

MÁRIO HENRIQUE DITTICIO

CRÍTICA TRIDIMENSIONAL DA REINCIDÊNCIA

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de mestre, sob a orientação do Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - 2007

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo (orientador)

"Não és bom, nem és mau: és triste e humano...

*Vives ansiando, em maldições e preces,
Como se a arder no coração tivesses
O tumulto e o clamor de um largo oceano.
Pobre, no bem como no mal padeces;
E rolando num vórtice insano,
Oscilas entre a crença e o desengano,
Entre esperanças e desinteresses.
Capaz de horrores e de ações sublimes,
Não ficas com as virtudes satisfeito,
Nem te arrependes, infeliz, dos crimes:
E no perpétuo ideal que te devora,
Residem juntamente no teu peito
Um demônio que ruge e um deus que chora."*

Olavo Bilac (Dualismo)

*"Los nadies: los hijos de nadie, los dueños de nada.
Los nadies: los ningunos, los ninguneados, corriendo la liebre,
muriendo la vida, jodidos, rejodidos:
Que non son, aunque sean.
Que no hablan idiomas, sino dialectos.
Que no profesan religiones, sino supersticiones.
Que no hacen arte, sino artesanía.
Que no practican cultura, sino folklore.
Que no son seres humanos, sino recursos humanos.
Que no tienen cara, sino brazos.
Que no tienen nombre, sino número.
Que no figuran en la historia universal, sino en
la crónica roja de la prensa local.
Los nadies, que cuestan menos que la bala que los mata".*

Eduardo Galeano

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação do tema	p. 06
1.2. Pressupostos conceituais e metodológicos	
1.2.1. Teoria tridimensional do direito	p. 08
1.2.2. Fenomenologia existencial	p. 14
1.2.3. Além do <i>labelling approach</i>	p. 25
1.3. Abordagem do tema	p. 39

2. A NORMA

p. 44

2.1. O instituto jurídico da reincidência

2.1.1. Breve histórico no Direito Penal brasileiro	p. 46
2.1.2. Conceituação, classificações e conseqüências jurídicas	p. 48

2.2. Princípios constitucionais penais

p. 52

2.2.1. Princípio do <i>ne bis in idem</i>	p. 55
2.2.2. Princípio da proporcionalidade.....	p. 58
2.2.3. Princípio da culpabilidade	p. 61

 2.2.3.1. O homem culpável pelo que é (culpabilidade de autor)

p. 65

 2.2.3.2. O homem culpável pelo que faz (culpabilidade do fato).....

p. 66

 2.2.3.3. O homem culpável pelo que faz, mas também pelo que é (conceitos mistos de culpabilidade)

p. 68

2.3. Crítica constitucional do instituto da reincidência.....

p. 70

3. O FATO

p. 74

3.1. A atuação do sistema punitivo

 3.1.1. Seletividade

p. 75

 3.1.2. Prisão

p. 81

3.2. Reincidência e controle social: estigmatização

p. 92

4. O VALOR	p. 95
4.1. O Estado Democrático de Direito e a justificação do <i>ius puniendi</i>	p. 97
4.1.1. Fins da pena	p. 100
4.2. A prevenção especial: entre o tratamento e a eliminação	p. 105
4.3. À procura do inimigo	p. 117
5. FATO, VALOR E NORMA	
5.1. Crítica tridimensional do modelo jurídico da reincidência: conclusão	p. 128
6. BIBLIOGRAFIA	p. 132
RESUMO	p. 141
ABSTRACT	p. 142

1. INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação do tema

O modelo jurídico¹ da reincidência talvez seja, em termos acadêmicos, dos mais ricos de todo o Direito Penal. E, curiosamente, talvez isso se dê em razão de que cada recaída no crime, após a intervenção punitiva do Estado, representa um símbolo do fracasso de todo o sistema penal. Mas esta não é a única razão da riqueza do tema, embora seja das mais marcantes.

De fato, habitam o âmago da reincidência, às escâncaras ou veladamente, seculares questões filosóficas, sociológicas e jurídicas, olvidadas sempre que ocorre a aplicação mecânica, acrítica, do art. 63 do Código Penal brasileiro e dos demais dispositivos penais e processuais que tratam do tema.

Falar de reincidência implica tratar, antes de tudo, da própria natureza humana, do antigo dualismo entre o bem e o mal. Os maus – os “anormais” de Foucault² – marcaram profunda e historicamente o inconsciente popular enquanto “violadores congênitos das regras morais” e, desde logo, as sociedades houveram por bem identificá-los e “tratá-los” – médica e/ou penalmente, sempre em “instituições totais”, apartadas do resto da sociedade. Aos poucos, contudo, percebeu-se a impossibilidade de se aprisionar a existência humana no mundo em categorias estanques e a ingenuidade de se classificar – rotular – os homens em bons ou maus. Mas a eterna busca por segurança nas relações humanas, contemporaneamente aguçada pela noção de “sociedade de risco”, parece fazer reviver o antigo dualismo e a imagem de guerra interna na sociedade, o que fornece um rico pano de fundo para o estudo que ora se propõe.

Em termos estritamente técnico-jurídicos, a questão da reincidência traz em seu bojo a discussão, quiçá a mais fundamental da ciência penal, sobre o conceito de

¹ Cf. M. REALE, os modelos jurídicos fazem parte da experiência jurídica como projeções das fontes do direito. São de dois tipos: os modelos dogmáticos (de caráter puramente lógico) e os modelos jurídicos estrito senso, prescritivos. Estes últimos são definidos como “*estruturas normativas de fatos segundo valores, instauradas pelas fontes de direito em virtude de um ato concomitante de escolha e prescrição*” (*Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 183-197).

² M. FOUCAULT, *Os Anormais*, trad. br. de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

culpabilidade. Elemento essencial da estrutura do delito, a configuração de culpabilidade que dado ordenamento jurídico abriga é assaz reveladora, não só das feições básicas do sistema punitivo do respectivo Estado, mas da própria concepção de cidadania e sociedade que esse Estado adota.

A análise da efetiva aplicação das normas que compõem o instituto da reincidência leva o estudioso, ainda e necessariamente, a enfrentar questões tormentosas no campo do Direito Penal, da política-criminal e da criminologia: a inerente seletividade do sistema de repressão formal e a atuação concreta deste, perfeitamente simbolizada pelos muros do cárcere, ponto final e fulcral de todo o funcionamento deste sistema. O abismo que separa teoria e prática é aqui sentido com maior intensidade, a ponto de minar a própria legitimidade do sistema punitivo, cuja ineficiência foi sempre incomodamente exposta por elevados e sempre presentes – histórica e geograficamente – índices de reincidência.

Por fim, o instituto da reincidência abriga em si a eterna discussão sobre os fins da pena e a realidade de sua execução, sobretudo quanto aos famigerados conceitos de “ressocialização”, “reeducação”, “reinserção social” do condenado. Por entre imagens de anjos e demônios parece seguir o Direito Penal, em busca de catequizar os recalcitrantes que inadimpliram as obrigações de um suposto contrato social – firmado entre iguais – e que, por isto, pagam as penas da lei. Como se verá, nada que diz respeito à reincidência é tão simples, matemático. Agora, mais do que nunca – e com os olhos voltados à atuação do sistema punitivo – pode-se afirmar que as presunções do Direito Penal continuam a convencer somente os incautos, que seguem fazendo profissão de fé da dogmática jurídica, enquanto o mundo real não deixa um instante sequer de negar todos os seus dogmas assépticos – que alguns já pretenderam imunes à realidade da vida.

Tal conjunto de questões será conduzido, no presente estudo, a partir da moldura fornecida pela teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. A análise dos fatos e valores que subjazem à norma – o instituto da reincidência – será, contudo, precedida da apresentação de seus pressupostos conceituais e metodológicos, fundamentais para que se revele, desde logo, além da própria teoria tridimensional, a concepção de homem que se defende e o horizonte dos temas a serem debatidos.

Passa-se, agora, à apresentação dos pressupostos: a teoria tridimensional do direito na formulação de Miguel Reale, a fenomenologia existencial de Martin Heidegger e as teorias criminológicas do *labelling approach* e críticas, ou radicais, cuja formação enriquecerá a compreensão histórica do objeto da presente dissertação.

1.2. Pressupostos conceituais e metodológicos

1.2.1. Teoria tridimensional do direito

Durante o fim do séc. XIX, a Ciência do Direito esteve apegada ao formalismo e ao tecnicismo³. A maioria dos juristas de então se mantinha alheia a qualquer investigação filosófica, tendo o positivismo como o tipo ideal de conhecimento: a teoria jurídica somente podia ser concebida como teoria do Direito Positivo; além das normas, somente os fatos sociais que as circundavam eram dignos de estudo, nos moldes das ciências naturais⁴. Os pandectistas germânicos, a Escola da Exegese e a escola técnico-jurídica no Direito Penal foram as principais expressões dessa concepção da ciência jurídica.

A crítica contemporânea a essa direção de pensamento coube à Escola Histórica, de Savigny e Puchta. Buscando superar o Direito Natural racionalista estático e abstrato dos dois séculos anteriores, voltaram-se à observação da realidade empírica. Acabaram, porém, por cair em uma metafísica com base no apriorismo formal dos neokantianos, “descambando para uma concepção romântica do mundo jurídico com uma acentuação demasiada do caráter espontâneo das instituições políticas”. Segundo crítica de Jhering, o “romantismo” advém da falsa percepção de que o Direito se forma “sem dor, sem pena, sem ação, como a erva dos campos”⁵.

Vivia-se, à época, a consolidação da sociedade burguesa na Europa e na América do Norte e os códigos mostravam-se como reprodução fiel das estruturas sociais, o que justificava todo o esforço juspositivista. Quando, porém, os “fatos revoltaram-se contra os códigos” (revolução industrial, movimento operário, Primavera dos Povos, Comuna de

³ Cf. M. REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 1-2.

⁴ L. RECASÉNS SICHES, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico - la filosofía del derecho en el siglo XX*, Barcelona, Editorial Labor, 1929.

⁵ *Apud* M. REALE, *Fundamentos do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 51-52.

Paris, guerras de unificação), uma nova “ventania romântica”, não idealista, abateu-se sobre os dogmáticos: nascia a escola do “Direito livre”, que, colocando em questão as rígidas estruturas positivas, aproximava a Filosofia do Direito das exigências sociais⁶. Nas palavras de um de seus principais expoentes, François Gény: “É, pois, na essência e na vida mesma do direito positivo que, antes de mais nada, nos cabe penetrar, recolocando-o no meio do mundo social, do qual ele é um elemento integrante, para estudá-lo em função das forças intelectuais e morais da humanidade, que, somente elas, lhe podem dar real valor”⁷.

O início do século XX seguiu marcado pela disputa entre “formalistas” e “finalistas”, a qual, segundo Radbruch, manteve-se constante durante toda a evolução da Ciência do Direito⁸. Os primeiros viram-se representados pelo Círculo de Viena, sobretudo Hans Kelsen. Dos últimos eram expoentes Stammler, Del Vecchio e o próprio Radbruch⁹. Vivia-se o início de um processo de crise de todo o sistema do direito, reflexo da “crise geral da civilização contemporânea”, que seria acelerado por duas guerras mundiais¹⁰. O sentimento de crise civilizacional é ressaltado por diversos pensadores do período, entre os quais Husserl, cuja vida filosófica foi inteiramente marcada por tal sensação¹¹. Restava clara a necessidade de os juristas voltarem-se à experiência da vida, aos fatos sociais; exigia-se a construção de uma Ciência Jurídica concreta, “permanentemente ligada aos processos axiológicos e históricos, econômicos e sociais”¹².

Nesse contexto, passam a ser consideradas insuficientes as concepções unilaterais do Direito. As visões do Direito como pura categoria racional (como as teorias moralistas de Gentile, Ripert e Binder), como fato social (o sociologismo jurídico), ou como pura norma (Kelsen e sua Teoria Pura do Direito), embora não conseguissem explicar satisfatoriamente o fenômeno jurídico, foram fundamentais para que, cada qual reforçando

⁶ Cf. M. REALE, *Teoria cit.*, pp. 5-6.

⁷ *Apud idem*.

⁸ G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. mex. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 96-97. Ressalte-se que o termo “finalistas” aqui usado não tem qualquer relação com a teoria finalista da ação no Directo Penal, dizendo respeito apenas à contraposição entre uma concepção “aberta” do direito, e outra “fechada” a considerações estranhas à legislação (que Radbruch denomina “formalista”).

⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Direcciones cit.*

¹⁰ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 6.

¹¹ Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia?*, trad. br. de Maria José J. G. de Almeida, 8ª ed., São Paulo, Centauro, 2003, p. 9.

¹² *Idem*, p. 8.

a importância de uma dimensão (valor, fato ou norma), surgisse a intuição de que, no fundo, a experiência jurídica seria tridimensional¹³. Assim, como atitude de superação das duas posições contrapostas, o positivismo, por um lado, com seu apego aos fatos empíricos, e o idealismo, de outro, subordinado a valores ideais, lógicos ou éticos, foi-se aos poucos universalizando a compreensão da realidade tridimensional do Direito, a partir, no início, da discriminação de perspectivas¹⁴.

Tal discriminação, segundo Miguel Reale, iniciou-se com Emil Lask e Gustav Radbruch e, no âmbito do direito anglo-saxão, com Roscoe Pound. Adeptos do culturalismo, Lask e Radbruch, sem abandonar os pressupostos kantianos, buscaram estabelecer uma ligação entre o mundo do ser e o mundo do dever ser: os valores ideais e os fatos sociais seriam ligados pelo mundo da *cultura*, em que o ser refere-se ao dever ser (juízos referidos a valores). Foi a primeira busca de superação da antinomia entre “a a-historicidade de um valor transcendente (...) e o mero significado contingente das relações de fato (...)”¹⁵.

Feita a discriminação de perspectivas ou dimensões dessa forma, atingia-se uma verdadeira divisão de tarefas: ao filósofo caberia a pesquisa dos valores, ao sociólogo, a investigação dos fatos e, ao jurista, o estudo das normas. Cada um dos elementos, pois, era concebido e considerado singularmente, a partir de um método e uma ordem particular de conhecimento. Para Lask, a visão integral do Direito adviria da integração dos três estudos; para Radbruch, adviria da “simples justaposição das perspectivas entre si irreconciliáveis e antinômicas¹⁶”. A tais concepções tridimensionais deu-se o nome de *tridimensionalidade genérica ou abstrata do Direito*¹⁷. Têm em comum o mérito de rechaçar visões unilaterais, mas falham em conceber a experiência jurídica como uma “combinação extrínseca de perspectivas”, sacrificando, por conseguinte, a unidade do Direito¹⁸.

A partir de 1940, essa concepção abstrata da tridimensionalidade, que tem *fato*, *valor* e *norma* como elementos separáveis da experiência jurídica, começou a ser

¹³ Esclarecedora exposição acerca das concepções unilaterais do Direito pode ser encontrada em M. REALE, *Fundamentos cit.*, e no Título IX de sua *Filosofia do Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

¹⁴ Cf. M. REALE, *Teoria cit.*, p. 44.

¹⁵ *Idem*, pp. 23-25, *Fundamentos cit.*, pp. 173-212.

¹⁶ M. REALE, *Teoria cit.*, pp. 25-26.

¹⁷ *Idem*. Um estudo mais amplo e específico dos autores dessa corrente tridimensionalista (além de Lask e Radbruch, Santi Romano, Hauriou, Roscoe Pound e Julius Stone), v. *Filosofia cit.*, Capítulo XXXV.

¹⁸ M. REALE, *Filosofia cit.*, p. 539.

questionada, por Wilhelm Sauer¹⁹ na Alemanha e Miguel Reale no Brasil. Argumentavam eles que os três fatores não poderiam ser concebidos apenas como “pontos de vista”, mas deveriam ser tidos como “*componentes essenciais da experiência jurídica*”²⁰, seja ela analisada por um filósofo, um jurista ou um sociólogo. Passava-se à *tridimensionalidade específica*. De fato e a rigor, somente se pode falar de teoria tridimensional “quando se afirma, de maneira precisa, a interdependência dos elementos que fazem do Direito uma estrutura social necessariamente axiológico-normativa”²¹. Trata-se de reconhecer a “consistência fático-axiológico-normativa de qualquer porção ou momento da experiência jurídica oferecido à compreensão espiritual”²². Há, porém, diversas formas de se conceber uma teoria tridimensional específica, conforme a resposta que se dê à questão da natureza da relação entre os três fatores.

Para Miguel Reale, a compreensão concreta da estrutura jurídica só pode ser atingida, em sua temporalidade, a partir de uma relação *dialética* entre fato, valor e norma. Tem-se uma *tridimensionalidade concreta e dinâmica*, a partir da qual a unidade do Direito é concebida como “unidade de *processus* essencialmente dialética e histórica”²³. Trata-se de uma relação dialética diferente da hegeliana-marxista, que é apenas uma expressão particular da *dialética de complementaridade*. Aquela identifica contrários (que co-existem) e contraditórios (que se excluem)²⁴; nesta, “dá-se a implicação dos opostos na medida em que se desoculta e se revela a aparência da contradição, sem que com este desocultamento os termos cessem de ser contrários, cada qual idêntico a si mesmo e ambos em mútua e necessária correlação”²⁵. Lembra Reale que o *princípio da complementariedade*, originalmente formulado por Niels Bohr como alternativa à contraposição, no campo da física quântica, entre adeptos da teoria corpuscular e da teoria ondulatória da luz, causou reviravolta nas ciências exatas, e o físico defendeu sua aplicação

¹⁹ Sobre a evolução do pensamento de SAUER v. *Filosofia cit.*, pp. 539-542. Do autor, dentre outros, há tradução espanhola de *Lehrbuch der rechts- und sozial-philosophie* (1929), *Filosofía jurídica y social*, trad. esp. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Editorial Labor, 1933.

²⁰ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 48, n. 45.

²¹ Cf. M. REALE, *Filosofia cit.*, p. 539.

²² M. REALE, *Teoria cit.*, p. 54.

²³ *Idem*, p. 50.

²⁴ Cf. M. REALE, *Ontognoseologia, fenomenologia e reflexão crítico-histórica*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XVI, fasc. 62, 1966, p. 164.

²⁵ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 75.

a outros campos, entre os quais a Biologia²⁶. O pensamento de Reale é prova de que o princípio é uma sólida ferramenta para a Filosofia do Direito.

Assim, a partir da “implicação-polaridade” entre *fato* e *valor* resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante. Trata-se, pois, de um movimento dialético, no qual

“(…) a implicação polar *fato-valor* se resolve num *processo normativo* de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a *compreensão operacional* compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e a sua aplicação”²⁷

O caráter dinâmico da dialeticidade da concepção de Reale reside no fato de que a norma também pode “(…) converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas”²⁸. Em termos mais simples, o Direito se renova na coexistência.

A concepção realeana desenvolve-se no contexto de repúdio, pós-Segunda Guerra, ao formalismo jurídico, e da necessidade de inserir o Direito na situação concreta da vida social. Essa tendência expressa três “diretrizes fundamentais” da cultura contemporânea: a *Filosofia existencial* e sua preocupação com os problemas da vida humana, a *Ética da Situação* e a compreensão da pessoa em sua circunstância de vida e, por fim, a *Filosofia fenomenológica*, com sua diretriz fundamental de “retorno às coisas mesmas”²⁹. É nesse contexto que deve ser entendida a Teoria Tridimensional do Direito concreta e dinâmica de Miguel Reale, cujo pensamento é marcado pela fenomenologia de Husserl.

²⁶ Cf. M. REALE, *Ontognoseologia cit.*, pp. 177-180. A física contemporânea, de fato, pode trazer novas ferramentas e reflexões para o Direito, especificamente para o Direito Penal, como se verá quando da discussão relativa ao princípio da culpabilidade.

²⁷ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 74 – grifos do autor.

²⁸ *Idem*, p. 77.

²⁹ Cf. *Idem*, no prefácio à 2ª ed.

O método fenomenológico³⁰ – sobretudo a “intencionalidade da consciência” husserliana – reflete-se na *ontognoseologia* de Reale, que busca superar o idealismo subjetivo transcendental de Husserl. Este faz desaparecer a relação concreta de conhecimento ao converter todo objeto em sujeito. É necessário perceber que sujeito e objeto se co-implicam, “um supondo o outro e cada um deles irreduzível ao outro, ambos tendo plenitude de sentido na unidade da consciência em que concreta e dialeticamente se inserem”³¹. Ainda, deve-se superar a subjetividade husserliana isolada e a-histórica, reconhecendo-se que toda reflexão transcendental é, necessariamente, uma reflexão crítico-histórica, enquanto “momento culminante” do processo ontognoseológico:

“(…) na teoria ontognoseológica, a complementariedade subjetivo-objetiva e a sua dialeticidade resultam da condição mesma de cada ser humano, como ente em relação indissociável com *algo* e com *alguém*, sendo a subjetividade necessariamente transcendência e *intersubjetividade*”³².

A determinação de Husserl de “voltar às coisas mesmas” reflete-se na busca do Direito enquanto imerso na “experiência imediata, quer individual, quer social ou comunitária”³³, dentro de determinada realidade histórico-cultural: o Direito insere-se no *mundo da vida (Lebenswelt)* da fenomenologia de Husserl³⁴. Fato, valor e norma devem ser pensados em determinadas circunstâncias históricas: “a temporalidade é inerente a qualquer das três dimensões que estruturam o fenômeno jurídico”³⁵. O Direito é visto enquanto “experiência jurídica concreta”, isto é, “realidade histórico-cultural”, a ser pesquisado em seus aspectos teóricos e práticos: “o Direito é a norma e mais a situação normada”³⁶.

O homem, assim como o direito, é “situado”. Ambos têm a estrutura do “ser-aí” (*Dasein*) heideggeriano:

³⁰ Sobre o método fenomenológico ver o tópico seguinte e respectiva bibliografia, além de M. REALE, *Filosofia cit.*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 361-373.

³¹ M. REALE, *Ontognoseologia cit.*, p. 162.

³² M. REALE, *Ontognoseologia cit.*, p. 174 – grifo do autor.

³³ M. REALE, *O Direito como Experiência – Introdução à epistemologia jurídica*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968, p. 24.

³⁴ Cf. M. REALE, *Teoria cit.*, pp. 101, 122. À p. 154, o autor discorre sobre a importância do conceito husserliano de *Lebenswelt* transposto para o campo da experiência jurídica, no qual opera como horizonte circundante em cujo âmbito se situam as fontes e os modelos do direito, assim como o homem enquanto operador de modelos prescritivos e hermenêuticos, seja ele o legislador, o litigante, o advogado ou o juiz.

³⁵ M. REALE, *O Direito cit.*, p. 218.

³⁶ *Idem* p. 189.

“(...) o homem que interessa ao Direito não é o abstrato *homo juridicus*, mas um ser concreto, que carrega consigo todas as suas circunstâncias (...) Sem atendermos à condicionalidade histórico-social do homem como personagem do Direito, arriscamo-nos a mutilar a experiência jurídica, privando-a de uma de suas características fundamentais”³⁷

É somente a partir da utilização do método fenomenológico que o fenômeno jurídico revela-se como “um fato, ordenado, normativamente, segundo determinados valores”³⁸, inserido em determinado momento histórico.

A influência de Husserl e Heidegger na Teoria Tridimensional do Direito concreta e dinâmica de Reale ficará ainda mais evidente a partir da sucinta exposição do tópico seguinte. A caracterização mais detalhada das dimensões do fato, valor e norma, no que tange ao modelo jurídico da reincidência, será realizada nos capítulos correspondentes. Ressalte-se, porém, que o estudo sucessivo dos três elementos, apenas por necessidade metodológica, não significa, de modo algum, que possam ser analisados independentemente dos demais, tendo em vista a necessária correlação dialética e complementar que une as três dimensões da experiência jurídica. Sendo assim, é fundamental que o estudo da reincidência se faça tridimensionalmente.

1.2.2. Fenomenologia existencial

A crise que forneceu o contexto histórico do surgimento das “teorias tridimensionais” no Direito também marca a gênese da fenomenologia. Como ressalta Merleau-Ponty: “o esforço filosófico de Husserl é, com efeito, destinado em seu espírito a resolver simultaneamente uma crise da filosofia, uma crise das ciências do homem e uma crise das ciências pura e simplesmente, da qual ainda não saímos”³⁹.

A derrocada dos grandes sistemas filosóficos tradicionais, à época dos primeiros trabalhos de Husserl (final do século XIX), havia cedido espaço para a Ciência, e o positivismo imaginava-se a salvo das construções metafísicas. Era, ainda assim,

³⁷ M. REALE, *Filosofia cit.*, p. 555.

³⁸ *Idem*, p. 52.

³⁹ *Apud* A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia? cit.*, p. 8.

questionado: seria possível um conhecimento humano puramente objetivo? Seria possível um “sujeito objetivo”? Não dependerão as “leis naturais” da dinâmica do psiquismo?

Franz Brentano, uma das principais influências de Husserl, buscava a superação do positivismo, ao “aceder ao concreto e à vida”, através do estudo descritivo dos fenômenos psíquicos. Husserl, contudo, negava-se a reduzir a filosofia à psicologia, rejeitava o tratamento dos fenômenos psíquicos como se fossem objetos físicos e afirmava, com Dilthey: “nós explicamos a natureza e compreendemos a vida psíquica”⁴⁰. Tratava-se, pois, para Husserl, antes de tudo, de descrever e determinar rigorosamente tais fenômenos, distanciando-se do naturalismo, que “tende a naturalizar toda a realidade”, inclusive as idéias e a consciência⁴¹, e do psicologismo, que relativiza a própria base dessas ciências⁴². A Filosofia, para Husserl, deve fundamentar-se como ciência rigorosa.

Suas *Investigações Lógicas* (1900-1903) almejam a construção de uma “terceira via” entre o “discurso especulativo da metafísica” e as ciências positivas. Antes de todo o raciocínio, buscam voltar “às coisas mesmas”: todo o fenômeno e nada mais que o fenômeno. *Fenômeno*, segundo o conceito formal, preliminar⁴³, fornecido por Heidegger é “o que se mostra em si mesmo”⁴⁴. O *logos*, por sua vez, é o discurso “que retira o que diz daquilo sobre que discorre, de tal maneira que, em seu discurso, a comunicação discursiva revele e, assim, torne acessível aos outros aquilo sobre que discorre”⁴⁵. Fenomenologia é, pois, “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”⁴⁶. Assim, cada espécie de ente revela-se de determinado modo ao investigador e “constatações filosóficas com sentido somente podem ser feitas quando fundadas nessa auto-revelação”⁴⁷.

⁴⁰ *Idem*, pp. 8-10.

⁴¹ Cf. T. R. GILES, *História do Existencialismo e da Fenomenologia*, São Paulo, EPU, 1989, p. 61.

⁴² Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia?* cit., p. 12: “que crédito, por exemplo, conceder ao psicólogo que pretende explicar pela psicologia os princípios da lógica, quando ele se utiliza desses princípios para trazer a explicação deles?”.

⁴³ Esta definição preliminar é apresentada no início de *Ser e Tempo*, §7º e desenvolvida ao longo da exposição.

⁴⁴ M. HEIDEGGER, *Ser e Tempo*, vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro, Vozes, trad. br. de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 2003, p. 61.

⁴⁵ *Idem*, p. 63.

⁴⁶ *Idem*, p. 65.

⁴⁷ E. STEIN, *Compreensão e finitude – Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*, Rio Grande do Sul, Unijuí, 2001, p. 138.

O postulado que serve de base para a atitude fenomenológica é que o fenômeno está penetrado de pensamento, e que este, por sua vez, só se revela no fenômeno⁴⁸. Husserl retoma de Brentano a noção de *intencionalidade da consciência*: consciência é sempre “consciência de alguma coisa”. Da mesma forma que ela só é consciência quando dirigida a um objeto, este é sempre *objeto-para-um-sujeito*: trata-se de uma correlação “co-original”⁴⁹.

O método fenomenológico husserliano busca a essência das coisas a partir da maneira como elas se dão à consciência, como se oferecem originariamente na intuição (descrição objetiva): “é necessário descrevê-lo de maneira neutra, como é dado imediatamente à consciência, sem se formular, logo de início, qualquer pergunta sobre a existência extramental do objeto, como algo de separável ou independente do sujeito”⁵⁰. Pela atitude fenomenológica, “a consciência não é mais uma parte do mundo, mas o lugar de seu desdobramento no campo original da intencionalidade”⁵¹; a consciência coloca-se como *transcendental*.

O fenômeno captado pela *intenção* é, em momento posterior, “reduzido” às suas notas essenciais ou *eidéticas*⁵², elevando-se de uma intuição empírica à intuição da essência (*redução eidética*), “desprezando”, *a posteriori*, “o puramente fático e particular”⁵³. Husserl passa, em momento posterior, à *redução fenomenológica*, que é “a neutralização da atitude natural, ou pôr o mundo entre parênteses”⁵⁴. A redução fenomenológica é “a passagem de um ‘realismo das essências’ à desrealização do vivido”, para captá-lo como em si mesmo se dá⁵⁵. O mundo é, em primeiro lugar, o que aparece à consciência, ou seja, simples fenômeno. Ao contrário de Descartes, o que resta da redução,

⁴⁸ Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia? cit.*, p. 13.

⁴⁹ *Idem*, p. 19.

⁵⁰ M. REALE, *Filosofia cit.*, p. 362.

⁵¹ A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia? cit.*, p. 21.

⁵² *Eidos* é um dos termos utilizados por Platão para indicar *idéia* e por Aristóteles, para indicar *forma*. A filosofia contemporânea, a partir de Husserl, utiliza-o para indicar a “*essência* que se torna evidente mediante a redução fenomenológica” (Cf. N. ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.308).

⁵³ *Idem*. *A contrario sensu*, lembra REALE que a fenomenologia conta entre seus méritos o de ter restituído dignidade “àquilo que é particular e específico, quando visto em sua *essência*, como via de revelação do universal” (*Filosofia cit.*, p. 366).

⁵⁴ N. ABBAGNANO, *Dicionário cit.*, p. 837.

⁵⁵ Cf. J. BEAUFRET, *Introdução às Filosofias da Existência*, trad. br. de Salma Tannus Muchail, São Paulo, Duas Cidades, 1976, p. 124.

seu “resíduo”, não é só o *eu penso (ego cogito)*; graças à *intencionalidade*, o resíduo da redução husserliana, é o eu penso e seu objeto de pensamento (*ego cogito cogitatum*)⁵⁶.

Reale reconhece que a orientação fenomenológica implica “um processo analítico de grande alcance”⁵⁷ e, utilizando-se dela, busca, como ressaltado no tópico anterior, superá-la, sobretudo quanto à limitação do *Eu* transcendental husserliano, que seria, nos primeiros momentos de sua fenomenologia⁵⁸, alheio a considerações históricas. Husserl, contudo, parece hesitar quanto a seu “idealismo” em obra póstuma (*A Crise da Ciência Européia e a Fenomenologia Transcendental* - 1959), admitindo, sob influência de Heidegger, a necessária colocação desse *Eu* sob os influxos do *Lebenswelt* e do devir histórico⁵⁹, sem, contudo, haver compreendido a centralidade de tais constatações. Para Reale, assim como para Heidegger, desde antes do “novo Husserl” a fenomenologia já trazia consigo a exigência de uma passagem da reflexão subjetiva à reflexão crítico-histórica⁶⁰ e é nesse contexto que Reale utiliza o método fenomenológico em suas investigações sobre o Direito. Miguel Reale percebeu, com Heidegger, a necessidade de superação de Husserl, no sentido de que não é possível a redução da realidade a “um horizonte transcendental do puro eu”⁶¹: urge inserir a investigação no *mundo da vida*. É, sobretudo, quanto a esse aspecto que a filosofia heideggeriana rompe com Husserl. A idéia do mundo da vida é o elemento axial da obra de Heidegger, “o fulcro para a crítica a seu mestre e, simultaneamente, o elemento que sacode, perigosamente, toda a fenomenologia transcendental porque problematiza a radicalidade da redução na filosofia de Husserl”⁶², como será visto adiante.

Heidegger foi o primeiro a perceber a riqueza e os novos campos de investigação abertos pelo método fenomenológico: “a compreensão da fenomenologia depende unicamente de se apreendê-la como possibilidade”⁶³. E foram várias as escolas

⁵⁶ Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia?* cit., p. 22.

⁵⁷ M. REALE, *Filosofia* cit., p. 366.

⁵⁸ Segundo lição de G. FUNKE, a fenomenologia de Husserl pode ser dividida em cinco fases: psicológica, formal-lógica, constitutiva transcendental, metafísica da consciência e histórico-crítica (*apud* E. STEIN, *Compreensão* cit., p. 139).

⁵⁹ Cf. M. REALE, *Ontognoseologia* cit., pp. 188-189: Husserl, lembra REALE, constatou em seu obra póstuma que “o eu puro não é nada sem os seus atos, sem o seu fluxo de vivências, sem a vida toda viva que, pode-se dizer, brota dele mesmo. O eu puro não é, pois, nada sem o que ele possui”.

⁶⁰ *Idem*, p. 193.

⁶¹ *Idem*, p. 153.

⁶² *Idem*, p. 149.

⁶³ M. HEIDEGGER, *Ser* cit., pp. 69-70.

fenomenológicas que se desprenderam de Husserl: a fenomenologia descritiva (Reinach, Koyré, Conrad, Ingarden), a fenomenologia transcendental (Heidegger, Kauffman, Becker), a fenomenologia psicológico-descritiva (Fischer, Walter, Spiegelberg), a fenomenologia dos valores (Max Scheler, Nicolai Hartmann) e a fenomenologia hermenêutica (Heidegger, Gadamer, Löwith)⁶⁴.

Heidegger é o responsável por levar a fenomenologia a enfrentar a tarefa mais fundamental de todas: a questão do *ser*. A fenomenologia, de fato, já trazia consigo a necessidade de uma ontologia: como Husserl “jamais concebeu o fenômeno como separado do ser”, se este se dava naquele, o estudo do fenômeno necessariamente levaria ao estudo do ser, o que já havia sido intuído pelo próprio Husserl⁶⁵. Coube a Heidegger fazê-lo, tendo a fenomenologia como o método de sua ontologia.

Para Heidegger, a metafísica (“perguntar além do ente para recuperá-lo, enquanto ente em sua totalidade”), é a história da verdade sobre o *ente*⁶⁶. A questão sobre a verdade do ser, seu ponto de apoio, foi esquecida, de Anaximandro a Nietzsche: “pelo fato de a metafísica interrogar o ente, enquanto ente, permanece ela junto ao ente e não se volta para o ser enquanto o ser”⁶⁷; “ela visa ao ente em sua totalidade e fala do ser”⁶⁸. Não se trata, contudo, de rechaçar a metafísica, já que o homem, enquanto *animal rationale* será sempre *animal metaphysicum*, mas de buscar seu fundamento historicamente esquecido: o *ser*⁶⁹, que a fenomenologia investigará a partir do *fenômeno*.

Para a fenomenologia de Heidegger, o ser não é fenômeno, mas “o que se oculta no que se manifesta”, num eterno jogo de velamento/desvelamento. Retomando a *aletheia* de Aristóteles, a fenomenologia heideggeriana quer *desvelar* o que não se mostra no manifestar-se do ser de modo fenomênico. O ser, porém, ao contrário de Kant, não se oculta atrás dos fenômenos, mas é *transfenomenal*, por anunciar-se através deles⁷⁰. “Desformalizando” o conceito formal de fenômeno (“o que se mostra em si mesmo”), Heidegger afirma que a fenomenologia quer fazer ver “justo o que *não* se mostra

⁶⁴ Cf. E. STEIN, *Compreensão cit.*, p. 140.

⁶⁵ Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia? cit.*, p. 117.

⁶⁶ M. HEIDEGGER, *Que é a Metafísica?*, in *Coleção Os Pensadores*, trad. br. de Ernildo Stein, São Paulo, Nova Cultural, 1999, pp. 61-67.

⁶⁷ *Idem*, p. 78.

⁶⁸ *Idem*, p. 80.

⁶⁹ *Idem*, p. 78.

⁷⁰ Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia? cit.*, p. 119.

diretamente e na maioria das vezes e sim se mantém *velado* frente ao que se mostra diretamente e na maioria das vezes”⁷¹.

“Assim, o desvelamento é o ser fazendo-se luz na sua dignidade originária de desvelado e enquanto aquilo que unicamente dá a todo ente a garantia de ser o que é, enquanto aquilo que unicamente torna possível o ente enquanto tal em sua totalidade, percebido sob a forma de uma presença que eclode”⁷².

Ainda, o ser, que se dá à consciência como fenômeno, é para si mesmo seu próprio fundamento. Como o ser de Parmênides, ele é em si, idêntico a si mesmo e cheio de si mesmo. Não depende mais, por conseguinte, de um “suporte externo”, seja da subjetividade de uma consciência ou da “subjetividade divina criadora”⁷³. O ser, pois, pode ser desvelado a partir do fenômeno, longe do “abismo subjetivista” de uma consciência “ensimesmada”. Atingir o ser pressupõe, entretanto, uma análise fenomenológica do ser do homem.

Embora parta da análise do existencial do homem, o objetivo de Heidegger é a questão do ser em geral. Sua ontologia, pois, ao contrário do movimento existencialista, não é um humanismo. Suas pretensões vão além do ser do homem, embora partam dele: ele se coloca a pretenciosa “tarefa de destruição da história da ontologia”⁷⁴, a história do esquecimento do ser.

A questão do homem é, portanto, “prejudicial” à questão do ser, em razão de seu múltiplo primado (ôntico, ontológico e ôntico-ontológico) frente a todos os outros entes⁷⁵.

Uma análise *existencial* do homem inevitavelmente levará Heidegger a, seguindo Husserl, afastar-se radicalmente da filosofia do sujeito/consciência, que, com Descartes, iniciou a época moderna e atingiu seu ápice em Nietzsche. Em sua crítica ao subjetivismo moderno, Heidegger acusa esta tradição de conceber a relação do homem com o mundo como uma relação de assimilação da exterioridade pela interioridade, percebendo o conhecimento segundo o “modelo do comestível e do digestivo”. Contra tal concepção,

⁷¹ M. HEIDEGGER, *Ser cit.*, p. 66.

⁷² J. BEAUFRET, *Introdução cit.*, p. 85.

⁷³ A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia? cit.*, p. 120.

⁷⁴ M. HEIDEGGER, *Ser cit.*, §6º.

⁷⁵ *Idem*, p. 40.

