe avaliar, sopesadamente, como foi o comportamento do réu como estudante, como pai, como trabalhador e, enfim, como pessoa componente da vida social. [...] Enfim, todos esses fatos auxiliam o juiz a conhecer melhor a personalidade do criminoso e a determinar a pena que melhor reprove e previna o crime”. (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 86).

⁶⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 192. Cf. ainda: NUCCI, Guilherme de Souza. *A análise da personalidade do réu na aplicação da pena*. In: Boletim IBCCRIM. n. 153. Ago. – 2005.

infrator⁶⁸⁴. Em reforço a essa tese, o contributo de Santos, que, após esboçar uma definição materialista de personalidade, destaca a dificuldade de se efetivar a aludida análise, face à transitoriedade de muitos dos traços associados à personalidade:

[...] a *personalidade* como natureza concreta de sujeitos reais, é um produto histórico em processo constante de formação, transformação e deformação, de modo que eventuais traços de caráter constituem *cortes* simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto bio-psíquico-social do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo.⁶⁸⁵

Também na valoração dos antecedentes criminais à luz da novel Parte Geral do CP, é possível identificar os ecos da compreensão de autores que escreveram mirando as normas penais de 1940. Com efeito, conforme se viu, igualmente, do tópico 3.3. do presente trabalho, os autores ali mencionados conferiam máxima amplitude à circunstância “antecedentes”, de molde a apreendê-la enquanto um grande “guarda-chuva” capaz de acomodar as mais variadas situações, de episódios familiares a processos criminais em andamento. Nesse sentido, uma vez mais, o argumento de Reale Jr., consoante o qual “*por antecedentes deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares*”⁶⁸⁶. Acrescente-se, ainda que pareça providência desnecessária, que “[...] a constatação de antecedentes criminais proporciona a elevação da pena para quantificação acima do mínimo [...]”⁶⁸⁷.

Todavia, essa não é a inteligência dominante sobre a matéria. De feito, na trilha de entendimento amplamente majoritário, os aludidos antecedentes ficariam limitados às “[...] condenações, com trânsito em julgado, que já não sirvam para gerar reincidência ou que

⁶⁸⁴ “O critério personalidade, presente no corpo do art. 59 do Código Penal, não obstante ser, dada a sua natureza, controverso, não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes”. (CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena no estado democrático de direito - Postulados garantistas*. In: *Aplicação da pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54). Crítica de mesma natureza está presente em Santos: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 113.

⁶⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 114.

⁶⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85. Em sentido similar, conferir: FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 84; CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 47.

⁶⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 182.

possam com elas conviver”⁶⁸⁸. Essa tese é reforçada pela previsão da circunstância “conduta social”, que não constava da Parte Geral do CP/1940, e que se prestaria a englobar “[...] o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, entre outros [...]”⁶⁸⁹.

Cumprе salientar, por oportuno, as principais críticas opostas à consideração de antecedentes criminais no momento de determinação da pena, ainda que estabelecido, a esse respeito, o critério referente ao acolhimento tão somente de decisões condenatórias criminais passadas em julgado. De fato, Carvalho explicita duas importantes objeções. A primeira delas concerne à ausência de limitação temporal a fim de que os antecedentes criminais deixem de produzir efeitos negativos para quem os titularize⁶⁹⁰. Quanto a isso, Boschi apresenta uma

⁶⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 181. Na mesma direção, o argumento de Shecaira e Corrêa Jr., segundo o qual “[...] mais razoável seria considerar como maus antecedentes apenas as condenações anteriores transitadas em julgado, ainda que decorrido o prazo de eficácia da reincidência [...] tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 264-265). De idêntica opinião é Massud, o qual afirma que: “A única possibilidade para tanto seria no caso de alguém que teve contra si uma sentença condenatória definitiva, prolatada depois dos fatos tratados pelo juízo sentenciante”. (MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 154). Cf. também: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 205-207; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 112; BRAVO, Otávio. *A má conduta social do jogador Edmundo*. In: *Discursos Sediciosos - Crime, direito e sociedade*. n. 9-10. Rio de Janeiro, 2000, pp. 343-345.

⁶⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 200. No mesmo sentido, o argumento de Massud, consoante o qual: “Conduta social é todo e qualquer comportamento anterior do agente relacionado com seu núcleo familiar, profissional, suas atitudes como vizinho, cidadão em sentido lato (eleitor, contribuinte, consumidor, etc.)”. (MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 159). Cf. também: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, p. 209; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, pp. 112-113. Reale Jr., por seu turno, apesar de sua noção assaz ampla de antecedentes, não deixa de explicitar compreensão afim à esposada pelos autores supramencionados, como se pode concluir do fragmento seguinte: “Destaca-se, também, a referência à conduta social, [...] dando-se ênfase, portanto, dentre os antecedentes, ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence, mesmo porque cada vez mais se acentua o nível de participação em entidades as mais diversas, e o comportamento social espelha em que medida o agente é digno de maior ou menor censura, por ter-se conduzido de molde a que o delito se inseriu no contexto de sua vida, ou constitua um fato alheio e isolado”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85).

⁶⁹⁰ “[...] cremos urgente instituir sua temporalidade, fixando um prazo determinado para a produção dos efeitos impostos pela lei penal. O recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos - delimitação temporal da reincidência -, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal. Aliás, tal posição tem sido respaldada pela doutrina e jurisprudência”. (CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena no estado democrático de direito - Postulados garantistas*. In: *Aplicação da pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 52).

solução analógica, a qual pode ser considerada, na medida do possível, satisfatória. Trata-se da utilização do lapso de cinco anos, expressamente previsto na disciplina legal do instituto da reincidência, como se nota do excerto reproduzido *infra*:

Pensamos que, por uma questão de lógica, o lapso de cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena, que, segundo o artigo 64 do CP, faz desaparecer os efeitos da reincidência, deve ser estendido também aos antecedentes para expurgar os efeitos da não primariedade.⁶⁹¹

Já no que toca à outra crítica apresentada por Carvalho à consideração dos “antecedentes do agente” no momento de determinação da pena (crítica que também poderia ser oposta à utilização da circunstância “conduta social”), o autor aponta que tal procedimento tenderia a dar margem a uma punição fundada na noção de culpabilidade referida ao autor, e não ao fato⁶⁹². Quer parecer que o autor em tela tem razão. Com efeito, a única forma de tratar os antecedentes criminais, bem como a conduta social do agente, sem que isso redunde em prestigiar as odiosas noções de culpabilidade de autor e/ou periculosidade, não é senão valorando-os de maneira diametralmente oposta à sustentada majoritariamente pela doutrina, é dizer, tomando os antecedentes criminais e a eventual má conduta social do agente como elementos indicadores de menor culpabilidade, pois que denotariam uma redução do âmbito de autodeterminação do indivíduo culpável, como se vê do preciso argumento de Karam:

Ao contrário do que se costuma considerar, circunstâncias como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, ou o anterior contato com o sistema penal, visto como evidenciadores de má conduta social ou de maus antecedentes, a exigir pena maior, constituem-se, na realidade, em circunstâncias que, tornando mais escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, fazem menos exigível o comportamento conforme a norma, consequentemente impondo uma menor medida da pena, correspondente à menor culpabilidade pelo ato realizado.⁶⁹³

⁶⁹¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 2087. No mesmo sentido, conferir: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Aplicação da Penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995, p. 145; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 112.

⁶⁹² “Estabelecido critério temporal de limitação dos efeitos dos antecedentes, necessário, ainda, afirmar que o instituto afronta, em absoluto, o princípio da secularização, pois entendemos que o dispositivo legal, agregado à circunstância conduta social, reforça ainda mais a culpabilidade de autor, em detrimento da culpabilidade de fato [...]”. (CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena no estado democrático de direito - Postulados garantistas*. In: *Aplicação da pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53).

⁶⁹³ KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da Pena – por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 6. São Paulo, p. 125. Referindo-se especificamente à reincidência criminal, mas cuidando, no essencial, da mesma questão versada *supra*, a saber, a determinação de menor grau de

Reconhece-se, no entanto, que o contributo de Karam - apesar de irretocável a partir de uma perspectiva autenticamente direcionada à realização de um direito penal sensível ao que se fez, e não ao que se é - talvez se avizinha de algo “*incompreensível para a sensibilidade jurídica geral*”⁶⁹⁴, mormente em tempos de políticas de superencarceramento e de erigido punitivismo midiático⁶⁹⁵. De fato, como salientou Marx ainda em 1843, “*não basta que o pensamento procure se realizar; a realidade deve compelir a si mesma em direção ao pensamento*”⁶⁹⁶.