Heidegger sustenta que o mundo “não entra na consciência”, mas é esta que foge insistentemente em direção ao mundo⁷⁶. Nestes termos dar-se-ia a convivência humana:

“O encontro com os outros não se dá numa apreensão prévia em que um sujeito, de início já simplesmente dado, se distingue dos demais sujeitos, nem numa visão primeira de si onde então se estabelece o referencial da diferença. Eles vêm ao encontro a partir do *mundo* em que o ser-á se mantém, empenhado em ocupações guiadas por uma circunvisão”⁷⁷.

Sua revolucionária análise fenomenológico-existencial do homem tem como conceito-chave o *Dasein* (*ser-á*)⁷⁸, que designa o modo de ser humano. *Ser-á* traz, de início, a idéia de um “homem situado”. Não se trata, apenas, de uma “espacialidade referencial” entre objetos, mas sim de uma “*espacialidade existencial originária*” do ser-á⁷⁹.

Este “estar em situação”, ademais, atinge seu máximo desenvolvimento com a concepção fulcral de Heidegger, a de que a “essência” do homem funda-se em sua existência: “a *substância* do homem é a *existência* e não o espírito enquanto síntese de corpo e alma”⁸⁰. Essa existência implica, além do estar “em situação”, ser o *Dasein*, desde sempre, “absorvido” pelo mundo: “o ser-á se entende a partir de seu mundo”⁸¹.

O mundo, por sua vez, é, por definição, *mundo compartilhado*: o ser-á jamais se dá sem mundo e jamais se dá isolado dos outros. “O próprio ser-á só é na medida em que possui a estrutura essencial do ser-com, enquanto ‘co-ser-á’ que vem ao encontro de outros”⁸². *O ser-em é ser-com os outros*, mas, conforme ressaltado por Heidegger, os

⁷⁶ Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia?* cit., p. 97-98.

⁷⁷ M. HEIDEGGER, *Ser cit.*, p. 170 – grifo no original.

⁷⁸ O termo *ser-á* foi utilizado como tradução de *Dasein*, em substituição a “pre-sença” utilizada na tradução brasileira. Seguiu-se a tradução espanhola (“*ser ahí*”), por representar melhor o sentido conferido pelo autor ao conceito, bem como por seguir sua sugestão feita ao tradutor francês da obra (“*être-le-là*”).

⁷⁹ *Idem*, p. 170: “W. v. Humboldt observou várias línguas que exprimem o ‘eu’ pelo ‘aqui’, o ‘tu’ pelo ‘aí’, o ‘ele’ pelo ‘lá’, portanto línguas que, numa formulação gramatical, exprimem os pronomes pessoais pelos advérbios locativos (...) O ‘aqui’, ‘lá’, ‘aí’ não são primariamente mera determinação de lugar dos entes intramundanos, simplesmente dados em posições espaciais, e sim caracteres da espacialidade originária do ser-á”.

⁸⁰ *Idem*, p. 168.

⁸¹ *Idem*, p. 171.

⁸² *Idem*, p. 172.

outros não são aqueles dos quais o *eu* se isolaria, mas aqueles dos quais, “na maior parte das vezes, *ninguém* se diferencia propriamente, entre os quais também se está”⁸³.

O *Dasein* é, por conseguinte, *ser-aí-no-mundo-com-os-outros*. Ser é *coexistir* em determinado *contexto*. A *existência* do *ser em situação*, que expressa o “liame indestrutível que nos une ao mundo e impede a consciência de ser jamais um *cogito* puro, concebível sem essa relação”, é resultado, lembra Merleau-Ponty, da redução fenomenológica aplicada por Heidegger ao problema do ser do homem. *Ser em situação* implica que o sujeito jamais é puro sujeito e o objeto jamais é puro objeto⁸⁴.

O ser-aí, então, é dado desde sempre no mundo compartilhado, mas não como objeto; ele “é” seu mundo, “numa familiaridade original que funda toda relação posterior de sujeito a objeto e todo conhecimento”⁸⁵. Não se trata mais, portanto, de um sujeito transcendental, dado *a priori* antes do mundo, mas de uma *existência*, desde sempre, *em facticidade*: o ser-aí foi, desde já, *lançado ao mundo*⁸⁶. Na expressiva imagem de Pascal, é como estar embarcado e acordar em plena viagem⁸⁷. O ser-aí é, portanto e de certa forma, desde sempre, “prisioneiro” dos fatos.

Inevitavelmente, pois, a facticidade restringe a liberdade do *Dasein*, atua como um diminuidor de possibilidades. Mas essa limitação não esgota sua existencialidade. O ser-aí não é somente necessidade.

O “*aí*” remete, para além do mundo e da facticidade, para a realização do ser *no* homem. Somente o homem *existe* sendo “apelado, interpelado” pelo ser⁸⁸. O “*aí*” é, em *Ser e Tempo*, o “lugar em que o ser se manifesta”. É, pois, na abertura do ser-aí que se dá a manifestação do ser do ente⁸⁹. É a característica que Heidegger designa como *transcendência*. Sua função está em “fazer claramente eclodir alguma coisa que, sem esta condição, permaneceria fundamentalmente encoberta”⁹⁰. Este *estado de ser aberto* opõe-se

⁸³ *Idem*, p. 170 – grifo no original

⁸⁴ Cf. A. DARTIGUES, *O que é a Fenomenologia?* cit., p. 95.

⁸⁵ *Idem*, p. 133.

⁸⁶ Cf. N. ABBAGNANO, *Dicionário cit.*, p. 424: A facticidade “é o que caracteriza a existência como *lançada* ao mundo”.

⁸⁷ J. BEAUFRET, *Introdução cit.*, p. 27.

⁸⁸ *Idem*, p. 96.

⁸⁹ Cf. E. STEIN, *Compreensão cit.*, p.197.

⁹⁰ Cf. J. BEAUFRET, *Introdução cit.*, pp. 21-23.

ao que antes era cerrado sobre si: “a consciência identifica-se com sua própria abertura ao mundo e aos outros homens”⁹¹; o *Dasein* projeta-se para fora de si.

É nessa abertura, como modo de ser do ser-aí, que radica sua *liberdade*. Ela, por sua vez, liga-se intimamente à *compreensão* (*Verstehen*), que é o movimento mesmo da *transcendência*⁹². Compreender, assim como *estar lançado*, é a “forma originária de realização do ser-aí humano enquanto ser-no-mundo”⁹³. Além disso, “na compreensão subsiste, existencialmente, o modo de ser do *Dasein* enquanto poder-ser”; a “compreensão é o ser desse poder-ser”⁹⁴:

“(...) em si mesma, a compreensão possui a estrutura existencial que chamamos de *projeto* (*Entwurf*). A compreensão projeta o ser do *Dasein* para a sua destinação (...) O caráter projetivo da compreensão constitui o ser-no-mundo no tocante à abertura do seu aí, enquanto aí de um poder-ser. O projeto é a constituição ontológico-existencial do espaço de articulação do poder-ser de fato. E, na condição de lançado, o *Dasein* se lança no modo de ser do projeto (...) O projeto sempre diz respeito a toda a abertura do ser-no-mundo”⁹⁵.

A constituição ontológico-existencial do ser-aí humano é, portanto, a *liberdade* (poder-ser) de um ser que se projeta, transcendendo ao mundo a partir da compreensão de si mesmo e dos outros entes, compreensão que é, ela própria, como o poder-ser, limitada pela facticidade. A “hermenêutica da facticidade” gadameriana ressalta, com Heidegger, que “a possibilidade como existencial não significa um poder-ser solto no ar, no sentido da ‘indiferença do arbítrio’ (*libertas indifferentiae*)”⁹⁶, pois se trata de um ser que, desde sempre, já foi, de maneira que a sua liberdade se choca na “facticidade de seu ser”: o projeto é necessariamente um projeto finito⁹⁷.

⁹¹ *Idem.*

⁹² Cf. H. G. GADAMER, *Martin Heidegger e o significado de sua “hermenêutica da facticidade” para as ciências humanas*, in *O problema da consciência histórica*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 40.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Cf. M. HEIDEGGER, *Ser cit.*, p. 198.

⁹⁵ *Idem*, pp. 200-201.

⁹⁶ *Idem*, pp. 198-199.

⁹⁷ Cf. H. G. GADAMER, *Martin Heidegger cit.*, p. 44.

A análise heideggeriana nega, pois, o livre arbítrio “solto no ar”, fruto de uma consciência transcendental onipotente, tanto quanto nega o determinismo positivista que faz do homem um autômato que responde cegamente às exigências factuais. Longe, portanto, de ter a existência inalterada dos demais entes, o *Dasein* é essencialmente um *poder-ser*, um *projetar-se* intrinsecamente ligado à facticidade:

“(...) o projeto é um arrancar-se ao passado e ao determinismo que faz depender o presente (efeito) do passado (causa). Projetar é, ao inverso do determinismo, fazer depender o presente do futuro, definir o que é a partir do que não é. Conseqüentemente, a liberdade não deve ser concebida como um atributo que seria dado à consciência antes de toda ação, ao contrário, ela não existe senão pela própria ação, portanto, no engajamento concreto que realiza uma liberdade que não pode ela própria existir senão como liberação”⁹⁸.

Em total oposição ao determinismo, pois, a liberdade em Heidegger é o “fundamento dos fundamentos”, característica principal do ser-aí; é o poder de o *Dasein* pôr-se a si mesmo e ao mundo como “ipseidade” através do ato constitutivo da transcendência. De certo modo, portanto, equivalem-se transcendência e liberdade: esta não é mais do que “*ir além do mundo*”. Da mesma forma Jaspers, para quem só é possível a liberdade com e através da transcendência. No mesmo sentido da radicalidade da liberdade está Sartre, para quem o homem não pode ser senão livre⁹⁹. À necessidade opõe-se a *possibilidade*. E, sendo o homem *aí*, sua liberdade jamais está só, “pois é da sua natureza não se realizar sem cúmplices: o seu perpétuo desvencilhamento funda-se em sua força de participação no mundo”¹⁰⁰.

Ser e Tempo desenvolve-se até enfrentar a questão da morte, percebida como um *a priori* da condição humana, termo final da facticidade. O ser-aí é também *ser-aí-para-a-morte*¹⁰¹. A parte II do tratado destina-se à relação do *Dasein* com o tempo, da temporalidade essencial da existência. Lembra Heidegger que, de fato, durante toda a história da filosofia o pensamento sobre o ser do homem sempre se vinculou ao tempo¹⁰².

⁹⁸ M. HEIDEGGER, *Ser cit.*, p. 111.

⁹⁹ Cf. M. REALE, *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 38.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 45.

¹⁰¹ Cf. J. BEAUFRET, *Introdução cit.*, p. 25.

¹⁰² Cf. E. STEIN, *Compreensão cit.*, p. 291.

Para o filósofo alemão, tal condição adquire centralidade, pois, para ele, “um ser = um ente = um sendo; a natureza do ente, do sendo, é como aquela de uma corda estendida entre o passado e o futuro; o sendo é um passado que já foi e um futuro que será”¹⁰³.

Para Heidegger, entretanto, o tempo não é algo de fora que se imporia ao ser-aí. O tempo “é o homem mesmo como ser no mundo”¹⁰⁴, enquanto tolhido na facticidade e possuído pela morte, bem como na “ultrapassagem gloriosa do projeto”¹⁰⁵, que revela a radicalidade de sua liberdade voltada para o futuro.

A compreensão ontognoseológica, crítico-histórica, da experiência jurídica, conforme o pensamento de Reale, abriga uma concepção de pessoa que se aproxima inegavelmente do *Dasein* heideggeriano, ao buscar compreender o homem como “singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência”¹⁰⁶, projetado para o futuro:

“A reflexão crítico-histórica não deve ser entendida empiricamente como um descritivo dobrar-se sobre o passado, em busca de um sentido pretensamente predeterminado da experiência humana, mas é antes um inserir-se na temporalidade, como passado e perspectiva e prospectiva do futuro, para a compreensão concreta da subjetividade, como intersubjetividade, socialidade e história”¹⁰⁷.

Reale ainda acrescenta ao *Dasein* de Heidegger a dimensão valorativa, revelando sua “natureza axiológica”, ao conceber a pessoa como “imaneente possibilidade constitutiva de valores”, já que o homem é, também, a “história por fazer-se”, em que o futuro se mostra como possibilidade e tensão, como “abertura para o projetar-se intencional de nossa consciência, em uma gama constitutiva de valores”. Nesse sentido, “*o ser do homem é seu dever ser*”, o que revela o enraizamento ontológico do problema do valor, na medida em

¹⁰³ J. A. MAMAN, *Fenomenologia existencial do direito – Crítica do pensamento jurídico brasileiro*, São Paulo, Edipro, 2000, p.52.

¹⁰⁴ Cf. J. BEAUFRET, *Introdução cit.*, pp. 30-31.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 31.

¹⁰⁶ A “singularidade” da pessoa deve ser entendida não como uma subjetividade enclausurada em si mesma, mas no sentido de tê-la como o valor-fonte da experiência ética, pois “toda pessoa é única e nela já habita o todo universal” (M. REALE, *Teoria cit.*, p. 135).

¹⁰⁷ M. REALE, *Ontognoseologia, cit.*, p. 201.

que nasce da “falta de plenitude, da limitação e carência do ser humano”, que sempre é chamado a transcender-se¹⁰⁸.

Esta sucinta exposição da fenomenologia existencial heideggeriana obviamente não pretende esgotar duas filosofias das mais poderosas do século XX, tampouco servir como suficiente introdução às obras de Husserl e Heidegger. Foram ressaltados somente os pontos destas filosofias que, ligando-se ao pensamento de Miguel Reale, podem ser úteis ao desvelamento do modelo jurídico da reincidência de maneira tridimensional, objeto deste estudo.

Passar-se-á, agora, à apresentação do último pressuposto metodológico desta dissertação, o qual, assim como a fenomenologia e seus desenvolvimentos fizeram na filosofia, revolucionou o pensamento em seu campo de atuação, a criminologia. O *labelling approach*, como se verá, recolhe algumas das idéias principais do pensamento fenomenológico para encerrar, finalmente, a proeminência positivista no estudo do crime e abrir caminho para uma “nova criminologia” – crítica, radical - que situe o homem e a questão penal no contexto mais amplo das estruturas sociais.

1.2.3. Além do labelling approach

O início da criminologia como ciência (entendida esta como um “universo de discurso autônomo”) é questão discutida entre os doutrinadores. A maioria deles tende a fixar tal início no positivismo naturalista¹⁰⁹. Figueiredo Dias e Costa Andrade discordam de tal posicionamento, e identificam a escola clássica como o início da ciência criminológica, “por sua natureza sistemática”¹¹⁰. Em que pese a divergência, irrelevante para o estudo aqui desenvolvido, é importante uma análise sumária do pensamento criminológico da escola clássica, à qual o positivismo reagiu.

¹⁰⁸ São de ABBAGNANO as afirmações de que “a transcendência do ser do homem com relação ao homem é a condição primeira e fundamental do problema do valor” e de que “o valor não poderia ser transcendência e normatividade se não constituísse o ser mesmo do homem, aquilo que o homem substancialmente é e é chamado a ser” (*apud* M. REALE, *Teoria cit.*, p. 138).

¹⁰⁹ Cf. A. BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, trad. br. Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999, p. 29.

¹¹⁰ J. de F. DIAS - M. da C. ANDRADE, *Criminologia – O Homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra, 1997, p. 6. Esses autores, porém, destacam que antes dos clássicos já houve especulações sobre o crime em, dentre outros, Platão, Aristóteles, São Tomás e Tomas More.

O nascimento da ciência do Direito Penal, como é sabido, remonta ao Iluminismo. É este movimento¹¹¹ que condiciona ideologicamente o moderno Direito Penal como reação racionalista e humanista ao direito punitivo do Antigo Regime, que tinha como objetivo a disseminação do terror entre os membros da sociedade e a reafirmação do poder do soberano¹¹².

Coube a Beccaria sintetizar e sistematizar as principais inspirações reformistas do Iluminismo no campo penal, que tomaram forma jurídica através da construção levada a cabo pela chamada Escola Clássica (Carrara, Carmignani, Rossi). Coube a ela fixar alguns dos princípios básicos do Direito Penal: legalidade, humanidade, racionalidade e proporcionalidade das penas¹¹³.

Toda a construção clássica assentava-se sobre a imagem do contrato social, sobretudo na liberdade moral absoluta do homem, capaz de eleger livremente entre ações possíveis. Fundava-se o binômio livre arbítrio-pena retributiva como o centro do Direito Penal¹¹⁴, no interior do qual o delito assumia a forma racionalista de um ente jurídico, como mera violação à lei. O homem que cometia tal violação, entendido como racional, livre e igual aos demais, não era objeto de investigação.

Como reação a tais concepções, em especial à conceituação clássica do delito como ente jurídico, desligado da personalidade do delinqüente, e em razão do propalado fracasso do combate à criminalidade inspirado em tal modelo¹¹⁵, desenvolveu-se, no final do século

¹¹¹ “Não é propriamente correto chamarmos o iluminismo de uma ideologia da classe média, embora houvesse muitos iluministas – e foram eles os politicamente decisivos – que assumiram como verdadeira a proposição de que a sociedade livre seria uma sociedade capitalista. Em teoria seu objetivo era libertar todos os seres humanos. Todas as ideologias humanistas, racionalistas e progressistas estão implícitas nele, e de fato surgiram dele (...) É mais correto chamarmos o iluminismo de ideologia revolucionária (...), pois implicava a abolição da ordem política e social vigente na maior parte da Europa” (E. J. HOBSBAWM, *A Era das Revoluções – 1789-1848*, trad. br. de Maria Tereza Lopes Teixeira, 12ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000, p. 38).

¹¹² Cf. M. FOUCAULT, *Vigiar e punir*, trad. br. Ligia M. P. Vassalo, Petrópolis, Vozes, 1977.

¹¹³ Cf. J. A. SAINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 45-56. Lembre-se que a denominação “escola clássica” foi feita pelos positivistas, e engloba pensadores com divergências importantes.

¹¹⁴ Cf. F. MANTOVANI, *El Siglo XIX y las Ciencias Criminales*, Santa Fé de Bogotá, Themis, 2000, pp. 16-18.

¹¹⁵ Não se pode, obviamente, imputar aos clássicos o aumento das taxas de criminalidade e reincidência, pois se vivia, desde a metade do século XIX, todos os efeitos sociais causados pela Revolução Industrial, como o nascimento do movimento operário, o repentino crescimento dos centros urbanos, além da Primavera dos Povos, a Comuna de Paris e as guerras de unificação.

XIX, com base na filosofia positivista naturalista (influenciada por Darwin, Spencer e outros), a Escola Positiva Criminológica.

Lombroso (*L'uomo delinquente* – 1876)¹¹⁶, Ferri (*Sociologia criminale* – 1900)¹¹⁷ e Garofalo (*Criminologia* – 1905)¹¹⁸, principais expoentes dessa escola, comungavam que a compreensão do delito não se podia ater exclusivamente ao campo jurídico, mas, antes, devia remontar às causas que deram origem ao comportamento criminoso. Iniciava-se o paradigma etiológico-explicativo, sendo que o fundamental princípio dessa escola era o rígido determinismo, em total contraste com o livre-arbítrio defendido pelos clássicos. Ou seja, diferenciava-se o indivíduo delinqüente, tido como “diferente”, “doente”, dos demais indivíduos “normais”, respeitadores da lei penal. Lombroso enfatizava os aspectos bio-antropológicos do delinqüente; Ferri acentuava os fatores sociais, e Garofalo introduziu os fatores psicológicos. Mudou-se, portanto, o paradigma de investigação: do delito, na escola clássica, ao delinqüente, na escola positivista¹¹⁹.

Abria-se espaço à classificação tipológica dos criminosos, sendo o mais notável deles a figura do criminoso nato, aquele que, em razão de traços atávicos congênitos, não podia evitar o cometimento de delitos. Ao criminoso, doente, respondia-se com uma pena, o remédio. A base do Direito penal passou do binômio livre arbítrio-pena retributiva à periculosidade social-medida de segurança¹²⁰.

Lançando mão do método experimental, indutivo, a partir da concepção causal-determinista das ações humanas, a Escola Positivista tentou fazer frente às três limitações da Escola Clássica¹²¹: ter relegado o Direito Penal e o réu a um direito natural racionalista, alheio às realidades social e individual; a ausência de considerações preventivas quanto à finalidade da pena, sobretudo quanto à idéia de prevenção especial; o abandono teórico da execução da pena. Respondeu-se com um estudo “científico” aprofundado do delinqüente,

¹¹⁶ C. LOMBROSO, *O Homem Delinqüente*, trad. br. de Maristela B. Tomasini e Oscar A. C. Garcia, Porto Alegre, Ricardo Lenz, 2001 (tradução baseada na 2ª ed. francesa).

¹¹⁷ E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, trad. esp. de Jose Arturo Rodriguez Munoz, Madrid, Reus, 1933.

¹¹⁸ R. GAROFALO, *Criminologia : estudo sobre o delicto e a repressão penal*, trad. port. de Júlio Matos, 3ª ed., Lisboa, Teixeira, 1916.

¹¹⁹ Cf. A. BARATTA, *Criminologia cit.*, p. 39 e J. de F. DIAS - M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, pp. 10-17.

¹²⁰ Cf. F. MANTOVANI, *El Siglo cit.*, p. 20.

¹²¹ *Idem*, pp. 18-19.

com a eleição da prevenção especial (positiva e negativa, quando impossível aquela) como finalidade última da pena e com grande atenção à sua execução, que passou a ter verdadeiro caráter médico de “tratamento”.

O positivismo desenvolveu-se e viu nascer de seu bojo uma corrente com alguma influência, principalmente na Espanha e América Latina: o Correcionalismo, cujo principal expoente, em fins do século XIX e início do século XX, foi Pedro Dorado Montero. A base teórica imediata do Correcionalismo é a filosofia de Krause, inicialmente aplicada ao campo penal, na Alemanha, por Roeder (*Comentatio ad poena malum esse debeat* – 1839)¹²².

Essa escola assenta-se sobre a base de que a pena representa um bem para o delinqüente e, pois, para o Estado e a sociedade. Assim, a base do Direito passa a ser a necessidade, não o poder. E o cidadão mais necessitado, para o Correcionalismo, é o delinqüente, incapaz de se autogovernar para uma vida livre, por um defeito em sua vontade. Este, pois, tem o *direito* de ser corrigido através da pena¹²³.

Dorado Montero parte de postulados positivistas e correcionalistas para construir um novo modelo de Direito Penal: o *Direito Penal protetor dos criminosos*, que substituiria o antigo Direito Penal, retributivo e intimidatório. O penalista espanhol afirma que, à inestimável contribuição positivista, há que se agregar uma nova idéia reitora, uma nova concepção fundamental: a de que a pena é uma coisa boa, útil e amável para todos¹²⁴. Sem esta nova concepção, as descobertas positivistas não conseguem se desvencilhar dos “cimentos do edifício antigo”¹²⁵ [clássico], sobretudo da concepção da pena como algo repressivo e, portanto, mal. Essa é a razão pela qual alguns autores classificam seu pensamento como “positivista crítico”¹²⁶.

O Correcionalismo “puro” também é criticado por Dorado Montero, em razão de seu apego metafísico e descuido de certas causas orgânicas e sociais que formam o ambiente deformador da vontade do delinqüente. A principal crítica, porém, diz respeito ao

¹²² Cf. J. A. SAINZ CANTERO, *La Ciencia cit.*, pp. 139-140.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Cf. P. DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho Penal*, Madrid, Imprenta de la revista de legislación, 1895, pp. IX-X.

¹²⁵ *Idem.*, p. XI.

¹²⁶ J. CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª ed., Tecnos, 1996, p. 95.

vício essencial da escola: o de admitir e colocar como base do Direito Penal a liberdade do agente, incompatível, a seu ver, com o sentido interno do sistema correcional. O que é essencial do Correcionalismo e foi aproveitado é a idéia de que o criminoso é um indivíduo inferior que necessita de ajuda, sendo seu direito, pois, a aplicação de uma pena, não como um castigo, mas como um bem, como tutela dele e da sociedade. “O sistema penal do futuro deve ser algo como a união da escola Correcionalista e da Positiva, a infusão do espírito da primeira com o acúmulo de dados da segunda”¹²⁷.

Outra expoente do Correcionalismo foi Concepción Arenal¹²⁸, cujos interesses voltaram-se, sobretudo, à execução da pena privativa de liberdade. Assim como Dorado Montero, crê que o cárcere é fundamental em dois sentidos: afastar o delinqüente do meio que corrompeu sua vontade e reformá-lo.

Contemporaneamente, outro movimento derivado do positivismo é a Defesa Social, que surgiu logo após a 2ª Guerra Mundial (1945), com a fundação, por Filipo Gramatica, do Centro de Estudos de Defesa Social, em Gênova¹²⁹. Três anos após a fundação do Centro, a ONU criou uma Seção de Defesa Social.

O fato de ser tributária do Positivismo não significa, contudo, que seja ela uma continuação deste movimento. Na verdade, a Defesa Social é herdeira do Positivismo no que este movimento mostrou-se como uma “revolta” contra a escola clássica do Direito Penal. É esse espírito renovador que seus principais expoentes, Gramatica e Marc Ancel insistem como sendo uma de suas mais peculiares características.

Como origens remotas do movimento, Marc Ancel indica a filosofia de Platão, os antigos direito chinês e muçulmano e a experiência das *Houses of Correction*, destinadas a “imprimir, pela prática do trabalho, o hábito de uma vida regular a ociosos, vadios ou marginais”¹³⁰. O primeiro, contudo, a formular uma doutrina autônoma de defesa social foi Adolphe Prins, em 1910 (*La Défense Sociale et lês transformations du droit penal*). Seu principal objetivo foi buscar suprir as deficiências da doutrina “clássica” da

¹²⁷ P. DORADO MONTERO, *Problemas cit.*, pp. XII-XV – tradução livre.

¹²⁸ C. ARENAL, *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, Madrid, Victoriano Suárez, 1900.

¹²⁹ Todas as notas referentes à Nova Defesa Social foram extraídas do “manifesto” do movimento: M. ANCEL, *A Nova Defesa Social – Um movimento de política criminal humanista*, trad. br. de Osvaldo Melo, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

¹³⁰ P. 35.

responsabilidade moral, que deixava “a Sociedade indefesa em relação aos criminosos mais perigosos”¹³¹. Tratava-se, primeiramente, de substituir a noção de responsabilidade moral pela noção de periculosidade do delinqüente, voltada a combater não o ato passado, mas o “estado permanente” do indivíduo. Mostra-se clara a influência de Garofalo.

Até 1914, no entanto, as medidas típicas de defesa social esporadicamente fizeram-se presentes no direito positivo. Marc Ancel fixa entre as duas guerras mundiais a segunda fase do movimento, em que houve a “introdução resoluto” da doutrina nas legislações em vigor, sobretudo a “absorção sistemática das medidas de segurança”¹³². De 1930 a 1940, no entanto, com o recrudescimento de regimes totalitários, as medidas punitivas ganharam espaço, relegando as medidas de defesa social e profilaxia criminal a segundo plano.

Somente após o fim da 2ª Guerra Mundial e da Declaração dos Direitos do Homem da ONU a Defesa Social ressurgiu, como resposta ao “terrorismo penal” de outrora. Foi nessa época que começaram a se diferenciar duas concepções político-criminais de defesa social: uma “extrema”, formulada por Gramatica, e outra “moderada”, à que se convencionou chamar de “Nova Defesa Social”¹³³. A doutrina de Gramatica foi inicialmente exposta em *Direito Penal Subjetivo*, pouco antes da 2ª Guerra e atingiu sua plenitude com a publicação, em 1961, dos *Principi di difesa sociale*. Para o penalista italiano, o objetivo da defesa social não se deveria restringir à proteção da sociedade, mas deveria buscar seu aprimoramento. Para tanto, dever-se-ia substituir o Direito Penal por um “direito de defesa social”, que tenha por finalidade não a punição de atos considerados ilícitos, mas sim a adaptação do indivíduo à ordem social¹³⁴. Os dois conceitos essenciais da teoria de Gramatica são: a subjetivação e a anti-socialidade; aquela seria alcançada através dos “índices de anti-socialidade”, a qual substituiria a noção de responsabilidade penal. Marc Ancel, contra essa anti-socialidade subjetiva, defende uma responsabilidade moral.

Contra essa doutrina extrema cerraram fileiras, de outro lado, os adeptos da defesa social que buscavam a inserção do movimento nos contornos do direito positivo, do Estado de Direito: trata-se da *Nova Defesa Social*, cujos principais lineamentos foram expostos em

¹³¹ P. 93.

¹³² Pp. 103-105.

¹³³ Pp. 119-123.

¹³⁴ Pp. 123-124.

um programa mínimo, a congregar os autores moderados. A Nova Defesa Social, antes de tudo, busca uma posição ao lado (ou contra) as correntes clássica e positivista.

Acusa o classicismo de buscar, sustentado em posições metafísicas, uma justiça penal absoluta, “garantir uma reparação total e definitiva da infração considerada objetivamente”, em razão de uma noção objetiva do delito e de seu autor, o qual seria equiparável ao *homo economicus* abstrato; a escola teria abandonado a visão do delito como fato social, de Beccaria a Montesquieu, e instaurado-o como pura entidade jurídica¹³⁵. Assim, a primeira fundamental distinção entre o classicismo e a Nova Defesa Social é a rejeição, por parte desta, de todo apriorismo jurídico metafísico: a justiça é relativa, e tem por função “não julgar um fato em si, segundo regras abstratas, mas fazer julgar um homem, pessoa concreta, por outros homens”¹³⁶. Seu objetivo tampouco é restabelecer o direito, mas aplicar uma sanção que busque corrigir e, se possível reabilitar o apenado, bem como proteger a Sociedade. O crime, pois, é tratado como um fato humano, como expressão da personalidade do autor.

A Nova Defesa Social opõe-se ao Positivismo em seis aspectos¹³⁷. Antes de tudo, rejeita o determinismo positivista e, apesar de buscar isentar-se da discussão filosófica determinismo *versus* livre arbítrio, defende este, ao admitir um “sentimento inato” de responsabilidade que “todo homem, inclusive o delinqüente, necessariamente possui”. O movimento rejeita, também, a classificação tradicional dos delinqüentes oferecida pela tradição positivista, por entender que o delito se dá por razões pessoais. Recoloca no Direito Penal, por outro lado, a noção de obrigação moral, a partir de uma moral social que necessariamente se impõe ao delinqüente. A Nova Defesa Social busca, ainda, um equilíbrio entre o indivíduo e a Sociedade, “graças a uma política criminal racional baseada na idéia de que a própria Sociedade tem deveres para com o cidadão” e deve respeitar sua dignidade; dessa forma inserem-se as medidas de segurança, como instrumento de uma “arte social” de luta contra o crime. Separa-se do Positivismo, ainda, por rechaçar um estudo “puramente experimental dos fenômenos”, e enxergar a política criminal como arte de governar, para uma “luta esclarecida contra o fenômeno criminal”. Por fim, a Nova

¹³⁵ Pp. 227-231.

¹³⁶ P. 233.

¹³⁷ Pp. 238-243.

Defesa Social coloca-se entre o exclusivismo dos juristas, instaurado pelos clássicos, e a primazia da criminologia, defendida pelos positivistas.

Separando-se de ambas as escolas [clássica e positiva], a Nova Defesa Social funda-se em três proposições essenciais: uma certa “desjuridicização” do Direito Penal, uma nova atitude com relação ao delinqüente e a construção de uma ação social contra o crime em consórcio com as ciências criminológicas¹³⁸. O principal aspecto da doutrina é expresso no apelo de Marc Ancel: “esforcemo-nos portanto no sentido de implantar uma política criminal que seja antes de tudo impregnada das realidades da vida”¹³⁹. A mudança de atitude com relação ao delinqüente deriva diretamente daquele aspecto; nesse ponto, “o delinqüente não mais será submetido à justiça penal unicamente com fins expiatórios, de vingança ou de retribuição”¹⁴⁰. Trata-se de religar o delito a seu autor, aquele como expressão de sua personalidade no plano social; “o juiz continua a julgar o ato qualificado infração não somente segundo o critério objetivo da lei, mas também em função dos elementos subjetivos da personalidade de seu autor”¹⁴¹. A apreciação judiciária, pois, deve voltar-se cumulativamente às circunstâncias exteriores do ato, aos antecedentes do autor, à sua constituição bio-psicológica, à sua história e situação social: assim, “na prática, o juiz será conduzido a esboçar um verdadeiro quadro de periculosidade, comportando um prognóstico de readaptação social”¹⁴².

Percebe Baratta que, apesar dos diferentes enfoques dos quais partiam, a Escola Clássica, o Positivismo criminológico, o Correcionalismo e a Nova Defesa Social tinham em comum a tese de que o Direito Penal e, pois, a pena, têm a função precípua de defesa social¹⁴³ (*lato senso*), sendo que as escolas divergem, apenas, quanto a aspectos metodológicos.

¹³⁸ P. 270.

¹³⁹ P. 279.

¹⁴⁰ P. 280.

¹⁴¹ P. 283.

¹⁴² P.286.

¹⁴³ A “ideologia da defesa social” difere do movimento da “defesa social” de Gramática e da “nova defesa social” de Marc Ancel, as quais são desenvolvimentos dessa ideologia mais ampla que será agora apresentada. Trata-se aqui, apenas e tão somente, da defesa da sociedade contra a criminalidade.

Os princípios da *ideologia*¹⁴⁴ da *defesa social* são, conforme Baratta: (a) legitimidade, pelo qual o Estado é legitimado a reprimir a criminalidade causada por determinados indivíduos; (b) bem e mal, segundo o qual a sociedade representa o bem e o delito, um mal para aquela; (c) culpabilidade, pelo qual o delito é uma atitude reprovável, por ser contrária aos valores sociais (aqui reside a principal diferença entre as escolas clássica e positivista, pois aquela se baseia no livre-arbítrio e esta no determinismo); (d) prevenção, sendo que a pena deve prevenir o crime e, na fase da execução, ressocializar, se possível, o delinqüente; (e) igualdade, que norteia o sistema punitivo igualmente a todos os indivíduos que cometam crimes e (f) interesse social, que determina que os interesses protegidos pelo Direito Penal são comuns a todos os membros da sociedade¹⁴⁵. A promessa anunciada é, em síntese,

“proteger a sociedade contra a criminalidade através da igualitária aplicação da lei repressiva que, a um tempo, recupera o criminoso e com isso evita a reiteração da prática criminosa e, a outro, intimida as demais pessoas a perfilharem idêntica conduta, operando-se tal mecanismo punitivo através das instituições que integram o sistema penal, mediante atuação integrada e harmônica”¹⁴⁶.

Os princípios que sustentam a ideologia da defesa social foram sendo, ao longo dos anos, paulatinamente questionados pelas escolas, sociológicas e criminológicas, que tinham por objeto o estudo do crime.

Assim, as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, com raízes na doutrina freudiana da neurose, desenvolvidas em torno dos anos 20 e 30 do século XX, negaram conjuntamente os princípios da legitimidade (por constatarem na sociedade a onipresença da tendência de imitar o criminoso, o que dava à pena a função de reafirmar o superego

¹⁴⁴ A. BARATTA, *Criminologia cit.*, p. 41: *ideologia* entendida pelo autor no sentido marxista de “falsa consciência”, que legitima instituições sociais com funções ideais diferentes das realmente realizadas.

¹⁴⁵ *Idem*, pp. 41-48.

¹⁴⁶ Q. T. V. PÉRES, *A máquina e sua engrenagem ideológica: uma leitura do discurso judicial e da ideologia da defesa social a partir da contribuição de Alessandro Baratta*, in V. R. PEREIRA DE ANDRADE (org.), *Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva – homenagem a Alessandro Baratta*, vol. II, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002, p. 59.

controlador dos impulsos criminosos) e da culpabilidade (pois o crime seria o extravasar dos instintos delituosos sufocados pelo superego)¹⁴⁷.

As teorias sociológicas estruturais-funcionalistas, cujo principal expoente foi Durkheim, negaram o princípio do bem e do mal, pois viam no crime um fenômeno, mais que comum, funcional para o desenvolvimento saudável da sociedade¹⁴⁸. As teorias das subculturas criminais, por sua vez, também negaram o princípio da culpabilidade (normativa, entendida como responsabilidade ético-individual) e do interesse social (afirmando a relatividade de qualquer sistema de valores)¹⁴⁹.

Foi, porém, a partir da década de 60 que ocorreu a maior mudança de paradigma no seio da ciência criminológica, com o desenvolvimento do *labelling approach*¹⁵⁰ (teoria da reação social ou interacionismo). O enfoque, então, passou do crime (escola clássica) ou do criminoso (escola positivista e as dela derivadas) para a atuação do sistema punitivo que combate o crime e pune os criminosos. O *labelling*, por sua vez, questiona os princípios da prevenção e da igualdade.

A orientação sociológica do *labelling approach* funda-se sobre o interacionismo simbólico¹⁵¹, cuja formação deve-se às correntes sociológicas da psicologia social e da sócio-linguística, e a etnometodologia. Para o interacionismo simbólico, “a sociedade é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através das linguagens”¹⁵². Nesse sentido, o teorema de Tomas (“se algumas situações são definidas como reais, elas são reais em suas conseqüências”) é fundamental para o interacionismo simbólico. O *self*, portanto, não é um dado, mas uma construção, modelada ao longo do processo de interação entre o sujeito e os outros¹⁵³. É no interacionismo simbólico que reside todo o “pendor antideterminista” do *labelling*, ao

¹⁴⁷ Cf. A. BARATTA, *Criminologia cit.*, pp. 49-58: seus principais expoentes são Theodor Reik, Franz Alexander, Hugo Staub, Paul Reiwald, Helmut Ostermeyer e Edward Naegeli.

¹⁴⁸ Para mais detalhes acerca das teorias da anomia ver: *idem*, pp. 59-68 e J. de F. DIAS - M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, pp. 311-338.

¹⁴⁹ Cf. J. de F. DIAS - M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, pp. 288-306 e A. BARATTA, *Criminologia cit.*, pp. 69-83.

¹⁵⁰ *Label* = rótulo, etiqueta.

¹⁵¹ Cujos principais expoentes são, segundo Baratta, H.Becker, E.Goffman, E. M. Lemert, F.Sack, entre outros.

¹⁵² A. BARATTA, *Criminologia cit.*, pp. 87 e 93.

¹⁵³ Cf. J. de F. DIAS - M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, p. 50.

ressaltar que a natureza humana, a sociedade e sequer a identidade pessoal podem ser tomadas como dados estanques ou estruturas imutáveis, pois são o “resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interação social”¹⁵⁴.

A etnometodologia, por sua vez, é tributária da obra de Schutz, que trouxe ao campo sociológico os métodos e conceitos da fenomenologia existencial. Fácil perceber, à luz do anteriormente exposto (item 1.2.2 *supra*), que essa corrente sociológica ressalta – a partir do imperativo husserliano de “retorno às coisas mesmas” – o estudo das relações sociais como se dão no mundo, a partir da intersubjetividade concreta que se dá do cotidiano, da maneira pela qual é verdadeiramente vivido pelos participantes¹⁵⁵.

Sob tais perspectivas (interacionismo simbólico e etnometodologia) constrói-se o *labelling*, que dá ênfase aos processos de definição; em especial da definição da ação como crime e do agente como criminoso. Tal definição não é, de forma alguma, automática (no modelo kelseniano: se A é – ação típica, ilícita e culpável – B deve-ser – crime – e, portanto, o agente deve ser punido), mas decorre da atuação de sistema punitivo formal, real, que reage ao delito. Desta constatação decorrem inúmeras outras, fundamentais, que instauram o *labelling approach* como uma revolução na criminologia: trata-se do abandono da perspectiva etiológica em prol de uma visão centrada na reação social (“dos *bad actors* para os *powerful reactors*”)¹⁵⁶; abandona-se a clássica/positivista questão: “por que são cometidos crimes?” e instaura-se outra: “por que certos comportamentos são definidos (rotulados) como crime?”. Estuda-se, sobretudo, o efeito estigmatizante da atividade dos órgãos de controle (polícia, Ministério Público e juízes)¹⁵⁷. Passa-se de uma noção de criminalidade pré-constituída à idéia de construção da criminalidade pelo efeito estigmatizador do sistema penal. O delito deixa de ser uma realidade ontológica e passa a representar uma construção social¹⁵⁸.

O estudo da estigmatização leva, por sua vez, à divisão do etiquetamento, efetuada pelos defensores deste paradigma, em duas etapas: criminalização primária e secundária. A primária busca analisar como funcionam os mecanismos de seleção do sistema punitivo

¹⁵⁴ *Idem*, pp. 344-345.

¹⁵⁵ *Idem*, pp. 54-55.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 343.

¹⁵⁷ Cf. A. BARATTA, *Criminologia cit.*, pp. 86-88.

¹⁵⁸ Cf. E. R. ZAFFARONI – J. H. PIERANGELI, *Manual cit.*, p. 60.

(com ênfase no início de tal mecanismo, que seria a criação dos tipos penais – fase no qual o Direito Penal revela seu caráter ideológico¹⁵⁹ – e na aplicação dessas leis, cujos primeiros seriam os policiais, depois o Ministério Público e, enfim, os juízes), ao escolher certas condutas e certos indivíduos e rotulá-los como criminosos. A criminalização secundária diz respeito ao impacto gerado no estigmatizado como delinqüente, no desenvolvimento de sua personalidade e posterior ressocialização após o período sob o qual ficou à mercê do sistema punitivo: isso porque “tais fatos convertem-se em eventos centrais na existência de quem os experimenta, alterando sua estrutura psíquica, criando uma organização especial de papéis e de atitudes para consigo”¹⁶⁰.

A criminalização primária (seletividade) e a criminalização secundária (o impacto e influência – estigmatização – que a ação do sistema punitivo – sobretudo as penas privativas de liberdade – exerce sobre o réu e, pois, sobre as probabilidades de reincidência) serão estudadas no capítulo 3 do presente trabalho¹⁶¹.

Para que tal seja possível, contudo, será necessário que a investigação extravase os limites atingidos pela criminologia do *labelling approach*. Isso porque o *labelling*, embora tenha realizado a fundamental mudança de enfoque, dos *bad actors* aos *powerful reactors*, pouco avançou para esclarecer quais os motivos últimos que justificam a manutenção e o funcionamento da engrenagem punitiva: manteve-se como uma teoria formal, na medida em que se atém a descrever os mecanismos de criminalização referidos ao poder de definição; não consegue explicar, “independentemente do exercício deste poder, a realidade social e o significado do desvio, de comportamentos socialmente negativos e da

¹⁵⁹ O Código Penal brasileiro é pródigo em exemplos que revelam a valoração desproporcional do legislador quanto aos bens jurídicos tutelados (basta ver a cominação legal das penas dos crimes contra o patrimônio em comparação com os demais; p. ex: homicídio doloso simples, pena 6 a 20 anos de reclusão, latrocínio, 20 a 30 anos de reclusão) e mesmo punição abertamente desigual com relação a delitos praticados por agentes de distintos extratos sociais (p. ex.: a pena mínima cominada ao delito de extorsão mediante seqüestro quando este dura mais de 24 horas é de 12 anos de reclusão - CP, art. 159, §1º - , enquanto a pena mínima aplicável ao delito de redução à condição análoga à de escravo é de ínfimos 2 anos de reclusão – CP art. 149).

¹⁶⁰ J. de F. DIAS – M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, pp. 344-350.

¹⁶¹ Em E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro*, 1º v., Rio de Janeiro, Revan, 2003 é apresentada outra classificação: a criminalização primária seria o “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (limitando-se, pois, ao momento legislativo), enquanto a secundária seria a “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” (p. 43). Esta dissertação adotará a divisão apresentada anteriormente, retirada de J. de F. DIAS – M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, pp. 344-350. Assim, a seletividade da atuação dos órgãos de persecução penal será estudada enquanto integrante da criminalização primária. A criminalização secundária, por sua vez, será vista como a abarcar os problemas causados pela reação punitiva. A diferença entre as duas classificações, como se vê, é apenas de forma e não altera o horizonte de investigação.

criminalização”¹⁶². Pode-se afirmar que o *labelling* descreve a forma (e a tomada desta como objeto pela criminologia foi por si só revolucionária), não o conteúdo: explica o que sucede e como sucede, mas não porque¹⁶³. Seu grande mérito não foi o de buscar respostas à pergunta etiológica, mas, acima de tudo, o de fazer novas perguntas, apresentar “o início de resposta a um problema novo, se bem que complementar, do ponto de vista duma compreensão global da delinquência”¹⁶⁴.

É nessa passagem que se insere o presente trabalho. A investigação acerca do problema da reincidência no Direito Penal será realizada atenta e restrita às novas questões propostas pelo *labelling* – sobretudo seletividade e estigmatização – mas a busca por respostas necessariamente terá de alargar o horizonte alcançado pelo *labelling*, bem como atenuar alguns de seus excessos.

Em primeiro lugar, critica-se o *labelling* por ter abandonado o determinismo positivista e criado outro¹⁶⁵, na medida em que são apresentados como inevitáveis, a partir da reação social, o *role engulfment* – “mergulho no papel desviado”¹⁶⁶ – e a formação da carreira criminosa. Este determinismo é inaceitável por duas razões: ignora a realidade, ao negar a existência de pessoas que, apesar de rotuladas como criminosas e submetidas a todo o inegavelmente degradante funcionamento do sistema punitivo, não assumem tal estereótipo e não se enredam em carreiras criminosas; este determinismo, ainda, viola a concepção de liberdade defendida Miguel Reale e Heidegger.

A filosofia heideggeriana é radical em afirmar a liberdade do *Dasein*, o qual, “compreendendo as suas possibilidades faz, *ipso facto*, o seu destino, a sua existência neste mundo”¹⁶⁷. Ser é transcender-se, é ser as suas próprias possibilidades, como enfaticamente ressalta Heidegger. Neste sentido, a reação penal – sobretudo a rotulação e estigmatização – à qual o *labelling* confere verdadeiro caráter determinista, deve ser vista como uma forte

¹⁶² A. BARATTA, *Criminologia cit.*, pp. 115-116.

¹⁶³ S. S. SHECAIRA, *Criminologia*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 326.

¹⁶⁴ J. de F. DIAS – M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, p. 343.

¹⁶⁵ S. S. SHECAIRA, *Criminologia cit.*, p. 325. A crítica é pertinente, mesmo tendo-se em conta que uma das bases do *labelling* é o interacionismo simbólico (em que - segundo J. de F. DIAS - M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, p. 50 -, residiria todo o seu “pendor antideterminista”), a partir do qual a estrutura social e a própria identidade não podem ser tomados como dados estanques, já que tal mobilidade estaria previamente condicionada em um único sentido, a partir da reação social.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 298.

¹⁶⁷ E. LÉVINAS, *Descobrendo a existência com Husserl e Heidegger*, trad. port. de Fernanda Oliveira, Lisboa, Piaget, s/d, p.86.

diminuidora de possibilidades, mas jamais como aniquiladora da liberdade inerente ao ser humano. O sistema formal de resposta aos delitos provavelmente seja o maior fator limitante, a maior “carga de facticidade” imposta aos egressos/rotulados, mas não destrói – apesar dos esforços neste sentido – a estrutura da existência humana: estrutura de projeto, contido nos limites da factidade, de um ser desde já lançado ao mundo e às suas possibilidades.

Em segundo lugar, é necessário alargar-se o horizonte alcançado pelo *labelling*, seguindo-se, contudo, em sua trilha fundada na sociologia do conflito. O *labelling* havia exposto, desde o início, a incoerência e irrealidade dos modelos sociológicos de equilíbrio e integração social, que fundam e sustentam a sociedade no acordo e consenso entre os cidadãos. Seletividade e estigmatização – a “produção social da delinqüência” – indicavam a falácia do discurso “cor-de-rosa” do consenso e revelavam, à luz do modelo sociológico do conflito, em contraposição ou justaposição ao do equilíbrio, que a sociedade deveria ser interpretada em termos de mudança, conflito e domínio¹⁶⁸.

Apesar desta base fértil e promissora, o *labelling* restringe-se em demasia, ao focar-se exclusivamente na criminalidade causada pela reação social, ignorando os fatores da criminalidade anteriores à reação social. Uma teoria criminológica completa, argumentam os criminólogos críticos, deve conseguir situar o ato criminoso dentro de suas estruturas sociais mais amplas, dentro do contexto social geral, de desigualdades de poder, riqueza e autoridade, no contexto da sociedade pós-industrial¹⁶⁹. Qualquer crítica que evite a inserção do fenômeno da reincidência e, pois, do problema penal, no contexto do conflito social mais amplo que rege a sociedade, será necessariamente ingênua e incompleta.

“Se desejamos sustentar que os indivíduos são, a um só tempo, algo determinados, mas também determinantes, então teremos que construir um modelo evolutivo congruente, que leve em conta esta concepção de homem e a

¹⁶⁸ A. BARATTA, *El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad*, in *Doctrina Penal*, año 2, n° 5 a 8, Buenos Aires, Depalma.

¹⁶⁹ I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *La nueva criminología – contribución a una teoría social de la conducta desviada*, trad. arg., Buenos Aires, Amorrortu, 1997, p. 286. A criminologia crítica, radical ou ainda “nova criminologia” surgiu nos EUA (Universidade de Berkeley, com Schwendinger e Paltt), na Inglaterra (com Taylor, Walton e Young) e na Escandinávia (em sua vertente abolicionista, com Mathiesen) na década de 1970 (S. S. SHECAIRA, *Criminologia cit.*, pp. 327-328).

coloque dentro de uma análise total dos processos sociais, e não simplesmente dentro de um de seus aspectos [a reação social](...)"¹⁷⁰

Assim, esta crítica sobre o modelo jurídico da reincidência, embora focada nas questões suscitadas e desenvolvidas pela criminologia do *labelling approach* deverá, à procura de respostas para tais questões – sobretudo quanto à seletividade do sistema penal e à prisão –, buscar subsídios da criminologia crítica, radical ou “nova criminologia”, em suas três tendências, apontadas por Shecaira: o neo-realismo de esquerda, o minimalismo penal e o abolicionismo¹⁷¹.

É, pois, além do *labelling* que serão esboçadas as respostas sobre o problema da reincidência.

1.3. Abordagem do tema

Os pressupostos conceituais e metodológicos do presente estudo, pois, são: a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, a fenomenologia existencial de Martin Heidegger e as teorias criminológicas do *labelling approach* e críticas ou radicais – com o descarte do determinismo inaugurado pelo *labelling* em prol de uma visão radical da liberdade do ser humano, que é projeto.

Deve-se ressaltar, novamente, que as exposições anteriores não tiveram o objetivo, como já afirmado quanto às filosofias de Heidegger e Husserl, de esgotar os temas tratados, o que, de resto, seria impossível. Foram apenas levantadas, dentro de um panorama histórico, as questões centrais elaboradas por essas correntes de pensamento, na medida em que concorrem para a solução do problema proposto, a análise crítica do modelo jurídico da reincidência criminal.

Uma abordagem exclusivamente dogmática, normativa, do tema, como análise do instituto (o “conceito normativo” oferecido pelo artigo 63 do Código Penal e as conseqüências processuais e penais previstas aos reincidentes), ainda que esclarecedora em

¹⁷⁰ I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *La nueva criminologia cit.*, p. 173.

¹⁷¹ S. S. SHECAIRA, *Criminologia cit.*, cap. 9.

alguns pontos, sobretudo quanto à sua constitucionalidade, seria insuficiente. Revelaria apenas um pouco do ser da reincidência, que se mostra através do direito positivo. Se o Direito e cada porção de sua realidade são tridimensionais, o desvelamento de qualquer modelo jurídico há de trazer à tona, à consciência, os fatos e os valores que o sustentam. Na análise normativa do tema, como se verá, o princípio da culpabilidade será o fio condutor que levará ao desvelamento do modelo jurídico da reincidência em suas dimensões fática e valorativa.

No caso da reincidência, os fatos envolvidos são de enorme proporção: trata-se de investigar os “fatores” da criminalidade presentes em todos os planos da existência humana individual e social (psicológico¹⁷², psiquiátrico, familiar, escolar, comunitário, urbano, econômico, cultural etc.), bem como analisar como se dá a reação criminal a ilícitos, o funcionamento do sistema punitivo estatal. Preferiu-se, à luz do *labelling approach*, investigar esses últimos – sem se olvidar, contudo, da estrutura social em que se dá o fenômeno da reincidência –, já que a atuação do sistema criminal parece ser a pedra de toque no que tange ao fenômeno da reincidência. Foram selecionados três aspectos dessa atuação: a seletividade dos órgãos de persecução e punição, a estigmatização produzida por esta atuação e a pena privativa de liberdade.

A análise histórica do instituto no ordenamento brasileiro, realizada ainda no plano normativo, terá o condão de levantar algumas questões valorativas acerca do modelo jurídico da reincidência. Pela forma que foi positivado o instituto, historicamente, ao longo da evolução da legislação penal brasileira, pode-se perceber as concepções filosóficas e criminológicas que o embasaram em cada período. Revelam-se tais questões a partir do estudo da teoria da prevenção especial, como se verá. Será ela a ligação que levará ao desvelar dos valores que se chocam com os positivados no âmbito do modelo da reincidência.

A dimensão do valor é, sobretudo no Direito Penal, de fundamental importância, no sentido de que

¹⁷² Sobre o tema, v. A. A. de SÁ, *Reincidência criminal - sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*, São Paulo, EPU, 1987.

“(…) no Direito Penal nada há que seja ideologicamente neutro, e que por trás de cada idéia, de cada valoração, de cada condenação ou de cada absolvição, sempre há um mundo de valores, que pode estar inspirado em ideais de justiça, de liberdade e de igualdade, mas também em sentimentos abjetos de superioridade de uma raça sobre outras, e de negação a alguns seres humanos dos direitos mais elementares”¹⁷³.

Outro mérito da abordagem tridimensional é revelar que, da mesma forma que o Direito Penal, ciência voltada para a regulação de determinadas condutas humanas mediante cominações (penas)¹⁷⁴, não pode, como não pode qualquer ramo do direito, desvincular-se da filosofia e, em especial, da ontologia¹⁷⁵, deve estar claro para os juristas, por outro lado, como ressaltado por um filósofo, que

“A dependência da experiência possível, a legitimação por meio da experiência, permanece o alfa e o ômega de todo conhecimento que obriga”¹⁷⁶.

O Direito Penal é a ciência de um ramo do direito que obriga da maneira mais violenta possível nos contornos do Estado Democrático: a privação de liberdade. Privar alguém de sua liberdade, esta condição absolutamente estruturante do ser humano, é uma conseqüência por demais relevante, sob o ponto de vista existencial e social, para ser tratada apenas metafisicamente. Só os juristas parecem não ter percebido que o direito destina-se a servir aos homens e não estes àquele¹⁷⁷. Repise-se o óbvio: não se trata o Direito de um fim em si, mas de um instrumento que serve à promoção da dignidade humana. Deve, pois, respeito à condição ontológica do homem.

¹⁷³ F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo – Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*, trad. br. Paulo César Busato, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005, p. 263.

¹⁷⁴ Cf. definição de E. R. ZAFFARONI - J. H. PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 87. Fragoso define-o como o “conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal” (H. C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 3). O que cumpre ressaltar, para os fins do presente capítulo, é que o Direito Penal, assim como todo o Direito, volta-se à regulação de condutas humanas. É, em última instância, uma “teoria do agir humano justo e injusto” (cf. definição de WELZEL *apud* F. de A. TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 2) e, portanto, é fundamental a pergunta sobre o ser de quem age.

¹⁷⁵ Cf. E. R. ZAFFARONI - J. H. PIERANGELI, *Manual cit.*, p. 88. Ontologia: doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser, em todos presentes. Sobre a concepção ontológica da metafísica, v. N. ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

¹⁷⁶ A afirmação é de Gadamer, *apud* E. STEIN, *Compreensão cit.*, p. 155.

¹⁷⁷ “O homem não existe para a lei, mas sim a lei existe para o homem”, Karl Marx, citado por N. BATISTA, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 1996.

A superação das concepções unilaterais do Direito no campo da Filosofia do Direito por Miguel Reale, a superação da filosofia da consciência pela Fenomenologia de Husserl e a conseqüente superação da visão do homem enquanto “mônada”, pela Fenomenologia existencial heideggeriana do *Dasein* deve refletir-se no campo do direito, sobretudo do Direito Penal, historicamente mais ligado à Filosofia, sob pena de absoluta deslegitimação, que, aliás, já se mostra em uma análise puramente factual de sua atuação, sobretudo a partir do movimento abolicionista¹⁷⁸.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é *desvelar* o modelo jurídico da reincidência, porquanto momento significativo da experiência jurídico-penal, pode-se dizer quase um microcosmo do sistema punitivo, por representar a continuação (repetição) de sua atuação sobre uma mesma pessoa, constatado o fracasso da primeira intervenção. Esse desvelamento, tendo por método a fenomenologia, e por concepção de homem o *ser-aí* heideggeriano, revelará a tridimensionalidade oculta da reincidência, os fatos e valores que subjazem ao modelo, os quais apenas se deixam entrever, ora revelando-se, ora ocultando-se, em seu aspecto normativo.

Deve restar claro, ainda, como já advertido, que a análise sucessiva das dimensões fática, normativa e axiológica não significa a possibilidade de existência de cada uma delas de maneira isolada: cada dimensão é, *per si*, tridimensional, ou seja, o momento normativo não é exclusiva, senão *majoritariamente* normativo, assim como os momentos fático e axiológico contêm, respectivamente, notas normativas e valorativas e notas normativas e fáticas. As diferentes ciências que pesquisam o Direito, portanto, não distribuem entre si fato (Sociologia do Direito), valor (Filosofia do Direito) e norma (Ciência do Direito), “como se fossem fatias de algo divisível”, mas analisam *prevalecentemente* determinado momento, “sempre em função dos outros dois”. O que as distingue, portanto, não é o objeto, essencial e igualmente tridimensional, mas apenas o método¹⁷⁹.

Optou-se, nesta análise do modelo jurídico da reincidência, por começar o estudo de sua natureza dialética e tridimensional pela dimensão normativa, seguida da dimensão

¹⁷⁸ É vasta a literatura que trata da deslegitimação do sistema penal. Limita-se aqui a citar o clássico de Louk Hulsman e Bernat de Celis, *Peines Perdues. Lê système penal em question*, Paris, 1982, a quem Zaffaroni dedica seu *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*, trad. br. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 1996. Entre os autores abolicionistas destacam-se, além de Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen, dentre outros.

¹⁷⁹ Cf. M. REALE, *Teoria cit.*, p. 60

fática para, por fim, chegar-se ao momento valorativo, dimensões da experiência jurídica a serem unidas na conclusão do presente estudo. Esta ordem de análise é inegavelmente discricionária, e foi escolhida em razão de se entender que - especialmente no caso do modelo da reincidência, como será visto - a dimensão valorativa é a que esclarece os fundamentos fáticos que subjazem ao modelo e, sobretudo, desvela as mais profundas bases da “solução normativa” adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. A NORMA

Restou assentado acima, quando da exposição da teoria tridimensional, concreta e dinâmica de Miguel Reale, ser o *momento normativo* o resultado da tensão existente entre fato e valor, “como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo”¹⁸⁰. Não se trata a norma, portanto, de uma *dissolução* dos fatos e valores em outra dimensão, como ocorreria no caso de uma dialética de opostos de tipo hegeliano-marxista, em que a síntese anularia as teses contrárias. No caso da teoria realeana, no contexto da dialética de implicação-polaridade regida pelo princípio da complementariedade, fato e valor não se esgotam na norma. Mesmo após a positivação desta podem subsistir os fatos e valores que a originaram. A norma os supera ao integrá-los; não os aniquila.

A solução normativa, por outro lado, insere-se no *mundo da vida* (*Lebenswelt*). É dizer, não se trata a norma de uma realidade jurídica *a priori*, a-histórica, asséptica e imutável. A norma é viva porque integra e supera fatos e valores que se tensionam em determinados lugar e tempo, em determinadas sociedades concretas formadas pelo relacionar-se perpétuo de pessoas concretas. Imersa no mundo como o *Dasein*, a norma é momento de um *processus*, só devendo subsistir se continuar a integrar adequadamente a tensão entre os fatos e valores que a ela deram origem. A dimensão normativa deve buscar refletir, a todo o momento, as mudanças no plano dos fatos e valores, acompanhando-os em sua mutação. A norma é, pois, realidade cultural, pela qual conflitos de interesses e exigências factuais se compõem¹⁸¹.

Resta claro, portanto, que a teoria tridimensional supera o normativismo positivista de tipo kelseniano, que tem a norma como simples juízo lógico, fechado a considerações sociais e valorativas, ao trazer para o âmago da manifestação jurídica os fatos e valores presentes em determinada realidade social. Necessidades metodológicas, contudo, impõem ao estudioso de qualquer fenômeno jurídico a realização da análise em etapas sucessivas, para, em momento posterior, integrá-las a partir da relação dialética e complementar que une as três dimensões.

¹⁸⁰ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 57.

¹⁸¹ *Idem*, pp. 73-75 e 99.

Neste primeiro momento, portanto, será exposta a dimensão normativa do modelo jurídico da reincidência, ou seja, o instituto jurídico da reincidência. Precedidas por um breve histórico no Direito Penal brasileiro, pela definição normativa de reincidência no direito positivo e pelas inevitáveis classificações doutrinárias, serão apresentadas as conseqüências penais e processuais ao réu reincidente, desde o inquérito policial até a execução da pena.

Tratar-se-á, pois, de uma investigação afeita à Ciência do Direito que, ao perceber a realidade jurídica somente em sua dimensão normativa, apresenta o Direito como pura norma. Mesmo assim, a investigação se enriquece ao tomar-se qualquer norma como elemento de um sistema necessariamente piramidal, formado por normas de diferentes posições hierárquicas, conforme a lição de Hans Kelsen¹⁸². Qualquer análise normativa, portanto, deverá dar-se sempre em relação à norma superior do ordenamento positivo, a Constituição.

Neste estudo, apresentado o instituto da reincidência, serão expostos os princípios constitucionais que com ele possam apresentar alguma dissonância: princípio do *ne bis in idem*, princípio da proporcionalidade e, por fim, o princípio da culpabilidade. Neste ponto da dissertação, pois, será buscada a resposta à pergunta: a Constituição da República de 1988 recepcionou o instituto da reincidência¹⁸³?

O princípio da culpabilidade, como se verá, será o guia para a passagem às dimensões do fato e do valor, a serem integradas no capítulo final do presente estudo.

¹⁸² Na teoria kelseniana do ordenamento jurídico a Constituição representa a norma superior: “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta” (H. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. br. João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 247).

¹⁸³ Como se sabe, a teoria constitucional faz distinção entre a *inconstitucionalidade* das leis posteriores à Constituição que com esta se incompatibilizem, e a *não-recepção* das normas a ela anteriores, por incompatibilidade material.

2.1. O instituto da reincidência

2.1.1. Breve histórico no Direito Penal brasileiro

A idéia de que o agente que reincide deve ser mais duramente punido não é nova na história da humanidade. Aparece no Velho Testamento¹⁸⁴, e sua noção, ainda imperfeita, é contemplada nos direitos romano e germânico¹⁸⁵ e difunde-se pelo mundo com o Código Penal francês de 1810¹⁸⁶. O instituto acompanha as leis penais brasileiras desde sempre.

O Livro V das Ordenações do Reino (Código Filipino), primeira legislação penal a ser aplicada no Brasil, em seu Título CXXV (“Como se correrá a folha dos que forem presos por feito crime”), prevê a formação da “folha corrida” dos acusados, além de conseqüências que dificultam a situação dos reincidentes¹⁸⁷.

O primeiro código penal¹⁸⁸ “genuinamente brasileiro”, o Código Criminal do Império do Brasil (1831) contemplava a reincidência como agravante. Era prevista,

¹⁸⁴ Levítico, cap. 26 : 14-27 : “O Deus eterno disse ao povo de Israel: Porém, se vocês não obedecerem a todos os meus mandamentos, se rejeitarem as minhas leis, se desprezarem as minhas ordens e se quebrarem o acordo que fiz com vocês, então eu os castigarei. Mandarei desastres e doenças e febres que abalam a saúde e enfraquecem o corpo. Não adiantará nada semear os campos, pois os inimigos é que comerão as colheitas. Ficarei contra vocês e deixarei que sejam derrotados pelos inimigos. Eles os dominarão, e vocês fugirão mesmo quando ninguém os perseguir. Porém, se nem assim vocês me obedecerem, mas continuarem a pecar, eu mandarei um castigo sete vezes pior” (segue até o versículo 27 a descrição dos castigos, sempre mais severos, de acordo quando a quantidade de “reincidências”).

¹⁸⁵ Cf. L. I. YAROCHEWSKY (*Da Reincidência Criminal*, Belo Horizonte, Melhoramentos, 2005, p. 25), citando VON LISZT, no direito romano e no direito medieval germânico a reincidência era considerada somente com relação a determinados delitos (sobretudo contra o patrimônio) para agravar a pena, “ou para imprimir, por si só, caráter delituoso a certos fatos”.

¹⁸⁶ Cf. H. C. FRAGOSO, *Lições cit.*, p. 329. Antes, porém, afirma Foucault que o reincidente, já em 1549, era punível com penas especiais, pois era considerado “um ser execrável, infame, eminentemente pernicioso à coisa pública” (M. FOUCAULT, *Vigiar cit.*, p. 91).

¹⁸⁷ J. H. PIERANGELI, *Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 197-198: “O preso por feito crime não sera solto, sem primeiro se correr delle folha pelos Scrivães do lugar, onde stiver preso, na forma que dissemos no Livro 1, tit. 56 : Dos corredores das folhas. E não passara a folha pela Comarca nem pela Correição, salvo quando os Julgadores tiverem informação, que o preso tem em outra parte cometido algum maleficio. Outrosi, não se correrá a folha das pessoas, que forem presas por serem achadas de noite depois do sino de recolher, salvo havendo delles informação que são malfeitores. (...). E os Scrivães serão avisados, que tanto que pelo Corredor lhes forem presentadas as folhas, logo respondão por seus assinados nas costas dellas, declarando as culpas, que tiverem, e a qualidade dellas.”

¹⁸⁸ Alguns autores preferem a utilização do termo “Direito Criminal” em razão da existência das medidas de segurança que, por sua natureza, não são pena em sentido estrito, embora ontologicamente a distinção seja discutível. Para maiores detalhes acerca dessa discussão v. E. R. ZAFFARONI, *Manual cit.*, pp. 86-87.

contudo, somente em sua forma específica¹⁸⁹ (adiante serão pormenorizadas tais classificações).

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890 (Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890), previa o instituto de maneira mais exaustiva e continha, ainda, um artigo que o definia. A Consolidação das Leis Penais (1932) dispunha de maneira idêntica¹⁹⁰.

A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 classifica o tratamento da reincidência em seu bojo como um dos “pontos culminantes do projeto”, e afirma que um dos objetivos “primaciais” de qualquer código penal é a sua eliminação. Esse Código contemplava a reincidência genérica e a específica, eliminando a “especialíssima” da lei então vigente. A reincidência específica acarretava a aplicação de pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo previstos e a aplicação da pena mais grave em qualidade (art. 47). Outra consequência digna de nota é que a reincidência em crime doloso fazia presumir a periculosidade (art. 78, IV). Para o sistema do duplo binário adotado à época, tal fato era de especial relevância, pois abria a possibilidade de ser aplicada, após o cumprimento da pena, a medida de segurança¹⁹¹, a qual pressupunha a periculosidade do agente, que, no caso da reincidência, era presumida *iuris et de iure*. Enquanto não sobreviesse a “cessação da periculosidade” do agente, reconhecida por “laudo técnico”, aquele continuaria privado de liberdade.

O Código Penal de 1969, que jamais entrou em vigor, levou ao extremo a análise da periculosidade do agente, admitindo a criação de um direito penal da periculosidade típico dos governos totalitários. Em tal campo, a reincidência era o fator crucial para caracterizar

¹⁸⁹ J. H. PIERANGELI, *Códigos cit.*: “Artigo 16 – São circunstancias agravantes : 3º Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza”.

¹⁹⁰ *Idem*: “Art. 38. No concurso de circunstancias attenuantes e agravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras: §1º Prevalecerão as agravantes: b) quando o criminoso fôr avesado a praticar más acções, ou desregrado de costumes. Art. 39. São circunstancias agravantes: §19. Ter o delinquente reincidido. Art. 40. A reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os effeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.”

¹⁹¹ O combate à reincidência, segundo Nelson Hungria, foi fator decisivo para a adoção do sistema do duplo binário, já que a mera elevação das penas não havia sido suficiente para reduzir a criminalidade: “(...) a necessidade de solução do problema de combate à reincidência foi que inspirou a instituição da medida de segurança como complemento da pena” (N. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal (arts. 75 a 101)*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 109-110).

o criminoso habitual (art. 64, §2º, "a"), a quem poderia ser imposta pena por tempo indeterminado¹⁹².

A Lei nº 6.416/77 trouxe algumas alterações para o instituto, ao abolir a distinção entre reincidência genérica e específica e regular sua “prescrição” em 5 anos. Manteve, contudo, a mesma orientação quanto à declaração de periculosidade do réu, podendo o juiz, inclusive, determinar diligências para melhor aferí-la¹⁹³.

A reforma de 1984 retirou do ordenamento tamanho apego ao direito penal da periculosidade, mas manteve-se, como se verá, ainda atado a tais concepções, embora não as reconheça e, mesmo, eventualmente, as rechace.

2.1.2. Conceituação, classificações e conseqüências jurídicas

O Código atual, após a reforma de 1984, define normativamente a reincidência em seu artigo 63:

¹⁹²J. H. PIERANGELI, *Códigos cit.*: Art. 52 (...) Declaração de periculosidade. §1º O juiz, na sentença, declarará o grau de periculosidade do condenado, classificando-a de: I – acentuada, quando: a) o exame dos elementos e circunstâncias referidas neste artigo indicar que o agente tem inclinação para o crime; b) tratar-se de criminoso habitual; ou c) tratar-se de criminoso por tendência; Art. 56. Circunstâncias agravantes: I – a reincidência. Art. 61. A reincidência é preponderante em concurso de agravantes e atenuantes. Art. 64. Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. (...) §2º Considera-se criminoso habitual quem: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos (...); b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime. § 3º Considera-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadeza”.

¹⁹³ Lei nº 6.416/77 – “Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente: I - se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir; II - se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral. § 1º Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5º do artigo 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências. § 2º O juízo poderá dispor, na forma da lei local, de funcionários para investigar, coletar dados e informações com o fim de instruir o requerimento de verificação de periculosidade. Art. 78 -§ 1º A presunção de periculosidade não prevalece se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tiver decorrido período de tempo superior a dez anos, no caso do inciso I deste artigo, ou de cinco anos, nos outros casos”.

“Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

A reincidência é classificada pela doutrina em *ficta* (quando o agente não cumpriu a pena à qual foi condenado) e *real* (quando o agente cumpriu, efetivamente, a pena). Para haver reincidência, no Brasil, basta a condenação anterior (*ficta*) transitada em julgado, conforme o artigo supra transcrito. O Código Penal argentino, por sua vez, contempla apenas a reincidência real carcerária¹⁹⁴.

Denomina-se *genérica* quando os crimes cometidos não sejam da mesma natureza (a legislação de 1932 contemplava, como visto, a reincidência especialíssima, que era a recaída em crime do mesmo artigo) e *específica* quando sejam¹⁹⁵. O Código atual, após a reforma de 1984, prevê somente a reincidência genérica, embora legislação extravagante (a famigerada Lei nº 8.072/90) tenha “desenterrado” a reincidência específica¹⁹⁶ (vedando o livramento condicional para os reincidentes em crimes hediondos, conforme o artigo 83, V do CP).

Quanto à eficácia temporal da condenação anterior para efeito de reincidência, há, no mundo, três sistemas: a) sistema de perpetuidade, no qual a condenação anterior é considerada eternamente; b) sistema de temporariedade, no qual não se reconhece a reincidência após decorrido certo período de tempo entre a condenação anterior e o novo crime; c) sistema misto, o qual permite a atenuação proporcional da agravação da pena de acordo com o tempo decorrido¹⁹⁷. O Código Penal brasileiro adota, após o advento da Lei

¹⁹⁴ Segundo o art. 50, haverá reincidência sempre que quem “tiver cumprido, total ou parcialmente, pena privativa de liberdade imposta por um tribunal do país cometer um novo delito punível também com essa modalidade de pena” (P. S. ZIFFER, *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, Cadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, ano III, Número 7, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, p. 105 – tradução livre). A lei argentina, então, contempla apenas a chamada “reincidência penitenciária”, ou seja, apenas os réus que já estiveram em prisões são assim considerados. Cf. J. B. J. MAIER, a Lei 23.057, que alterou o CP argentino no sentido de considerar somente a reincidência real, prepara a abolição do instituto do ordenamento daquele país, sobretudo em razão de sua importância residir exclusivamente no art. 14 do CP, que veda o livramento condicional aos reincidentes (J. B. J. MAIER, *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*, in Doctrina Penal – Teoría y práctica em las Ciencias Penales, ano 9, nº 33 a 36, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 455).

¹⁹⁵ Cf. F. A. M. de BARROS, *Direito Penal – Parte Geral* – vol. I, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 433.

¹⁹⁶ “No baú dos trastes penais, num canto de entretecidas teias de aranha, o legislador de 90 descobriu o conceito já tão delapidado de reincidência específica e cuidou de reanimá-lo” (A. S. FRANCO, *Crimes Hediondos*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 171).

¹⁹⁷ Cf. D. E. de JESUS, *Direito Penal*, 1º vol., Parte Geral, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 495.

nº 6.416/77, como a maioria dos países¹⁹⁸, o sistema da temporariedade, não sendo consideradas condenações anteriores a 5 (cinco) anos para efeito de reincidência (artigo 64, I do CP). Tal sistema, aliás, foi o recomendado pela Terceira Reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina (1967), não sendo adotada pelo Brasil, todavia, a facultatividade do aumento da pena, também proposta¹⁹⁹.

A reincidência, segundo o ordenamento brasileiro, pode ocorrer entre dois crimes dolosos, dois crimes culposos, um crime doloso e outro culposo e vice-versa. Pode ocorrer, também, entre crimes tentados, consumado e tentado e vice-versa²⁰⁰. Quem pratica uma contravenção e depois um crime não será reincidente. No entanto, se comete um crime e depois uma contravenção, haverá reincidência quanto a esta (LCP, art. 7º).

A reincidência é a *agravante*²⁰¹ que produz maior número de conseqüências desfavoráveis ao réu²⁰². São elas:

- a) sempre agrava a pena (art. 63 do CP);
- b) é circunstância preponderante na fixação da pena (art. 67 do CP);
- c) quando em crime doloso, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa (arts. 44, inciso II, e 60, §2º, ambos do CP);
- d) impede a concessão do *sursis* quando em crimes dolosos (art. 77, inciso I do CP);
- e) impede seja iniciado o cumprimento da pena em regime semi-aberto (nos crimes apenados com reclusão) ou aberto (art. 33, §2º, *b e c* do CP);
- f) aumenta o prazo para a concessão de livramento condicional (art. 83, inciso II do CP);
- g) aumenta o prazo para a prescrição da pretensão executória (art. 110, última parte do CP);
- h) interrompe o prazo da prescrição (art. 117, inciso VI do CP);

¹⁹⁸ *Idem*, p. 495.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 497.

²⁰⁰ *Idem*, p. 494.

²⁰¹ O Projeto de Lei nº 3.473 de 2000, em tramitação no Congresso Nacional, retira a reincidência do rol de agravantes para inseri-la na “individualização judicial da pena” (art. 59 do CP). A alteração teria o condão de conferir ao juiz a discricionariedade de levar ou não em conta a reincidência na dosimetria da pena. Além disso, retiraria da reincidência a especificidade de ser a única agravante referente ao agente, não ao delito.

²⁰² Cf. F. A. M. de BARROS, *Direito cit.*, p. 432.

- i) revoga o *sursis*, obrigatoriamente em caso de condenação por crime doloso (art. 81, inciso I do CP) e facultativamente na hipótese de crime culposo ou contravenção (art. 81, §1º do CP);
- j) revoga o livramento condicional, obrigatoriamente em caso de condenação a pena privativa de liberdade (art. 86 do CP) e facultativamente na hipótese de crime ou contravenção quando aplicada pena que não seja privativa de liberdade (art. 87 do CP);
- k) revoga a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95 do CP);
- l) causa, eventualmente, a conversão da pena restritiva de direito ou multa em pena privativa de liberdade (art. 44, §5º do CP);
- m) possibilita o reconhecimento da infração penal prevista no art. 25 da Lei de Contravenções Penais (“posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto”);
- n) exige o recolhimento à prisão para apelar de sentença condenatória (art. 594 do Código de Processo Penal);
- o) impede a prestação de fiança em caso de condenação por crime doloso (art. 323, inciso III, do CPP);
- p) impede o reconhecimento de causas de diminuição de pena (arts. 155, §2º, 171, §1º etc);²⁰³
- q) impede o livramento condicional (CP, art. 83, V do CP) quando houver reincidência específica em crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo;
- r) possibilita a decretação de prisão preventiva do réu reincidente em crime doloso (art. 313, III do CPP).