No que se refere às demais circunstâncias judiciais, a saber, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, há que se colocar em relevo as contribuições de autores que, na trilha de Karam, procuram formular teorizações acerca da determinação da pena que sejam tributárias da noção de culpabilidade pelo fato. Nesse sentido, o argumento de Massud, conforme o qual os motivos do crime⁶⁹⁷, à luz de um direito penal assentado no *fato-do-agente*, e não no *agente-do-fato*, repercutiriam tão somente na reprovabilidade do crime, de sorte a nada revelarem a respeito da personalidade do agente. Nesse sentido, destaca o autor que:

Com essas considerações, o que se quer dizer, portanto, é que os motivos integram a culpabilidade, na medida em que contribuem para uma maior ou menor reprovação da ação delituosa, e justificam sua valoração para a determinação da pena, não por revelarem o caráter – o que seria próprio de um direito penal de autor -, mas por

reprovabilidade dirigido àqueles que tornaram a delinquir depois de sofrerem experiências encarceradoras, conferir: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 273-274. No que tange ao exame da personalidade do agente, Karam segue pelo mesmo caminho, preconizando que: “[...] *impõe a consideração da personalidade do agente tão somente no que se refere ao fato realizado, implicando unicamente a investigação do maior ou menor âmbito de autodeterminação que esta personalidade, determinada por circunstâncias diversas, lhe deixou para atuar de outro modo*”. (KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da Pena – por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 6. São Paulo, p. 124).

⁶⁹⁴ ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 109.

⁶⁹⁵ BATISTA, Nilo. *Os Sistemas Penais Brasileiros*. In: Novas Tendências do Direito Penal – Artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 112-115.

⁶⁹⁶ MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel - Introdução*. In: Crítica da filosofia do direito de Hegel. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 152.

⁶⁹⁷ Conforme definição de Nucci, da qual não destoam os demais autores pesquisados, os motivos determinantes do crime consubstanciam “[...] *um plexo de situações psíquicas que faz alguém agir criminosamente [...] podendo representar tanto a causa do delito como a finalidade a ser atingida pelo agente*”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 198).

demonstrarem o maior apreço ou desprezo pelos bens ou valores juridicamente contemplados em nosso sistema legal.⁶⁹⁸

A preocupação com a possibilidade de que se pretendam extrair conclusões acerca da personalidade do agente por oportunidade da valoração de fatores como as circunstâncias e consequências do crime, também se faz sentir em alguns autores, a exemplo das noções estritamente objetivas, explicitadas por Santos, a respeito dos referidos critérios para a determinação da pena:

[...] as *circunstâncias* referidas como *circunstâncias judiciais* do art. 59, CP, são circunstâncias *diversas* das genéricas *circunstâncias agravantes* ou *circunstâncias atenuantes* (arts. 61 e 65, CP), como, por exemplo, o lugar do fato, o modo de execução do fato, as relações do autor com a vítima etc., que podem influir na formação da pena-base.⁶⁹⁹

As consequências do fato designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de crime: o efeito de penúria da vítima em crimes patrimoniais, o sofrimento material e moral da vítima ou de seus dependentes em crimes violentos, a extensão social dos danos pessoais ou patrimoniais da criminalidade estrutural ou sistêmica etc. [...]. Todavia, o princípio exige *previsão* ou, pelo menos, *previsibilidade* do autor, para considerar as consequências extra-típicas do fato na medida da pena – em outras palavras, a atribuição por *imprudência* constitui condição mínima de inclusão de consequências extra-típicas na medida da pena.⁷⁰⁰

Por fim, no que tange à circunstância “comportamento da vítima”, cuida-se, como mencionado *supra*, de inovação oriunda da Reforma penal que deu origem à Nova Parte Geral do Código Penal, de cuja Exposição de Motivos se colhe que: “50. [...] Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras

⁶⁹⁸ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 170.

⁶⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 115. Cf. também: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 221; ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Aplicação da Penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995, p. 155; MASSUD, Leonardo. *Op. cit.*, pp. 170-171.

⁷⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 115. Cf. também: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, pp. 221-222; ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Op. cit.*, pp. 155-156; MASSUD, Leonardo. *Op. cit.*, p. 172.

modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”⁷⁰¹. Nesse sentido, salienta Santos que:

A contribuição da vítima para o crime pode ser nenhuma, no caso de vítimas inocentes; pode ser parcial, no caso de vítimas ingênuas (em crimes sexuais), ou de vítimas descuidadas (em crimes patrimoniais); pode ser equivalente à contribuição do autor, no caso de provocação em crimes violentos; e pode, finalmente, ser total ou absoluta, no caso de *situação justificante* da legítima defesa, por exemplo.⁷⁰²

De feito, abstraindo-se das referências de caráter suspeitosamente androcêntrico a respeito do comportamento da vítima em crimes sexuais, a conclusão que se pode retirar dos fragmentos em destaque não é outra senão a seguinte: o injusto será tão mais reprovável ao seu autor quanto menor for a contribuição da vítima para o fato⁷⁰³.

É importante salientar, ainda, que, conforme a redação do artigo 75 (Circunstâncias judiciais), constante do Relatório Final do Anteprojeto de Código Penal, a tendência que se expressa caminha no sentido de estreitar a margem judicial para valorações concernentes à subjetividade do agente, como se pode intuir do texto abaixo transcrito:

Circunstâncias judiciais

Art. 75. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

[...]

§1º Na análise das consequências do crime, o juiz observará especialmente os danos suportados pela vítima e seus familiares, se previsíveis.

⁷⁰¹ Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF. Consulta em: 08/02/2014.

⁷⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 116.

⁷⁰³ Nesse sentido, o argumento de Ferreira, consoante o qual: “*cabe, pois, ao juiz avaliar em que hipótese se enquadra o comportamento da vítima e, a partir daí, dosar a culpabilidade, levando em consideração que quanto maior for a participação da vítima na eclosão dos acontecimentos menor será o grau de reprovabilidade da conduta do réu*”. (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 99). Cf. ainda: MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 176.

[...].⁷⁰⁴

Com efeito, da Exposição de Motivos do mencionado anteprojeto, extrai-se que:

A objetivação das circunstâncias judiciais. A proposta retira do espaço de cognição judicial, para fins de dosimetria da pena, aspectos subjetivos como a conduta social e a personalidade do agente. A conduta social porque permitia valorações de cunho moral ou de classe ou estamento social. Já a personalidade do agente se apresentava como de difícil aferição pelo julgador, pois o processo crime raramente traz tais indicativos psicológicos que permitissem um exame acurado. A retirada destes elementos de grande subjetividade condiz, além de tudo, com o Direito Penal do fato, e não do autor. A proposta é prestigiar as circunstâncias do fato criminoso e a conduta do agente, como grandes elementos para o encontro da pena individual⁷⁰⁵.

O teor do fragmento acima converge com as conclusões explicitadas em importante pesquisa empírica no bojo da qual foram examinadas decisões judiciais prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior Eleitoral, bem como pelos Tribunais Regionais Eleitorais de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, especificamente no que concerne a aplicação da pena⁷⁰⁶. De fato, das conclusões a que chegaram os pesquisadores, colhe-se que “*em nosso sistema, conforme constatado, nas circunstâncias personalidade e conduta social proliferam inúmeras contradições e indeterminações*”⁷⁰⁷, razão pela qual se apontou que “*para efetivar reforma no sistema de aplicação das penas é imprescindível o aprimoramento da técnica legislativa, com*

⁷⁰⁴ Relatório Final da Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal, p. 251. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Consulta em: 08/02/2014.

⁷⁰⁵ *Ibid.* No que toca ao fator “antecedentes do agente”, extrai-se da aludida Exposição de Motivos que: “*Os antecedentes foram preservados como critério de dosimetria da pena, mas como agravantes. E se adotou a solução autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que garantia da presunção de inocência não permite que processos criminais ou inquéritos em curso sejam considerados como indicativos de vida pregressa desabonadora. Somente após a condenação transitada em julgado e se não forem persistirem os efeitos da reincidência é que os antecedentes poderão ser utilizados*”. (*Ibid.*, p. 252).

⁷⁰⁶ CARVALHO, Salo de (et. alli). *Notas sobre os critérios de aplicação da pena no Brasil – Síntese da análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima*. In: Ciências Penais e Sociedade Complexa II. Org. Ney Fayet Júnior e André Machado Maya. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, pp. 363-391. Cf. também: Pena Mínima. Série Pensando o Direito. n. 2. 2009, pp. 1-59. Versão Publicação. Disponível em: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/02Pensando_Direito.pdf. Consulta em: 08/02/2014.

⁷⁰⁷ CARVALHO, Salo de (et. alli). *Notas sobre os critérios de aplicação da pena no Brasil – Síntese da análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima*. In: Ciências Penais e Sociedade Complexa II. Org. Ney Fayet Júnior e André Machado Maya. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 389. Cf. também: Pena Mínima. Série Pensando o Direito. n. 2. 2009, p. 54. Versão Publicação. Disponível em: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/02Pensando_Direito.pdf. Consulta em: 08/02/2014.