É possível, dentre as dezenas de conseqüências previstas em lei, a aplicação sucessiva de nove (!) delas: prisão preventiva (letra r acima) sem possibilidade de liberdade provisória (o), aumento da pena (a, b), impossibilidade de concessão de *sursis* (d), condenação, quando a reincidência for em crime doloso, à pena privativa de liberdade (c) necessariamente em regime fechado (e), exige o recolhimento do réu à prisão para apelar da sentença condenatória (n) e aumenta o prazo para o livramento condicional (f).

²⁰³ O rol foi retirado de J. F. MIRABETE, *Manual de Direito Penal – Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 305.

Em alguns crimes há ainda mais conseqüências aplicáveis: casos de furto e estelionato, por exemplo, impede o reconhecimento de causas de diminuição de pena (p); se a reincidência for específica em crime hediondo, impede o livramento condicional (q).

2.2. Princípios constitucionais penais

A superioridade normativa da Constituição dentro do ordenamento jurídico é questão pacífica no âmbito da teoria geral do direito. A configuração daquela como lei suprema decorre de sua definição como “conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”, entendidos estes como a forma do Estado e do governo, o modo de aquisição e de exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua atuação, os direitos fundamentais do homem e suas garantias²⁰⁴.

A superioridade hierárquico-normativa da Constituição apresenta, conforme Canotilho, três expressões: a) autoprímazia normativa, que significa que a validade de suas normas não deriva de outras hierarquicamente superiores, pressupondo-se, por sua legitimidade processual democrática e por sua legitimidade material, que possui valor normativo superior; b) fonte primária da produção jurídica (norma das normas), as normas constitucionais são fundamento de validade das normas inferiores; c) de sua superioridade normativa decorre a necessária conformidade de todos os atos do Poder Público com a Constituição²⁰⁵. Assim, na estruturação piramidal da ordem jurídica, a Constituição encontra-se no vértice.

“A constituição continua a ser uma ordem quadro-moral e racional do discurso político e uma norma fundante e superior do ordenamento jurídico, estruturada com base em regras e princípios identificadores da (...) comunidade jurídica”²⁰⁶.

²⁰⁴ Cf. J. A. da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 38.

²⁰⁵ J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 1074-1076.

²⁰⁶ *Idem*, p. 1153. O constitucionalista português ressalta a necessidade de superação do modelo piramidal em prol de uma visão mais “complexa e realista do direito da ordem jurídica”, que inclua os “parceiros concorrentes” da constituição na luta pela primazia normativa: o direito comunitário (no caso, a legislação da União Européia), os princípios gerais de direito e os *Bill of Rights* nacionais ou internacionais. Não será aqui adentrada a discussão acerca da positividade e eficácia das declarações de direito e dos tratados

Por outro lado, o Direito Constitucional e o Direito Penal Moderno nasceram juntos e devem sua fundamentação ao movimento iluminista, que, antes de tudo, visava à regulação do “Estado-Leviatã” do Antigo Regime. Nesse contexto surgiram os princípios básicos do Estado Moderno e de seu Direito Penal: legalidade, proporcionalidade, humanidade das penas e distinção entre crime e pecado, dentre outros²⁰⁷.

Contemporaneamente, resta claro que o Estado Democrático de Direito “*funda e condiciona*” o Direito Penal, de modo que “toda nova Constituição requer um novo Código Penal” (o que é amplamente comprovado pela experiência histórico-legislativa brasileira), já que há mudança no interesse político do Estado de punir determinadas condutas²⁰⁸.

Não há como negar, outrossim, que as leis penais expressam uma determinada concepção de Estado e de sociedade, plasmada na Constituição, à qual deve estrita obediência o Direito Penal. E, da necessária conformação do Direito Penal à Constituição, decorre, logicamente, o dever de estrita obediência daquele aos princípios constitucionais.

Princípio jurídico, na lapidar definição de Celso Antonio Bandeira de Mello é o

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”²⁰⁹.

Inserir-se essa definição no contexto de superação do positivismo jurídico, o qual, em matéria constitucional, jamais outorgou eficácia aos princípios, no que seguiu, por vias

internacionais ratificados pelo Brasil, já que os princípios a serem debatidos nesta dissertação estão previstos na Constituição da República de 1988, ainda que implicitamente.

²⁰⁷ Cf. M. A. R. LOPES, *Direito Penal, Estado e Constituição*, São Paulo, IBCCrim, 1997, p. 30.

²⁰⁸ O Código Criminal de 1830 foi previsto na Constituição de 1824; o Código Penal de 1890 veio pouco depois da proclamação da República; o Código de 1940 entrou em vigor após a Constituição de 1937 e a reforma de 1984 adveio com a democracia. (Cf. S. S. SHECAIRA - A. CORREA JR., *Pena e Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 12-14).

²⁰⁹ C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pp.583-584. Um conceito mais amplo de princípio, que abrange o campo extra-jurídico é dado por Ruy Samuel Espínola: “a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, de onde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem ou se subordinam” (*apud* C. do P. AMARAL, *Princípios penais – da Legalidade à Culpaabilidade*, São Paul, IBCCrim, 2003, p. 33).

transversas, a diretriz jusnaturalista. O pós-positivismo no âmbito do Direito Constitucional, marcado pelas obras de Alexy e Dworkin, revolucionou o debate acerca dos princípios fundamentais e, em oposição à metafísica jusnaturalista e ao positivismo ignorante da dimensão axiológica daqueles, fixou, entre outros: (i) que os princípios inserem-se na categoria das normas, (ii) deslocando-os, pois, dos domínios da jusfilosofia para a ciência jurídica, (iii) a qual reconheceu, definitivamente, sua positividade e concretude e, mais além (iv) a *total hegemonia e proeminência dos princípios*²¹⁰.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o desrespeito a um princípio constitucional, *norma normarum*, é mais grave do que a violação de uma norma, sendo, pois, “a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade”²¹¹.

Pode-se dividi-los em duas categorias: princípios político-constitucionais, que são as decisões políticas fundamentais positivadas na Constituição, constantes dos artigos 1º a 4º da Carta, e princípios jurídico-constitucionais, que decorrem daqueles, tais como o princípio da legalidade e os demais princípios-garantias, entre os quais incluem-se o princípio do *ne bis in idem*, da culpabilidade e o da proporcionalidade²¹².

Resulta claro, por outro lado, que os princípios apresentam um caráter abstrato quando comparados às normas. Sua concreção, por isso, requer um trabalho interpretativo. Este, por sua vez, resulta de uma inevitável operação axiológica, realizada à luz dos fundamentos constitucionais²¹³, entre os quais assume a primazia a proteção à dignidade humana, erigida, pelo constituinte de 1988, a fundamento da República.

O presente estudo ater-se-á à análise dos princípios constitucionais do *ne bis in idem*, proporcionalidade e culpabilidade, por serem os afetados diretamente pela aplicação do instituto da reincidência.

²¹⁰ Cf. P. BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 256 – 294.

²¹¹ Cf. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso cit.*, p. 584.

²¹² Cf. J. A. da SILVA, *Curso cit.*, p. 93.

²¹³ Cf. C. do P. AMARAL, *Princípios cit.*, p. 34.

2.2.1. Princípio do *ne bis in idem*

Este princípio significa a vedação de dupla valoração fática, ou seja, não se pode punir o mesmo agente, pelo cometimento de um crime, por duas vezes. O *ius puniendi* estatal somente pode ser exercido uma única vez, em face do agente, em razão de cada fato delituoso. Segundo Julio Maier, há duas formas de se entender o princípio: segundo a mais restritiva, o *ne bis in idem* refere-se somente à *reação* penal material (condenação, pena ou castigo); já a mais ampla o vê como impedimento de múltipla *persecução* penal em razão do mesmo fato²¹⁴. Deve-se adotar a concepção mais ampla, por duas singelas razões: o processo penal em si já configura constrangimento para o réu; não faz qualquer sentido instaurar-se uma ação penal em que seja vedada a aplicação de sanção.

Embora conhecido desde a antiguidade, o princípio em foco materializou-se mais concretamente com a edificação do direito penal liberal do Estado de Direito. Nesse sentido, precursoras foram as constituições dos estados confederados norte-americanos (v.g. a da Califórnia, que determinava expressamente que ninguém poderia ser colocado duas vezes em perigo por uma mesma infração), seguidas posteriormente pela Emenda V da Constituição dos Estados Unidos da América, que dispõe que “ninguém será submetido, pelo mesmo delito, duas vezes a um mesmo juízo que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro” (*double jeopardy*). Da mesma forma, contemporaneamente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), segundo o qual “ninguém poderá ser julgado ou sancionado por um delito pelo qual já tenho sido condenado ou absolvido por uma ‘sentença firme’ de acordo com a lei e o procedimento penal de cada país”²¹⁵. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, como não poderia deixar de ser, reconhece a vigência do princípio, afirmando-o claramente no bojo de processos de extradição²¹⁶.

²¹⁴ J. B. J. MAIER, *Inadmissibilidad cit.*, pp. 418-419.

²¹⁵ *Idem*, pp. 415-417.

²¹⁶ V. g.: “ (...) A extradição não será concedida, se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extradicional, o súdito estrangeiro estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil, ou, então, já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades judiciárias brasileiras. - Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de ‘double jeopardy’ atua como insuperável obstáculo ao atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o ‘bis in idem’. Precedentes” (STF – Ext. 890-PT/República Portuguesa – Rel.Min. Celso de Melo – julgamento em 05/08/2004 – Pleno – DOJ de 28/10/04). “A lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do ‘non bis in idem’: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime. III. - Caso em que a extradição deve ser indeferida, porque ocorrente situação configuradora de ‘double jeopardy’, vale dizer, de duplo risco de condenação, no Estado requerente, pelo mesmo fato pelo qual foi condenado pela Justiça italiana (...)” (STF

Entende-se que decorre o *ne bis in idem* do princípio da legalidade²¹⁷, visto este não apenas formal (*nullum crimen nulla poena sine lege* e suas derivações: obrigatoriedade de lei prévia, escrita, estrita e certa²¹⁸), mas materialmente. Sob esse enfoque, encontram seu ponto de sustentação no princípio da legalidade “outros princípios penais ou mesmo constitucionais, tais como o princípio do fato, o princípio da lesividade, o princípio do *ne bis in idem* e o princípio da igualdade”²¹⁹. Vê-se, portanto, que o princípio da legalidade abrange todas as faces do controle do arbítrio do poder punitivo estatal e, conseqüentemente, de proteção ao cidadão.

O instituto da reincidência viola o *ne bis in idem* enquanto decorrente da garantia da estrita legalidade ao punir um mesmo fato duas vezes, pois, inegavelmente, como ressalta Patrícia Ziffer,

“Realiza-se aqui um duplo jogo de penas: primeiro se castiga pelo fato cometido e logo esse fato vale para castigar mais intensamente o segundo delito. O *plus* de pena deriva de se tomar em conta novamente um delito já apenado, e assim, aplicar ao delito posterior uma pena superior, somente em virtude do delito anterior”²²⁰.

Por outro lado, aponta-se como segunda "fonte" do *ne bis in idem* o artigo 5º, XXXVI da CF/88 ("A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*"), que erige como garantia fundamental a imutabilidade da coisa julgada. Trânsita em julgado a decisão final e estabelecida a condenação, não há como modificar tal decisão, aumentando a pena (entre outros efeitos), modificação que será levada à cabo quando da quantificação da pena cominada ao delito posteriormente cometido. Fixada a pena ao agente, em razão e proporcional ao delito cometido, depois de aferido e dosado o juízo de culpabilidade do fato, qualquer alteração posterior no montante da reprimenda

– Ext.871/República da Grécia – Rel. Min. Carlos Velloso – julgamento em 17/12/2003 – Pleno – DOJ de 12/03/04).

²¹⁷ Cf. A. S. FRANCO *et al*, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 780-781

²¹⁸ Cf. F. de A. TOLEDO, *Princípios cit.*, p. 22. “Não basta que a lei penal, excludente de qualquer outra fonte de direito, irretroativa, proibidora da analogia e de conteúdo descritivo e não genérico, exteriorize ou materialize um comportamento humano” (A. S. FRANCO *et al*, *Código cit*, p. 24).

²¹⁹ A. S. FRANCO *et al*, *Código cit.*, p. 24.

²²⁰ P. S. ZIFFER, *Reincidência cit.*, p. 106 – tradução livre.

(ainda que efetivada em outra sentença, referente a outro fato), implicará, além de violação ao princípio da proporcionalidade, dupla punição.

A coisa julgada é violada, acrescenta Maia Neto, pois a agravação da pena na sentença posterior representa, na verdade, um aumento do *quantum* da pena referente ao delito anterior, não referente ao segundo delito²²¹.

O instituto da reincidência viola o princípio em questão sob ambos os aspectos, da estrita legalidade e da coisa julgada. Um crime já apenado não pode, de qualquer maneira, influir na persecução ou condenação de outro crime, daquele completamente desligado. Mesmo que se argumente que "não é o crime, mas a condenação anterior a responsável pelo aumento da reprimenda", o que não passa, ademais, de um jogo de palavras²²² (pois o objeto e razão de ser da condenação anterior foi o crime anterior), tal constatação óbvia não ilide a conclusão.

Cumprе ressaltar, inclusive, a ocorrência de inúmeros *bis in idem* quando da aplicação sucessiva dos vários efeitos da reincidência: do inquérito à execução da pena é comum o cômputo, por *nove vezes*, do “fator reincidência”.

De qualquer forma, portanto, ainda que possam persistir resistências quanto à violação do princípio inerente ao instituto, é inegável que é violado *o ne bis in idem*, de maneira reiterada, quando são aplicados sucessivamente os efeitos da reincidência, durante o inquérito, o processo penal, a quantificação da pena e durante a execução desta pena (já majorada).

Por fim, em que pese a antiguidade (e pertinência) das críticas no sentido de que o instituto da reincidência fere o *ne bis in idem*, entende-se, com Julio Maier, que o lugar mais adequado para essa discussão seria, de fato, o princípio da culpabilidade, entendido este como culpabilidade de ato ou de autor²²³. Isso porque, na verdade, o que se pune através do instituto da reincidência não é o *fato* anteriormente punido, mas sim o que este fato concreto representaria a respeito de seu *autor*, de sua personalidade ou “modo de

²²¹ C. F. MAIA NETO, *Direitos humanos do preso – lei de execução penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 147, *apud* L. I. YAROCHEWSKY, *Da Reincidência cit.*, p. 132.

²²² Cf. E. R. ZAFFARONI - J. H. PIERANGELI, *Manual cit.*, p. 840.

²²³ Cf. J. B. J. MAIER, *Inadmissibilidad cit.*, pp. 457-459.

condução de vida”. É a discussão que se fará a seguir, após breve análise sobre o princípio da proporcionalidade, o qual também remeterá à culpabilidade enquanto cerne da discussão ora travada.

2.2.2. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade apresenta três vertentes: adequação ou idoneidade, necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. A primeira é a correlação entre meios e fins, devendo aqueles ser aptos a atingir estes e, no plano do Direito Penal, significa que a pena deve ser o instrumento hábil à proteção do bem jurídico que se quer tutelar; a segunda representa a exigência da escolha dos meios estritamente necessários e menos aptos a causar danos nas circunstâncias, entre os meios disponíveis e igualmente eficazes²²⁴.

Interessa, para fins de estudo da inconstitucionalidade do instituto da reincidência face ao princípio da proporcionalidade, analisar a terceira das vertentes supra referidas (proporcionalidade em sentido estrito). Esta representa o outro aspecto do princípio da culpabilidade, que, além do *nullum crimen sine culpa* (que veda a responsabilidade objetiva), representa a medida da pena, que “não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpabilidade”, construção cujo mérito pertence à teoria retributiva da pena²²⁵. Ou seja, a culpabilidade, além de pressuposto, é *limite* inultrapassável da pena²²⁶. Nisso consiste o princípio da proporção entre o delito e a pena, que se expressa na antiga máxima *poena debet commensurari delicto*.

Defendido por Platão, previsto na Lei de Talião, o princípio foi contemplado na Magna Carta²²⁷ e, após os excessos do Direito Penal do Terror praticado durante as

²²⁴ Cf. L. R. PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 121-122.

²²⁵ Cf. J. de F. DIAS, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 93.

²²⁶ *Idem*, p. 95.

²²⁷ Parágrafo 20: “Um homem livre não será punido por um delito menor, a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (...)”; parágrafo 21: “Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido” (F. K. COMPARATO, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 80).

Monarquias Absolutistas, impôs-se durante o Iluminismo²²⁸, facilitado pelo advento da pena privativa de liberdade, que, por sua possibilidade de quantificação precisa do tempo, trouxe o pressuposto técnico necessário à sua institucionalização²²⁹. Pressuposto necessário, mas não suficiente, já que a heterogeneidade entre pena e delito faz remeter o critério para a fixação da pena a um juízo de oportunidade baseado quase que unicamente em critérios pragmáticos²³⁰.

Não obstante a antiguidade de sua formulação, o princípio não está explicitamente previsto nas Constituições atuais, mas encontra guarida, como ressaltado diversas vezes pelo Tribunal Constitucional espanhol, no valor de justiça próprio de um Estado de Direito, de uma atividade pública não arbitrária e na dignidade da pessoa humana²³¹. Ainda, deve-se ressaltar, com Mariângela Magalhães, que a origem constitucional do princípio deve ser apreendida sob óticas complementares, não excludentes, que seriam: o Estado Democrático de Direito, o significado constitucional de “pena”, a justiça, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, a proibição de penas cruéis e desumanas, a proporcionalidade do direito de resposta (CF/88, art. 5º, V), o devido processo legal e a proibição de arbitrariedade dos Poderes Públicos²³².

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (proporção entre os delitos e as penas) “exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o *fato* praticado e a cominação legal/conseqüência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso”²³³: “a proporção se torna uma verdadeira *conditio* da legalidade”²³⁴.

O princípio apresenta dois momentos: um legislativo e outro judicial. No plano da predeterminação abstrata da pena, a proporcionalidade significa que “a tarifa das penalidades”, segundo Jhering, “é a medida do valor dos bens sociais”; representa, pois, o

²²⁸ Através da obra de Beccaria e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1795 que, em seu artigo 12, estabelecia: “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

²²⁹ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, trad. br. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi H. Choukr e Luis Flávio Gomes, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 320.

²³⁰ Cf. T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad em Derecho Penal*, Madrid, Edersa, 1999, p. 279.

²³¹ *Idem*, p. 277.

²³² Cf. M. G. de M. GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 61-72.

²³³ Cf. L. R. PRADO, *Curso cit.*, p. 122 – sem grifo no original.

²³⁴ *Idem*.

princípio da igualdade em matéria penal²³⁵. Essa igualdade, por sua vez, materializa-se na necessária proporcionalidade entre as penas cominadas com relação aos bens jurídicos tutelados: o legislador compõe sua escala hierárquico-valorativa, comunica aos membros da comunhão social a importância que confere aos bens jurídicos e a revela pela graduação das penas.

Essa relação hierárquica entre bens, abstrata no plano legislativo, ganha concretude através da fixação da pena realizada pelo juiz. Atento ao caso concreto, este deve fixar a pena proporcionalmente ao ilícito praticado:

“Em caráter geral, pode-se afirmar que a gravidade da pena há de ser proporcional à gravidade do fato antijurídico, à gravidade do injusto, sendo fundamental a gravidade intrínseca do fato, é dizer, o desvalor da ação e o desvalor do resultado”²³⁶.

Como se percebe, a exigência de atenção ao princípio da proporcionalidade, além de representar o mais relevante freio à atuação punitiva do Estado, é também exigência de justiça material. Trata-se, pois, nas palavras de Hassemer, citado por Régis Prado, de “uma concordância material entre a ação e a reação, causa e consequência, delito e consequência jurídico-penal. Constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”²³⁷.

Resta claro que o “fator reincidência”, ao adentrar o cálculo da pena, fere a fundo o princípio da proporcionalidade, pois *ser reincidente* não aumenta a *lesão ao bem jurídico*. O princípio da ofensividade, enquanto constitutivo do princípio da necessidade (que por sua vez integra a proporcionalidade em sentido amplo)²³⁸, acarreta, conforme Nilo Batista, quatro funções: proíbe a incriminação de uma atitude interna, proíbe a incriminação de uma conduta que não ultrapasse a pessoa do autor, proíbe a incriminação de estados ou condições existenciais e proíbe a incriminação de condutas que, ainda que “diferentes” da média, não afetem qualquer bem jurídico²³⁹. Admitir-se que o agente que reincide causa maior lesão ao bem jurídico tutelado pela norma se comparada a mesma ação com a de um

²³⁵ Apud L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 323.

²³⁶ T. AGUADO CORREA, *El principio cit.*, p. 285 – tradução livre.

²³⁷ L. R. PRADO, *Curso cit.*, p. 123.

²³⁸ Cf. M. G. de M. GOMES, *O princípio cit.*, pp. 87-90.

²³⁹ Cf. N. BATISTA, *Introdução cit.*, pp. 92 e ss.

réu primário só é aceitável a partir do entendimento de que os bens jurídicos tutelados agregam também outro, como o respeito pelo magistrado, pelo Estado, pelo Imperador ou outro semelhantes, o que é claramente inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

A reação proporcional à lesão ao bem jurídico ainda é muitas vezes violada em razão de o instituto da reincidência, como agravante, determinar o aumento de pena em fração correspondente à pena do segundo delito: assim, por exemplo, alguém já condenado por um furto a uma pena de 1 ano, poderá ter a pena de um delito de homicídio qualificado aumentada em 4 anos (pena mínima de 12 anos aumentada em um terço) em razão daquele furto²⁴⁰. A necessária proporção entre o injusto e a pena, pois, também sob este aspecto, não comporta a reincidência.

A violação ao princípio da proporcionalidade, assim como a violação ao *ne bis idem* por parte do instituto da reincidência têm, no fundo, uma causa comum: tratam-se de princípios que delimitam a reação penal a um *fato* concreto. A partir deles se afirma que um fato (injusto penal) só pode ser punido uma vez e de maneira proporcional à lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico, causada por esse fato. O modelo da reincidência, contudo, apenas aparentemente gira em torno da punição de fatos. É o que será visto a seguir com o exame do princípio da culpabilidade.

2.2.3. Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade é um dos alicerces que sustentam o Direito Penal democrático²⁴¹. Embora não explícito na Constituição, entende-se que decorre da proteção à dignidade humana, já que “a imposição de uma pena sem culpabilidade supõe a utilização do ser humano como mero instrumento para se conseguir fins sociais, nesse caso, preventivos, o que implica um grave atentado à sua dignidade”²⁴². Acrescenta Figueiredo Dias que a culpabilidade é a “mais perfeita e forte defesa” da dignidade

²⁴⁰ O argumento é de P. de S. QUEIROZ, *Direito Penal – Introdução crítica*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 29.

²⁴¹ Cf. F. de A. TOLEDO, *Princípios cit.*, p. 73: “(...) o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, numa perfeita seqüência e implicação lógicas, como colunas de sustentação de um sistema indissolúvelmente ligado ao direito penal de índole democrática”.

²⁴² José Cerezo Mir, *apud* C. do P. AMARAL, *Princípios cit.*, p. 173

humana, devendo ser vista como “uma autêntica máxima de civilização e de humanidade”, inerente a todo o direito penal humano, democrático e civilizado²⁴³.

Teorizado pelo pensamento penal iluminista e reelaborado pela dogmática do século XIX, trata-se de princípio codificado em todos os ordenamentos modernos, segundo Ferrajoli. Além de sustentáculo do Direito Penal democrático, o princípio da culpabilidade é o “problema sem dúvida mais complicado da filosofia do Direito Penal”²⁴⁴. As discussões a ele relativas marcam toda a história da ciência do Direito Penal. Neste sentido, pode-se afirmar que uma das principais tarefas da dogmática penal durante todo o século XX foi desenvolver, defender e estabelecer o conceito de culpabilidade, que se transformou na “base fundamental da teoria do delito”²⁴⁵.

Sucintamente exposta e atendo-se ao necessário para o presente estudo, a evolução histórica do conceito iniciou-se pela concepção psicológica, em que a culpabilidade era vista como “uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso”²⁴⁶. Essa concepção decorria da nítida separação entre os aspectos objetivo (injusto) e subjetivo (culpabilidade) do delito, bem como do pensamento naturalista de fins do século XIX²⁴⁷.

Em 1907, Frank enunciou a idéia de um conceito normativo de culpabilidade, que passou a ser vista, a partir de então, como *reprovabilidade* da ação: reintroduziu-se a ética no Direito Penal²⁴⁸, a partir da redescoberta de Aristóteles²⁴⁹. O que interessa fixar para o estudo da reincidência, referente ao atual conteúdo do conceito de culpabilidade, é sua ligação estreita à idéia de *reprovabilidade*: reprova-se o autor do ilícito penal pois este, sabendo do caráter ilícito de sua ação e podendo agir de outra maneira, não o fez. Nesse contexto, Fragoso define a culpabilidade como a “reprovabilidade que recai sobre a ação

²⁴³ Cf. J. de F. DIAS, *Questões cit.*, pp. 93 e 231.

²⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 390.

²⁴⁵ J. BUSTOS RAMÍREZ, *Los Mitos de la Ciencia Penal del Siglo XX: la Culpabilidad y la Peligrosidad*, in *La Ciencia Penal ante el Nuevo Siglo*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 3.

²⁴⁶ F. de A. TOLEDO, *Princípios cit.*, p. 219.

²⁴⁷ Cf. F. MUÑOZ CONDE, *Edmund cit.*, pp. 18-19.

²⁴⁸ Cf. E. R. ZAFFARONI, *El Debate Conceptual de la Culpabilidad como Disolución Discursiva*, in *Direito Criminal*, José Henrique Pierangeli (coord.), n° 4, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 19-21.

²⁴⁹ Cf. E. R. ZAFFARONI, *La Culpabilidad en el Siglo XXI*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n° 28, São Paulo, 1999, p. 28.

praticada por imputável, com dolo ou culpa, tendo ou podendo ter o agente consciência de que viola um dever, em circunstâncias de inexigibilidade de comportamento diverso”²⁵⁰.

Desde o início de sua formulação, os ataques ao princípio da culpabilidade partiram de campos filosóficos opostos e de diferentes concepções do homem.

Por um lado, o determinismo positivista, que entende as ações como efeitos necessários de causas absolutamente condicionantes, rechaça, se coerente, a culpabilidade, já que o agente *não poderia*, de forma alguma, agir de maneira diversa. A crítica determinista, contudo, foi completamente desacreditada, de uma parte em razão da demolição de sua base de apoio: a física newtoniana naturalista, que teve sua primazia posta em jogo, desde o início do século XX, pela física quântica, cuja chave é o *Princípio da Incerteza* de Heisenberg²⁵¹. Além de derrubar a concepção puramente causal da física clássica, a nova física tem o mérito de, a partir da percepção da impossibilidade de “fotografar” a natureza objetivamente, introduzir nas ciências naturais a essencial ligação entre objeto e observador, como feito por Husserl nos domínios da filosofia²⁵².

O determinismo foi desacreditado, de outra parte, por Heidegger e toda a filosofia existencialista, ao afirmarem a radicalidade da liberdade do ser humano, conforme exposto anteriormente (item 1.2.2). Se, de fato, fossem todas as ações do homem marcadas pela *necessidade*, se não houvesse *possibilidade* de escolha entre agir de uma forma ou de outra, se, enfim, o homem não fosse livre, não haveria o quê reprovar. Não haveria qualquer sentido, antes, a existência de normas jurídicas destinadas a orientar condutas

²⁵⁰ H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 498.

²⁵¹ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 398. Segundo Heisenberg, não se trata de substituir a física clássica pela física dos *quanta*, iniciada por Max Planck, mas de corrigi-la, complementá-la e, em alguns campos, superá-la. O físico remete seu princípio da incerteza à filosofia aristotélica e sua “concepção de que os eventos não estão determinados de modo peremptório, mas que a possibilidade ou a ‘tendência’ para que um evento ocorra apresenta uma espécie de realidade (...) As leis da natureza formuladas em termos matemáticos não mais determinam os próprios fenômenos, mas a possibilidade de ocorrência, a probabilidade de que algo ocorrerá” (M. BORN, P. AUGIER, E. SCHRÖDINGER, W. HEISENBERG, *A descoberta de Planck e os problemas filosóficos da física atômica*, in *Problemas da Física Moderna*, trad. br. de Gita K. Guinsburg, São Paulo, Perspectiva, 2004, p. 16). O próprio Heisenberg, contudo, é o primeiro a afirmar que o princípio da incerteza tem relação apenas indireta com o problema da liberdade e que “devemos tentar aproximar-nos do problema da incerteza e da liberdade por meio da teoria do conhecimento, tal como Kant o faria” (*Idem*, pp. 30 – 31). Crítica mais contundente, quanto à impossibilidade de transposição das investigações da física ao campo do Direito Penal, é feita por J. de F. DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 1995, p. 24, n.r. 4.

²⁵² Lembra Reale que após a física da relatividade de Einstein, dos *quanta* de Planck e do princípio da indeterminação de Heisenberg, percebeu-se que o ideal de descrição puramente objetiva dos fenômenos é absolutamente irrealizável (*Ontognoseologia cit.*, p. 178).

inevitáveis: evitar delitos equivaleria a evitar catástrofes naturais. A culpabilidade dá lugar, nesse contexto, à concepção de periculosidade²⁵³.

Se, portanto, conforme Miguel Reale, uma teoria jurídica, para ser válida, deve inserir-se no “desenvolvimento geral das idéias” e “atender às exigências da sociedade atual”²⁵⁴, o determinismo no campo jurídico-penal deve ser tido como resquício histórico, já que superadas suas bases oriundas das ciências naturais e desautorizado pela filosofia contemporânea, por um lado, e por rechaçar o princípio da culpabilidade enquanto garantia da dignidade humana, de outro.

Já a dissolução do princípio pelos adeptos do livre-arbítrio, é mais sutil, e parte da identificação da culpabilidade com a “subjetividade infratora” do culpável, enxergando-a como reprovabilidade em razão da oposição de sua vontade à norma ou ao ordenamento inteiro. As críticas determinista e indeterminista, porém, levam a soluções práticas convergentes, em razão, sobretudo, da desvalorização do elemento material da ação: conduzem a “modelos de diagnose antropológica” ou “inquirição pessoal”, a partir de conceitos como a periculosidade ou a perversidade do réu, atribuídas a causas externas, objetivas ou naturais pelos positivistas deterministas, ou à livre eleição do estilo de vida de um sujeito intrinsecamente perverso para os adeptos do livre-arbítrio²⁵⁵.

Detratores dos dois lados, pois, respondem da mesma forma à questão sobre em quê deve recair a “reprovação” (ou a simples atuação do sistema penal, no caso dos positivistas), se no fato delituoso ou em seu autor. Aqui se encontra o ponto fulcral do princípio da culpabilidade no que tange ao estudo do instituto da reincidência. E, mais além, já se afirmou ser no embate entre “direito objetivo puro” (culpabilidade de fato) e “direito subjetivo puro” (culpabilidade de autor) que se encontra a “chave para ler a história completa do Direito Penal”²⁵⁶. Por fim, cumpre lembrar, com Zaffaroni, que não se trata apenas de opções dogmáticas, mas de “duas diferentes concepções de sociedade, de estado e do poder punitivo”²⁵⁷.

²⁵³ A periculosidade será discutida no capítulo 4.

²⁵⁴ M. REALE, prefácio à 1ª ed. de *Teoria cit.*, p. XVII.

²⁵⁵ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, pp. 395 – 396.

²⁵⁶ P. NUOVOLONE, *apud idem*, p.395.

²⁵⁷ E. R. ZAFFARONI, *La Culpabilidad cit.*, p. 56 – tradução livre.

2.2.3.1. O homem culpável pelo que é (culpabilidade de autor)

Entre as teorias que entendem a culpabilidade como juízo de desvalor sobre o agente pode-se citar a culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter ou pela decisão de vida. O que une tais concepções é a afirmação de que o juízo de culpabilidade deve recair sobre o *autor* do fato ou sobre alguma característica sua: “na culpabilidade de autor, é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é”²⁵⁸. Esta é a culpa própria do totalitarismo²⁵⁹, e representa, ainda que paradoxalmente, dentro do conceito de culpabilidade, o Direito Penal da periculosidade, e, nessa esteira, nutriu-se, historicamente, de “duas grandes vias racionalizadoras: uma baseada no positivismo evolucionista (...) outra através de uma ‘deglutição penal’ muito particular da ética aristotélica”²⁶⁰.

Para Aristóteles, “a personalidade que se afasta da virtude escolhe a si mesma”²⁶¹. O filósofo foi usado como base para a corrente da culpabilidade do caráter. Bockelman desenvolveu a teoria da culpabilidade pela decisão de vida: o agente decidiu ser criminoso quando podia ter escolhido ser probo e honesto²⁶². Mezger, por sua vez, elaborou a teoria da culpabilidade pela condução de vida, com o objetivo de responsabilizar aqueles agentes acometidos da “cegueira” ou “inimizade jurídica”, para que o Direito Penal, enquanto “Direito de luta”, possa “apanhar o inimigo onde este tem seu ponto de partida, é dizer, na vontade criminosa”²⁶³:

“A culpabilidade do autor não só existe na culpabilidade pelo fato, senão também na ‘atitude’ que o autor manteve no transcurso de sua vida passada em relação ao Direito em sua totalidade (...) Existe *inimizade jurídica* quando o autor mostra com seu fato uma atitude total que é incompatível com um sã sentimento do justo e do injusto”²⁶⁴.

²⁵⁸ E. R. ZAFFARONI - J. H. PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 608.

²⁵⁹ Cf. C. do P. AMARAL, *Princípios cit.*, p. 197.

²⁶⁰ E. R. ZAFFARONI, *La Culpabilidad cit.*, p. 57 – tradução livre.

²⁶¹ F. de A. TOLEDO, *Princípios cit.*, pp. 238-239.

²⁶² *Idem*, p. 240.

²⁶³ E. MEZGER, *Leitfaden*, 1936, *apud* F. MUÑOZ CONDE, *Edmund cit.*, p.82.

²⁶⁴ E. MEZGER, *Modern Wege*, 1950, *apud* F. MUÑOZ CONDE, *Edmund cit.*, p. 76. O penalista espanhol realizou extensa pesquisa na Alemanha e obteve documentos que comprovam inequivocamente que Mezger foi um dos principais “juristas terríveis”, com importante participação na construção do Direito Penal nazista, sobretudo na elaboração do projeto de lei sobre “estranhos à comunidade”, que será mencionado no capítulo

Há outros desenvolvimentos da idéia central dessas teorias²⁶⁵, todas as quais entendem o ato como “sintoma” de uma personalidade censurável, devendo a reprovação, pois, recair sobre esta.

O Direito Penal, ao admitir a culpabilidade sob tal ponto de vista, adquire caráter *constitutivo*, e não meramente *regulativo*: ao invés de proibir condutas e prever efeitos jurídicos, passa à produção legal ou judicial de determinado *status* jurídico-social (perigosos, reincidentes, delinquentes habituais etc), construindo verdadeira “antropologia da desigualdade”²⁶⁶. Vai, ainda, além no desrespeito ao livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos:

“As distintas versões de direito penal autoritário concebem a sociedade como uma estrutura de homens que só podem escolher sua vida – existir – dentro do marco das opções que lhes permite uma superopção que é de caráter social e lhes proíbem todas as demais formas de vida ou escolhas existenciais, sendo os atos proibidos meros sintomas destas escolhas ou formas de viver, de existir ou de ser proibidas”²⁶⁷.

Não se trata, pois, neste contexto, apenas de proteger bens jurídicos de determinadas formas de agressão ou exposição a perigo, mas de impor determinada forma de desenvolvimento da personalidade e, em última instância, de existir.

2.2.3.2. O homem culpável pelo que faz (culpabilidade do ato)

Logo se percebeu, pelas razões expostas, que tal concepção de culpabilidade não caberia nos contornos de um Direito Penal democrático. Neste, apenas se poderia reprovar o autor por seu ato típico e ilícito (injusto), não por seu caráter, personalidade, opção de vida etc. De fato, é pressuposto da tutela da dignidade do homem “não se poder impor

4. Em um ordenamento como o nacional-socialista, a teoria da culpabilidade sobre a condução de vida sustentou cientificamente a punição dos *associados* independentemente da prática de delitos. “Legitimou”, ainda, “a agravamento da pena para os reincidentes, além do reforço policial que representou a ‘prisão policial’ aplicada pela Gestapo aos ‘inimigos do povo’” (*Idem*, pp. 14-15) - sem grifos no original.

²⁶⁵ V. F. de A. TOLEDO, *Princípios cit.*, pp. 240-242.

²⁶⁶ L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, pp. 402-407.

²⁶⁷ E. R. ZAFFARONI, *La Culpabilidad cit.*, p. 56 – tradução livre.

penalmente a uma pessoa que seja ou que venha a ser diferente do que é, e que se deve tolerá-la e respeitá-la pelo que é, seja como for”²⁶⁸.

Exemplo de direito penal do fato puro podia-se encontrar na escola clássica, que, “por meio da noção abstrata da ação humana, via no crime um *ente jurídico* e disso extraía as necessárias conseqüências”²⁶⁹. A culpabilidade do ato pura, pois, é constituída pela reprovação ao injusto praticado pelo autor. A reprovação parte e esgota-se no fato, assumindo caráter estritamente objetivo.

A culpabilidade do ato pura, se aplicada, levaria a conseqüências opostas às que adviriam da adoção da culpabilidade do autor²⁷⁰, sendo as mais relevantes para o presente estudo:

(i) “quando as características pessoais façam com que mais se incline a pessoa à realização do ato, a culpabilidade será menor”; (ii) “a culpabilidade de ato estrita não permite legitimar a prática que apenas mais gravemente o já incluído no rol de inimigo da sociedade e que, mediante essa criminalização secundária irracionalmente desproporcional com relação à culpabilidade de ato, reforça a imagem pública de inimigo da sociedade”²⁷¹.

Atendo-se exclusivamente ao problema ora colocado, a conclusão decorre logicamente, no sentido de que “a culpabilidade de ato não pode explicar a agravação da pena por reincidência nem nenhuma outra que se pretenda fundar em uma condenação anterior”²⁷².

Talvez em razão justamente dessas conseqüências o Direito Penal brasileiro, alemão, italiano e de “outros países civilizados” adotem um “moderado direito penal do

²⁶⁸ L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 404.

²⁶⁹ F. de A. TOLEDO, *Princípios cit.*, p. 251.

²⁷⁰ Isso somente, contudo, se for levada em conta a advertência de Ferrajoli e rechaçada, de antemão, qualquer hipótese de responsabilidade objetiva bem como de violação ao princípio da lesividade (materialidade da ação).

²⁷¹ E. R. ZAFFARONI, *La Culpabilidad cit.*, p. 65.

²⁷² *Idem.*

fato”, em que se toma, “como ponto de partida, o *fato-do-agente*, mas não se coloca totalmente entre parêntesis o *agente-do-fato*”²⁷³.

2.2.3.3. *O homem culpável pelo que faz, mas também pelo que é (conceitos mistos de culpabilidade)*

Dentre os conceitos de culpabilidade construídos a partir da composição da culpabilidade do autor com a culpabilidade do fato pode-se apontar, por todos, o de Figueiredo Dias como um dos mais elaborados. Ao discutir a controvertida questão do livre-arbítrio, apóia-se o autor português em concepções de caráter fenomenológico existencial e de antropologia filosófica. Citando pensadores como Husserl, Scheler, Jaspers e Heidegger, afirma o penalista que a visão da liberdade indeterminista deve ser superada por uma liberdade pessoal, como “característica do ser-total-que-age”²⁷⁴.

“(…) o homem tem que se decidir a si e sobre si, sem que se possa em qualquer momento furtar a tal decisão: neste sentido ele dá a si mesmo, através de uma ‘opção fundamental’, a sua própria conformação (...) [Quanto à eleição da ação concreta, deve ela] ser reconduzida a uma decisão através da qual *o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando sua própria essência*. O homem determina a sua ação através da sua livre decisão sobre si mesmo. De modo que aquilo que, no plano da ação, parece ser liberdade de indiferença, livre-arbítrio, é, no plano do existir, a liberdade de decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação da sua vida – *a liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é*”²⁷⁵.

Em resumo, “toda a culpabilidade é materialmente, em direito penal, o *ter de responder pela personalidade que fundamenta um fato ilícito-típico e nele se exprime*”²⁷⁶.

Em que pese a semelhança com a concepção aristotélica que, lembre-se, “*nada tem a ver com o descompasso que sua adoção penal representa, fundamentalmente porque a*

²⁷³ F. de A. TOLEDO, *Princípios cit.*, p. 247.

²⁷⁴ J. de F. DIAS, *Questões Fundamentais cit.*, p. 237.

²⁷⁵ *Idem*, p. 238 – grifos do autor.

²⁷⁶ *Idem*, p. 239 – sem grifos no original

*teoria aristotélica era ética e não jurídico-penal*²⁷⁷, Figueiredo Dias insiste que sua concepção de culpabilidade atém-se ao fato (ao ilícito-típico realizado), “num triplo sentido: no de que, como culpabilidade jurídico-penal, só assume sentido relativamente à lesão ou perigo de lesão de bens jurídico-penais; no de que a liberdade da pessoa só se realiza na ação concreta; e ainda no de que a personalidade do agente só releva para a culpabilidade na medida em que se exprime num ilícito-típico e o fundamenta”²⁷⁸.

Essa concepção, não obstante tente se diferenciar das correntes da culpabilidade de autor, admite, como aquelas, *juízos de periculosidade* e de *caráter* a diferenciar (classificar e hierarquizar) autores de delitos iguais e justificar uma pena (ou outra medida) maior ao reincidente:

“O delinqüente tem, na verdade, de responder pela total personalidade ética que no fato exprimiu; e isto significa que, também de um ponto de vista ético-jurídico, a culpa do delinqüente especialmente perigoso será em regra mais pesada. Não só porque (como se torna particularmente visível nos chamados *delinqüentes por tendência*) as qualidades de carácter que expressa no facto – vontade e sua finalidade, sentimentos, afectos, tendências, sensibilidade aos motivos etc – serão em regra piores, desvaliosas e, por conseguinte, mais censuráveis. Mas ainda porque (como é o caso dos *delinqüentes habituais*) *a sua repetida queda no mundo do crime, do ético-socialmente desvalioso, será fundamentada por uma traição particularmente profunda da sua tarefa ético-existencial – poderíamos dizer: por uma ‘atitude de inimizade’ para com o direito e os valores que protege*”²⁷⁹.

O delinqüente responde, pois, por algo além do fato: seja por sua personalidade “inimiga do direito” ou pela traição de uma suposta “tarefa ético-existencial” (elaborada pelos legisladores penais).

²⁷⁷ Não estando sujeita, portanto, aos princípios limitadores da intervenção penal, cf. E. R. ZAFFARONI, *El Debate cit.*, p. 28 – tradução livre.

²⁷⁸ J. de F. DIAS, *Questões Fundamentais cit.*, p. 239, n. 121.

²⁷⁹ J. de F. DIAS, *Liberdade cit.*, p. 215 – sem grifos no original. Impossível não lembrar, aqui, da culpabilidade pela condução de vida de Mezger, apta a justificar uma sanção penal mais violenta contra aqueles que professam uma “inimizade jurídica”, os “associais” da sociedade totalitária nazista.

Por fim, com Ferrajoli, deve ser ressaltado que o caráter *constitutivo* dessa concepção de culpabilidade tem, como “figura simétrica e complementar”, a idéia de “reeducação” do condenado²⁸⁰. O tema será estudado adiante, quando da discussão sobre os fins da pena, e contribuirá para o desvelamento da dimensão axiológica do modelo da reincidência.

2.3. Crítica constitucional do instituto da reincidência

Do exposto decorre a não recepção do instituto da reincidência pela Constituição de 1988, em razão de violar o princípio de dupla valoração fática, da proporcionalidade e, principalmente, por violar o princípio da culpabilidade enquanto sustentáculo de um ordenamento jurídico de cariz democrático²⁸¹.

O instituto fere a vedação do *double jeopardy* sob ambos os aspectos, legalidade e coisa julgada. Mais especificamente e de maneira ainda mais clara, viola a dupla valoração ao prever mais de uma consequência penal e processual para o mesmo “fato” (ser reincidente).

²⁸⁰ L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 407.

²⁸¹ Há julgados da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo a não recepção do instituto pela Carta de 1988, sobretudo em razão da violação ao princípio do *ne bis in idem*, embora alguns deles cheguem a discutir o cerne da questão – princípio da culpabilidade; o *leading case* daquela Corte foi a Apelação Crime nº 699.291.050, julgada em simbólico XI de agosto de 1999, cujo relator foi o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, que reconheceu a não recepção do instituto por violar o Direito Penal garantista, “(...) *mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar delinquindo*”, a proporcionalidade e a vedação de *bis in idem*; no mesmo sentido, v.g., Quinta Câmara Criminal, j. em 10/12/2003 - Apelação Crime nº 70007292212 – Rel. Genacéia da Silva Alberton; Apelação Crime nº 70006230098, j. em 25.06.03 – Rel. Amilton Bueno de Carvalho, de cujo voto se extrai: “inconstitucional a agravante da reincidência porque faz vigorar o não-democrático direito penal do autor e implica indisfarçável *bis in idem*”. A Oitava Câmara do mesmo Tribunal, contudo, entende ter sido recepcionado o instituto; v.g, Apelação Crime nº 70015102031 – Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. em 27/09/2006 : “Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. É posicionamento da Câmara, na esteira da jurisprudência dominante, que seu reconhecimento não afronta qualquer dispositivo constitucional, não implicando, ainda, em *bis in idem*”; Apelação Crime nº 70012392445 – Rel. Fabianne B. Baisch, j. em 14/09/2005: “Reincidência. Constitucionalidade. *Bis in idem* não configurado. Agente que, pela reincidência, mostra-se mais perverso e perigoso, em relação a quem não ostenta esta situação pessoal. Irrazoável conferir-se ao reincidente o mesmo *status* jurídico do réu primário”. Como se vê, a diferença entre este último julgado e o *leading case* citado é profunda, pois diz com a própria concepção de liberdade e culpabilidade que se adota. Tal contraposição, já explicitada quando da exposição da criminologia do *labelling approach* e do princípio da culpabilidade, ficará ainda mais evidenciada no decorrer desta dissertação.

Fere, ainda, o princípio da proporcionalidade, mormente em seu aspecto de ofensividade, ao determinar a aplicação de uma pena desproporcional ao injusto praticado, em descompasso com a lesão (ou exposição a perigo) gerada pela ação delituosa ao bem jurídico tutelado.

Conforme já afirmado, porém, a constitucionalidade do instituto da reincidência deve ser analisada, sobretudo, à luz do princípio da culpabilidade, não somente em razão de ambos os princípios (*ne bis idem* e proporcionalidade) a ele necessariamente remeterem, mas porque é através da culpabilidade que as dimensões do fato e do valor constitutivas do *modelo jurídico* da reincidência entremostram-se.

Parece claro que a construção dos conceitos mistos de culpabilidade, enquanto busca de uma “terceira via” entre a culpabilidade do fato e a culpabilidade de autor, representa uma tentativa de resposta conciliatória à luta mais ampla, travada durante todo o século XX, entre o direito penal liberal e o direito penal autoritário²⁸². Não, há, entretanto, como conciliar inconciliáveis. Culpabilidade de autor e culpabilidade do ato partem de pressupostos filosóficos diferentes e acarretam conseqüências opostas, como demonstrado.

Não há como discordar de Zaffaroni quando afirma que “a pretensão de [se construir um] amálgama de culpabilidade de autor e de ato constitui um caminho falso e um método encoberto para sustentar-se a culpabilidade de autor”²⁸³.

Assim, percebe-se, tomando-se como exemplo os Códigos Penais brasileiros de 1940 e 1969 – repletos de alusões à periculosidade de agentes imputáveis – que, ao menos nesta região do globo, os conceitos mistos de culpabilidade prestam-se a substituir opções dogmáticas que se tornaram aberrações ante constituições democráticas fundadas no primado dos direitos humanos. A culpabilidade transformou-se, nesse contexto, no *equivalente funcional da periculosidade*²⁸⁴, abrigando este elástico e polivalente conceito, o qual, apesar das tentativas de sua eliminação do sistema brasileiro, segue presente, a desafiar o *nulla poena sine culpa* e o Direito Penal do Fato²⁸⁵.

²⁸² E. R. ZAFFARONI, *La Culpabilidad cit*, p. 57.

²⁸³ E. R. ZAFFARONI, *El Debate cit.*, p. 31 – tradução livre.

²⁸⁴ *Idem*, pp. 13-19.

²⁸⁵ Por isto, pode-se afirmar tranqüilamente que, apesar da ausência de referências explícitas ao conceito de periculosidade na Parte Geral do Código Penal, este foi mantido implicitamente no ordenamento mesmo após

De fato, a história da construção do conceito normativo de culpabilidade sempre procurou explicar e legitimar a maior pena ao delinqüente habitual, ao reincidente²⁸⁶. “Os *Tatertypen* se reproduziram, tais como ‘reincidentes’, ‘[criminosos] habituais’, ‘inimigos do povo’, ‘inimigos da nação’, ‘parasitas’, ‘inimigos do proletariado’, ‘subversivos’, ‘drogaditos’ etc”²⁸⁷.

“A periculosidade e a culpabilidade de autor saíram pela porta, mas querem entrar pela janela com distintos nomes e rostros, porque a prática não mudou, apenas ficou sem um discurso de justificacão satisfatório”²⁸⁸.

A reprodução dos tipos de autor característicos do perigosismo e da culpabilidade de autor era inevitável, na medida em que a categoria de culpabilidade, enquanto elemento central da teoria do delito, busca, antes de tudo, legitimar o sistema punitivo, sistema esse que se veria em muito tolhido se tivesse de lidar com uma culpabilidade puramente referida ao ato praticado.

A “antropologia da desigualdade” mencionada por Ferrajoli subsiste para o reincidente, enquadrado no que parece ser o mais resistente *tipo de autor* ainda presente nos ordenamentos democráticos. A reincidência é o critério (objetivo) que permanece, na atuação do sistema punitivo, a direcioná-lo preferencialmente a determinadas pessoas. Para quem reincide (seja ou não classificado em habitual, por tendência, por estado etc) há todo um Código Penal e outro Processual Penal especiais, com penas mais graves e menos direitos em razão dos mesmos fatos delituosos, das mesmas ofensas a idênticos bens jurídicos.

Não se pode, assim, admitir ter sido recepcionado o instituto da reincidência pela Constituição da República de 1988, por representar a adoção de um modelo de culpabilidade que viola a dignidade humana, a igualdade e a proporcionalidade, vetores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

a reforma de 1984, o que é cabalmente provado, ainda, pela manutenção do instituto da reincidência e pela dicção do art. 59, que se refere aos “antecedentes”, à “conduta social” e à “personalidade do agente” (outros exemplos de adoção enviesada da noção de periculosidade em M. REALE JR., *Tentativa de eliminação do critério da periculosidade*, in Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.12, n.140 - Esp., p. 2-3, jul. 2004).

²⁸⁶ E. R. ZAFFARONI, *El Debate cit.*, p. 25.

²⁸⁷ E. R. ZAFFARONI, *La Culpabilidad cit.*, p. 57 – tradução livre.

²⁸⁸ *Idem*, p. 65 – tradução livre.

É possível prever com Zaffaroni, contudo, a abolição do instituto da reincidência, na medida em que a evolução da categoria da culpabilidade leve-a ao encontro de um sistema democrático fundado na dignidade humana e na concepção de pessoa como um *ser-aí* livre e autônomo, “protagonista central da tragédia que decide sobre o bem e o mal”; livre, portanto, para optar pelo mal, sem, contudo, ser “rebaixado” por isso, em uma inadmissível hierarquização de cidadãos que diferencia entre “respeitadores da lei” e “inimigos do direito”, somente podendo ser questionado e punido em razão e no estrito limite da ofensividade de ações injustas²⁸⁹.

As análises subseqüentes, relativas às dimensões do fato e do valor que se ocultam no modelo jurídico da reincidência, buscarão desvelar as razões que influíram na adoção da culpabilidade nesses termos, ainda que de maneira a se chocar com a dignidade da pessoa humana. Ver-se-á como o *caráter constitutivo* e desigual do Direito Penal não se esgota na produção legal ou judicial do *status* jurídico-social e dos correspondentes certificados penais, mas ganha ainda mais concretude a partir dos efeitos que a maneira de atuar do sistema punitivo acarreta às pessoas a ele submetidas.

²⁸⁹ E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p. 17.

3. O FATO

Passar-se-á agora ao estudo da dimensão fática do modelo jurídico da reincidência. Neste momento, a análise será marcada, na delimitação de seu objeto e no método de investigação, pela criminologia do *labelling approach*.

Como ressaltado (item 1.2.3), ao deixar de lado toda a criminologia positivista de caráter etiológico, que busca, no indivíduo ou na sociedade, as *causas* da criminalidade, o *labelling* abandona o paradigma naturalista de compreensão dos delitos como realidades ontológicas e passa a tratá-los como realidades socialmente construídas. Fatos são apenas fatos. Crimes são fatos que o sistema punitivo formal denomina “crimes”. Urge investigar como se dá essa rotulação e, mais além, o impacto social que essa atividade gera.

Assim, o que será analisado na dimensão fática do modelo jurídico da reincidência será a reação do sistema punitivo aos delitos, e as conseqüências dessa atuação, a partir do estudo de seu principal e mais significativo instrumento, em termos práticos e simbólicos, a pena privativa de liberdade.

Se a realidade jurídica é dinâmica, certos fatos parecem estanques, mormente os atinentes à persecução penal: seletividade e estigmatização são constantes da prática punitiva desde sempre, assim como o discurso reformador das prisões ante seu propalado fracasso. E se assim o são, devem ser levados em conta em cada positivação normativa de qualquer política criminal sadia.

A delimitação da dimensão fática ao proposto pelo *labelling* não somente permite o descortinar da realidade social mais relevante do modelo jurídico da reincidência (a reação formal aos injustos penais), como também leva a investigação à dimensão do valor que o permeia. A análise dos fatos, portanto, continuará na dimensão valorativa, já que “todo fato, juridicamente relevante já se acha imantado a um valor, só é pensável em sua referência axiológica”²⁹⁰.

²⁹⁰ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 95.

3.1. A atuação do sistema punitivo

3.1.1. Seletividade

Conforme ressaltado no tópico referente ao estudo do *labelling approach* (cap. 1.2.3), correntes criminológicas diversas e de épocas distintas, do Classicismo de meados do século XIX à Nova Defesa Social da segunda metade do século XX, passando pela Escola Positiva, apesar dos diferentes pressupostos e enfoques de que lançam mão, comungam de uma mesma ideologia, que pode ser denominada *ideologia de defesa social*. Seus “princípios”, como afirmado, são: legitimidade, bem e mal, culpabilidade, prevenção, interesse social e igualdade. A criminologia do *labelling approach*, ao tomar como tema os mecanismos de funcionamento do sistema punitivo, coloca em xeque os princípios da prevenção e da igualdade. Em primeiro lugar será feita a crítica deste último, a partir do estudo da criminalização primária, mais especificamente a partir da *seletividade* pela qual atua o sistema de reação aos delitos.

A partir do princípio da igualdade, a ideologia da defesa social tem por pressuposto que o sistema punitivo atua de maneira igual com relação a todas as pessoas que violam a lei penal (abstrata e genérica e que a todos vincula), ou seja, que a legislação é igualmente aplicada a quem quer que cometa o delito tipificado. Toda a criminologia até o *labelling*, pois, partia do pressuposto de que a criminalidade, enquanto violação da lei, é comportamento de uma *minoría* desviante²⁹¹.

Tal crença, contudo, foi abalada em razão de estudos realizados em dois campos de investigação abertos pelo *labelling*: a criminalidade de colarinho branco e a “descoberta” da cifra negra da criminalidade²⁹². Percebeu-se que a prática efetiva de delitos em todas as sociedades destoava em larga escala das estatísticas oficiais e, ainda, que não se concentra somente nos estratos sociais mais baixos, de onde provem a imensa maioria dos selecionados pelo sistema penal. Notou-se também que, além da inequívoca incapacidade de operação dos órgãos de qualquer sistema penal para perseguir indistinta e rigorosamente todos os ilícitos cometidos, tal persecução, se possível fosse, acarretaria verdadeira

²⁹¹ Cf. A. BARATTA, *Criminologia cit.*, p. 42.

²⁹² *Idem*, pp. 101 e ss.

“catástrofe social”, já que quase todas as pessoas seriam penalizadas diversas vezes²⁹³. Necessariamente, pois, a atuação do sistema punitivo (de todos os seus órgãos, do início ao final do processo de criminalização) será seletiva, em maior ou menor escala. Atuará com relação a apenas um pequeno universo dos delitos cometidos na sociedade; em outras palavras, a impunidade é a regra e a criminalização, a exceção²⁹⁴.

Não serão, portanto, *todas* as ações típicas, ilícitas e culpáveis as que serão rotuladas como delitos pelos órgãos formais de controle. Ao contrário, o *labelling* defende, à luz do interacionismo simbólico que lhe serve de base, que é a atuação efetiva desses órgãos que determinará, em última instância, que um fato é crime e deve ser punido como tal. O crime, pois, é uma construção social, uma consequência da aplicação de regras e sanções a quem as ofende, e não uma qualidade intrínseca do ato praticado²⁹⁵.

Trata-se do já mencionado *poder constitutivo* do sistema penal, o qual, longe de ser um poder unicamente repressivo, destinado à proteção, conservação ou reprodução das relações de produção, transformou-se, no século XVIII, em “um poder que é inventivo, um poder que detém em si os princípios de transformação e de inovação”²⁹⁶. Esse poder de constituir ou definir o que é crime não é exercitado de forma mecânica, mas se dá na interação entre as pessoas envolvidas no fato social²⁹⁷, o que necessariamente torna tal definição seletiva: apenas alguns atos serão rotulados como crime, ainda que muitos outros também violem a norma penal.

O início do processo de seleção cabe à polícia, na maior parte das vezes. Em um primeiro momento, pois, a seleção estará vinculada aos critérios (mais ou menos discricionários) dos agentes de polícia²⁹⁸, que representam a instância mais visível do

²⁹³ E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p. 26.

²⁹⁴ Cf. E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit.*, p. 45.

²⁹⁵ Cf. H. S. BECKER, *Outsiders – Studies in the Sociology of Deviance*, New York, Free Press, 1963, p. 9. No mesmo sentido: “Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos” (N. CHRISTIE, *A Indústria do Controle do Crime – A caminho dos GULAGs em estilo ocidental*, trad. br. Luis Leiria, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 13).

²⁹⁶ Cf. M. FOUCAULT, *Os Anormais*, trad. br. de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 65.

²⁹⁷ H. S. BECKER, *Outsiders cit.*, p. 14: “*Deviance is a quality that lies in the interaction between the person who commits an act and those who respond to it*”.

²⁹⁸ Os quais são recrutados entre os membros dos mesmos estratos sociais que sofrem, na maioria das vezes, o processo de criminalização. O processo de *policização*, por sua vez, é o treinamento imposto aos policiais mediante o qual perdem eles sua identidade própria e substituem-na por outra artificial, “funcional ao exercício do poder da agência” (Cf. E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p. 137-141). Exercício de

controle formal (*first-line enforcer*). Embora determinantes, tais critérios não são exclusivos, já que também são pautados pelo poder de outras agências, como as de comunicação social, as agências políticas²⁹⁹ e, também, pelo Poder Judiciário, ao “confirmar” ou não, por fim, a seleção inicial. Estas agências, ainda, em suas relações entre si e mesmo internamente não apresentam um discurso homogêneo, sendo marcadas por disputas de poder e “relações de concorrência”³⁰⁰. Assim, por exemplo, juízes e tribunais tendem a ser criticados por policiais em razão do respeito (que estes vêem como excessivo) a garantias processuais do acusado, enquanto os primeiros tendem a censurá-los por freqüentes desrespeitos às mesmas garantias³⁰¹.

Não obstante essa disputa, pode-se afirmar que há certa continuidade na atuação dos *mecanismos de seleção* manejados pelos diferentes órgãos de controle, entre os quais avultam o “*poder relativo* dos sujeitos potenciais do processo formal de controle” e os *estereótipos*. Pelo primeiro, deve-se ter em conta a relação entre poder econômico e poder político, que determinará, em primeiro lugar, quais as ações serão tipificadas e as penas correspondentes³⁰², bem como a capacidade de influência da pessoa sobre a instauração e a condução do processo e o acesso à comunicação de massa³⁰³. Os estereótipos, por sua vez, são “sistemas de representações que orientam as pessoas na interação cotidiana”, difundidos pela *mass media*, e que influenciam sobremaneira a atuação dos órgãos de controle e a reação da opinião pública a atos anti-sociais, de forma a dirigí-las de acordo com a exteriorização desses estereótipos, reconhecíveis a partir da classe social, da cor da pele, do vestuário, dos locais freqüentados, “bem como a toda uma série de outras atitudes simbólicas ‘próprias’ de um delinqüente, de um louco, de um drogado ou de um ébrio, de um homossexual, de uma prostituta”³⁰⁴. A “clientela” do sistema penal é escolhida,

poder muitas vezes desconforme aos mais básicos princípios da civilização, como se pode inferir dos “cantos de guerra” entoados pelos policiais do BOPE – Batalhão de Operações Policiais Especiais do Rio de Janeiro – em seu treinamento: “Homem de preto/Qual é sua missão?/É invadir favela/E deixar corpo no chão”; “Se perguntas de onde venho/E qual é minha missão/Trago a morte e o desespero/E a total destruição” (L. E. SOARES, A. BATISTA, R. PIMENTEL, *Elite da Tropa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2005, pp. 8-9).

²⁹⁹ Cf. E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit*, p. 45.

³⁰⁰ *Idem*, p. 61.

³⁰¹ J. de F. DIAS – M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, p. 457. Sobre o tema também, v. S. ADORNO, *Sistema penitenciário no Brasil – problemas e desafios*, in Revista USP, nº 9, São Paulo, 1991, p. 68

³⁰² *Idem*, p. 387. O que explicaria, por exemplo, a alta pena prevista para o delito de extorsão mediante seqüestro quando este dura mais de 24 horas (CP, art. 159, §1º - 12 anos de reclusão), quando comparada à pena mínima aplicável ao delito de redução à condição análoga à de escravo (CP, art. 149 - 2 anos de reclusão).

³⁰³ Cf. E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit*, p. 45.

³⁰⁴ J. de F. DIAS – M. da C. ANDRADE, *Criminologia cit.*, p. 389. São muitas as vantagens da adoção de estereótipos: eles propiciam segurança ontológica num mundo marcado pela instabilidade, legitimam o

portanto, na maior parte das vezes, em razão do *poder relativo* e do *estereótipo* dos “candidatos”.

Nesse contexto, parece conveniente a inserção do conceito de *vulnerabilidade* na categoria da culpabilidade (que quedaria restrita à aplicação da lei penal levada a cabo após grande parte do processo de seleção). É a vulnerabilidade do agente ao sistema punitivo o que determinaria, em última instância, a criminalização de determinados atos, e não a culpabilidade do agente referida a um ato concreto valorado independentemente de quem o produziu, já que há “muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente”³⁰⁵. Zaffaroni identifica dois principais fatores de vulnerabilidade, que representariam os pontos sobre os quais atuam os mecanismos de seleção dos órgãos de controle: a *posição* (ou estado) *de vulnerabilidade*, que é socialmente condicionada e diz respeito ao pertencimento aos estratos sociais estereotipados, e o *esforço pessoal* para a vulnerabilidade, que é o comportamento individual voltado ao cometimento de um injusto penal. Assim, “quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um esforço de proporção considerável para alcançar uma posição de alta vulnerabilidade e vice-versa”³⁰⁶.

O funcionamento dos mecanismos de seleção dirigidos aos mais vulneráveis ao sistema penal explicaria a homogeneidade social dos presos. O crime não é característico somente destes estratos sociais, apenas a engrenagem punitiva está voltada preferencialmente à persecução dos atos cometidos pelos mais vulneráveis³⁰⁷. A criminalização, pois, se dá, via de regra, conforme ao estereótipo daquelas pessoas “somente capazes de obras ilícitas toscas”, e que assumem essas obras “desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo”³⁰⁸. Trata-se, em outras palavras, de escolher alguém apto a assumir um papel estereotipado e vivê-lo até o fim³⁰⁹.

privilégio e a deferência, permitem culpar o outro e fornecem uma base para projeções (cf. J. YOUNG, *A Sociedade Excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, trad. br. de Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Revan, 2002, pp. 156-157).

³⁰⁵ E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p. 268.

³⁰⁶ *Idem*, p. 270.

³⁰⁷ Além do próprio funcionamento desigual das agências executivas e judiciais, o próprio programa de criminalização, expresso nas leis, determina uma persecução desigual, independentemente da proteção dos bens jurídicos tutelados, como ressaltado.

³⁰⁸ E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit.*, p. 49.

³⁰⁹ Cf. E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p.226.

Assim, por exemplo, a seletividade da atuação do sistema penal, no Estado de São Paulo é revelada pela escolaridade dos presos: 75% (no caso dos homens) e 65% (no caso das mulheres) não terminou o ensino fundamental; 0% (no caso dos homens) e 2% (no caso das mulheres) tem curso superior completo³¹⁰. Ainda em São Paulo, com relação ao gênero e cor, constatou-se que as mulheres negras, quantos ao delito de roubo, são mais punidas do que brancas e do que homens³¹¹. Entre os homens, e com relação ao mesmo delito, os negros também são mais punidos do que os brancos³¹².

O tipo de delito que levou os presos ao regime fechado de cumprimento de pena, no estado de São Paulo, também é mais do que revelador da seletividade do sistema: 61% está preso por roubo, 22% por tráfico de drogas e 14% por furto. Roubo e furto, os principais delitos contra o patrimônio, somados, perfazem a impressionante marca de 75%. Se somados, ainda, os presos por tráfico de drogas, cuja única motivação é também patrimonial, chegar-se-á à 97% (!)³¹³. A título de comparação: na França, cujo Estado de Bem-Estar Social começa a ser desmontado, o índice de presos por roubo não chega a 22%³¹⁴.

Nos EUA, a seletividade liga-se, sobretudo mas não exclusivamente, a questões raciais (o total de negros presos quintuplicou nos últimos 20 anos, sendo que há mais negros presos do que matriculados nas universidades³¹⁵): em 1994, o preso-tipo a adentrar as penitenciárias estatais norte-americanas era homem, de origem afro-americana (54%, contra 19% de brancos), com menos de 35 anos (três quartos do total), sem diploma de estudos secundários (62%) e condenado por um delito não violento (29% das condenações relativas a tráfico ou porte de drogas)³¹⁶. Em 1978 havia nas penitenciárias federais e estaduais dos EUA 141 mil detentos, dos quais 58.900 eram negros, sendo que a população

³¹⁰ Jornal Folha de São Paulo, 10.02.02, p. C4.

³¹¹ *Mulheres Negras: as mais punidas nos crimes de roubo* – pesquisa realizada pelo IBCCrim e Fundação Seade, publicada no boletim do IBCCrim nº 125, abril de 2003.

³¹² S. ADORNO, *Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo*, in *Novos Estudos Cebrap*, nº 43, São Paulo, 1995.

³¹³ Censo Penitenciário – “Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” (Funap) – 2005, disponível em <http://www.sap.sp.gov.br>. A soma dos tipos de delitos cometidos ultrapassa os 100%, já que há presos cumprindo pena por mais de um crime.

³¹⁴ A. GARAPON, *O guardador de promessas – Justiça e democracia*, trad. port. de Francisco Aragão, Lisboa, Piaget, s/d, p.128.

³¹⁵ Jornal Folha de São Paulo, 30.08.02, p. A 13.

³¹⁶ Cf. L. WACQUANT, *Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, trad. br. de Eliana Aguiar, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 68.

negra representava apenas 11,27% da população total³¹⁷. Como se trata de um mecanismo intrínseco à atuação do sistema penal, a seletividade se mostra, por exemplo – segundo dados de Holloway, citados por Vera Malaguti Batista – desde 1810, no Rio de Janeiro: 80% dos julgados eram escravos, embora “apenas” a metade da população carioca fosse composta por esse tipo de mão-de-obra³¹⁸.

Tal constatação desmente, portanto, as teorias etiológicas que, ao tomar a criminalidade oficial pela criminalidade total, buscam explicá-la, conforme a criminologia clínica, a partir de uma suposta “perversidade” ou “promiscuidade moral” dos pertencentes a estes extratos sociais criminalizados e, de outro, sob inspiração marxista, que busca explicá-la em razão das desigualdades sociais, como se a pobreza fosse a causa quase exclusiva da criminalidade.

A seletividade inerente à atuação do sistema punitivo acarreta duas importantes conseqüências à análise do modelo jurídico da reincidência. Em primeiro lugar, a existência de enorme cifra negra enfraquece o raciocínio daqueles que defendem uma maior punição ao reincidente em razão de seu “modo de ser” ou “condução de vida”, já que os dois crimes apenados em uma vida podem ser deslizes isolados (inclusive delitos culposos), enquanto alguém que tenha elegido o ilícito como profissão, se tiver a sorte de nunca ser pego (talvez em razão de sua invulnerabilidade ao sistema penal), jamais será (rotulado) “reincidente”³¹⁹.

Somente alguns, pois, serão rotulados como criminosos e não o serão necessariamente de acordo com uma intrínseca “maldade” ou “inimizade jurídica”, mas unicamente em razão de sua vulnerabilidade. A criminalidade, longe de ser ontologicamente constituída, pode ser vista como um “bem negativo”, desigualmente distribuído conforme a posição do “candidato” a criminalização no interior da estrutura social³²⁰.

³¹⁷ Cf. M. FOUCAULT, *Ditos e Escritos - Estratégia, Poder-Saber*, trad. br. de Vera Lucia Avellar Ribeiro, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 137, nota.

³¹⁸ Cf. V. M. BATISTA, *O medo na cidade do Rio de Janeiro – dois tempos de uma história*, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 142.

³¹⁹ G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Aspectos críticos de la elevación de pena em casos de multirreincidencia*, in Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, serie 1, numero 3, Instituto Nacional de Estúdio Jurídicos, 1972, p.293.

³²⁰ Cf. A. BARATTA, *Criminologia cit.*, p. 161.

Após essa rotulação, ainda, o caráter constitutivo do sistema punitivo fará sua parte, dirigindo sua atuação, em outras ocasiões, preferencialmente aos anteriormente rotulados. Desencadeia-se, assim, verdadeira *self-fulfilling prophecy*, a partir da qual o delinqüente será forçado a adequar-se a este *master status*, à imagem que os outros têm dele, imagem esta marcada, sobretudo, pelo estigma de delinqüente³²¹. De acordo com Zaffaroni, “todo aparato do sistema penal está preparado para esta rotulação e para o reforço desses papéis”³²². A cada intervenção penal, portanto, será dado mais um passo para a configuração do *Self* do selecionado no sentido do papel que lhe é atribuído.

A prisão, pena característica do Direito Penal e zênite da intervenção punitiva, tem um papel fundamental enquanto constitutiva e reafirmadora do papel social de delinqüente. Seu estudo, além de reforçar o há pouco escrito, abrirá novos horizontes ao desvelamento do modelo jurídico da reincidência.

3.1.2. Prisão

Dentre as modalidades de pena previstas no ordenamento brasileiro, a mais característica da resposta estatal ao delito é a pena privativa de liberdade. A prisão representaria, pois, no âmbito de um sistema punitivo puramente repressor, a etapa final do mecanismo de persecução penal. À luz, porém, do que foi desenvolvido até aqui – na esteira do interacionismo simbólico do *labelling approach* e da inserção do problema penal no contexto das relações e estruturas sociais, conforme defendido pela “nova criminologia” – será realizada a análise da prisão enquanto elemento central do caráter constitutivo, conformador da realidade do sistema de punição enquanto concreto exercício do poder, e não somente como mera técnica de punição dos delitos.

Antes do surgimento das penas privativas de liberdade, nos séculos XVIII/XIX, a pena equivalia ao suplício: buscava-se impor ao réu “mil mortes em vida”; era, no dizer de Rossi, “a poesia de Dante posta em leis”. O suplício realizava-se como espetáculo público, nos quais a justiça demonstrava seu poder e o crime, visto como ofensa pessoal ao soberano, era apagado através do “ritual litúrgico da dor”. A publicidade do suplício era

³²¹ Cf. H. S. BECKER, *Outsiders cit.*, pp. 33-34.

³²² E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p. 60.

fundamental, já que sustentava a política do medo (a qual tornava sempre presente a cólera do soberano) e a reativação do poder. Revelava-se, através de uma atrocidade maior, o caráter atroz do crime cometido, e sua punição pelo terror buscava atemorizar os demais. A publicidade dos suplícios, porém, ao longo do tempo, passou a ser vista de outra forma: algumas vezes, o povo ficava do lado do réu, o qual personificava o desafio às instituições, ao poder real, aos ricos e aos juízes; todos se reconheciam facilmente nesse combate simbólico. O povo, acostumado a ver sangue, não tardaria a querer derramá-lo (como efetivamente ocorreu durante o período de terror da Revolução Francesa). Além do medo político advindo dessas constatações, inúmeros setores da sociedade começaram a questionar a “política de terror” dos suplícios, que começou a dar lugar a outras formas de punição ao longo do século XVIII, sendo a principal delas a pena privativa de liberdade³²³.

O surgimento da prisão enquanto pena-padrão não é reflexo unicamente das exigências de racionalidade e proporcionalidade formuladas pelo iluminismo penal humanista, que pensou ter encontrado na prisão o meio mais útil para a punição dos delitos e a “melhora” dos delinquentes. Isso porque, desde logo, percebeu-se que a prisão não atingia os objetivos propostos. Ela não prevenia crimes; ao contrário, fazia aumentar a reincidência³²⁴. No Brasil, desde 1833 havia a preocupação com a “racionalização dos estabelecimentos prisionais” com vistas à diminuição da reincidência³²⁵.

Pesquisa conduzida por Sérgio Adorno, a partir do acompanhamento da trajetória de egressos da Penitenciária de São Paulo entre 1974 e 1985, demonstrou que o índice de reincidência penitenciária (46,03%) é significativamente maior do que o índice de reincidência dos que jamais cumpriram pena privativa de liberdade (29,34%). A mesma pesquisa demonstrou, ainda, que praticamente não há diferenças entre o perfil social dos reincidentes comparado aos dos não-reincidentes: o que os diferencia é apenas e tão somente a intensidade e frequência com que são punidos pela autoridade administrativa

³²³ Cf. M. FOUCAULT, *Vigiar cit.*, Parte I.

³²⁴ “A prisão provoca a reincidência; depois de sair da prisão se tem mais chance que antes de voltar a ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos: 38% dos que saem das casas centrais são condenados novamente e 33% são forçados; de 1828 a 1834, de cerca de 35.000 condenados, perto de 7.400 eram reincidentes – ou seja, 1 em cada 4,7 condenados -; em mais de 200.000 contraventores, quase 35.000 o eram também – 1 em cada 6 -; no total, 1 reincidente para cada 5,8 condenados” (números citados por G. de La Rochefoucauld durante a discussão sobre a reforma do Código Penal – 2/dez/1831, *Archives Parlementaires*, t. LXXII, pp. 209-210) – *idem*, p. 234.

³²⁵ Cf. S. ADORNO, E. B. T. BORDINI, *Homens persistentes, instituições obstinadas: a reincidência na penitenciária de São Paulo*, in *Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde*, São Paulo, 3 (1), 1986, p. 87.

prisional, que atua de maneira mais violenta quanto aos reincidentes³²⁶, resultado este confirmado, duas décadas após, pelo fato de que, em São Paulo, 42% dos presos em regime fechado serem reincidentes, passando este índice para 48,3% em presos no RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)³²⁷. A prisão revela ter importante responsabilidade na construção de carreiras criminosas.