*redação clara e objetiva e demonstração exhaustiva dos critérios de valoração da reprovação pessoal pelo ilícito*⁷⁰⁸.

O que será acolhido, e o que será rejeitado, seja do Anteprojeto, seja das considerações supramencionadas, é algo que somente no futuro se verá.

3.5. Outros aspectos relevantes para a determinação da pena-base

Examinados, em espécie, os fatores relevantes para a fixação da pena-base, cabem ainda algumas ponderações acerca de como as aludidas circunstâncias judiciais podem interagir no bojo da atividade de determinação da reprimenda.

De saída, é importante salientar que o magistrado, seguindo o procedimento trifásico expressamente previsto no artigo 68, *caput*, do Código Penal⁷⁰⁹, deverá fixar a pena-base atendendo aos critérios estabelecidos no supramencionado artigo 59, por força do qual, escolhida a qualidade da pena, terá o juiz que determinar o *quantum* punitivo⁷¹⁰, para tanto, observando os limites legais (artigo 59, II, do CP)⁷¹¹.

Uma questão relevante que toca diretamente à temática ora versada diz respeito à definição do *ponto de partida* a ser adotado para efeitos de fixação da pena-base. Conforme preconiza Santos, em sintonia com o entendimento majoritário sobre a matéria, o marco de saída para a fixação da pena-base corresponde ao mínimo legal, seja por razões humanitárias, seja em consideração ao princípio da culpabilidade, à luz do qual seria vedado agravar a

⁷⁰⁸ CARVALHO, Salo de (et. alli). *Notas sobre os critérios de aplicação da pena no Brasil – Síntese da análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima*. In: Ciências Penais e Sociedade Complexa II. Org. Ney Fayet Júnior e André Machado Maya. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 389. Cf. também: Pena Mínima. Série Pensando o Direito. n. 2. 2009, p. 54. Versão Publicação. Disponível em: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/02Pensando_Direito.pdf. Consulta em: 08/02/2014.

⁷⁰⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Circunstâncias do Crime*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 23. São Paulo, p. 164-166.

⁷¹⁰ “De início o magistrado escolhe a pena aplicável, dentre as cominadas, e a seguir define a quantidade de pena a ser aplicada, nos limites previstos”. (ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Aplicação da Penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995, p. 120).

⁷¹¹ “A pena-base, outrossim, não pode exceder os limites quantificados no tipo penal (seja o simples, seja o qualificado), de tal forma que a privação da liberdade não poderá ficar aquém ou além do limite mínimo e máximo in abstrato”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 278).

situação do imputado sem que para tanto comparecesse algum fundamento concreto⁷¹². Com efeito, ao verificar que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao agente, cumpriria ao magistrado concretizar a pena-base no patamar correspondente ao mínimo cominado⁷¹³.

Outro tema de interesse concerne à definição do *quantum* máximo de pena-base que se poderia fixar, o qual, consoante referido *supra*, deverá repousar entre os limites abstratamente previstos. Segundo entendimento corrente tanto na doutrina como na jurisprudência, o “*teto da pena-base*”⁷¹⁴ - reservado para a hipótese de valoração negativa de todas as circunstâncias judiciais - deverá corresponder ao denominado “termo-médio”, o qual não é senão o resultado da média aritmética entre os limites previstos de pena, de sorte que, “[...] *a simples consideração das circunstâncias do art. 59 não poderá ensejar pena superior à média (soma do mínimo e do máximo, dividida por dois)*”⁷¹⁵.

Em síntese, caso o conjunto das circunstâncias judiciais seja positivamente valorado, a pena-base corresponderá ao limite inferior de pena cominada. Por outro lado, em se tratando de valoração negativa de todos os critérios do artigo 59, do CP, a pena-base deverá ser concretizada no patamar correspondente ao termo-médio. Por fim, na hipótese de concorrerem circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao agente, a pena-base poderá “[...] *ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado. [...]*”⁷¹⁶.

⁷¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 108. Cf. também: FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 64-65.

⁷¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 312. Cf. também: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 225.

⁷¹⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, p. 229.

⁷¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 279. Cf. também: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Circunstâncias do Crime*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 23. São Paulo, p. 167. No mesmo sentido, conferir: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, p. 229. Em sentido diverso, sustentando que o máximo de pena-base não poderá ultrapassar o denominado “segundo termo médio” (soma do “termo médio” e do mínimo, dividido por dois), conferir: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 32. São Paulo, out. – dez. 2000, pp. 208-209.

⁷¹⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, p. 227. No que concerne ao concurso de circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, Shecaira e Corrêa Jr. preconizam que: “[...] *deve o juiz utilizar-se, analogicamente, dos critérios previstos no art. 67, verificando quais as circunstâncias preponderantes e quais os motivos que determinam o cometimento do crime. Assim, os antecedentes devem prevalecer sobre a conduta social do agente; os motivos do crime preponderam sobre o comportamento da vítima etc.*”. (SHECAIRA, Sérgio

Essa compreensão, porém, não é pacífica. De fato, Nucci – não sem antes apontar em tom “crítico” a por ele denominada “*política da pena mínima*”⁷¹⁷ - sustenta que se todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal forem negativas, a pena-base deverá corresponder ao patamar máximo de pena abstratamente previsto⁷¹⁸.

Igualmente divergente é o entendimento de Carvalho Neto, o qual se mostra contrário a tomar como referência inicial para a fixação da pena-base o patamar mínimo de pena abstratamente prevista⁷¹⁹. Conforme o autor em tela, o só fato de o aludido critério ser, em tese, benéfico aos réus⁷²⁰, não seria o bastante para lhe conferir fundamento. Nessa senda, Carvalho Neto assevera que “*não há dúvida, a nosso ver, ser mais adequada a adoção do termo médio como ponto de partida para a fixação da pena-base*”⁷²¹, pois que “*têm-se levado a extremos perigosos essas assertivas negativas de prejuízos ao réu, prejudicando-se, assim, a própria sociedade, que deixa de ver punidos os crimes, descurando-se, dessa forma, da*

Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Op. cit.*, p. 279. Em sentido aproximado, destacando a proeminência dos fatores subjetivos em relação aos de caráter objetivo, conferir: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 175. Em sentido diverso, sustentando que as circunstâncias judiciais possuem igual “peso”, conferir: CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 106). Bemfica, por sua vez, sugere um método assaz original para o tratamento das circunstâncias judiciais. De feito, dado que são oito as diretivas previstas no artigo 59, *caput*, do CP, para efeitos de fixação da pena-base, sustenta o autor em comento que se deveria atribuir - tomando-se em conta os patamares mínimo e máximo de pena abstratamente previstos - um grau para cada uma das circunstâncias do referido artigo 59. Feito isso, ter-se-ia que somar os graus conferidos a cada um dos aludidos fatores, dividindo-se, em seguida, o resultado encontrado por oito, ou seja, pelo número de circunstâncias, pelo que se chegaria ao *quantum* concreto de pena-base. Essa técnica poderá ser mais bem compreendida se ilustrada com o exemplo fornecido por Bemfica. Ei-lo: *João matou Pedro. Agiu com dolo intenso. Seus antecedentes são bons. Sua conduta social é razoável. Sua personalidade, idem. Os motivos do crime lhe são contrários. Suas consequências não foram graves. O comportamento da vítima não concorreu, de qualquer forma para a atuação criminosa do agente. Dá-se a cada uma dessas circunstâncias um grau de pena. Divide-se a soma dos graus de pena pelo número de circunstâncias e encontra-se a pena-base, assim: 20, 6, 10, 10, 20, 6, 6, 20. Soma 98 anos, que, dividido por oito, dão 12 anos e 25 dias*. (BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 94). Cabe, ainda, uma última observação: vê-se que o autor olvidou de fazer referência expressa a um dos fatores do artigo 59, a saber, às “circunstâncias do crime”. Entretanto, como também é possível concluir do exemplo por ele aduzido, às (não) mencionadas “circunstâncias do crime” foi atribuído o grau “6”.

⁷¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 309. Sobre a existência de uma suposta “cultura da pena mínima” na Espanha, conferir: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faire - Editor, 2007, pp. 697-699.

⁷¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, pp. 314-315. Para uma crítica do autor ao denominado “termo médio”, conferir: *Ibid.*, pp. 316-317.

⁷¹⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 90.

⁷²⁰ *Ibid.*, pp. 91-92.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 95.

prevenção geral e especial da criminalidade”⁷²².

Segundo Carvalho Neto, em se verificando que todas as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao agente, a pena-base haveria de ser fixada em grau máximo, é dizer, no patamar correspondente ao máximo de pena cominada⁷²³. Por consequência dessa interpretação, e igualmente na contramão do que preconizado de maneira amplamente majoritária, o autor em comento sustenta a possibilidade de a pena intermediária ser concretizada em patamar superior ao referente ao máximo legal, caso incida(m) alguma(s) agravante(s) sobre a pena-base fixada em grau máximo⁷²⁴.