O que mantém a prisão como a forma de punição penal por excelência apesar de revelado seu inteiro fracasso em relação aos objetivos propalados (em especial a ressocialização do preso)? Por que “há mais de 150 anos a decretação de fracasso da prisão convive com sua manutenção”³²⁸? Em busca de respostas, as análises ganharam perspectivas mais amplas e questionaram o objetivo de mera forma de execução penal atribuído à prisão, relacionando o nascimento desta ao sistema de produção da sociedade (orientação de influência marxista) e às relações sociais de poder (Foucault).

Karl Marx, embora não se tenha dedicado atentamente sobre o fenômeno da punição, inspirou, em razão de sua ampla teoria sobre a sociedade capitalista, inúmeros autores que derivaram a punição penal desse sistema interpretativo. Fundando este sobre o estudo dos modos de produção, Marx afirma que a forma como a atividade econômica é organizada, desenvolvida e controlada modela todo o resto da vida social, estruturalmente marcada pela luta de classes. Assim, o direito faria parte da superestrutura social, cujas bases são dadas pelo modo de produção, que representaria a infra-estrutura³²⁹.

Com base em tal arcabouço teórico, Rusche e Kirchheimer, no clássico *Punishment and Social Structure*, relacionam de forma direta os métodos de punição com a organização econômica das sociedades e afirmam que “cada sistema de produção tem seus métodos de punição característicos”³³⁰. Analisam, ao longo da história, a evolução dos métodos de punição à luz do desenvolvimento dos modos de produção. Assim, a pena

³²⁶ Cf. S. ADORNO, *A prisão sob a ótica de seus protagonistas – itinerário de uma pesquisa*, in *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 3 (1-2), São Paulo, 1991.

³²⁷ Censo Penitenciário – “Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” (Funap) – 2005.

³²⁸ M. FOUCAULT, *Vigiar cit.*, p. 239.

³²⁹ Cf. D. GARLAND, *Punishment and Modern Society - A Study in Social Theory*, Oxford, Clarendon, 1991, p. 85.

³³⁰ G. RUSCHE – O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Columbia, Columbia University, 1939, pp. 5-6. A ênfase dos autores não é sobre o estudo do “instituto da punição” filosófica e a-historicamente considerado: “*Punishment as such does not exist; only concrete systems of punishment and specific criminal practices exist*”.

privativa de liberdade, desde seu nascimento, intimamente ligado ao Mercantilismo, foi sempre utilizada de acordo com as condições do mercado de trabalho: a mão-de-obra dos presos “modulava” as condições desse mercado e forçava os salários para baixo. Esta teoria é, nitidamente, a aplicação da tese marxista sobre a necessidade de o sistema capitalista dispor de um exército de mão-de-obra reserva: havendo desempregados dispostos a trabalhar por pouco desestimulam-se as reclamações por parte dos empregados, que se vêem forçados a aceitar as precárias condições de trabalho. O embrião das prisões modernas, as Casas de Correção (*Houses of Correction*) tinham, pois, dois objetivos principais: educar para o trabalho e aproveitar a mão-de-obra de presos e mendigos³³¹. Industrialização e prisão são, para esses autores, fenômenos que se completam.

Segundo essa ótica, nos dias de hoje, o desenvolvimento dos sistemas de produção e seus reflexos sobre os Estados seriam os responsáveis pela atual “explosão carcerária”, sobretudo mas não somente, nos países de capitalismo avançado. Jock Young³³² e Loïc Wacquant³³³, por exemplo, traçam uma linha direta entre a derrocada dos Estados de bem-estar social e a hipertrofia da punição levada a cabo por Estados agora novamente policiais; antes incluídos, os Estados substituem medidas assistenciais por medidas repressivas (a evolução comparada dos gastos dos governos dos EUA revela, desde Reagan, um aumento no investimento no sistema penitenciário na direta proporção da diminuição dos gastos sociais: hoje os EUA gastam dez vezes mais dinheiro com a “indústria da repressão criminal” do que com as políticas sociais de inclusão³³⁴) e responde-se à diminuição global do número de postos de trabalho e à precarização destas relações com o incremento do sistema punitivo. Se antes se tratava de integrar a força de trabalho recalcitrante no sistema capitalista então nascente, trata-se, agora, de excluir os não adaptados, os “consumidores falhos”. No Brasil, especificamente em São Paulo, tal relação é ainda mais evidente, já que 75% dos presos cumprem pena por delitos contra o patrimônio (roubo e furto)³³⁵.

Consistente, sem dúvida, a configuração do sistema punitivo de acordo com o sistema de produção social não esgota, contudo, todo o desvelar da prisão enquanto instituição: há de se analisá-la não somente como superestrutura, mas como um dos

³³¹ *Idem*, pp. 24-45.

³³² J. YOUNG, *A Sociedade Excludente cit.*

³³³ L. WACQUANT, *Punir cit.*

³³⁴ *Idem*, pp. 49 e 85-87

³³⁵ Censo Penitenciário – “Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” (Funap) – 2005.

principais símbolos de um sistema de poder que penetra profundamente na vida dos indivíduos. A prisão, segundo Foucault, não serve somente como “depósito de excluídos” do sistema de produção e consumo, mas tem um papel positivo (conformador), ainda mais relevante que o meramente negativo (repressor).

Foucault, sob influência de Max Weber e Nietzsche, afirma que o surgimento da prisão insere-se no contexto de formação da “sociedade disciplinar” e de instrumentos destinados a “aumentar a utilidade” dos indivíduos através de constante vigilância, como fruto da explosão demográfica do século XVIII, que possibilitou o crescimento do aparelho de produção e a conseqüente acumulação de homens e capital, e da consolidação da burguesia no poder, que garantia eficácia ao ordenamento jurídico através da generalização dos “dispositivos disciplinares”: “as luzes que descobriram as liberdades também inventaram as disciplinas”³³⁶.

A prisão, “manifestação de poder mais delirante que se possa imaginar”³³⁷, ocupava lugar de destaque na configuração do poder disciplinar:

“A prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado nu, nas suas dimensões as mais excessivas, e se justificar como poder moral. ‘Tenho muita razão de punir, já que você sabe que é vil roubar, matar...’. É isso o que é fascinante nas prisões: por uma vez o poder não se esconde, não se mascara, se mostra como tirania levada aos mais ínfimos detalhes, cinicamente ele próprio; ao mesmo tempo, ele é puro, ele está inteiramente ‘justificado’, já que ele pode se formular inteiramente no interior de uma moral que enquadra seu exercício: sua tirania bruta aparece então como dominação serena do Bem sobre o Mal, da ordem sobre a desordem”³³⁸.

A prisão foi concebida para ser “omnidisciplinar”: buscava cuidar do treinamento físico, da aptidão para o trabalho e da moral do preso³³⁹; amplamente, destinava-se a transformar os homens, “recodificando” sua existência³⁴⁰. A busca de tal objetivo dava-se

³³⁶ M. FOUCAULT, *Vigiar cit.*, pp. 185-194.

³³⁷ M. FOUCAULT, *Ditos cit.*, p. 41.

³³⁸ *Idem.*

³³⁹ Cf. M. FOUCAULT, *Vigiar cit.*, p. 207.

³⁴⁰ *Idem.*, p. 211.

de três maneiras: pelo esquema político-moral do isolamento e da hierarquia, pelo esquema econômico do trabalho obrigatório e pelo esquema técnico-médico da cura; o modelo de prisão que atendia perfeitamente essas condições era o *pan-óptico* de Bentham³⁴¹.

Mas essas máquinas disciplinares jamais lograram atingir seus objetivos, muito em razão da própria técnica penitenciária: a prisão recebe da Justiça o “condenado” (caracterizado pelo seu ato, mas não somente, como visto) e o transforma em “delinqüente” (caracterizado por sua vida). A tentativa de redesenhar a existência do preso necessita de um controle sobre sua história de vida, a partir da qual fabrica-se o “delinqüente” e sua biografia, aspecto sobre o qual atuará o aparelho de punição³⁴². Tal fabricação ocorre de duas maneiras: através da individualização biográfica e da reincidência. A técnica penitenciária e o homem delinqüente, pois, são “irmãos gêmeos”: “a delinqüência é a vingança da prisão contra a justiça”³⁴³.

O interacionismo simbólico revela, ainda, que a prisão, enquanto “estufa para mudar pessoas” necessariamente assume a forma de “instituição total”³⁴⁴ que, incompatível com o trabalho e a família, é a principal responsável pela *self-fulfilling prophecy* acarretada pela estigmatização produzida por todo o sistema punitivo, já que é capaz de conformar o *Self* do preso desde o primeiro momento de sua atuação³⁴⁵:

“O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições (...), começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. Começa a passar por

³⁴¹ *Idem*, pp. 214-222. O modelo arquitetônico prisional tido como ideal possibilitava o isolamento e a constante vigilância dos presos pelos agentes penitenciários que, no centro do edifício, vigiam ser serem vistos, o que instaurava nos presos a sensação de serem ininterruptamente vigiados.

³⁴² *Idem*, p. 223.

³⁴³ “(...) e é essa delinqüência, formada nos subterrâneos do aparelho judiciário, ao nível das ‘obras vis’ de que a justiça desvia os olhos, pela vergonha que sente de punir os que condena, é ela que se faz presente agora nos tribunais serenos e na majestade das leis” (*Idem*, p. 226).

³⁴⁴ Cf. E. GOFFMAN (*Manicômios, Prisões e Conventos*, trad. br. de Dante Moreira Leite, 7ª ed., São Paulo, Perspectiva, 2001, p. 11), “uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e totalmente administrada”.

³⁴⁵ E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p. 60: “cada um de nós se torna aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinqüente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo (...)”.

algumas mudanças radicais em sua carreira moral, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele”³⁴⁶.

A experiência de encarceramento leva o preso à desorganização de sua personalidade. Ocorrem a perda e a aquisição de uma nova identidade, sentimento de inferioridade, empobrecimento psíquico, infantilização e regressão. O empobrecimento psíquico que acarreta leva a situações que dificultam sobremaneira a reinserção social do egresso, que passa a apresentar dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazo, dependência, busca de soluções fáceis e projeção de culpa nos outros³⁴⁷.

A técnica penitenciária criou um autêntico mecanismo de *feedback* entre a prisão e a reincidência, o que se constatou contemporaneamente ao próprio surgimento da prisão. E esse mecanismo, que decorre tanto do tratamento dispensado aos presos (à época: isolamento, trabalho inútil e abuso de poder; hoje: condições violentas e subumanas de subsistência), quanto da formação de verdadeiras quadrilhas organizadas dentro do cárcere³⁴⁸, e que inclui, ainda, as condições e possibilidades de vida lícita oferecidas aos egressos, é mais amplo do que se costuma imaginar, já que a prisão “fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento”³⁴⁹.

Se os efeitos deletérios causados pela prisão se dão mesmo quando se trata de unidades exemplares, panópticos autênticos, que dizer das prisões atuais, sobretudo em países periféricos, como o Brasil?

A Organização Não-Governamental *Human Rights Watch* que, entre setembro de 1997 e abril de 1998, visitou mais de 40 estabelecimentos penitenciários brasileiros,

³⁴⁶ E. GOFFMAN, *Manicômios cit.*, p. 24.

³⁴⁷ Cf. A. A. de SÁ, *Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, IBCCrim, ano 6, nº 21, 1998, p.120.

³⁴⁸ Percepção também secular: “O primeiro desejo que nele [preso] nascerá será de aprender com os colegas hábeis como se escapa aos rigores da lei; a primeira lição será tirada dessa lógica cerrada dos ladrões que os leva a considerar a sociedade como inimiga; a primeira moral será a delação, a espionagem honrada nas nossas prisões; a primeira paixão que nele será excitada virá assustar a jovem natureza por aquelas monstruosidades que devem ter nascido nas masmorras e que a pena se recusa a citar (...) Ele agora rompeu com tudo que o ligava à sociedade” (L’Almanach Populaire de la France, 1830) – M. FOUCAULT, *Vigiar cit.*, p. 236.

³⁴⁹ Igualmente secular: “A mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça prolongar-se” (Charles Lucas, *De la réforme des prisons*, vol. II, 1838, p.64) – *idem*, p. 226.

localizados em diversos estados do país³⁵⁰ fez uma análise abrangente das prisões e delegacias brasileiras. Foram entrevistadas centenas de presos e autoridades públicas, para se elaborar o mais completo diagnóstico do sistema penitenciário já feito no país. Como esperado, o resultado é vergonhoso e acaba por confirmar as previsões mais sombrias e pessimistas.

Superlotação, absoluta falta de condições mínimas de higiene, atendimento médico quase inexistente, alimentação precária, ausência de condições de trabalho e estudo, espancamentos sistemáticos, torturas "institucionalizadas" e execuções sumárias fazem parte do cotidiano dos milhares de presos recolhidos nas penitenciárias e delegacias do Brasil.

O adjetivo "genocida"³⁵¹ certamente pode ser utilizado para qualificar a atuação do sistema carcerário brasileiro. Rebeliões freqüentes, na maioria das quais os presos denunciam suas condições de subsistência e exigem o cumprimento da lei, revelam o quanto o discurso dogmático afasta-se da realidade. Não se aplicam, em quase sua totalidade, os preceitos da Lei de Execução Penal ou constitucionais concernentes à execução da pena privativa de liberdade. É diariamente desafiado o Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade humana não adentra os portões do cárcere. A percepção de que a prisão produz reincidência continua a marcá-la³⁵².

Um argumento recorrente que busca explicar o abismo existente entre os objetivos fixados em lei e a realidade das prisões é a falta de recursos do Estado para investir nas prisões. Principalmente no Brasil, onde ainda não se conseguiu erradicar a fome, tal situação parece clara. A questão, então, seria resolvida, ao menos no campo acadêmico, com a explicação da falta de recursos. Ocorre que o problema revela-se um pouco mais

³⁵⁰ O relatório final produzido por essa organização está disponível no sítio www.hrw.org (visitado em 23.04.2005), sob o nome "O Brasil atrás das grades". A situação carcerária brasileira foi classificada pela Anistia Internacional como "*less than human*", ou seja, sub-humana.

³⁵¹ E. R. ZAFFARONI, *Em Busca das Penas cit.*, p.13. Para o autor, os órgãos do sistema penal produzem morte em massa, pois, atuando violentamente, ajudam a sustentar as desigualdades, a fome, a miséria etc. Tal adjetivo adequa-se também à definição de Estado elaborada por Santo Agostinho: *magna latrocinia* (Cf. N. BOBBIO, *Teoria da norma jurídica*, trad. br. Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti, São Paulo, Edipro, 2001, p. 31).

³⁵² Persiste atual, pois, a constatação presente na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: "É comum, no cumprimento das penas privativas de liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa *hipertrofia da punição* não só viola medida da proporcionalidade, como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia" (itálico no original).

profundo. Em que pese a legislação da imensa maioria dos países prever a ressocialização como meta principal da execução penal, a situação mundial das prisões distancia-se pouco da brasileira³⁵³. Em alguns deles a alegação de que a ressocialização não pode ser buscada por falta de recursos simplesmente não cabe. Abrem-se, então, duas possibilidades de explicação: falta de vontade política ou o caráter estrutural, imanente, da pena privativa de liberdade nos moldes desenvolvidos desde meados do século XVIII, conforme descortinado pela criminologia marxista e pela análise foucaultiana referidas.

As hipóteses não são excludentes e, conjugadas, fornecem uma sólida argumentação que explica a caótica situação das prisões mundiais e o esgotamento do paradigma ressocializador. A falta de vontade política de melhorar as condições dos presos deriva, basicamente, de dois aspectos. O primeiro deles é a conjuntura sócio-econômica da sociedade: não há como fornecer boas condições de vida aos presos se a maioria da população não as tem³⁵⁴; caso contrário, a sociedade veria o cometimento de crimes e a conseqüente prisão como um prêmio. Exemplo de tal situação foi a revolta dos sindicatos de operários norte-americanos quando do estabelecimento do trabalho obrigatório nas prisões daquele país, pois estes achavam que os internos trabalhavam em melhores condições que os trabalhadores livres (!)³⁵⁵.

Outro aspecto é fornecido pelas teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, desenvolvidas a partir da obra de Freud, em especial de *Totem e Tabu*, na qual o autor descreve a reação social após a violação de um tabu e afirma que a punição “pressupõe a presença, nos membros do grupo, de impulsos idênticos aos proibidos”³⁵⁶. Alexander e Staub, por sua vez, afirmam que a pena destina-se a “contrabalançar a pressão dos impulsos reprimidos, que o exemplo de sua liberação no delinqüente torna mais fortes”; a punição, pois, reforça o superego dos demais. Além, a punição é também uma recompensa aos que renunciaram ao sadismo e que, através dela, podem extravazá-lo. Complementa esta hipótese Reiwald, para quem o delinqüente corresponderia à mítica figura do bode

³⁵³ O jornal britânico *The Guardian* (edição de 17 de dezembro de 2002), v.g., qualifica as prisões japonesas como “hell holes” (literalmente, “buracos do inferno”).

³⁵⁴ Historicamente assistiu-se à queda da qualidade das condições das prisões decorrentes da queda da qualidade de vida da sociedade, já que muitos condenados preferiam as Casas de Correção (“*Houses of Correction*”) à vida na miséria, ainda que livre, razão pela qual buscava-se fornecer aos presos apenas o mínimo necessário à sobrevivência (Cf. G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Columbia, Columbia University, 1939, pp.105-106)

³⁵⁵ Cf. M. FOUCAULT, *Vigiar cit.*, p. 214.

³⁵⁶ *Apud* A. BARATTA, *Criminologia cit.*, p. 50.

expiatório, sobre o qual depositam-se e projetam-se as “sombras” sociais, através de severa punição³⁵⁷.

“Ficamos imaginando o representante da administração que guia a visita, escarnecendo de nós, internamente. Quase o ouvimos dizer para si mesmo, e também para nós, alguma coisa como: ‘Vocês nos confiaram esses ladrões e estes assassinos porque os consideram como animais selvagens; vocês nos pediram para transformá-los em dóceis carneirinhos do outro lado destas grades que os protegem; mas não há nenhuma razão para que nós guardas, representantes da lei e da ordem, instrumentos de sua moral e de seus preconceitos, não os consideremos também, seguindo o convite de vocês, animais selvagens. Nós somos como vocês. Nós somos vocês. Portanto, nessa jaula em que vocês nos fecharam com eles, nós restabelecemos entre eles e nós a relação de exclusão e de poder instaurada pela grande prisão entre eles e vocês. Foram vocês que os designaram para nós como animais selvagens; a nosso turno, nós lhes transmitimos a mensagem. E quando ela estiver bem apreendida por eles, atrás de suas grades, nós os reenviaremos a vocês’”³⁵⁸.

Seja como for, à luz de Rusche e Kirchheimer, de Foucault, das teorias psicanalíticas da sociedade punitiva e do interacionismo simbólico, o sistema prisional tem inegável efeito configurador da realidade, pois produz delinqüência. Tal efeito, ao contrário do que defendem os “reformadores”, em busca de uma boa prisão (supremo paradoxo), não seria colateral: essa produção da delinqüência seria, justamente, seu sucesso³⁵⁹.

Isso porque o delinqüente é útil de diversas formas: como *exemplo* (“se você não for para a usina olha o que vai acontecer”), como *instrumento de pressão* eventual sobre o proletariado e como *mão-de-obra* utilizada para o funcionamento de autênticas indústrias de ilegalismos (Foucault cita a indústria do sexo, o tráfico de drogas e armas). Mas sua principal utilidade, inegavelmente, é a de possibilitar o *cultivo do medo*: “tal como o medo

³⁵⁷ *Idem*, pp. 52-56.

³⁵⁸ M. FOUCAULT, *Ditos cit.*, P. 137. Interessante estudo sobre a construção da identidade profissional dos agentes penitenciários foi realizado por P. R. B. de MORAES, *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*, São Paulo, IBCCrim, 2005.

³⁵⁹ M. FOUCAULT, *Ditos cit.*, pp. 156-164.

do inimigo faz ‘amar’ o exército, o medo dos delinquentes faz ‘amar’ o poder policial”³⁶⁰. Ou, nas palavras do comandante da Rota (Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar), divisão da polícia militar conhecida em São Paulo pela violência com que costuma atuar: “Nós – a Rota – somos a única coisa que os bandidos temem. E, como diz uma velha frase, o medo leva ao respeito, que se transforma em admiração e conduz ao amor”³⁶¹.

Essa “coesão social” exigida para o combate à delinquência, e a conseqüente separação entre a opinião pública e os delinquentes são frutos, em larga escala, da prisão. Foucault lembra que as revoluções do século XIX (1830, 1848 e 1870, e mesmo a Revolução Francesa do século anterior) sempre encontraram eco nas prisões, as quais se solidarizavam com o movimento externo, que, por sua vez, abria os portões do cárcere³⁶² (a Bastilha, *v. g.*, era uma prisão). Tal identificação desapareceu no século XX. Quando o capital da burguesia passou a ser incorporado nas máquinas, ferramentas, matérias-primas e nos estoques, que ficavam nas mãos do proletariado, “foi preciso, de fato, pôr sob vigilância generalizada todas as camadas populares”³⁶³ e a delinquência passou a ser apresentada como a justificativa para o aumento do controle. A difusão da cultura de vida burguesa e sua nova “disciplina econômica” (que impunha a honestidade, a exatidão, a poupança e o respeito absoluto pela propriedade), por outro lado, também colaboraram para a consolidação da ruptura entre a opinião pública e os delinquentes: outrora bem recebidos, passaram a ser vistos como inimigos da sociedade inteira. A desconfiança, o ódio e o desprezo nutridos pela sociedade ao delinvente (quijá até em maior escala pelos integrantes dos mesmos estratos sociais dos quais provêm os vulneráveis) são “resultado de 150 anos de trabalho político, policial, ideológico”³⁶⁴, em que a prisão tomou parte importante, a par de simbólica.

A prisão possibilita a união da sociedade ao *essencializar* o preso, constituindo-o como diferente, como inimigo, e o faz não somente em termos de transformação da identidade (criação e manutenção da identidade de delinvente) e construção do *Self* dos

³⁶⁰ M. FOUCAULT, *Ditos cit.*, p. 157: “(...) a classe no poder se serve da ameaça da criminalidade como um alibi contínuo para endurecer o controle da sociedade. A delinquência dá medo e se cultiva esse medo. Não é a troca de nada que, a cada momento de crise social e econômica, assiste-se a uma ‘recrudescência da criminalidade’ e ao apelo consecutivo a um governo policial. Pela ordem pública, se diz (...) a criminalidade desempenha uma espécie de nacionalismo interno”.

³⁶¹ Folha de São Paulo, 10.10.1982, *apud* T. P. R. CALDEIRA, *Cidade de muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo*, Edusp/34, São Paulo, 2000, p. 169.

³⁶² M. FOUCAULT, *Ditos cit.*, p. 61.

³⁶³ *Idem*, p. 70.

³⁶⁴ *Idem*, p. 195.

apenados, mas também em termos concretos, materiais. A prisão marca o condenado indelevelmente³⁶⁵ e potencializa as chances de recaída no crime.

3.2. *Reincidência e controle social: estigmatização*

O controle social realizado pelo sistema punitivo é, pois, altamente seletivo: dirige-se a uns fatos em detrimentos de outros, igualmente ilícitos; dirige-se a determinadas pessoas e não a outras, embora possam ter cometido o mesmo delito. E tal característica não se restringe apenas aos sistemas punitivos dos países periféricos, como demonstram os estudos agrupados sob o nome de *sentencing*, nos países anglo-saxões³⁶⁶. O princípio da igualdade, “um dos axiomas fundamentais da nossa modernidade”, não rege o funcionamento dos sistemas penais³⁶⁷.

Além de não atuar de maneira igual com relação a todos os cidadãos, o sistema punitivo também não logra êxito em realizar seu principal objetivo: não previne delitos. Pior, tende a aumentá-los. Como visto, porém, tudo indica que a reprodução delitiva causada pela atuação dos mecanismos de persecução e punição penal não é ocasional. Se, portanto, as agências formais de controle social dirigem-se a determinadas classes sociais, há, dentro delas, alvos ainda mais privilegiados: os reincidentes.

É sobre os reincidentes, de fato, que o sistema punitivo recai de maneira mais violenta, do início (agências policiais) ao fim (execução da pena), seja esta atuação legal ou ilegal. A polícia civil de São Paulo, v.g., informa Mingardi, tem como principais “regras” sobre a tortura de suspeitos, que esta somente deve recair sobre pessoas com antecedentes criminais³⁶⁸. Da mesma forma, as decisões judiciais têm entre seus móveis subjetivos, a pressionar a decisão no sentido da condenação, o fato de se tratar de réu reincidente³⁶⁹. Mesmo durante a execução penal, como demonstrado, as sanções

³⁶⁵ *Idem*, p. 73: “O que me choca no sistema penal, em particular no sistema das prisões (e talvez seja aí que a prisão aparece no seu papel específico), é que todo indivíduo que passou pelo sistema penal permanece marcado até o fim de seus dias”.

³⁶⁶ Cf. S. ADORNO, *Crime, justiça penal e desigualdade jurídica – As mortes que se contam no Tribunal do Júri*, in Revista USP, nº 21, São Paulo, 1994, p. 136.

³⁶⁷ *Idem*, p. 133.

³⁶⁸ G. MINGARDI, *Tiras, gansos e trutas – Segurança Pública e Polícia Civil em São Paulo 1983-1990*, Corag, Porto Alegre, s/d, pp. 61-62.

³⁶⁹ Cf. S. ADORNO, *Crime cit.*, p. 144.

administrativas recaem de maneira mais arbitrária e violenta sobre os reincidentes³⁷⁰, que são também os mais sancionados com a colocação em regime disciplinar diferenciado (RDD)³⁷¹. É comum também se ouvir, como crítica derradeira a acompanhar notícias de abusos policiais ou chacinas difundidas pelos *mass media*: “as vítimas não possuíam antecedentes criminais”. Não poderiam, portanto, sofrer a violência ilegítima que sofreram. Já se fossem reincidentes...

O fato de ser reincidente torna o cidadão ainda mais vulnerável ao sistema punitivo, formal e informal. Aos estigmas tradicionais (cor, idade, condição sócio-econômica) soma-se o poderoso rótulo de “reincidente” a perseguir alguém que já era vulnerável, e que foi, por isso, anteriormente selecionado. Se o sistema punitivo, da polícia ao judiciário, é incapaz de lidar com todas as ocorrências criminais de que toma conhecimento, tem de, naturalmente, selecionar algumas: “distinguir os infratores ‘perigosos’, crônicos, reincidentes dos menos recalcitrantes”³⁷². “Prenda os suspeitos de sempre”, exortava Casablanca³⁷³.

A constituição da reincidência a partir do sistema penal, mormente em razão da destruição psicológica causada pela prisão sobre os condenados, não tem seus efeitos limitados pelos muros do cárcere, da delegacia ou dos fóruns. O *status* de reincidente persegue o cidadão que já cumpriu a pena, principalmente no mercado de trabalho, em que já haveria maiores dificuldades de alocação em decorrência do hiato profissional (além de social e familiar) causado pelo encarceramento. O egresso é perenemente preso a seu passado.

“A condição de vida do egresso penitenciário parece por si só evidente. Portador de uma ‘identidade virtualmente deteriorada’, construída no curso de um projeto de vida em que a situação de inferioridade e desigualdade social pode significar um ponto de partida, o cotidiano marcado pelo contato permanente com a polícia e com a justiça significa um trânsito necessário e o acesso à prisão uma lógica irresistível, ele vivencia a experiência mais cruel de sua condição de subalterno,

³⁷⁰ Cf. S. ADORNO, *A prisão cit.*

³⁷¹ Censo Penitenciário – “Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” (Funap) – 2005.

³⁷² J. YOUNG, *Sociedade Excludente cit.*, p. 75.

³⁷³ S. S. SHECAIRA, *Criminologia cit.*, p. 341.

justamente ao retomar seus direitos civis. O estigma materializado em seus antecedentes criminais e o fetiche representado pela ausência de documentos oficiais, comprobatórios de um *status* de trabalhador livre, assalariado e empregado, constituem sintomas de uma ressocialização conflituosa, em que o passado jamais se configura ao presente como peso morto”³⁷⁴.

O processo de interação com o sistema penal estigmatiza o cidadão e conforma sua identidade social. Com o rótulo de “criminoso” marcado a fogo na alma e na pele, desenvolve-se o mecanismo da *self-fulfilling-prophecy*, que caracteriza este “processo de construção social da população delinqüente”³⁷⁵.

No início da década de 1970, o GIP (Grupo de Informação sobre as Prisões idealizado na França por Foucault), em sua primeira brochura publicada, constatou que a “primeiríssima” reclamação de presos e familiares era no sentido da abolição do *fichário judicial* (que contém as informações criminais sobre os egressos), o qual “desqualifica, de saída, a pretensão hipócrita de fazer passar a prisão por um lugar de reeducação”; ao interditar “o acesso da função pública aos detentos do fichário judicial, o Estado julga todos dias o valor de seu próprio sistema penitenciário”, além de que “o sistema judicial contradiz o direito ao trabalho: ele condena os antigos detentos ao desemprego, à arbitrariedade dos empregadores, aos trabalhos mais explorados”³⁷⁶.

A análise dos fatos que subjazem ao modelo jurídico da reincidência, realizada sob os enfoques particulares da criminologia do *labelling approach* e da “nova criminologia”, revelou que a atuação do sistema punitivo é seletiva, estigmatizadora e constitutiva da delinqüência e da reincidência. A razão de ser de tal maneira enviesada de atuar não pôde ser atingida no plano puramente factual. Descortinados a norma e os fatos, trata-se agora de buscar os valores que os sustentam, distribuídos no ordenamento jurídico e no corpo social, para que se procure responder, afinal, por que o Direito Penal admite conceitos dogmáticos que acabam por “justificar” o funcionamento histórica e essencialmente desigual do sistema punitivo?

³⁷⁴ M.M.P. CASTRO de *et alli*, *Preso um dia, preso toda a vida: a condição de estigmatizado do egresso penitenciário*, Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde, São Paulo, 1(2), 1984, p. 103.

³⁷⁵ A. BARATTA, *Criminologia cit.*, pp. 179-180.

³⁷⁶ M. FOUCAULT, *Ditos cit.*, p. 31.

4. O VALOR

A solução oferecida por Miguel Reale ao problema axiológico representa o fator determinante de sua teoria tridimensional, ao vislumbrar a necessidade de abandono da concepção do valor como objeto ideal, na esteira do pensamento neokantiano de Scheler e Hartmann, para entendê-lo como *ens a se*, autônomo. O valor representa um *tertium genus* de objeto, ao lado dos objetos naturais e dos objetos ideais. Somente assim tem-se uma concepção tridimensional em que fato, valor e norma, relacionam-se dialeticamente³⁷⁷.

Reale entende ser impossível entender-se o valor como um objeto ideal, que *é* (existem quando pensados), à maneira de um teorema ou um juízo lógico, pois sua natureza é a de algo que necessariamente *deve ser* (justo, belo, útil etc), ou seja, é-lhe essencial a natureza de “ser para a ação”, relacionado à práxis. Os valores representam, por conseguinte, o mundo do dever ser³⁷⁸. Não se trata, contudo, da concepção de *dever ser* kelseniana, com sentido meramente lógico, mas de um *dever ser* em sua “projeção praxeológica”. Este o “historicismo axiológico” de Reale, a partir do qual se revelam as características essenciais que, ao vincular o valor ao processo histórico, distingue-o dos objetos ideais: *realizabilidade* (um círculo, enquanto objeto ideal não deixa de ser um círculo pelo fato de não haver “entes circulares perfeitos”, mas valor que não se realiza é “quimera”), *inexauribilidade* (por mais que se faça justiça sempre haverá justiça por fazer), *transcendentalidade* (o valor supera suas “realizações particulares”) e *polaridade* (somente se compreende um valor a partir da contraposição a seu contrário)³⁷⁹.

É tríplice a função do valor na experiência jurídica. Em primeiro lugar, tem função ôntica, por ser um de seus fatores constitutivos; ainda, tem função gneoseológica, por servir de prisma para a compreensão da realidade e, por fim, apresenta função deontológica, na medida em que atua como “razão determinante da conduta”³⁸⁰.

A experiência jurídica, portanto, em sua projeção histórica, somente pode ser compreendida em termos de *normativismo concreto*,

³⁷⁷ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 59.

³⁷⁸ M. REALE, *Filosofia cit.*, p. 191.

³⁷⁹ M. REALE, *Teoria cit.*, pp. 93-94.

³⁸⁰ *Idem*, pp. 62-63.

“consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da ‘*praxis social*’, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente”³⁸¹.

Os valores, então, não se encontram no mundo ideal platônico, mas estão imersos e são forjados no *Lebenswelt*, na concretude da experiência humana, onde as interações sociais se dão de maneira não exclusivamente racional, mas permeadas de elementos emocionais. “Nem tudo no valor é suscetível de ser explicado racionalmente”. Trata-se de um conhecimento estimativo, intuitivo, fundado no “sentimento e na preferência e, em última palavra, no amor e no ódio”³⁸².

Os valores positivados pelo ordenamento jurídico não são os únicos presentes na sociedade. É no embate entre valores difundidos no corpo social que se dá a nomogênese, a partir de uma decisão do Poder que, ante os “impulsos e exigências axiológicas” que incidem sobre os fatos sociais, escolhe uma dentre as “normas possíveis”:

“Há, pois, um complexo de fins e valorações, uma série de motivos ideológicos (diversidade de pontos de vista programáticos ou doutrinários, assim como divergência ou conflito de interesses de indivíduos, grupos e classes sociais) condicionando a decisão do legislador, cuja opção final assinala o momento em que *uma das possíveis proposições normativas se converte em norma jurídica*”³⁸³.

Pode ocorrer, entretanto, que determinada norma não reflita adequadamente o embate entre os fatos sociais e os valores, ou, então, que seja embasada em valores que não encontram respaldo no sistema jurídico vigente. No primeiro caso, a norma poderá padecer de eficácia reduzida, sendo pouco observada pelos cidadãos e ainda menos aplicada pelo

³⁸¹ *Idem*, p. 77.

³⁸² M. REALE, *Filosofia cit.*, p. 545.

³⁸³ *Idem*, p. 553 – grifos no original. Sobre todo o processo de criação das normas penais, desde a fase pré-legislativa, que se inicia com uma crença difundida em uma “disfunção social” – “a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou a falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico” – e passa pela intervenção dos meios de comunicação e grupos de pressão, até a fase pós-legislativa, v. J. L. D. RIPOLLÉS, *A racionalidade das leis penais*, trad. br. de Luiz Regis Prado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

Estado, ou, se aplicada, provavelmente falhará em realizar os valores propostos pelo modelo normativo. No segundo caso, em que a norma sustentar ou promover valores conflitantes com os valores superiores do ordenamento, consubstanciados nos princípios constitucionais, padecerá de inconstitucionalidade, devendo ser excluída do sistema.

O instituto da reincidência incorre nas duas falhas apontadas: ignora os fatos e desafia os valores supremos da República brasileira. É o que se verá, a partir da confrontação dos valores positivados pelo sistema jurídico brasileiro (dignidade da pessoa humana e a função da execução da pena como ressocialização) com os valores conflitantes difundidos no meio social (unidos sob a expressão “Direito Penal do Inimigo”), passagem esta que se dará a partir da análise mais detida acerca do problema da prevenção especial no Direito Penal. Por fim, deve-se ressaltar, novamente, que o caráter tridimensional do estudo e a concepção dos valores como imersos no fluxo do *Lebenswelt* impõem sua análise conjugada com os fatos sociais a eles vinculados, impedindo, por conseguinte, uma avaliação estéril e incolor da realidade axiológica do modelo jurídico da reincidência.

4.1. O Estado Democrático de Direito e a justificação do *ius puniendi*

Dispõe o caput do art. 1º da Constituição da República de 1988 constituir-se o Brasil em *Estado Democrático de Direito*, tendo como fundamentos, entre outros, a *dignidade da pessoa humana*³⁸⁴. São esses, portanto, fixada a supremacia da Constituição (que decorre tanto do superado sistema “fechado” positivista – que exclui considerações político-axiológicas – quanto da teoria do Estado), os valores que estruturam – no plano do dever-ser, ao menos - o Estado e a sociedade brasileira. É através da conformação do Estado enquanto *democrático* e de *direito* (as duas qualidades básicas do Estado constitucional³⁸⁵), que será buscada a promoção da dignidade da pessoa humana.

A noção de Estado de Direito, que encarna a “domesticação do domínio político pelo direito” e submete o Estado à lei, desenvolveu-se historicamente através de institutos

³⁸⁴ CF/88, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

³⁸⁵ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito cit.*, p. 93.

como o *rule of the law* britânico, o *due process of law*, o *Rechtsstaat* e o *principe de la légalité*³⁸⁶. Suas características são as seguintes: a) submissão à lei; b) divisão de poderes; c) declaração dos direitos individuais³⁸⁷. Nota-se o formalismo individualista de um modelo de Estado surgido no diapasão das revoluções burguesas do fim do século XVIII³⁸⁸, insuficiente para garantir aos súditos seus direitos fundamentais.

Restava patente a necessidade de legitimar democraticamente o Estado, razão pela qual afirma-se, hoje, que “o Estado Constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de Direito (...) Ele tem de estruturar-se como Estado de Direito Democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”³⁸⁹, ou seja, fundada na soberania popular.

A democracia, por sua vez, é conceito histórico, que se constitui em um processo dialético, no bojo do qual surgem novos direitos em razão das lutas e transformações sociais³⁹⁰. Pode-se apontar, contudo, apesar da “mobilidade” do conceito, certa continuidade quanto à discussão das qualidades “essenciais” da democracia: a *representação* (Stuart Mill), a *participação* (Rousseau), os *freios e contrapesos* (Madson), a *igualdade* (Marx), a *liberdade* (Locke e Hayek), a *discussão* (Habermas), a *justiça* (Rawls)³⁹¹. Na clássica e concisa definição de Lincoln, é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Democraticamente legitimado transforma-se o Estado de Direito em *Estado Democrático de Direito*: trata-se de um conceito novo, que supera seus elementos componentes “na medida em que incorpora um componente revolucionário de

³⁸⁶ *Idem*, p. 98.

³⁸⁷ J. A. da SILVA, *Curso cit*, pp. 112-113.