Cumprе destacar que, além de *circunstâncias favoráveis* e *circunstâncias desfavoráveis* ao agente, Carvalho Neto refere-se a *circunstâncias desinfluentes* (v. g., o “comportamento da vítima” em crimes “sem vítima”, como o peculato (artigo 312, *caput*, do Código Penal)⁷²⁵, *circunstâncias intermediárias* (v. g., outros processos criminais em andamento, nos quais o agente figure como réu)⁷²⁶ e *circunstâncias desconhecidas*, ou seja, aquelas não demonstradas nos autos⁷²⁷. Com efeito, somente na hipótese em que todas as circunstâncias judiciais fossem favoráveis ao agente, poderia o magistrado concretizar a pena-base no mínimo legal⁷²⁸. Vê-se que, consoante a proposta do autor em estudo, as circunstâncias denominadas desinfluentes, intermediárias e desconhecidas, que, a luz da compreensão majoritária, não repercutiriam na fixação da pena-base (que poderia ser fixada no mínimo legal, caso não comparecessem circunstâncias desfavoráveis), acabam por incidir de modo prejudicial para o réu, pois que, como salientado, a pena-base somente poderá ser aplicada no mínimo legal se todas as circunstâncias previstas no artigo 59 forem avaliadas favoravelmente ao agente. Dessa forma, a ausência de comprovação acerca da “boa conduta social do imputado” (circunstância desconhecida), por exemplo, ainda que em um cenário em que as demais circunstâncias fossem favoráveis ao agente, redundaria na fixação de pena-base

⁷²² CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 95, nota n. 95.

⁷²³ *Ibid.*, p. 96.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 98.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 102.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 102.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 96.

em magnitude superior ao mínimo cominado⁷²⁹.

De feito, trata-se de entendimento doutrinário em tudo sintonizado com uma postura ideo-política conforme a qual o Poder Judiciário deveria atuar com maior rigor na aplicação da lei penal, de sorte a atender aos reclamos provenientes da “população”, para tanto, “[...] *dando resposta à altura aos crimes que a assolam*”⁷³⁰...

Resta, por fim, uma última, porém, não menos importante questão a abordar a respeito da fixação da pena-base, a qual pode ser traduzida pela seguinte indagação: estaria o magistrado, à luz de um direito penal desapegado das noções de periculosidade e culpabilidade do autor, autorizado a valorar negativamente quaisquer dos fatores inscritos no artigo 59 do Código Penal, sejam eles referidos ao fato-do-agente ou ao agente-do-fato?

Ao enfrentar a questão proposta *supra*, Bravo sustenta a inconstitucionalidade das interpretações normalmente conferidas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, às circunstâncias judiciais *conduta social e personalidade do agente*⁷³¹, as quais redundariam em flagrante violação aos princípios constitucionais da legalidade⁷³² e da reserva legal⁷³³.

Por conta disso, na trilha do que preconizado pelo autor, os fatores “conduta social” e “personalidade” somente haveriam de atuar em benefício do imputado, de sorte a funcionarem “[...] *para que o julgador dirima ou ao menos reduza a influência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente*”⁷³⁴, é dizer, além de possibilitar uma avaliação mais

⁷²⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 105.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 99.

⁷³¹ BRAVO, Otávio. *A má conduta social do jogador Edmundo*. In: Discursos Sediciosos - Crime, direito e sociedade. n. 9-10. Rio de Janeiro, 2000, p. 347.

⁷³² “A Constituição [...] *permite que se faça tudo o que a lei não proíbe, e que não se faça nada que ela não proíba. Ora, a lei, a nenhum momento, obriga o indivíduo a ser bom aluno, bom trabalhador, ou mesmo bom pai, desde que, evidentemente não viole os ditames da própria lei* [...]. Não é proibido, pura e simplesmente, que leve vida desregrada, ou que não tenha consideração para com o próximo, ou ainda que viva à margem da sociedade. Essas são opções que a lei não veda e pelas quais não se poderá pagar, de nenhuma forma, aquele que as escolher [...]” (*Ibid.*, p. 346).

⁷³³ Consoante o argumento de Bravo, a valoração negativa da personalidade do agente para efeitos de incremento da pena-base representaria violação ao princípio constitucional da reserva legal, expresso pela fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, já que por meio de tal expediente “[...] *o julgador estará punindo o agente prejudicado não pela prática do delito que lhe é imputado, e sim pela presença de determinadas características de sua personalidade*”. (*Ibid.*, pp. 346-347).

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 347.

satisfatória de “[...] *todo um contexto maior que, se não justificar, ao menos poderá explicar a prática do delito*”⁷³⁵, a valoração de tais circunstâncias, na hipótese se ser favorável ao infrator, poderia “compensar” os eventuais efeitos negativos decorrentes de outras circunstâncias judiciais⁷³⁶.

No mesmo sentido do que sustentado por Bravo, o argumento de Massud, consoante o qual tão somente as circunstâncias judiciais referidas à gravidade objetiva do delito (culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima), no caso de valoração negativa pelo magistrado, poderiam ser tomadas em consideração para conduzir a pena-base a patamar superior ao representado pelo mínimo legal, ao passo que as circunstâncias relacionadas à subjetividade do agente (antecedentes, conduta social e personalidade) somente poderiam ser utilizadas em seu benefício, pois que, ao serem positivamente valoradas, serviriam para “compensar” majoração referente à avaliação negativa das apontadas circunstâncias objetivas⁷³⁷.

Quer parecer que os critérios propostos por Bravo e Massud são bastante consentâneos com o conceito de culpabilidade pelo fato. Entretanto, como reconhecido, as noções de culpabilidade e retribuição são afins, restando ausente na formulação desses autores, ao menos no que toca a determinação da pena-base, quaisquer referências relativas ao atendimento das necessidades preventivas.

Nesse sentido, e em sintonia com o teor da compreensão crítica acerca do sistema punitivo, a qual foi explicitada principalmente no capítulo segundo do presente trabalho, há que se preservar do ideal preventivo tão somente a sua expressão que, sócio-historicamente, se revestiu de algum conteúdo humanístico, a saber, a perspectiva ressocializadora⁷³⁸. Em

⁷³⁵ BRAVO, Otávio. *A má conduta social do jogador Edmundo*. In: Discursos Sediciosos - Crime, direito e sociedade. n. 9-10. Rio de Janeiro, 2000, p. 347.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, pp. 146-148; 160; 162; 165; 167.

⁷³⁸ BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 24. Madri: Edersa, 1984, p. 543. Vale dizer que, conforme o artigo 5, n. 6, do Decreto n. 678/1992, por força do qual a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Convenção de São José da Costa Rica – foi integrada ao ordenamento jurídico pátrio, “*as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*”. (Cf. Anexo ao Decreto que Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da

verdade, dado o entendimento crítico a respeito de sua irrealizabilidade, bem como de seu caráter por vezes autoritário, mais do que de ressocialização, haver-se-ia de falar em redução dos níveis de dessocialização, a qual é ínsita ao encarceramento. Se, na trilha do que preconizado por Fragoso, pode-se afirmar que a possibilidade de reincidência é tendencialmente mais elevada conforme seja mais longa a pena⁷³⁹, a conclusão a que se pode chegar no que concerne à prevenção é tão somente uma: a pena mais adequada não é senão a de menor intensidade e duração que puder ser fixada na espécie.

Por essa razão, uma vez mais, é necessário trazer à baila o critério esposado por Karam, no sentido de não ser pertinente se tomar os maus antecedentes, assim como a má conduta social, e noções afins⁷⁴⁰, automaticamente como desfavoráveis ao infrator. Com efeito, se talvez seja difícil para a generalidade dos indivíduos reconhecer que experiências carcerárias, bem como inserções sociais perversas e precárias, acabem por dar margem ao estreitamento do âmbito de autodeterminação pessoal e, por consequência, a um menor “merecimento” de pena, *não é possível negar* que o cárcere (que figura, à luz das “teorias de

Costa Rica) – MRE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Consulta em: 08/02/2014). Esse aspecto é tratado por Massud, em que pese o autor não o faça repercutir na sua importante contribuição sobre a determinação da pena-base. Cf. MASSUD, Leonardo. MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 144. Quanto à prevenção geral, o máximo que se pode esperar é que seja atendida por conta da aplicação de uma pena mais ou menos ajustada à culpabilidade pelo fato. Cf. ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 109; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 318.

⁷³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 318. Ferrajoli, ao tratar da determinação judicial da punição à luz da legislação italiana, destaca a necessidade de que o juiz tenha em consideração, ao fixar a pena, que os efeitos dessocializantes serão tão maiores quanto mais longa for a reprimenda infligida ao infrator. Assim, salienta o autor em tela que: “*Mais problemática é a valoração em relação ao futuro da pessoa do condenado. A este propósito, a única consideração admitida – convergente com o princípio equitativo da indulgência - parece-me a de que quanto maior seja a pena, tanto mais se consolidará a exclusão do condenado da sociedade e se reforçará sua identidade desviada. Mas esta é uma consideração geral que deve presidir não só as opções do juiz mas, antes ainda, as do legislador*”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 326).

⁷⁴⁰ Em outra passagem de sua citada obra, Karam salienta: “[...] o necessário reconhecimento de que as condições de subalternização, marginalização e exclusão, especialmente as provocadas pelo próprio contato com o sistema penal, reduzindo o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, tornam menos reprováveis as condutas conflituosas ou socialmente negativas dos que a tais condições são submetidos [...]”. (KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da Pena – por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 6. São Paulo, p. 131).

todos los dias”⁷⁴¹, como verdadeira “universidade do crime”), mormente na quadra histórica do aprisionamento massivo, desempenha um papel multiplicador da criminalidade, ou seja, exatamente o contrário do que apregoado pelo ideal preventivo.

Consoante essa compreensão sobre o aduzido complexo de problemas, pode-se sustentar que circunstâncias subjetivas em geral⁷⁴², ainda que valoradas negativamente, podem vir a funcionar em benefício do infrator, se não por consubstanciarem uma menor culpabilidade pelo fato, ao menos para reduzi-la, a fim de amainar o aprofundamento de um processo de dessocialização possivelmente já em curso, e que certamente será agravado pelo encarceramento.

Passo mais avançado que esse, está a exigir a ultrapassagem do sistema penal e, por consequência, da punição, o que, por seu turno, inegavelmente, reclama a superação da ordem social no bojo da qual o cárcere e a pena de prisão conheceram gênese, desenvolvimento e consolidação, a saber, a ordem societal do capital.

⁷⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 186.

⁷⁴² Karam refere-se, por exemplo, às oportunidades e ao espaço social conferidos ao agente a fim de que possa gozar uma vida digna, como se nota do seguinte fragmento: “[...] *consideração das oportunidades e do espaço social dados ao agente como medida da exigibilidade de não realização da conduta proibida (o poder atuar de outro modo), reconhecendo-se, portanto, que àqueles que têm escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, por suas condições de subalternização, marginalização e exclusão, menos exigível é o comportamento conforme a norma, menor, portanto, devendo ser a reprovabilidade pela realização de condutas conflituosas ou socialmente negativas*”. (KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da Pena – por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 6. São Paulo, p. 124).

CONCLUSÕES

1 - À luz das teorias absolutas, a pena seria justa *per si*, como um mal que consubstanciaria uma reação ao mal do crime. Não seriam vislumbradas consequências externas com a sua imposição.

2 - No entanto, a compensação do mal com o mal não passaria de um ato de fé, que, além de lastreado em algo indemonstrável - o livre arbítrio -, seria prejudicial do ponto de vista da prevenção especial. Apesar disso, o princípio retributivo pode servir de referência enquanto limite para a punição.

3 - Consoante as teorias relativas da pena, a legitimidade da punição estaria condicionada à sua aptidão para proporcionar a efetivação de funções sociais, a saber, as prevenções especial e geral do crime.

4 - Conforme a teoria da prevenção geral negativa, a finalidade da punição seria a dissuasão dos potenciais delinquentes, seja por meio do *exemplo* decorrente da pena concreta, seja por força da *ameaça* contida na previsão penal abstrata.

5 - A prevenção geral negativa, todavia, tenderia a fomentar o terror punitivo, além de redundar em instrumentalização do indivíduo, sem que ao menos se tenha por demonstrados os seus efeitos preventivos. Ademais, a punição estaria desconectada do dano social decorrente do delito.

6 - Com as teorias da prevenção especial busca-se conter a delinquência, para tanto, atuando-se diretamente sobre os infratores (selecionados).

7 - As noções preventivo-especiais da pena são censuradas por conta da ausência de parâmetro limitador para a punição, bem como pela imprestabilidade da pena face a infratores que cometeram delitos em contextos de improvável repetição. Demais disso, o paradigma correcional - que contrastaria com a tradição liberal - jamais conseguiu alcançar os resultados almejados.

8 - Em linhas gerais, as doutrinas da prevenção geral positiva atribuem à pena a função de reforçar nos indivíduos a lealdade à ordem social estabelecida, seja assegurando os seus valores ou as suas normas considerados fundamentais.

9 - A noção preventivo-geral positiva da pena é criticada por carecer de limite à potestade punitiva e, outrossim, por justificar a instrumentalização do infrator, à custa de quem a punição se realiza. Ademais, referida formulação partiria de uma superestimada crença na capacidade motivadora das normas, além de não aportar nenhuma contribuição referente à execução da pena.

10 - Por meio das teorias unitárias se pretende recolher de cada uma das elaborações sumarizadas *supra* os seus aspectos supostamente proveitosos, de sorte a se lograr chegar a uma síntese compromissória.

11 - Em apertada síntese, reprova-se às teorias mistas a pretensão, considerada irrealizável, de conciliar princípios mutuamente excludentes, a saber, por um lado, culpabilidade e prevenção, por outro, prevenção especial e prevenção geral. Demais disso, tudo o que se censura às teorias absolutas e relativas da pena tomadas em separado poderia se estender também às formulações teóricas em que elas aparecem combinadas.

12 - Com efeito, de tudo quanto consignado *supra*, é possível afirmar que, somente valendo-se de muitas reservas, é possível sustentar algum nível de pertinência teórico-prática das chamadas teorias tradicionais da pena.

13 - A moderna instituição carcerária descende das casas de trabalho e correção que foram sendo instaladas, a partir do século XVI, nos países europeus no seio dos quais o capitalismo germinava, com a finalidade precípua de transmutar camponeses expropriados em operários.

14 - Com a intensificação dos processos de industrialização, a utilização da mão-de-obra do preso vai se tornando desnecessária, e o trabalho carcerário, paulatinamente, vai perdendo seu caráter produtivo para assumir uma nítida índole aflitiva. Tal quadro se agrava ainda mais por decorrência da reação burguesa às revoltas proletárias, a qual se fez acompanhar pela denominada decadência ideológica, que também se expressou no campo das ciências penais.

15 - Em tempos de reestruturação produtiva do capital e de políticas neoliberais de desmonte do Estado de Bem-Estar Social, o superencarceramento constitui a panacéia pela qual se pretende aplacar a evolução dos índices de criminalidade, os quais, em larga medida, funcionam igualmente como indicadores do rebaixamento geral das condições de vida da classe trabalhadora.

16 - Na sociedade capitalista, o princípio da equivalência espalha-se pelos mais variados níveis da vida humana, e todas as formas de riqueza social podem se expressar em termos de trabalho abstrato mensurável pelo tempo. Essas são as condições necessárias para que a privação da liberdade por determinado tempo passe a exercer o papel de equivalente do delito.

17 - Ao cuidar das teorias relativas da pena, Baratta propõe uma nova abordagem, conforme a qual se teria, por um lado, as denominadas teorias ideológicas da punição, assim chamadas por apregoarem funções não devidamente demonstradas à pena criminal, e, por outra banda, as chamadas teorias tecnocráticas, cujas funções atribuídas à pena restariam comprovadas. A crítica das teorias ideológicas – prevenção geral negativa e prevenção especial positiva – residiria na explicitação da índole falsificadora da realidade que lhes é própria. Já a crítica às teorias tecnocráticas – prevenção geral positiva e prevenção especial negativa – exigiria a apreensão crítica do conjunto da ordem social.

18 - Procedendo-se a analogia entre pena e mercadoria, poder-se-ia afirmar que, por um lado, a utilidade preventiva - especial e geral - corresponde ao valor de uso da punição, e, de outra parte, a retribuição equivalente representa o valor de troca da reprimenda. A contradição entre retribuição e prevenção especial expressa, em termos penais, a contradição entre as esferas da circulação e produção de mercadorias na ordem societal do capital.

19 - Consoante apontado pela doutrina, o primeiro passo para se operar a determinação da pena reside na fixação da orientação a respeito dos fundamentos, finalidades e limites que se pretende impor à reprimenda, no bojo de um procedimento pelo qual, geralmente, intenta-se conciliar a reconhecidas antinomias penais. *Grosso modo*, as teorias da determinação da pena costumam se diferenciar entre aquelas orientadas por uma visão fundamentalmente retributiva da punição, e aquelas outras mais atentas às necessidades preventivas, as quais encontrariam limitação no critério retributivo.

20 - Partindo-se da contraposição entre duas importantes visões sociais de mundo, a saber, o positivismo e o marxismo, foi possível concluir que a neutralidade axiológica na reflexão teórica sobre a sociedade não consubstancia senão um mito de nítido cariz conservador. De sorte bem distinta, a pesquisa científica está inapelavelmente condicionada por motivos histórico-sociais. Em que pese a existência de limitações ainda mais numerosas e intensas, com o discurso jurídico algo não muito diferente se passa.