³⁸⁸ A Revolução Francesa (1789) foi o marco que estabeleceu o início da queda do Antigo Regime que então dominava a Europa, instaurando um novo mundo movido pelos ideais da burguesia, que, ligada ao comércio e à (ainda incipiente) indústria, não admitia o controle rígido exercido pelos senhores feudais e pela nobreza ligada à propriedade rural. O movimento de transformação das relações político-econômicas dos Estados europeus chegou ao fim durante a “Primavera dos Povos” (1848), ocasião que consolidou definitivamente a nova ordem burguesa. O que pregava, pois, a burguesia, era essencialmente a minimização da regulação exercida pelo soberano em seus negócios. Sobre o fim do Antigo Regime e a ascensão da burguesia v. E. J. HOBBSAWM, *A Era das Revoluções – 1789-1848*, 12ª ed., São Paulo, Paz e Terra, trad. br. de Maria Tereza Lopes Teixeira, 2000.

³⁸⁹ J. J. G. CANOTILHO, *Direito cit.*, pp. 93-94. A Constituição portuguesa dispõe que tal país é um Estado de Direito Democrático, ou seja, o “democrático” qualifica o Direito, não o Estado. Apesar de a diferença ser formal, a orientação da Constituição Federal brasileira é mais correta, pois o “democrático”, ao qualificar o Estado, irradia seus efeitos para toda a ordem jurídica (Cf. J. A. da SILVA, *Curso cit.*, p. 119).

³⁹⁰ Cf. J. A. da SILVA, *Curso cit.*, p. 129.

³⁹¹ J. J. G. CANOTILHO, *Direito cit.*, p. 1414.

transformação do *status quo*”³⁹². A principal tarefa desse Estado, conforme exemplifica a Constituição da República brasileira de 1988, é realizar a justiça social³⁹³ e seus princípios são: a) princípio da constitucionalidade; b) princípio democrático; c) sistema de direitos fundamentais; d) princípio da justiça social; e) princípio da igualdade; f) princípio da legalidade; h) princípio da segurança jurídica³⁹⁴.

Uma República assim fundada repousa sobre a dignidade da pessoa humana (Constituição Federal/88, art. 1º, III), o que significa que o indivíduo *limita e fundamenta* o domínio político daquela, que atua para servi-lo³⁹⁵. A República, pois, sustenta-se no absoluto respeito e na promoção da dignidade de todos os cidadãos. O homem digno é o “indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”³⁹⁶. Ou então, nas palavras de Miguel Reale, “é no desafio da liberdade e no poder de síntese do espírito que se funda a dignidade do homem”³⁹⁷. A pessoa é o valor-fonte de todos os outros valores³⁹⁸.

É dentro dessa moldura constitucional democrática que deve atuar o Direito Penal. Já se discorreu (item 2.2) sobre as formas de diálogo entre a Constituição e o Direito Penal, bem como sobre a primazia normativa dos princípios positivados na Carta Magna, restando inequivocamente caracterizada a necessidade dessa adequação. Em resumo, o Direito Penal somente estará legitimado se respeitar a dignidade da pessoa humana.

São evidentes as dificuldades enfrentadas pelo Direito Penal para cumprir a missão de combater a criminalidade nos contornos de um Estado Democrático. A maior parte delas revela-se na teoria da pena, incumbida da difícil tarefa de legitimar um sistema normativo e

³⁹² J. A. da SILVA, *Curso cit.*, p. 119.

³⁹³ CF/88, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁹⁴ Cf. J. A. da SILVA, *Curso cit.*, p. 122.

³⁹⁵ Cf. J.J. G. CANOTILHO, *Direito cit.* (nota 38), p. 221.

³⁹⁶ *Idem.*

³⁹⁷ M. REALE, *Teoria cit.*, p. 88.

³⁹⁸ Cf. M. REALE, *Pluralismo cit.*, p. 46: “O certo é que o homem (...) sente a urgente necessidade de dobrar-se sobre si mesmo, na intimidade de sua consciência, no sentido do eu profundo, cujo ser é o seu dever ser, onde se entrelaçam liberdade e valor, ser e dever ser, indivíduo e sociedade, existência e transcendência: só então o homem se sente na plenitude de seu ser como pessoa, valor-fonte de todos os valores, a prescindir do qual não teria as mais rigorosas e verificáveis conquistas das ciências”.

executivo que deve punir (e punir sempre implica causar sofrimento) e respeitar a dignidade humana ao mesmo tempo.

4.1.1. Fins da pena

Muito já foi escrito acerca da pena e de suas teorias justificadoras. Esse campo, aliás, parece ser dos mais férteis em semear intermináveis discussões entre os doutrinadores. E, mesmo assim, pode-se afirmar que pouco se sabe sobre a pena³⁹⁹. A razão disso é que a discussão dos fins da pena é, no fundo, a discussão de toda a teoria do Direito Penal⁴⁰⁰ e, mais além, porque “o problema da pena é, no fundo, o problema da liberdade”⁴⁰¹. Não bastasse a profundidade das questões levantadas pelo tema, a dificuldade é acrescida, ainda, da constatação de que a pergunta sobre o sentido da pena, por atingir o questionamento da legitimação e dos limites do poder estatal, renova-se a cada época, de acordo com a respectiva “situação histórico-espiritual, constitucional e social” da sociedade⁴⁰².

Em que pese tais dificuldades, os estudiosos são unânimes ao apontar as três teorias que se firmaram historicamente para fornecer a resposta a este fundamental e tormentoso problema do Direito Penal: a teoria retributiva, a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção especial.

A primeira afirma que o sentido da pena é compensar o mal praticado através de outro mal. A essência da pena, assim, consistiria na “retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime”⁴⁰³. Foi aplicada desde o talião, durante a Idade Antiga e a Idade Média, sempre acompanhada de racionalizações religiosas⁴⁰⁴ e, na Idade Moderna e

³⁹⁹ “Sabemos hoje em dia muitas coisas com relação ao delito; mas muito menos com relação à pena; e o pouco que se sabe acerca dela é mais do lado do corpo que do lado do espírito” (F. CARNELUTTI, *O Problema da Pena*, trad. arg. de Santiago Sentis Melendo, s/d, p. 9 – tradução livre).

⁴⁰⁰ Cf. J. de F. DIAS, *Questões cit.*, p. 89.

⁴⁰¹ F. CARNELUTTI, *O Problema cit.*, p. 9.

⁴⁰² Cf. C. ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, trad. port. Ana Paula dos Santos L. Natscheradetz, Vega Universidade, 3ª ed., 1998, p. 15.

⁴⁰³ J. de F. DIAS, *Questões cit.*, p. 91.

⁴⁰⁴ “As teorias absolutas da retribuição louvam-se basicamente na idéia de que a realização da justiça no mundo, como mandamento de Deus, conduz à legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz como representante terreno da justiça divina” (*Idem*, p. 92)

Contemporânea é sustentada pelo idealismo alemão de Kant⁴⁰⁵ e Hegel (“a pena é a negação da negação do direito”).

A segunda (prevenção geral) defende que o fim da pena é influenciar os outros membros da sociedade a não cometer crimes, dividindo-se em prevenção geral positiva (que vê a pena como um reforço da interiorização do respeito devido aos bens jurídicos tutelados ou, mais recentemente, como a manutenção da identidade normativa da sociedade) e prevenção geral negativa (busca impor o respeito às normas penais através da intimidação).

A terceira (prevenção especial) afirma que o sentido da pena é prevenir que o condenado cometa novos crimes e também se divide em positiva (auxiliar o apenado a interiorizar o respeito aos bens jurídicos tutelados e “ressocializá-lo”, se possível) e negativa (intimidação, inocuização e, no limite, eliminação).

A secular discussão entre os defensores de cada teoria parece, de fato, olvidar que “o direito penal enfrenta o indivíduo de três maneiras: *ameaçando, impondo e executando* penas, e que estas três esferas de actividade estatal necessitam de justificação, cada uma em separado”⁴⁰⁶.

Assim, a cominação dos delitos e das penas, em abstrato, tem a função precípua de prevenção geral, positiva (informar e convencer os membros da comunhão social da importância dos bens jurídicos tutelados) e negativa (intimidar os que não se convencerem). A fase seguinte, da aplicação e graduação da pena, funda-se nos objetivos de prevenção geral (como garantia da eficácia da cominação prévia) e especial (positiva e negativa) e tem como limite a tais objetivos a culpabilidade do agente⁴⁰⁷, o que fornece, também, caráter retributivo à pena. Embora seja inadmissível afirmar que a retribuição constitua uma finalidade desejada pela imposição da pena (por sua irracionalidade)⁴⁰⁸, não

⁴⁰⁵ C. ROXIN, *Problemas*, pp. 16-20. É célebre a tese de Kant segundo a qual uma sociedade que viesse a dissolver-se teria, anteriormente, de executar todos os seus presos, “para que cada um sofresse o que seus actos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo”.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 26.

⁴⁰⁷ *Idem*, pp. 32-40.

⁴⁰⁸ Cf. Figueiredo Dias, a teoria retributiva pena deve ser recusada *in limine*, pois, ao pretender justificar a pena independentemente de qualquer fim, não pode ser considerada uma teoria sobre os fins da pena (J. de F. DIAS, *Questões cit.*, pp. 93-94).

há como negar que esta é um mal em si (o que, ademais, as três teorias reconhecem) e que a necessidade de limitá-la encontra resposta na concepção retributiva, a primeira a fixar a necessidade de proporcionalidade entre os delitos e as penas.

A execução da pena, em especial da privativa de liberdade, é o momento que adquire maior importância para o estudo do modelo jurídico da reincidência, tendo-se em vista que os índices de reincidência penitenciária são maiores do que os referentes a réus apenados de outra maneira⁴⁰⁹. E, nesse campo, não há dúvidas relevantes: direito positivo, doutrina e jurisprudência erguem a voz em uníssono para afirmar que a função primordial da execução da pena é a reintegração (ou ressocialização) do condenado à sociedade (prevenção especial positiva). Todos os tratados internacionais referentes a direitos humanos (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; Convenção Americana sobre Direitos Humanos), além das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU, adotadas pelo Conselho Econômico e Social em 1957, assim o afirmam, com mínimas diferenças conceituais. No plano do direito positivo interno, o art. 1º da Lei de Execução Penal dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Fixado esse ponto, cumpre agora determinar o sentido das expressões “ressocialização”, “reintegração” e assemelhadas (“teorias *re*”) no contexto prisional, não sem antes afirmar que tal pensamento tem (ou deve ter) como base o respeito à dignidade do preso e a consciência de que a pena privativa da liberdade destina-se somente à privação da liberdade. Os demais direitos do preso devem, pois, ficar intactos, cabendo ao Estado Democrático garantir e proteger a dignidade daqueles. O “estatuto do recluso”, que regula a relação Estado-presos apresenta, assim, um lado negativo (respeito à dignidade) e outro positivo (dever de oferecer – não impor – prestações positivas por parte do Estado com vistas a fomentar a reintegração do preso à sociedade)⁴¹⁰. A busca pela ressocialização não deve ser feita a qualquer custo, pois encontra limite no absoluto respeito à dignidade

⁴⁰⁹ Cf. pesquisa de S. ADORNO, *A prisão cit.* Os dados obtidos são referentes à cidade de São Paulo, mas não é temerário afirmar tratar-se de uma realidade universal, ante o caráter intrinsecamente “dessocializador” do cárcere, já debatido.

⁴¹⁰ Cf. A. MIRANDA, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*, São Paulo, IBCCrim, 2000, pp. 60-61.

do preso, que deve poder livremente optar – devendo ser igualmente respeitado em sua condição humana por tê-lo feito – pela recusa às prestações oferecidas.

Ressocializar, então, não equivale a transformar o preso em um autômato, como no *Laranja Mecânica* de Kubrick, nem a “coisificá-lo”, transformando-o em objeto de medidas “terapêuticas”. Implica, também, renunciar à ideologia do tratamento, que vê o preso como alguém inferior, herança do paradigma etiológico positivista⁴¹¹. Qualquer busca pela ressocialização forçada, além de ser fadada ao fracasso, afronta o conceito de homem adotado pela Constituição, como alguém dotado de autonomia, livre e responsável.

“O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito de ser* internamente ruim e de permanecer aquilo que é”⁴¹².

A pena e sua execução, além do fundo ético imposto pelo Estado Democrático, devem ter um significado funcional para a comunidade, sendo que o sofrimento (privação da liberdade) imposto ao preso só faz sentido se direcionado à consecução do objetivo fundamental do Direito Penal: diminuir a violência presente na sociedade, o que busca ao tutelar os bens jurídicos fundamentais dos cidadãos e ao proteger o réu contra a reação informal à sua conduta delituosa⁴¹³. Esse objetivo, no momento da execução da pena, só é alcançado com a reinserção do condenado à sociedade⁴¹⁴, apto a conseguir a manutenção de sua vida, após o cárcere, por meios lícitos. A ressocialização, pois, é o meio através do qual o Direito Penal lança-se à proteção dos interesses essenciais da sociedade, buscando, para tanto, prevenir o cometimento de crimes.

Nesse contexto, o fim de prevenção especial positiva que justifica a execução da pena privativa de liberdade significa, unicamente, evitar a reincidência⁴¹⁵. Se o preso, todavia, exercendo seu direito à autonomia, recusar a se adequar aos “valores vigentes”

⁴¹¹ *Idem*, pp. 70-72.

⁴¹² L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 179.

⁴¹³ *Idem*, p. 373.

⁴¹⁴ Cf. A. MIRANDA, *A Posição cit.*, p. 74.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 123. Nesse sentido, também, J. de F. DIAS, *Questões cit.*, p. 102.

(por mais discutível que seja esse conceito) na sociedade e decidir continuar cometendo crimes, o Estado nada pode fazer, além de, obviamente, puni-lo por cada crime cometido na exata medida da ofensa (ou exposição a perigo causada pelo fato) ao bem jurídico tutelado⁴¹⁶. Ainda, os fins ressocializadores não podem jamais extrapolar os limites impostos pela proteção à dignidade humana e pelo princípio da culpabilidade do fato. O extremo oposto, nos casos em que o preso quer viver conforme à lei penal, ressocialização significa “formar intelectual e espiritualmente, despertar a consciência da responsabilidade e ativar e desenvolver todas as capacidades do recluso”⁴¹⁷. Nada além.

O valor sustentado pelo direito positivo, portanto, o valor eleito pela sociedade brasileira, através de seus representantes legislativos, a nortear a execução da pena, em consonância com o valor-fonte da dignidade da pessoa humana, é a ressocialização do condenado⁴¹⁸. É a prevenção especial positiva, pois, a um só tempo, justificação e objetivo da execução da pena, momento este em que o Direito Penal assume máxima concretude.

É neste momento, por outro lado, que o sistema punitivo revela as falhas estruturais e a incoerência teórica de um discurso que não encontra eco na realidade social⁴¹⁹, a qual revela a maneira seletiva – desigual – e estigmatizante de sua atuação (conforme demonstrado no capítulo 3 desta dissertação), mormente quando se traduz em pena privativa de liberdade. Mas os fatos não se limitam a negar os valores positivados (dignidade da pessoa humana e ressocialização): eles desvelam outros valores presentes no corpo social, os quais sustentam a efetiva atuação do sistema punitivo, ainda que em evidente contraste com os valores positivados.

⁴¹⁶ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, pp. 372-373, o princípio *nulla poene sine iniuria*, surgido com Aristóteles e Epicuro e presente em toda a tradição penal iluminista, impôs-se sobretudo a partir da separação entre o direito e moral, que “veta a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos”.

⁴¹⁷ A. MIRANDA, *A Posição cit.*, p. 125.

⁴¹⁸ Nos termos do art. 1º da Lei de Execução Penal, como já ressaltado, e do art. 59 do Código Penal, segundo a qual a pena deve ser fixada “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

⁴¹⁹ “Na sociedade brasileira, hoje, o conceito de ressocialização estaria falido? Aparentemente, em uma resposta ingênua, diríamos que sim. Mas, na verdade, ele é sempre requisitado de modo novo, transformado e transposto para uma nova utilidade. Quando o sistema penitenciário mostra, pelo exercício real da violência, sua verdadeira face, apressam-se os políticos e administradores em resgatar o conceito de ressocialização, prometem verbas federais para a construção de novos complexos penitenciários, desviam e deslocam o conflito para a esfera mito-lógica, apresentam o mito da ressocialização como a única possibilidade de os indivíduos alijados serem felizes novamente e retornarem ao convívio social” (W. CAPELLER, *O Direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização*, in Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde, São Paulo, 2 (2), 1985, p. 132).

O estudo mais detido sobre a prevenção especial em seu duplo aspecto, positivo (“teorias *re*”) e negativo (inocuidação e eliminação) é capaz de desvelar o choque de valores que subjaz a essa teoria e a sua aplicação prática. Sua análise mais atenta fornece, ainda, subsídios à tarefa de desvelar a dimensão valorativa do modelo jurídico da reincidência.

4.2. A prevenção especial: entre o tratamento e a eliminação

O contexto em que se deu o nascimento da idéia de prevenção especial, bem como seus desdobramentos práticos e teóricos, fazem crer que se trata de uma daquelas idéias que, na sugestiva imagem de Zygmunt Bauman ao referir-se à contígua idéia de pureza, “nunca podem ser abraçadas sem que os dentes se descubram e os punhais se agucem”⁴²⁰.

Como já mencionado quando da apresentação do *labelling approach* (item 1.2.3), a escola clássica do Direito Penal concebia a função da pena como eminentemente retributiva (e, em menor escala, preventivo-geral), em resposta ao delito, mero ente jurídico. O nascimento da criminologia positivista, contudo, veio alterar esse quadro, sobretudo em razão da mudança de foco, do delito ao delinqüente. Abandonava-se uma concepção retributiva da pena em prol de uma concepção eminentemente preventiva⁴²¹. Tal concepção manteve-se, como afirmado, como um dos princípios da ideologia de defesa social: o objetivo do Direito Penal é prevenir a ocorrência de delitos, e, na fase de execução da pena, ressocializar, *se possível*, o condenado⁴²². A locução “se possível” indica que a própria teoria da ressocialização concebe a possibilidade de seu fracasso, ocasião em que cede lugar à sua antípoda: a prevenção especial negativa (inocuidação ou eliminação). Co-habitam, pois, o mesmo arcabouço teórico, a angelical imagem da redenção do arrependido, e seu exato e diabólico oposto, a eliminação do renitente⁴²³.

⁴²⁰ Z. BAUMAN, *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, trad. br. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998.

⁴²¹ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, pp. 213-214, a idéia de prevenção especial, embora presente desde os primórdios da filosofia penal, a partir de Platão, Santo Tomás, Thomas More, Giambattista Vico, com raízes na concepção bíblica de redenção dos pecados pelo sofrimento, encontrou lugar de destaque somente a partir da “cultura penalista da segunda metade do século XIX e do século XX”.

⁴²² Cf. A. BARATTA, *Criminologia cit.*, p. 48.

⁴²³ Cf. FERRAJOLI, na literatura correicionalista, as finalidades positiva e negativa da prevenção especial não se excluem, mas concorrem para a “definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados” (L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 213).

Embora guarde raízes na *poena medicinalis* do direito canônico, regido pelo princípio *non fit redemptio sine effusione sanguinis*⁴²⁴, foi somente com o advento do positivismo criminológico que a concepção preventivo-especial foi abraçada pelo Direito Penal, que lhe deu contornos laicos.

Os antecedentes do nascimento da criminologia positivista encontram-se no pragmatismo de Bentham, que não diferenciava substancialmente a pena jurídica da pena moral, concebendo-a como “vigilância, arrependimento, aprendizagem, moralização” e no racismo de Spencer, que concebia a humanidade como um organismo, “em cuja evolução também se cumpria a lei da seleção natural” (darwinismo social)⁴²⁵. Mais remotamente, contudo, o início da criminologia etiológica se deu com a publicação do *Malleus Maleficarum* (“Martelo das Feiticeiras”), em 1487, de autoria dos inquisidores H. Kraemer e J. Sprenger, que, v.g., explicavam os atos de bruxaria pela inferioridade genética das mulheres⁴²⁶.

A esses pouco abonadores antecedentes teóricos soma-se o desenvolvimento da “sociedade disciplinar”, ou “sociedade de normalização”⁴²⁷ que, como anteriormente afirmado (item 3.1.2), decorreu da consolidação da burguesia no poder e da expansão do modelo capitalista de produção, a exigir, em larga escala, corpos “submissos e dóceis” como força de trabalho. É nesse contexto de formação do Estado Liberal (fins do século XVIII a meados do século XIX) e das lutas inerentes ao conflito capital-trabalho que se dá o nascimento da criminologia positivista, que emerge como um “saber normalizador”⁴²⁸. O poder de selecionar os criminosos da época, como se sabe, estava nas mãos dos representantes do primeiro termo do binômio, apavorados com a progressiva marginalização de vasto contingente populacional pertencente ao segundo termo do binômio, necessitado de disciplina e educação para o trabalho nas fábricas. Destinava-se o Direito Penal, assumidamente, à transformação dos indivíduos.

⁴²⁴ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, 214.

⁴²⁵ Cf. E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit.*, pp. 567-571.

⁴²⁶ *Idem*, pp. 510-515.

⁴²⁷ M. FOUCAULT, *Em Defesa da Sociedade*, trad. br. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 46.

⁴²⁸ Cf. M. C. ALVAREZ, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas – Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, São Paulo, IBCCrim, 2003.

Operou-se, a partir do paradigma positivista, duas divisões no corpo social: em primeiro lugar, separou-se, dentre toda a população, os delinquentes dos não delinquentes; em segundo lugar, separou-se os delinquentes entre corrigíveis e incorrigíveis. Era preciso defender a sociedade, sobretudo destes últimos.

Ao selvagem, que havia criado a civilização a partir do contrato inicial e à luz do qual imaginou-se um ideal *homo oeconomicus* predestinado à troca, contrapunha-se, agora, o bárbaro, que “não entra na história fundando uma sociedade, mas penetrando, incendiando e destruindo uma civilização”⁴²⁹.

Vencer os bárbaros não era tarefa que poderia ser realizada exclusivamente pelo Direito Penal desenvolvido nos moldes liberais, com atuação restrita à retribuição dos delitos. O século XVIII e, sobretudo o XIX, assistiram à lenta confluência do saber médico com o saber jurídico, na medida em que os médicos foram incumbidos da missão de higienizar a sociedade⁴³⁰. A loucura, nesse contexto, será incluída no campo da medicina, despojada da tradição demonológica que a caracterizava até então⁴³¹. O auxílio médico, contudo, seria de pouca valia se voltado exclusivamente ao tratamento dos loucos.

Desenvolve-se, então, em fins do século XIX, a “escandalosa noção” de *periculosidade*⁴³², que, inicialmente, teve como único objetivo servir de critério orientador apto a separar os loucos dos loucos criminosos e internar estes últimos em prisões asilo⁴³³. Nascia, com o instituto da periculosidade, a medida de segurança, destinada a segregar o inimputável o tempo necessário à cessação do estado perigoso⁴³⁴. Logo ambos os conceitos desvincularam-se de seu objeto inicial e passaram a atingir também os criminosos não loucos, responsáveis. O Direito Penal acabou por adotar o conceito de periculosidade

⁴²⁹ M. FOUCAULT, *Em Defesa cit.*, pp. 232-233.

⁴³⁰ Cf. S. C. QUEIROLO, *Periculosidade: da norma médica à norma jurídica*, in Temas IMESC, sociedade, direito e saúde, São Paulo, 1984 e M. FOUCAULT, *Os Anormais*, trad. br. de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 2002. Cumpre lembrar que Lombroso, “pai fundador” da criminologia positivista, era médico.

⁴³¹ Cf. S. C. QUEIROLO, *Periculosidade cit.*, p. 95.

⁴³² O adjetivo é de M. FOUCAULT, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, trad. br. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 3ª ed., Rio de Janeiro, NAU, 2002, p. 85. O filósofo francês lembra que o saber psiquiátrico, para existir, necessitou de duas codificações: codificar a loucura como doença e codificar a loucura como perigo (*Os Anormais, cit.*, pp. 148-149).

⁴³³ Cf. S. C. QUEIROLO, *Periculosidade cit.*, p. 97.

⁴³⁴ Os antecedentes da medida de segurança encontram-se nos romanos, que segregavam os *furiosi*, cf. E. R. FERRARI, *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 16.

independentemente da razão de sua existência, a loucura⁴³⁵. Nasce, então, um novo tipo de discurso, plasmado nos exames psiquiátricos em sede penal, que, embora apoiado no saber médico e na instituição judiciária, tem autonomia e regras próprias⁴³⁶.

O objetivo dos exames psiquiátrico-penais é realizar uma série de “dobramentos” (*doublages*): em primeiro lugar, o exame permite dobrar o delito com toda uma série de outras coisas que não são o delito mesmo, mas uma série de comportamentos, de maneiras de ser que serão apresentados como a causa, a origem e a motivação do delito, e passarão a consistir, na prática jurídica, o objeto da punição; em segundo lugar, o exame tem por função “dobrar o autor do crime com esse personagem, novo no século XVIII, que é o delinqüente”, violador não apenas das normas jurídicas, mas, sobretudo, das normas morais; por fim, o exame permite transformar o juiz em médico, transformando igualmente “o duro ofício de punir” no “belo ofício de curar”⁴³⁷. O discurso psiquiátrico-penal visa, com esses “dobramentos”, “mostrar como o indivíduo já se parecia com seu crime antes de o ter cometido”⁴³⁸.

“A força, o vigor, o poder de penetração e de subversão do exame médico-legal em relação à regularidade da instituição jurídica, estão precisamente no fato de que ele lhes propõe outros conceitos; ele se dirige a outro objeto, ele traz consigo técnicas que são outras e que formam uma espécie de terceiro termo insidioso e oculto, cuidadosamente encoberto, à direita e à esquerda, de um lado e de outro, pelas noções jurídicas de ‘delinqüência’, de ‘reincidência’ etc.”⁴³⁹.

⁴³⁵ S. C. QUEIROLO, *Periculosidade cit.*, p. 95. A classificação de “perigosos” feita a agentes imputáveis permanece, apesar da nova parte geral do Código Penal brasileiro (1984) ter restringido a concepção aos inimputáveis, contrapondo-a à culpabilidade (dos imputáveis). Pesquisa realizada pelo IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) e IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) revela que a noção continua sendo um forte elemento do discurso repressivo encampado pelo extinto TACRIM (Tribunal de Alçada Criminal) de São Paulo (que certamente não é exceção entre a magistratura), quanto aos crimes de roubo. O retorno da legislação às origens do conceito de periculosidade, reservando-o aos inimputáveis, parece não ter surtido os efeitos esperados nos tribunais, que, acostumados com a aplicação do conceito a imputáveis, conforme o Código Penal de 1940 (v. item 2.1.1), seguem utilizando o termo, fora do contexto de seu nascimento psiquiátrico e em desacordo com a lei, para justificar punições mais severas, que extrapolam os limites da gravidade do fato cometido e da magnitude da lesão ao bem jurídico protegido (*Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo – A lei, o direito e a ideologia*, São Paulo, IDDD, IBCCrim, 2005).

⁴³⁶ Cf. M. FOUCAULT, *Os Anormais cit.*, p. 52.

⁴³⁷ *Idem*, pp. 19-30.

⁴³⁸ *Idem*, p. 24.

⁴³⁹ *Idem*, p. 52.

A criminologia positivista-psiquiátrica foi a ferramenta teórica perfeita para cumprir a necessidade de expansão do controle social, preenchendo a atuação lacunar da justiça com a constante vigilância e policiamento voltados a ações ou “estados”⁴⁴⁰ pré-delituais.

O arcabouço criminológico positivista foi recepcionado no Brasil, com entusiasmo talvez maior do que em outros países, a partir do final do Império e manteve sua prevalência durante toda a Primeira República⁴⁴¹. Tão calorosa recepção explica-se pelo momento sócio-político-econômico pelo qual passava o país, que havia abolido o Império e a escravidão e tinha de lidar com a emergência de um mercado de trabalho livre orientado à recepção maciça de centenas de milhares de imigrantes, muitos dos quais anarquistas, comunistas e socialistas dispostos a lutar por uma relação de trabalho à maneira da qual estavam desacostumados os antigos senhores de escravos. A expansão acelerada dos centros urbanos de São Paulo e Rio de Janeiro deu-se marcada pelo contraste entre as relações sociais estruturadas sobre a iniquidade e os ideais republicanos de igualdade e justiça social. O crescimento da criminalidade logo passou a ser associado à desagregação do meio urbano, à pobreza e às condições de vida do proletariado industrial⁴⁴².

Nesse contexto cresceu a criminologia positivista no Brasil, criticando o apego ao classicismo do Código de 1890 (que, apesar da orientação clássica, como visto no item 2.1.1, admitia a reincidência como agravante), considerado insuficiente para responder às necessidades cada vez maiores de um controle social e político⁴⁴³ mais amplo, difuso e eficiente. Os principais representantes pátrios da antropologia criminal foram Candido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues. Aqui, contudo, de maneira bastante explícita, a escola adquiriu contornos racistas e eugenistas. De fato, “a constatação de uma

⁴⁴⁰ “Estado” como espécie de “fundo causal permanente”, como base anormal a partir da qual as doenças se tornam possíveis. Esta noção tem “fecundidade etiológica total: pode produzir qualquer coisa (uma deformidade, um distúrbio funcional, um impulso, um ato de delinquência)”, cf. M. FOUCAULT, *idem*, p. 396.

⁴⁴¹ Cf. M. C. ALVAREZ, *Bacharéis cit.*, pp. 29-62. A influência da criminologia positivista no Brasil, contudo, vai além da primeira República: lembre-se o Código Penal de 1940 que presumia perigoso o réu reincidente em crime doloso (v. item 2.1.1).

⁴⁴² *Idem*, pp. 53-66.

⁴⁴³ “Um punhado de loucos fez a Revolução Francesa, como outro bando deles a Revolução Soviética. A sociedade é vítima de seus orates, desamparados de tratamento” (texto de Afrânio Peixoto de 1931, *apud idem*, p. 182, n.).

desigualdade material a partir da diversidade racial dos tipos humanos é questão das mais caras à antropologia criminal” brasileira⁴⁴⁴.

A prevenção da criminalidade no contexto de nascimento da República exigia a antecipação da intervenção punitiva, que não deveria poupar aqueles que, ainda que porventura não tenham cometido crime algum, sejam “potencialmente criminosos”. O Senado discutia, entre outras, a reforma do sistema penitenciário proposta por Paulo Egídio, em 1896, para que este passasse a abrigar diferentes ordens de instituições: instituições para a prevenção dos delitos, instituições para a repressão dos delitos, instituições para a correção dos delinquentes e instituições para a prevenção de reincidência⁴⁴⁵.

A doutrina positivista de defesa social postulada pela então nascente ciência criminológica fundava-se, pois, na idéia de tratamento de seres inferiores, absolutamente determinados por um estado de perversão moral. O correcionalismo (exposto no item 1.1.3), derivação “otimista” do positivismo, que concebia a pena como um bem e a justiça penal como “bondosa” e caritativa, influenciou sobretudo os países da América Latina em seus movimentos de humanização do sistema penitenciário, sem, contudo, negar a lógica pena-tratamento.

Como de costume, o Brasil manteve-se apegado à orientação positivista enquanto esta caía em descrédito no resto do mundo. Uma nova concepção preventivo-especial, que se distanciava um pouco (das bases filosóficas, não das conseqüências práticas) do discurso anterior, foi exposta, em 1882, por Franz von Liszt, em seu *Programa de Marburgo*.

Von Liszt desenvolveu em seu *Programa* um sistema penal teleológico, voltado à finalidade principal de prevenção especial. A pena-medida deveria ser modulada de acordo com a classificação do delinqüente tratado: pena intimidatória para o delinqüente ocasional, medida de segurança e correção para o delinqüente perigoso mas corrigível, e

⁴⁴⁴ C. E. F. CORACINI, *A Antropologia Criminal no Brasil nas obras de Candido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 41, p. 189-191; Nina Rodrigues, v.g., indignava-se, em *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (1894), com o fato de o Código Criminal do Império não reconhecer a “influência do fator racial na responsabilidade penal”.

⁴⁴⁵ M. C. ALVAREZ, *Bacharéis cit.*, p. 102.

complementação da pena por uma medida de segurança (que acaba por transformar a sanção em pena indeterminada) para o delinqüente criminoso incorrigível⁴⁴⁶. Uma de suas preocupações principais era representada pelos delinqüentes habituais, por tendência ou reincidentes, que passaram a ser o alvo principal das medidas de segurança, já não mais reservadas aos inimputáveis ou semi-imputáveis. Sua teoria revela o “projeto autoritário de um liberalismo conservador” que identifica a ordem a ser defendida com a estrutura de classes existente⁴⁴⁷:

“Assim como um membro doente envenena todo o organismo, o câncer cada vez mais rapidamente crescente dos delinqüentes habituais, penetra em nossa vida social (...). Trata-se de um membro, mas do mais importante e perigoso, nessa cadeia de fenômenos sociais patológicos que costumamos chamar com o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os sexos e alcoólatras, vigaristas e gente licenciosa, no sentido mais amplo da palavra, degenerados psíquicos e físicos. Todos eles formam um exército de inimigos básicos da ordem-social, do qual os delinqüentes habituais compõem o seu Estado-Maior”⁴⁴⁸.

A concepção de von Liszt previa a esse tipo de delinqüente a prisão perpétua ou por tempo indeterminado, em “servidão penal”, com máximo aproveitamento possível da força de trabalho⁴⁴⁹. A pena de morte, nesse contexto, era desnecessária⁴⁵⁰.

A essência de seu pensamento, descartados os maiores excessos, foi acolhida pela legislação da República de Weimar (1918-1933), sobretudo pelo projeto de Gustav Radbruch⁴⁵¹ (1922), então ministro da Justiça, que regulava de maneira unitária as medidas

⁴⁴⁶ Cf. F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger cit.*, pp. 8-9.

⁴⁴⁷ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 217.

⁴⁴⁸ F. von LISZT, *apud* F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger cit.*, pp. 9-10.

⁴⁴⁹ Como se sabe, a infeliz idéia de von Liszt foi efetivamente aplicada nos campos de concentração nazistas e posteriormente “exportada” aos GULAGs soviéticos.

⁴⁵⁰ F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger cit.*, p. 10.

⁴⁵¹ Radbruch foi um dos principais expoentes do *neokantismo* na Alemanha, corrente que permitiu a manutenção de grande parte do arcabouço positivista a partir da radical separação entre o universo jurídico e o real, em uma volta ao idealismo que ignora os fatos e acaba por legitimá-los de antemão. A arbitrária seleção dos dados da realidade a adentrar um sistema tido como ideologicamente neutro protegia o poder punitivo de “uma filosofia já não positivista e de uma física já não mecanicista”, discurso que tomou a forma de um tecnicismo jurídico exacerbado, ainda hoje predominante no Brasil. Sua principal característica é o abismo cavado entre a técnica e os fatos, que anula uma das dimensões fundamentais da experiência jurídica

pós-delituais, no bojo de um sistema dualista, de dupla reação sancionatória. Como preconizava von Liszt, o projeto previa uma “contundente intervenção contra a delinqüência habitual”, reservando-se um “quadro penal especial contra uma determinada classe de pessoas, sem levar em conta a classe de delito”⁴⁵². As medidas previstas no Projeto, contudo, só adentraram o ordenamento alemão a partir da *Lei sobre o delinqüente habitual* (1933), em plena época nazista, que serviu de pretexto ao envio a campos de concentração de mais de 16.000 pessoas. Serviu, também, de inspiração a Jiménez de Asúa, um dos redatores, na Espanha, da *Ley de Vagos y Maleantes* (1933), que previa aplicação de medidas pré-delituais a “perigosos sociais”⁴⁵³.

É inegável que a legislação alemã refletia a crise econômica que assolava o país no período entre guerras, que relegava à marginalidade social imensos contingentes da população urbana, situação esta que proporcionou o contexto de surgimento do nazismo. Apenas um passo, facilitado por determinadas circunstâncias históricas, separava a concepção de von Liszt e Radbruch da verdadeira aberração materializada no projeto de *Lei sobre o tratamento dos Estranhos à Comunidade*, que previa, além da internação em campos de concentração, a castração ou esterilização de delinqüentes habituais, “associais”, vagabundos, prostitutas, homossexuais, ciganos, dentre outros “estranhos à comunidade”⁴⁵⁴. O projeto teve importante participação de Mezger, que, consciente da frontal oposição dos dispositivos previstos à mais elementar noção de humanidade e direitos fundamentais, afirmou:

“O Projeto, depois de tudo, só vai afetar no essencial aos associais e anti-sociais, é dizer, a um círculo de pessoas que se subtraem reiteradamente de seus deveres para com a comunidade. Mas quem se afasta tanto do fundamento da comunidade popular, se despoja de seus direitos, se degrada ao nível de uma pessoa de menor direito e deve ele mesmo

(sobre o neokantismo v. E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit.*, pp. 615-621).

⁴⁵² G. RADBRUCH, na Exposição de Motivos de seu Projeto, apud F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger cit.*, p. 12.

⁴⁵³ *Idem*, pp. 13-15.

⁴⁵⁴ A versão do projeto de 17.03.1944 continha entre seus dispositivos inúmeras referências aos delinqüentes habituais, sendo a reincidência o principal fator de caracterização dos “associais”. O §6º, (1), por exemplo, dispunha: “Quem por repetida manifestação criminal, assim como por qualquer outra forma de condução de vida e por sua personalidade, revele uma tendência a fatos puníveis graves, será castigado como delinqüente inimigo da comunidade a uma pena de reclusão por tempo indeterminado, contanto não seja aplicável outra pena mais grave ou o sujeito deva ser entregue à polícia. O juiz determinará na condenação a duração mínima de reclusão, que não poderá ser inferior a cinco anos” (*in* F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger cit.*, p. 119).

responsabilizar-se de que em um processo se lhe possam impor tão duras medidas”⁴⁵⁵.

A lei, contudo, acabou por não entrar em vigor, já que, em 1944, “momento de luta à morte do nacional-socialismo, inclusive os estranhos à comunidade [deveriam] ser utilizados como carne de canhão”⁴⁵⁶. O controle social nazista, como é sabido, estava sobretudo nas mãos das SS, que dispensava qualquer fundamentação legal (disponível, contudo, na *Lei sobre o delinqüente habitual* de 1933) em sua “nobre tarefa” de profilaxia social e purificação da raça ariana.