21 - A orientação perigosista estava amplamente presente nas obras dos juspenalistas que escreveram à luz da Parte Geral do Código Penal de 1940, razão pela qual a circunstância “*personalidade do agente*” era considerada a de maior relevância para a determinação da pena, a denotar uma visão de mundo de indisfarçável traço organicista.

22 - Na literatura nacional contemporânea sobre a determinação da pena, observa-se uma certa continuidade em relação às elaborações doutrinárias do passado, muito embora alguns autores envidem esforços consequentes com um noção de direito penal ancorada no fato, e não no autor. Entretanto, estas novas formulações acabam, normalmente, por redundar em compreensões excessivamente retributivas do momento de determinação judicial da pena, olvidando-se de um critério que parece indispensável, mormente em tempos de encarceramento massivo: a necessidade de se minorar, na medida do possível, os potenciais efeitos dessocializantes do cárcere.

23 - As barreiras para que se possa desenvolver uma nova atuação face ao complexo punitivo em geral, e, em especial, face à determinação da pena, são muitas, algumas das quais de improvável ruptura nos limites da presente sociedade. De fato, a superação dos principais problemas penais não reclama senão a ultrapassagem da ordem social do bojo da qual eles se apresentam, a saber, a ordem societal do capital.

REFERÊNCIAS

I. Bibliografia

ABREU, Ricardo Luiz de. *A personalidade do agente como circunstância judicial na aplicação da pena*. In: Boletim IBCCRIM. n. 104. v. 9. Jul. - 2001, pp. 14-15.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 32. São Paulo, out. - dez. 2000, pp. 187-212.

AKAMINE Jr., Oswaldo. *O significado “jurídico” de crise*. In: Cadernos de pesquisa marxista do Direito. v. 1. n. 1. São Paulo: Outras expressões, jul. - 2011, pp. 89-102.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. *A política da forma jurídica*. In: Novos Temas - Revista de debate e cultura marxista. n. 3. Salvador: Quarteto; São Paulo: ICP, jun. 2011, pp. 65-72.

ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e Ideologia - Aparência e Realidade*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

ANTUNES, Ricardo. *A era da informatização e a época da informalização - Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 15-25.

_____. *A substância da crise e a erosão do trabalho*. In: Cadernos de pesquisa marxista do Direito. v. 1. n. 1. São Paulo: Outras expressões, jul. - 2011, pp. 57-65.

_____. *Afinal, quem é a classe trabalhadora hoje?* In: Margem Esquerda - Ensaios Marxistas. n. 7. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 55-61.

_____. *Século XXI – Nova era da precarização estrutural do trabalho?* In: Infoproletários - degradação real do trabalho virtual. Org. Ricardo Antunes e Ruy Braga. São Paulo: Boitempo, 2009, pp. 231-238.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *A personalidade e a culpabilidade na medida da pena*. In: Revista de Direito Penal. ns. 15-16. Rio de Janeiro, jul. - dez. 1974, pp. 34-43.

_____. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal - Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

_____. *Criminologia e Dogmática Penal - Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal*. In: Revista de Direito Penal. n. 31. Rio de Janeiro: Forense, jan. - jun. 1981, pp. 5-37.

_____. *Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal - Lineamentos de uma Teoria*

do Bem Jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 5, São Paulo, jan. – mar. 1994, pp. 5-24.

_____. *Integración-Prevención - Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: Cuadernos de Política Criminal. n. 24. Madri: Edersa, 1984, pp. 533-551.*

_____. *Marginalidade Social e Justiça. In: Revista de Direito Penal. ns. 21 – 22. Rio de Janeiro, jan. – jun. 1976, pp. 5 -25.*

_____. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdade. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, pp. 357-375.*

_____. *Resocialización o control social - Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. In: Criminología y Sistema Penal - Compilación in memoriam. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2004, pp. 376-393.*

_____. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. In: Revista Capítulo Criminológico. n. 14. Universidad del Zulia, pp. 168-183. Disponível em: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/issue/view/1900/showToc>. Acesso em: 05/02/2014.*

BARATA-MOURA, José. *Materialismo e Subjetividade – Estudos em torno de Marx*. Lisboa: Avante, 1997.

BARSOTTI, Paulo Douglas. *Engels e as cartas sobre a concepção materialista da história. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 20. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 119-124.*

BATISTA, Nilo. *Capitalismo e Sistema Penal. In: Punidos e mal pagos - Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, pp. 35-43.*

_____. *Os Sistemas Penais Brasileiros. In: Novas Tendências do Direito Penal – Artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 103-116.*

BATISTA, Vera Malaguti. *A questão criminal no Brasil contemporâneo. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 37-41.*

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. Leme: CL Edijur, 2010.

BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRAGA, Ruy. *A política do precariado - Do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo - USP, Programa de Pós-Graduação, 2012.

BRAVO, Otávio. *A má conduta social do jogador Edmundo*. In: Discursos Sediciosos - Crime, direito e sociedade. ns. 9-10. Rio de Janeiro, 2000, pp. 341-353.

BRITO, José de Sousa e. *A medida da pena no novo código penal*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1984, pp. 555-587.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. t. 3. Rio : São Paulo: Forense, 1967.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Aplicação da pena no estado democrático de direito - Postulados garantistas*. In: Aplicação da pena e Garantismo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 1-98.

CARVALHO, Salo de (et. alli). *Notas sobre os critérios de aplicação da pena no Brasil – Síntese da análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima*. In: Ciências Penais e Sociedade Complexa II. Org. Ney Fayet Júnior e André Machado Maya. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, pp. 363-391.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

CASSIN, Marcos. *Louis Althusser e o corte epistemológico no pensamento de Karl Marx e Friedrich Engels*. In: Novos Temas - Revista de debate e cultura marxista. n. 3. Salvador: Quarteto; São Paulo: ICP, jun. 2011, pp. 35-45.

CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. 6. reimpr. da 2. ed. de 2001. São Paulo: Brasiliense, 2005.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. In: Revista Canaria de Ciencias Penales. n. 3. Las Palmas de Gran Canaria: Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, jul. 1999, pp. 101-124.

COSTA, Gilmaisa Macedo da. *Indivíduo e Sociedade - Sobre a teoria de personalidade em Georg Lukács*. 2. ed. São Paulo: Instituto Lukács, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana - teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.

COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. 2. ed. Posfácio de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. In: Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998, pp. 19-39.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

DUAYER, Mario. *Anti-realismo e absolutas crenças relativas*. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 109-130.

DUSSEL, Enrique. *A Produção Teórica de Marx – Um comentário aos Grundrisse*. Trad. José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

EAGLETON, Terry. *As Ilusões do Pós-Modernismo*. Trad. Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. *Ideologia – Uma introdução*. Trad. Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Boitempo, 1997.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1985.

ENGELS, Friedrich. *Cartas de Friedrich Engels sobre a concepção materialista da história*. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 20. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 125-141.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O Socialismo Jurídico*. Trad. Lívia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Boitempo, 2012.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção – Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, ene. – 2007, pp. 1-20.

_____. *Retribución y prevención general – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007.

FELTRAN, Gabriel de Santis. *Debates no “mundo do crime”, repertórios da justiça nas periferias de São Paulo*. In: Saídas de emergência. Org. Robert Cabanes, Isabel Georges, Cibele S. Rizek e Vera da Silva Telles. São Paulo: Boitempo, 2011, pp. 215-233.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Éder. *A determinação ontonegativa dos direitos humanos*. In: Cadernos de pesquisa marxista do Direito. v. 1. n. 1. São Paulo: Outras expressões, jul. – 2011, pp. 149-167.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

FORTES, Ronaldo Vielmi. *György Lukács e a inflexão da ontologia - Ser, objetividade e história no pensamento de Karl Marx*. In: Verinotio - Revista on-line de filosofia e ciências humanas. n. 13, Ano VII, abr. - 2011. Disponível em: <http://www.verinotio.org/conteudo/0.82398625353722.pdf>. Acesso em 02/02/2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983.

FREDERICO, Celso. *Lukács – um clássico do século XX*. São Paulo: Moderna, 1997.

_____. *O Jovem Marx – 1843-1844 – As origens da ontologia do ser social*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

_____. *Presença e Ausência de Lukács*. In: Lukács - Um Galileu no século XX. Org. Ricardo Antunes e Walquiria Leão Rêgo. São Paulo: Boitempo, 1996, pp. 125-131.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

FROMM, Erich. *Conceito marxista do homem*. Trad. Octavio Alves Filho. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

FURQUIM, Gabriel Martins. *Crítica pachukaniana ao abolicionismo penal de Hulsman e Christie*. In: Boletim IBCCRIM. Ano 21. n. 253. Dez - 2013, pp. 15-17.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. t. 2. v. 1. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* Bogotá: Editorial Temis, 1983.

GODÓI, Rafael. *Gerindo o “convívio” entro e fora da prisão: a trajetória de vida de um agente penitenciário em tempos de transição*. In: Saídas de emergência. Org. Robert Cabanes, Isabel Georges, Cibele S. Rizek e Vera da Silva Telles. São Paulo: Boitempo, 2011, pp. 169-187.

GOLDMANN, Lucien. *Ciências Humanas e Filosofia – O que é Sociologia?* Trad. Lupe Cotrim Garaude e José Arthur Giannotti. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993.

GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. V. 2. n. 2. São Paulo: jul. - dez. 2006, pp. 187-203.

_____. *Crítica da Pena II*. Trad. Flávia Portella Püschel. In: Revista de Direito GV. V. 3. n. 1. São Paulo: jan. - jun. 2007, pp. 137-148.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

_____. *O enigma do capital - E as crises do capitalismo*. Trad. João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. *Para entender O capital - Livro I*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *¿ Por qué y con qué fin se aplican las penas? - Sentido y fin de la sanción penal*. In: Persona, mundo y responsabilidade - Bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 189-213.

_____. *Prevención en el derecho penal*. In: Prevención y teoría de la pena. Trad. e Org. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: ConoSur, 1998, pp. 93-117.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLER, Agnes. *O cotidiano e a história*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder.

São Paulo: Paz e Terra, 2008.

HIRATA, Daniel Veloso. *Vida Loka*. In: Saídas de emergência. Org. Robert Cabanes, Isabel Georges, Cibele S. Rizek e Vera da Silva Telles. São Paulo: Boitempo, 2011, pp. 189-213.

HIRST, Paul Q. *Marx e Engels - sobre direito, crime e moralidade*. In: Criminologia Crítica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pp. 249-286.

HOLZ, Hans Heinz; KOFLER, Leo; ABENDROTH, Wolfgang. *Conversando com Lukács*. Trad. Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – Decreto-lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940*. v. 3. – Arts. 75 a 101. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

_____. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1945.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos e teoria de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 21-50.

_____. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido - Dois Estudos de Günther Jakobs*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993.

JESUS FILHO, José de. *Prisões brasileiras e colombianas na mesma margem*. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 54-57.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da Pena – por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 6. São Paulo, pp. 117-132.

_____. *Pelo Rompimento com as Fantasia em Torno de Delitos e de Penas*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 29. São Paulo, pp. 331-350.

KONDER, Leandro; COUTINHO, Carlos Nelson. *Correspondência com Georg Lukács*. In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 133-156.

LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.

LESSA, Sergio. *A emancipação política e a defesa de direitos*, 2007. Disponível em: http://www.sergiolessa.com/artigos07_08/emancipacao_dirt_2008.PDF. Acesso em 30/01/2014.

_____. *Direito e política*. In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 103-122.

_____. *Ética e política – Observações acerca dos fundamentos ontológicos da ética e da política*. Chapecó: Argos, 2007.

_____. *Para compreender a ontologia de Lukács*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2012.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. Trad. J. Guimarães e S. F. Léwy. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez, 2009.

LÖWY, Michael; NAÏR, Sami. *Lucien Goldmann, ou A dialética da totalidade*. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2008.

LUKÁCS, Georg. *A autocrítica do marxismo* (Entrevista). In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 125-132.

_____. *Diálogo sobre o “Pensamento Vivido” – Última Entrevista de Lukács – Extratos*. In: Ensaio – Filosofia, Política e Ciência da História. ns. 15-16. São Paulo: Ensaio, 1986, pp. 13-87.

_____. *Existencialismo ou marxismo?* Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Ciências Humanas, 1979.

_____. *História e consciência de classe – Estudos sobre a dialética marxista*. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Introdução a uma estética marxista - Sobre a Categoria da Particularidade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Civilização Brasileira, 1968.

_____. *Marx e o Problema da Decadência Ideológica*. In: Marxismo e Teoria da Literatura. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, pp. 49-111.

_____. *Carta sobre o stalinismo - Excertos*. In: Novos Temas - Revista de debate e cultura

marxista. ns. 5/6. Salvador: Quarteto; São Paulo: ICP, 2012, pp. 27-40.

_____. *Meu caminho para Marx. In: Socialismo e democratização – Escritos políticos – 1956 – 1971.* Org., int. e trad. Carlos Nelson Coutinho e José Paulo Netto. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011, pp. 37-54.

_____. *Ontologia do Ser Social.* v. 1. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Mario Duayer e Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. *Ontologia do Ser Social.* v. 2. Trad. Nélío Schneider, Ivo Tonet e Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *Prolegômenos para uma ontologia do ser social – Questões de princípios para uma ontologia hoje tornada possível.* Trad. Lya Luft e Rodnei Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2010.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general, sociedad y psicoanálisis. In: Cuadernos de Política Criminal.* n. 16, 1982, pp. 93-105.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal.* v. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Os Juízes de Direito e os Caminhos da Periculosidade no Direito Penal Brasileiro. In: Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo – A Lei, o Direito e a Ideologia.* São Paulo: IBCCRIM, 2005, pp. 73-96.

MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política.* Trad. Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel - Introdução. In: Crítica da filosofia do direito de Hegel.* Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 145-157.

_____. *Crítica do programa de Gotha.* Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. *Grundrisse. Manuscritos econômicos de 1857-1858 – Esboços da crítica da economia política.* Trad. Mario Duayer e Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

_____. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *O Capital – Crítica da economia política.* Livro I – O processo de acumulação do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *O 18 de brumário de Luís Bonaparte.* Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. *Sobre a Questão Judaica*. Trad. Daniel Bensaïd e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Sobre o suicídio*. Trad. Rubens Enderle e Francisco Fontanella. São Paulo: Boitempo, 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã - Crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. Trad. Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *A Sagrada Família ou A Crítica da Crítica crítica contra Bruno Bauer e seus consortes*. Trad. Marcelo Backes. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. *Lutas de classes na Alemanha*. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Manifesto Comunista*. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009.

MÉSZÁROS, István. *Desemprego e precarização - Um grande desafio para a esquerda*. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 27-44.

_____. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social*. Trad. Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *O Desafio e o Fardo do Tempo Histórico - O Socialismo no Século XXI*. Trad. Ana Cotrim e Vera Cotrim. São Paulo: Boitempo, 2007.

MELOSSI, Dario. *A questão penal em O capital*. In: Margem Esquerda - Ensaios Marxistas n. 4. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 124-140.

_____. *Carcere, posfordismo e ciclo de produzione della "canaglia"*. In: Dei delitti e delle pene – Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. ns. 1 – 3. 2001, pp. 95-110.

_____. *Delito, pena y control social - Un enfoque sociológico entre estructura y cultura*.

Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

_____. *Ideología y derecho penal - ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?* In: Pena y Estado – Función simbólica de la pena. Org. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: ConoSur, 1998, pp. 57-66.

MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica - As origens do sistema penitenciário - Séculos XVI - XIX*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o PCC - Combate às cegas*. In: Margem Esquerda - Ensaaios Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 49-53.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Regressão penal*. In: Margem Esquerda - Ensaaios Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 33-36.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho*. In: Estado, Pena y Delito. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, pp. 95-114.

_____. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: Estado, Pena y Delito. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2006, pp. 53-66.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx – Ciência e revolução*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Marxismo e direito - Um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

NETTO, José Paulo. *De como não ler Marx ou o Marx de Sousa Santos*. In: Marxismo Impenitente - Contribuição à história das idéias marxistas. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. *Elementos para uma leitura crítica do Manifesto Comunista*. Disponível em: <http://www.pcb.org.br/fdr/docs/jose-paulo-netto-manifesto.pdf>. Acesso em 02/02/2014.

_____. *Georg Lukács - Um exílio na Pós-Modernidade*. In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 77-101.

_____. *Introdução ao estudo do método de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

_____. *Para a crítica da vida cotidiana*. In: Cotidiano – Conhecimento e crítica. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2010, pp. 64-93.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A análise da personalidade do réu na aplicação da pena*. In: Boletim IBCCRIM. n. 153. Ago. – 2005.

_____. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

ORIONE, Marcus. *Uma leitura marxista da redução da maioria penal*. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 21. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 21-26.

PACHUKANIS, Eugeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri: Manole, 2003.

PAULANI, Leda Maria. *A (anti)filosofia de Karl Marx*. In: Cadernos IHU Idéias. ano 3. n. 41. São Leopoldo, 2005, pp. 1-18.

PAVAN, Laisa. *Algumas considerações sobre “antecedentes” no artigo 59 do Código Penal*. In: Introdução crítica ao estudo do Direito Penal – Elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Org. Rogério Dutra dos Santos. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 1999, pp. 179-203.

PAVARINI, Massimo. *Da perda da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma “procura”*. In: Ensaio Criminológicos. São Paulo: IBCCRIM, 2002, pp. 91-125.

_____. *El orden carcelario - Apuntes para una historia material de la pena*. In: El derecho penal hoy - Homenaje al profesor David Baigún. Trad. Laura Martin. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, pp. 567-596.

_____. *El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo*. In: Poder y Control - Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social. n. 1. 1987, pp. 141-157.

_____. *La justificación imposible – La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad*. In: Capitulo Crimonologico – Organo del Instituto de Criminologia. n. 26. Maracaibo, 1993, pp. 29-41.

_____. *La negociabilidad de la pena – Entre la parsimonia y el despilfarro repressivo*. In: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Criminologia, Teoría y Praxis. n. 1, v. 1, 2002, pp. 23-54.

_____. *O encarceramento de massa*. In: Depois do grande encarceramento. São Paulo: Revan, 2011, pp. 293-312.

_____. *Un arte abyecto - Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Trad. Máximo Sozzo e Magdalena Candiotti. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PINASSI, Maria Orlanda. *Da miséria ideológica à crise estrutural do capital - Uma*

reconciliação histórica. In: Margem Esquerda - Ensaaios Marxistas n. 4. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 141-154.

_____. *Nas sombras do obscurantismo – Mulheres, política e religião. In: Margem Esquerda - Ensaaios Marxistas. n. 20. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 91-101.*

_____. *No mundo do capital, a ocasião faz o ladrão. In: Margem Esquerda - Ensaaios Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 42-48.*

POCHMANN, Márcio. *Desempregados do Brasil. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 59-73.*

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – Parte Geral, arts. 1º a 120. v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.*

PRADO JÚNIOR, Caio. *O Marxismo de Louis Althusser. In: O Estruturalismo de Levi-Strauss - O Marxismo de Louis Althusser. São Paulo: Brasiliense, 1971, pp. 71-108.*

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.*

QUINNEY, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista - Uma filosófica crítica da ordem legal. In: Criminologia Crítica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pp. 221-247.*

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.*

_____. *Instituições de Direito Penal. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.*

RÊGO, Walquiria Domingues Leão. *Questões sobre a noção de via prussiano. In: Lukács - Um Galileu no século XX. Org. Ricardo Antunes e Walquiria Leão Rêgo. São Paulo: Boitempo, 1996, pp. 104-124.*

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Aplicação da Penal. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.*

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Coimbra: Coimbra, 1995.*

ROXIN, Claus. *A culpabilidade como critério limitativo da pena. In: Revista de Direito Penal. ns.11-12. Rio de Janeiro, jul. – dez. 1973, pp. 7-20.*

_____. *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, pp. 147-186.*

_____. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, pp. 93-113.

_____. *Prevención y determinación de la pena*. In: Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, pp. 115-145.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena - Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. São Paulo: Quatier Latin, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia da Repressão – Uma Crítica ao Positivismo em Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Culpabilidade - desintegração dialética de um conceito metafísico*. In: Revista de Direito Penal. ns. 15-16. Rio de Janeiro: RT, jul. - dez.1974, pp. 51-64.

_____. *Defesa Social e Desenvolvimento*. In: Revista de Direito Penal. n. 26. Rio de Janeiro: Forense, jul. - dez. 1979, pp. 19-32.

_____. *Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. *Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao direito*. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHAFF, Adam. *O marxismo e o indivíduo*. Trad. Heidrun Mendes da Silva. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. *Comentários aos resultados da pesquisa – A questão da punição*. In: Cadernos Direito GV 33 – Pesquisa em debate – A aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros. v. 7. n. 1. jan. – 2010, p. 81. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6969/Caderno%20DIREITO%20>

GV%2033.pdf?sequence=1. Consulta em: 07/03/2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Aporías de la teoría de la pena en la filosofía - Pensamientos sobre Immanuel Kant*. In: InDRET: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abr. – 2008, pp. 1-17.

_____. *Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva*. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. In: Política criminal y nuevo derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, pp. 89-100.

SERRA, Marco Antonio de Souza. *Economia Política da Pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Cálculo de Pena e o Dever de Motivar*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 6. São Paulo, 1994, pp. 161- 170.

_____. *Circunstâncias do Crime*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 23. São Paulo, 1998, pp. 67-80.

_____. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. In: InDret – Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abr. – 2007, pp. 1-15.

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. *A recepção do positivismo criminológico no Brasil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 68. São Paulo, set. – out. 2007, pp. 263-308.

SOUZA, Silvana Aparecida de. *Trabalho voluntário e responsabilidade social da empresa - Novas formas de exploração da força de trabalho e de extração de mais-valia*. In: Novos Temas - Revista de debate e cultura marxista. n. 3. Salvador: Quarteto; São Paulo: ICP, jun. 2011, pp. 47-63.

STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo A. Sancinetti. In: Cuadernos de Conferencias y Artículos. n. 8. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 7-35.

TARR, Zoltán; MARCUS, Judith. *Georg Lukács - Filósofo e judeu na Europa do século XX*. In: Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 14. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 62-75.

TELLES, Vera da Silva. *Ilegalismos populares e relações de poder nas tramas da cidade*. In: Saídas de emergência. Org. Robert Cabanes, Isabel Georges, Cibeles S. Rizek e Vera da Silva Telles. São Paulo: Boitempo, 2011, pp. 155-167.

TERTULIAN, Nicolas. *A Estética de Lukács trinta anos depois*. In: Lukács e a atualidade do marxismo. Org. Maria Orlanda Pinassi e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 13-26.

_____. *Ernst Bloch e György Lukács, paradoxos de uma amizade*. In: Margem Esquerda - Ensaaios Marxistas. n. 15. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 149-154.

THOMPSON, Augusto. *Direito alternativo (ou justiça alternativa?) na área penal*. In: Discursos Sediciosos – Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 1997, pp. 35-39.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Aspectos da aplicação da pena no anteprojeto de reforma do código penal*. In: Ciência Penal. n. 1. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 20-31.

_____. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TONET, Ivo. *A crise das ciências sociais*. Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/a_crise_das_ciencias_sociais.pdf. Acesso em 02/02/2014.

_____. *Cidadão ou Homem Livre?* Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/cidadao_ou_homem_livre.pdf. Acesso em 02/02/2014.

_____. *Cidadania ou emancipação Humana?* Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/CIDADANIA_OU_EMANCIPACAO_HUMANA.pdf. Acesso em 02/02/2014.

_____. *Marxismo para o século XXI*. In: Margem Esquerda - Ensaaios Marxistas. n. 5. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 103-121.

_____. *Modernidade, Pós-Modernidade e Razão*. Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/MODERNIDADE_POS-MODERNIDADE_E_RAZAO.pdf. Acesso em 02/02/2014.

_____. *Lukács - Momento predominante e transição ao comunismo*. In: Novos Temas - Revista de debate e cultura marxista. ns. 5/6. Salvador: Quarteto; São Paulo: ICP, 2012, pp. 61-80.

_____. *Para Além dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/Para_alem_dos_direitos_humanos.pdf. Acesso em 02/02/2014.

VARGA, Csaba. *O Espaço do Direito na Ontologia de Lukács*. Revista Novos Rumos, n. 39,

2003, pp. 4-17. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/view/2307/1896>. Acesso em: 05/02/2014.

VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade - Elemento estratégico determinante do capital no paradigma pós-fordista*. In: Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 45-57.

VERGARA, Pedro. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1948.

VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. *Sujeito de direito e subjetivação capitalista: a invenção do homem responsável*. In: Cadernos de pesquisa marxista do Direito. v. 1. n. 1. São Paulo: Outras expressões, jul. – 2011, pp. 129-148.

VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. México, DF - Valparaíso: Edeval, 1994.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos – A Onda Punitiva*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *West Side Cury - Um bairro de alta insegurança em Chicago*. In. Margem Esquerda - Ensaio Marxistas. n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 23-32.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

_____. *O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral – Aspectos Fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.

YAMAMOTO, Oswaldo Hajime. *Marx e o método*. São Paulo: Moraes, 1994.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Criminologia da classe trabalhadora*. In: Criminologia Crítica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pp. 73-112.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1979.

_____. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. In: Cuadernos de política criminal. n. 17. Madri: Edersa, 1982, pp. 353-359.

II. Outras fontes de pesquisa

BRASIL. Anexo ao Decreto que Promulga a Convenção America sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Consulta em: 08/02/2014.

BRASIL. Censos Penitenciários. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Consulta em: 08/02/2014.

BRASIL. Código Penal – Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Consulta em: 08/02/2014.

BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF. Consulta em: 08/02/2014.

BRASIL. Pena Mínima. Série Pensando o Direito. n. 2. 2009. Versão Publicação. Disponível em: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/02Pensando_Direito.pdf. Consulta em: 08/02/2014.

BRASIL. População total do Brasil – Ministério da Saúde. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2003/a01.def>. Consulta em 08/02/2014.

BRASIL. Relatório Final da Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Consulta em: 08/02/2014.