Lembre-se, de passagem, como ressaltado quando da discussão acerca do princípio da culpabilidade (item 2.2.3), que a construção dogmática a sustentar tais medidas fundadas na periculosidade ou no modo de ser do sujeito estava na concepção de Mezger de culpabilidade pela condução de vida. O tratamento dispensado aos delinqüentes habituais e a culpabilidade pela condução de vida foram o principal sustentáculo dogmático oriundo da República de Weimar aproveitado pelo nacional-socialismo, cujo principal projeto legislativo sequer precisou ser aprovado para que restasse legitimada a destruição da dignidade humana levada a cabo pelo nacional-socialismo.

A barbárie nazista não foi suficiente para o abandono de concepções fundadas na teoria de prevenção especial de inspiração positivista. Imediatamente após o fim da II Guerra é lançado o *movimento de Defesa Social* (cujos principais delineamentos foram expostos no item 1.2.3), que, ao menos em sua versão moderada, apela à doce noção de ressocialização com respeito à dignidade humana. A versão extremada de Gramatica não hesita, contudo, em admitir a eliminação física de determinados delinqüentes⁴⁵⁷.

O discurso da concepção preventivo-especial positiva desvela seu caráter antiliberal⁴⁵⁸ nas insolúveis dificuldades, de caráter teórico e prático, que o estruturam. A primeira, e mais óbvia, é revelada pela análise factual das condições inerentes à pena privativa de liberdade (item 3.1.2.), que demonstra a absoluta contradição entre os dispositivos legais que prevêm a ressocialização do preso e o efeito estigmatizador,

⁴⁵⁵ *Apud idem*, p. 110.

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 113.

⁴⁵⁷ Cf. M. ANCEL, *A Nova cit.*, p. 124.

⁴⁵⁸ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 218.

construtor de carreiras criminais e “dessocializador” do cárcere. Jamais foi desmentida a constatação de Zaffaroni, no sentido de que “ensinar alguém a viver em liberdade dentro do cárcere é como ensinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador”⁴⁵⁹. Não há ressocialização possível frente à realidade carcerária. A constatação de que a prisão não cumpre atualmente, que jamais cumpriu e que muito provavelmente jamais conseguirá cumprir o objetivo de ressocializar o preso, contudo, não foi suficiente, na América Latina, para uma discussão séria sobre a possibilidade de sua abolição, transformação radical, ou, ao menos, de uma diminuição significativa do número de encarcerados (o que ocorre é exatamente o oposto, sendo o crescimento do número de apenados tendência mundial)⁴⁶⁰, o que revela que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso legitimador do sistema punitivo⁴⁶¹. E como a ressocialização é impossível, abre-se inevitavelmente o campo para a prevenção especial negativa, que pode ser restrita à inocuidade dos apenados pelo tempo em que ficarem encarcerados (o que é pouco eficiente em ordenamentos que prevêm a proporcionalidade entre os delitos e as penas) ou, na pior das hipóteses, chegar ao extremo da eliminação. A proximidade desses opostos constitui um dos principais perigos da teoria da prevenção especial.

A segunda dificuldade revela-se em inúmeros e inaceitáveis aspectos conceituais do arcabouço filosófico-penal a embasar a prevenção especial enquanto ressocialização: (i) as doutrinas pedagógicas da emenda, as doutrinas terapêuticas da defesa social fundadas sobre a criminologia positivista, o Programa de Marburgo e a Nova Defesa Social concebem o delito como patologia (moral, social ou natural) e a pena como “terapia social”; (ii) essas doutrinas confundem Direito e moral, “concebendo o réu como um pecador a ser reeducado coercitivamente e conferindo à pena funções benéficas de reexame interior”⁴⁶²; (iii) algumas concepções confundem Direito e natureza, sociedade e Estado,

⁴⁵⁹ E. R. ZAFFARONI, *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*, in Cuadernos de la Cárcel, edición especial de “No hay Derecho”, Buenos Aires, 1991. No mesmo sentido Ferrajoli: “Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolosa 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” (*Direito cit.*, p. 219).

⁴⁶⁰ Cf. N. CHRISTIE, *A Indústria cit.* e L. WACQUANT, *Punir cit.* Z. BAUMAN cita dados fornecidos pelo Conselho da Europa, que apontam um crescimento da população carcerária, entre 1983 e 1992, da ordem de mais de 50% na Grécia, Espanha, Portugal e Países Baixos e da ordem de 20 a 50% na França, Irlanda, Suíça e Suécia (*O Mal-Estar cit.*, p. 79).

⁴⁶¹ Cf. E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit.*, p. 126.

⁴⁶² Cf. F. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 218.

ordenamentos jurídicos e organismos animais, apresentando o réu como um anormal a ser curado ou eliminado, visão que confere aos juízes verdadeira identidade leucocitária⁴⁶³; (iv) as doutrinas acabam por dirigir a atenção do sistema punitivo não ao injusto praticado, mas à constituição interna do autor, modulando a pena de acordo com as características pessoais do réu (modelo subjetivo de Direito Penal), que em nada influem na magnitude da lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado pela norma penal; (v) as ideologias correcionais violam a dignidade humana, por desrespeitarem o princípio da liberdade e da autonomia da consciência; (vi) violam, por fim, o princípio da igualdade, ao conceberem o autor de um crime com um ser anormal e/ou inferior⁴⁶⁴.

“(...) qualquer tratamento penal voltado para alteração coercitiva da pessoa adulta com fins de recuperação ou de integração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, mas também um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito, que (...) traduz-se no igual respeito das diversidades e na tolerância de qualquer subjetividade humana, até mesmo da mais perversa e inimiga, ainda mais se reclusa ou sujeita ao poder punitivo. Na medida em que seja realizável, a finalidade da correição coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é”⁴⁶⁵.

A terceira dificuldade reside no fato de que a prevenção especial positiva foi historicamente formulada com base na aceitação tácita da seletividade inerente à atuação do sistema punitivo, sob duplo aspecto. Em primeiro lugar, por ignorar a dimensão da “cifra negra” da criminalidade, que indica serem os ilícitos difundidos por todo o corpo social, independentemente do extrato social do cidadão (muito embora sejam os mais abastados e poderosos virtualmente invulneráveis ao sistema punitivo), tem a criminalidade como exceção à suposta regra de comportamentos conforme à lei. Em segundo lugar e decorrente da concepção anterior, o programa ressocializador consiste, de fato, em prestações estatais (para suprir “déficits” de socialização, sobretudo educação formal, ensino profissionalizante e assistência social) a serem oferecidas aos presos,

⁴⁶³ A expressão é de Zaffaroni, no prefácio à edição argentina de A. MESSUTI, *O Tempo como Pena*, trad. br. de Tadeu A. Dix Silva e Maria Clara V. de Toledo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁶⁴ F. L. FERRAJOLI, *Direito cit.*, p. 219.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 220.

oriundos, em sua esmagadora maioria, dos estratos sociais economicamente inferiores. Neste sentido, é reforçada a idéia de que apenas os criminalizados já socialmente excluídos necessitariam de ressocialização, mantendo-se a pena de prisão, pois, exclusivamente para estes. Crimes porventura mais graves e danosos à sociedade, desde que cometidos por agentes oriundos das camadas mais privilegiadas da população, não seriam apenados com privação de liberdade⁴⁶⁶. Ou seja, a manutenção do paradigma ressocializador como objetivo da prisão reforça a seletividade do sistema, no sentido de manter a prisionização exclusiva dos mais vulneráveis.

A quarta dificuldade diz com o completo desajuste do discurso da prevenção especial positiva com a realidade brasileira. De fato, como pensar em oferecer oportunidades de trabalho aos encarcerados quando estas faltam aos que não cumprem pena? Como colocar em funcionamento os binômios disciplina/segurança e educação/trabalho em presídios cada vez mais superlotados, em tudo assemelhados às masmorras? Enfim, como “ressocializar” os presos, em sua grande maioria “pessoas excluídas da possibilidade de sustento e inscritas nos crimes contra a propriedade”?⁴⁶⁷

A quinta dificuldade decorre da primeira, e será objeto de crítica a seguir, por impulsionar a discussão sobre a dimensão axiológica do modelo jurídico da reincidência ao seu final. O inevitável fracasso do paradigma ressocializador, que tem no reincidente sua principal comprovação leva, como visto, ao apego a seu antípoda, a prevenção especial negativa. Entre as alternativas da inocuização e eliminação constrói-se a imagem do inimigo, no bojo de uma concepção binária da sociedade que se vê sempre em guerra contra seus agressores internos.

Esse discurso de guerra permanente tem em Hobbes seu mais notório precursor, e vincula-se, segundo Foucault,

“(…) a uma percepção e a uma repartição binária da sociedade e dos homens: de um lado uns, do outro os outros, os injustos e os justos, os senhores e aqueles que lhes são submissos, os ricos e os pobres, os

⁴⁶⁶ É o que, de fato, ocorre no ordenamento brasileiro, apontando-se novamente o paradigmático exemplo do delito de redução à condição análoga à de escravo, cuja pena aplicada *in concreto* muito dificilmente culmina em privação de liberdade.

⁴⁶⁷ W. CAPELLER, *O Direito cit*, p. 132.

poderosos e aqueles que só têm seus braços, os invasores das terras e aqueles que tremem diante deles, os déspotas e o povo ameaçador, os homens da lei presente e aqueles da pátria futura”⁴⁶⁸.

Tal divisão maniqueísta não é nova na história, mas assume novos e mais dramáticos contornos na pós-modernidade, como se verá a seguir.

4.3. À procura do inimigo

“As desigualdades entre grupos e indivíduos estão entre as marcas distintivas recorrentes das sociedades humanas (...) Ao que parece, quase todos os grupos humanos tendem a perceber determinados outros grupos como pessoas de menor valor do que eles mesmos”⁴⁶⁹.

A constatação acima foi formulada a partir de estudo etnográfico realizado por N. Elias e J. L. Scotson, entre o final da década de 1950 e início da década de 1960, na pequena comunidade de Winston Parva, próxima a Leicester, na Inglaterra. Os pesquisadores, que originalmente buscavam explicações para as altas taxas de delinquência juvenil em um dos bairros da comunidade, descobriram um fator explicativo muito mais amplo do que os usualmente apresentados como “causas” do crime. Muito embora a comunidade fosse bastante homogênea e não apresentasse qualquer diferença interna significativa em termos étnicos, religiosos, econômicos, sociais ou culturais, abrigava em seu seio uma inexpugnável divisão entre dois grupos claramente demarcados: um formado pelos habitantes mais antigos do local (os estabelecidos) e o outro pelos habitantes mais

⁴⁶⁸ M. FOUCAULT, *Em Defesa cit.*, p. 86. Segundo Hobbes, “mesmo quando, num Estado civilizado, um viajante deixa seu domicílio, nunca se esquece de fechar com cuidado a fechadura da porta, pois bem sabe que há uma guerra permanente que é travada entre os ladrões e os roubados” (*apud idem*, p. 102). No mesmo sentido, J. LOCKE: “(...) pela lei fundamental da natureza, o homem deve ser defendido o máximo possível; quando for impossível salvá-lo completamente, deve-se dar preferência à salvação do inocente, e pode-se destruir um homem que trava guerra conosco ou que manifestou ódio por nós, pela mesma razão que podemos matar um lobo ou um leão. Essa classe de homens não se submete à lei comum da razão nem tem outra regra senão a da força e da violência; por isso, eles podem ser tratados como feras, isto é, como criaturas perigosas e daninhas que certamente acabarão conosco se cairmos em seu poder” (*Ensaio sobre o governo civil*, *apud* E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit.*, p. 519).

⁴⁶⁹ N. ELIAS, J.L. SCOTSON, *Os Estabelecidos e os Outsiders – Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*, trad. br. de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 199.

recentes (*outsiders*). Com base nessa divisão, os primeiros estigmatizavam os segundos e os alijavam das oportunidades sociais.

Pode-se afirmar, generalizadamente, que a estigmatização de um grupo favorece a integração do outro e facilita sua luta por subsistir, já que o carisma de um grupo se dá, de maneira complementar, em razão do rebaixamento do outro grupo. Neste sentido, a resposta encontrada pelos pesquisadores à questão do porquê da onipresença de relações estabelecidos-*outsiders* em todas as sociedades gravita em torno da manutenção da própria sobrevivência.

“Os grupos humanos vivem na maioria das vezes com medo uns dos outros, e freqüentemente sem conseguirem articular ou esclarecer as razões de seu medo (...) Profundamente enraizada nas crenças e nos costumes de todos esses grupos, mais ou menos interdependentes, encontra-se muitas vezes a idéia ou lenda de que um deles foi quem trouxe à tona o temor. Normalmente, trata-se dos outros”⁴⁷⁰.

O medo, revelam os antropólogos ingleses, é um dos principais fatores de divisão e estigmatização sociais presentes nas sociedades humanas. Isso porque, nas palavras de Vera Malaguti Batista, “o medo corrói a alma”⁴⁷¹ e, ao fazê-lo, destrói também a possibilidade de coesão social, dando ensejo a políticas de segurança pública cada vez mais seletivas, discriminatórias e violentas.

A afirmação é confirmada pela autora, ao estudar os desdobramentos punitivos desencadeados pela Revolta dos Malês, em torno de 1835, na Bahia (castigos não somente institucionais, mas também sociais, como demonstra o fato de, nos dias seguintes à revolta, civis terem saído às ruas atirando a esmo contra negros⁴⁷²), escravos que assustavam em razão de, além de professarem a fé islâmica, saberem ler e escrever. É confirmada, também, pela gradual evolução arquitetônica da cidade de São Paulo, transformada em verdadeira “cidade de muros”⁴⁷³.

⁴⁷⁰ *Idem*, p. 210.

⁴⁷¹ V. M. BATISTA, *O medo cit.*, p. 20.

⁴⁷² *Idem*, p. 26.

⁴⁷³ T. P. R. CALDEIRA, *Cidade de muros cit.*

Os “enclaves fortificados”, materializados nos condomínios de luxo e *shopping centers*, com sua homogeneidade social, são a resposta de quem tem condições financeiras para se entrincheirar em uma cidade ameaçada pelo perigo onipresente. Por toda a sociedade, o medo do outro é construído através da “fala do crime”, que difunde estereótipos e o senso-comum a respeito da criminalidade, seus agentes e vítimas⁴⁷⁴. Essa “fala” tem o poder de organizar a paisagem urbana e o espaço público, além de moldar a atuação de cidadãos e do próprio sistema punitivo em sua luta contra a criminalidade, reforçando estigmas e desigualdades⁴⁷⁵. O mais curioso é que os estereótipos são compartilhados por cidadãos oriundos dos mesmos extratos sociais caracterizados como criminógenos⁴⁷⁶.

O reforço dos estigmas é providencial para a sobrevivência daqueles que não dispõem de condições financeiras de se isolar do contato com os outros, processo este que gradativamente tem levado ao abandono do espaço público como lugar de debate e construção da democracia⁴⁷⁷.

“Os encontros no espaço público se tornam cada dia mais tensos, até violentos, porque têm como referência os estereótipos e medos das pessoas. Tensão, separação, discriminação e suspeição são as novas marcas da vida pública”⁴⁷⁸.

A erosão do espaço público como local de resolução de problemas coletivos leva à “privatização das medidas de segurança”, as quais tendem a ser ainda mais divisórias e semeadoras de desconfiança mútua, “tornando por fim ainda mais solitários os que se isolam”⁴⁷⁹. Olvida-se uma constatação fundamental: “a liberdade individual só pode ser

⁴⁷⁴ *Idem*. A autora conceitua como “fala do crime” “todos os tipos de conversas, comentários, narrativas, piadas, debates e brincadeiras que têm o crime e o medo como tema” (p. 27).

⁴⁷⁵ *Idem*, pp. 28-43.

⁴⁷⁶ Cf. Caldeira, “os estereótipos que explicam o crime e os criminosos são depreciativos e até pessoas que vivem perto dos favelados e dos mais pobres e pensam neles como trabalhadores honestos não encontram outras maneiras de explicação (...) Eles precisam de tais estereótipos mais do que os outros porque sua proximidade social com os favelados exige que reafirmem suas diferenças (...) A dimensão dramática desse esforço, que acaba criminalizando e discriminando pessoas do mesmo grupo social, é que os dominados não têm um repertório alternativo para pensar a si mesmos e são obrigados a dar sentido ao mundo e à sua experiência usando a linguagem que os discrimina” (*Idem*, pp. 81 e 85).

⁴⁷⁷ Sobre a privatização do espaço público v. também J. YOUNG, *Sociedade Excludente cit.*, pp. 38-41.

⁴⁷⁸ T. P. R. CALDEIRA, *Cidade de muros cit.*, p. 301.

⁴⁷⁹ Z. BAUMAN, *Em busca da política*, trad. br de Marcus Penchel, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p.13.

produto do trabalho coletivo”⁴⁸⁰. A busca por soluções individuais para a insegurança apenas tende a perpetuá-la.

Muito embora a onipresença desse tipo de relação fundada no medo seja um dado histórico, o surgimento da democracia e a incorporação de grupos sociais outrora excluídos da vida pública levaram ao acirramento do processo. Em um sistema político marcado pela negociação e embate de opiniões divergentes acerca dos significados sociais, em que uma pluralidade de vozes define a realidade, crescem as incertezas e dissolvem-se as nítidas linhas demarcatórias provedoras de segurança existencial⁴⁸¹. A maneira mais expressiva de redelimitação dos espaços de segurança cognitiva a partir da segregação e exclusão do outro é representada pela construção de muros.

A expansão desse fenômeno, contudo, não se dá unicamente em razão dos conflitos inerentes à adoção do sistema democrático. Trata-se de um processo mais profundo, que guarda relações com a evolução da cultura moderna e sua relação com o conceito de liberdade.

A fenomenologia existencial de Heidegger, conforme afirmado (item 1.2.2), representou uma das mais penetrantes críticas à modernidade. Em contraposição ao determinismo e à necessidade, instaurou sua filosofia sob o signo da *possibilidade*. O *Dasein* é, até sua morte, eterno poder-ser, ligado à facticidade mas potencialmente livre ao lançar-se aos outros e ao mundo circundante como projeto. Nas palavras de Hannah Arendt, “a autonomia do homem transformou-se na tirania das possibilidades”⁴⁸² que o interpelam a todo o instante, multiplicando-se em um mundo cada vez mais instável. Agora, mais do que nunca, desmancha-se no ar o sólido.

O mal-estar na civilização, de Freud (1930), no mesmo sentido crítico, descortinou as conseqüências da vida moderna, cuja civilização foi construída sobre a renúncia aos instintos, tendo o homem trocado um quinhão de sua felicidade por (um pouco mais de)

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 15.

⁴⁸¹ T. P. R. CALDEIRA, *Cidade de muros cit.*, p. 307. J. YOUNG define as linhas que demarcam o campo das certezas tomando de empréstimo o conceito, elaborado por Goffman, *Umwelt*: “um núcleo de normalidade rematada com que indivíduos e grupos cercam a si mesmos” e que possui duas dimensões: a área em que o indivíduo se sente seguro e a área em que está apreensivo (*A Sociedade Excludente cit.*, pp. 111-112).

⁴⁸² *Apud* Z. BAUMAN, *O Mal-Estar cit.*, p. 93.

segurança. A pós-modernidade, com seu culto à liberdade individual absoluta em busca constante e crescente por prazer, inverteu a relação: os homens trocaram um quinhão de sua segurança por mais liberdade. “Se obscuros e monótonos dias assombraram os que procuravam a segurança, noites insones são a desgraça dos livres”⁴⁸³.

O “mais sinistro e doloroso dos problemas contemporâneos” é bem representado pelo vocábulo alemão *Unsicherheit* – que agrega as noções de incerteza, insegurança e falta de garantia. Tal “estado de precariedade” reflete-se em todos os aspectos da vida; sob o ponto de vista econômico, por exemplo, a mensagem da contemporaneidade é simples: “todo mundo é *potencialmente* supérfluo ou substituível e, portanto, todo mundo é vulnerável”⁴⁸⁴.

Vive-se hoje na *sociedade mundial do risco* (Beck⁴⁸⁵), marcada pela onipresença dos perigos e riscos causados - de maneira irrefletida e não intencional - pelo próprio processo de modernização da sociedade industrial, cujos padrões não são mais suficientes para enfrentá-los⁴⁸⁶.

“Em momentos como esses, o passado nem sempre nos ajuda a decifrá-los [os perigos e riscos] e o conhecimento acumulado não se revela capaz de nos levar a fazer diagnósticos e antecipar cenários. Sem mapas cognitivos, como traduzir e compreender a realidade social? Sem códigos interpretativos, como distinguir oportunidades e ameaças? Sem horizonte de sentido, como enfrentar as contingências que desorganizam as formas habituais da vida em coletividade? Como lidar com ambivalências, bifurcações e rupturas? Como resolver problemas e enfrentar dilemas?”⁴⁸⁷

Irremediavelmente lançado livre a um mundo marcado pela dissolução das certezas, o homem pós-moderno busca a reconstrução dos parâmetros sociais e existenciais a partir da obsessiva busca pela “ordem” e “pureza” que possibilitem a previsibilidade das ações

⁴⁸³ *Idem*, pp. 7-11.

⁴⁸⁴ Z. BAUMAN, *Em busca cit.*, pp. 13 e 175.

⁴⁸⁵ U. BECK, *World risk society*, Cambridge, Polity Press, 1999.

⁴⁸⁶ M. R. de A. MACHADO, *Sociedade de risco e Direito Penal – uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo, IBCCrim, 2005.

⁴⁸⁷ J. E. FARIA, no prefácio a M. R. de A. MACHADO, *Sociedade de risco cit.*

de todos. Para tanto, é necessário varrer a “sujeira” capaz de minar padrões. Antropomorfizada, a “sujeira” é identificada com o estranho, aquela pessoa que “não se encaixa no mapa cognitivo, moral ou estético do mundo”, poluindo a certeza e a previsibilidade da vida social. Cada sociedade produz um tipo de estranho⁴⁸⁸.

A luta contra os estranhos deu-se, historicamente, dentro do arcabouço recepcionado pelas teorias da prevenção especial. As duas “estratégias de guerra” adotadas pelas sociedades foram as alternativas antropofágica e antropoêmica⁴⁸⁹: a primeira consistia na assimilação do estranho para eliminar as diferenças, tática esta que marcou a ideologia de surgimento da prisão dentro do contexto da “sociedade de normalização”; a segunda consistia na exclusão social do estranho (inocuidade, em termos preventivo-especiais). Se ambas falhassem, restava a alternativa, sempre disponível, da pura e simples eliminação.

Sob um ponto de vista mais amplo, contudo, aponta-se que a sociedade contemporânea tende a aglutinar ambas as estratégias, desenvolvendo um mecanismo de bulimia: “devora pessoas vorazmente e depois invariavelmente as expelle”⁴⁹⁰. A inclusão se dá a partir do compartilhamento dos objetivos culturais, amplamente difundidos pela *mass media* e acessíveis teoricamente a todos no mercado de consumo. A exclusão se dá a partir da assimilação de apenas alguns no mercado de trabalho. Resta, então, à imensa massa de incluídos/excluídos conformar-se com a inacessibilidade dos bens de consumo⁴⁹¹ ou buscá-los sem dispor dos meios lícitos para tanto (e submeter-se a aumentar as estatísticas dos presos em razão de delitos patrimoniais – que representam 75% dos presos no estado em São Paulo, por exemplo⁴⁹²). São esses os estranhos contemporâneos: os consumidores falhos, insatisfatórios, “aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos”⁴⁹³. Se nas

⁴⁸⁸ Z. BAUMAN, *O Mal-Estar cit.*, pp. 14-27.

⁴⁸⁹ *Idem*, pp. 28-29.

⁴⁹⁰ Cf. J. YOUNG, *Sociedade Excludente cit.*, p. 125.

⁴⁹¹ Esta costuma ser a tônica, usualmente mais oculta, dos discursos “ressocializadores” ainda apoiados no movediço conceito de periculosidade, que marcam a intervenção das instituições voltadas à punição de adolescentes infratores, conforme demonstra o “laudo psicossocial” transcrito por V. M. BATISTA: “O menor ainda se sente atraído por uma vida de ganhos fáceis. Esta vida é ainda sentida como uma coisa boa, fazendo com que os olhos brilhem ao referir-se ao que fazia com o dinheiro conseguido. A fantasia de poder manter um ‘status’, um grande guarda roupa em plena moda, cercar-se de guloseimas e garotas bonitas, não se coadunam com a vida que é possível se levar com um salário mínimo (...)” – a vontade de compartilhar dos bens culturais atestaria a periculosidade do adolescente (*O medo cit.*, p. 90).

⁴⁹² Censo Penitenciário – “Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” (Funap) – 2005.

⁴⁹³ Z. BAUMAN, *O Mal-Estar cit.*, p. 57.

sociedades de capitalismo avançado respondia-se outrora com a rede de proteção social, a rede está para ser desmontada em quase todos os países⁴⁹⁴.

Turistas e vagabundos são, segundo Bauman, no contexto de uma civilização que tem como principal fator de estratificação a liberdade de escolha, as metáforas da sociedade contemporânea. Os primeiros respondem à permanente instabilidade do mundo e das relações sociais ao jamais se fixar em personalidades estanques, sempre atentos às novidades e exigências do mercado, o que lhes possibilita o “controle situacional” (“a aptidão para escolher onde e com que partes do mundo ‘interfacear’, e quando desligar a conexão”⁴⁹⁵). Os vagabundos, por sua vez, viajam não porque consideram o mundo atrativo, mas porque o consideram profundamente inóspito: viajam porque não têm opção, não têm aonde ir; onde quer que estejam, estarão no lugar errado. A relação entre ambos compartilha da complementariedade que caracteriza todas as relações estabelecidos-*outsiders*, na medida em que a detestável situação do vagabundo leva os turistas à conclusão de que não há alternativas ao jogo⁴⁹⁶.

Os estranhos, pois, foram socialmente construídos em todas as épocas, identificados com marcas de distinção. São eles os “indispensáveis marcos indicadores sobre o itinerário sem nenhum plano ou direção”⁴⁹⁷. Num mundo cada vez mais inseguro e instável, os estranhos são os únicos referenciais nítidos. Nas “sociedades de risco”, cada vez mais apavoradas com uma criminalidade tida como crescente e onipresente, em que as ameaças não se mostram claramente, o rótulo de reincidente é como farol a iluminar os riscos conhecidos.

É sobre a constante ameaça representada pelos estranhos, tidos como responsáveis pela criminalidade que desorganiza a ordem simbólica do mundo⁴⁹⁸, que se estrutura a *cultura do medo*⁴⁹⁹. Criada em torno de falsas representações sobre a criminalidade, ao

⁴⁹⁴ *Idem*: “Dada a natureza do jogo agora disputado, as agruras e tormentos dos que dele são excluídos, outrora encarados como um malogro *coletivamente* causado e que precisava ser tratado com meios coletivos, só podem ser redefinidos como um crime individual. As ‘classes perigosas’ são assim redefinidas como classes de criminosos. E, desse modo, as prisões agora, completa e verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições de bem-estar”.

⁴⁹⁵ *Idem*, p. 115.

⁴⁹⁶ *Idem*, p. 119.

⁴⁹⁷ *Idem*, p. 43.

⁴⁹⁸ Cf. T. P. R. CALDEIRA, *Cidade de muros cit.*, p. 10.

⁴⁹⁹ Sobre a cultura do medo v. D. R. PASTANA, *Cultura do Medo – reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*, São Paulo, IBCCrim, 2003.

superestimar determinados tipos de crimes cometidos por determinados grupos sociais e difundir tais percepções distorcidas pela *mass media*, o medo gerido nestes moldes passa a ser a maneira por excelência de interpretação do mundo e o guia “seguro” para a construção do “outro” criminoso. Tem-se como fruto a identificação generalizada com a vítima, o que acarreta a diabolização do outro: afinal, “apenas podemos ser vítimas na condição de se encontrar um culpado”⁵⁰⁰. A “sociedade de bem” declara guerra aos “bandidos”.

“Ontem, como hoje, o ‘outro’ assustador, sobre quem se desata a violência física e simbólica concentrada no Estado, é uma massa enxameada e sem rosto de marginais de pele escura, que deve ser retratada monocromaticamente, como inimigos diabólicos da nação, violadores congênitos daqueles códigos morais, como consagrados pela lei criminal, para que possa ser seguramente desconsiderada como expressão viva das mais profundas contradições sociais da nação – como revelação e acusação encarnadas da traição da sociedade, dos princípios liberais democráticos que ela mesma professa”⁵⁰¹.

O medo enquanto método de interpretação das relações sociais é compartilhado por toda a sociedade. Ele está presente também nas decisões judiciais e é o indutor de políticas de segurança pública as mais violentas, sustentadas pelas campanhas de *lei e ordem*, as quais convertem o “perigo da criminalidade” em “instrumento de produção de consenso das majorias silenciosas frente às relações de poder existentes”⁵⁰². Não por acaso, Zaffaroni aponta o medo como o verdadeiro eixo de todos os discursos criminológicos⁵⁰³. Trata-se de identificar o perigo ameaçador e combatê-lo da maneira mais eficaz (violenta) possível.

É com base no medo e na construção do “outro”, ameaçador e inimigo que são estruturadas algumas das recentes construções do Direito Penal inspiradas no funcionalismo sistêmico, que seguem, na essência, os discursos criminológicos mais

⁵⁰⁰ A GARAPON, *O Guardador cit.*, p. 109.

⁵⁰¹ L. WACQUANT, no prefácio a V. M. BATISTA, *O medo cit.*

⁵⁰² A. BARATTA, *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*, trad. br. de Ana Lucia Sabadell, in *Fascículos de Ciências Penais*, ano 6, v. 6, nº 2, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.54.

⁵⁰³ *Apud* V. M. BATISTA, *O medo cit.*, p. 94.

reacionários. Tem-se o retorno das concepções orgânicas da sociedade⁵⁰⁴, que justificam a deflagração da guerra contra o delinqüente, o inimigo interno. Divide-se novamente a sociedade e hierarquizam-se uma vez mais os cidadãos, não mais a partir de uma teoria preventivo-especial, mas sim voltada à prevenção geral positiva, para que seja garantida a “identidade normativa da sociedade”. Jakobs tem sido considerado o principal teórico do *Direito Penal do Inimigo*⁵⁰⁵.

O penalista alemão identifica dois tipos de Direito Penal, um do Cidadão, outro do Inimigo. Ambos são “tipos ideais”, que representam tendências opostas de um mesmo contexto jurídico, não havendo, portanto, qualquer impedimento em tê-los superpostos; normalmente cada qual abriga elementos do outro⁵⁰⁶.

Sua construção assenta-se, como antecipado, sobre o contexto mais amplo de uma teoria de um Direito Penal Funcional⁵⁰⁷. Segundo esta, “o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”⁵⁰⁸, que é vista, nesses termos, como um processo comunicativo. A comunicação representa um papel fundamental na teoria de Jakobs. O autor diferencia dois tipos de comunicação: a instrumental, que pode servir a alguma finalidade, mas, que, em todo caso, não obriga o participante (e, portanto, nessa comunicação tampouco é pessoa) e a comunicação pessoal, em que a relação com o outro indivíduo não se embasa somente em suas próprias preferências, mas se define mediante ao menos uma regra objetiva, que pode ser invocada pelo outro⁵⁰⁹.

O âmbito da comunicação pessoal é determinado pelas normas, as quais representam o mundo objetivo. E é esse complexo de normas que constitui os critérios para que se defina o conceito de *pessoa*. Para Jakobs, “ser pessoa significa ter de representar um papel (...), pessoa é a máscara, (...) é a representação de uma competência socialmente compreensível”⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ Cf. E. R. ZAFFARONI, N. BATISTA, N. ALAGIA e A. SLOKAR, *Direito Penal cit.*, p. 621.

⁵⁰⁵ G. JAKOBS, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

⁵⁰⁶ *Idem*, pp. 21-22.

⁵⁰⁷ G. JAKOBS, *Sociedade, Norma e Pessoa – Teoria de um Direito Penal Funcional*, trad. br. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, Manole, 2003.

⁵⁰⁸ *Idem*, p. 1.

⁵⁰⁹ *Idem*, p. 46.

⁵¹⁰ *Idem*, p. 30.

É sobre o conceito de *pessoa* que se forma, por contraposição, o Direito Penal do Inimigo. Se o Direito destina-se, acima de tudo, a configurar a identidade normativa da sociedade e a garantir a comunicação interpessoal através da manutenção das expectativas de comportamentos, o delito é tomado como “falha de comunicação”⁵¹¹. Cumpre ao Direito Penal, pois, restabelecer, através da pena, “no plano da comunicação, a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma”⁵¹².

É inerente ao conceito de pessoa, então, que esta ofereça aos demais a possibilidade de esperar que seus atos se dêem de acordo com as normas positivadas. *A contrario sensu*, quem não oferece uma “segurança cognitiva” suficiente de um comportamento pessoal não pode esperar ser tratado como pessoa⁵¹³. Esta constatação decorre da idéia de que “toda normatividade necessita de uma base cognitiva para poder ser real”⁵¹⁴. Assim, para o funcionalismo de Jakobs, o Estado moderno enxerga o autor de um crime como uma *pessoa* que, através de seu delito, violou a vigência de uma norma. O conceito de pessoa subsiste, pois, à prática delituosa *desde que* o autor, “apesar de seu ato ofereça garantia de que se conduzirá [daqui para a frente] como cidadão, é dizer, como pessoa que atua em fidelidade ao ordenamento jurídico”⁵¹⁵. O inimigo, então, é aquele que não oferece garantias de que se comportará, apesar de e após o delito, de acordo com as normas penais. O Direito Penal comunica-se com o cidadão; contra o inimigo é somente coação física, até chegar à guerra⁵¹⁶.

Socorrendo-se de precedentes filosóficos, Jakobs busca mostrar a viabilidade de sua construção a partir da idéia, recorrente na filosofia, de que a pena seria sempre dirigida a um inimigo⁵¹⁷. Lembra os contratualistas (Rousseau, Fichte, Hobbes)⁵¹⁸ e Kant, que usa o modelo contratual como fundamento e limite do poder estatal.

A ligação entre Direito Penal do Inimigo e a reincidência mostra-se presente desde Hobbes e Kant, os quais “conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não

⁵¹¹ *Idem*, p. 4.

⁵¹² *Idem*, p. 5.

⁵¹³ G. JAKOBS, *Derecho Penal cit.*, p. 47.

⁵¹⁴ *Idem*, p. 51 – tradução livre.

⁵¹⁵ *Idem*, p. 36 – tradução livre.

⁵¹⁶ *Idem*, p. 33.

⁵¹⁷ *Idem*, p. 26.

⁵¹⁸ V. nota 447.

delinqüem de modo persistente, por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio; este exclui, aquele deixa incólume o *status* de pessoa”⁵¹⁹.

A concepção do inimigo como indivíduo de quem não se pode esperar um comportamento conforme o Direito é em tudo similar à maneira de se conceber o reincidente, à luz da periculosidade e das construções de culpabilidade de autor ou mistas (item 2.2.3). Se o contexto europeu contemporâneo tem no terrorista o inimigo por excelência, as sociedades de capitalismo pouco avançado tendem a manter os inimigos de sempre, adotando o discurso legitimador que mais lhes convier. Dentre os inimigos “preferenciais” reluz o mais vulnerável e facilmente identificável de todos, o reincidente.

Fácil perceber, assim, que, dentre os valores em conflito no interior do modelo jurídico da reincidência soçobra o valor positivado da dignidade humana. Aparentemente contemplado na ressocialização, legalmente prevista como função primordial do cárcere, o valor da dignidade humana é vilipendiado por sua efetiva atuação sobre os apenados. Em irremediável conflito com os fatos, a prevenção especial positiva é facilmente abandonada em prol de uma visão binária da sociedade em guerra interna permanente, que busca a eliminação dos inimigos ou, quando esta é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico⁵²⁰, sua inocuização.

Como reiterado, é característico dos valores estarem imersos no *Lebenswelt* e não serem inteiramente explicáveis em termos racionais: fundam-se, em última instância, nos sentimentos, e vicejam no amor, no ódio⁵²¹ e, pode-se acrescentar, no medo.

Na dimensão axiológica do modelo da reincidência, em um ato de escolha, o Poder político, dentre os valores difundidos e em conflito na sociedade brasileira, optou por aquele que nega a dignidade humana e encontra abrigo na idéia de prevenção especial negativa, que materializa, por sua vez, a luta de cidadãos unidos pelo medo e pela identificação generalizada com a vítima contra os outros, identificados como inimigos.

⁵¹⁹ G. JAKOBS, *Derecho Penal cit.*, p. 32 – tradução livre.

⁵²⁰ Vedação legal que, observe-se, no Brasil, jamais impediu a atuação dos “esquadrões da morte” nas periferias e morros, tampouco a atuação violenta da polícia dirigida aos “suspeitos” de sempre (em 1991, v.g., a polícia militar matou 1.470 pessoas no Estado de São Paulo, a maioria em bairros pobres da região metropolitana da capital, o que representa 20,63% do total de homicídios na região - T. P. R. CALDEIRA, *Cidade de muros cit.*, pp. 162-163).

⁵²¹ M. REALE, *Filosofia cit.*, p. 545.

5. FATO, VALOR E NORMA

5.1. Crítica tridimensional do modelo jurídico da reincidência: conclusão

Longo e árduo foi o caminho até aqui percorrido, e tentou-se enfrentar as pedras encontradas com o espírito crítico que se exige de todo aquele que se debruça sobre questões fundamentais do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, cuja inglória tarefa – punir os cidadãos respeitando ao máximo sua dignidade humana –, quando executada, jamais pode ser aceita como se de dogma absoluto se tratasse.

Esta crítica ao modelo jurídico da reincidência iniciou-se com a exposição de seus pressupostos: a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale forneceu a moldura filosófica, a amplitude – normativa, fática e axiológica – dos estudos, fez inserir o Direito na realidade da vida e, junto com a analítica existencial de Martin Heidegger, revelou a concepção de homem enquanto ser radicalmente histórico, livre mas desde já situado, lançado ao mundo para viver suas possibilidades em coexistência; a história da criminologia, por sua vez, revelou a superação do paradigma determinista-positivista, e o *labelling approach* inaugurou o caminho para que o próprio sistema punitivo pudesse ser criticado. Sua superação pela “nova criminologia”, crítica, radical, seguiu a trilha de Reale e Heidegger, reinserindo o homem e o Direito Penal no contexto mais amplo das relações e estruturas sociais.

Na dimensão – majoritariamente – normativa da reincidência, após constatar-se a presença de sua noção, no ordenamento brasileiro, desde a legislação portuguesa, mostrou-se toda a amplitude do instituto: há mais de vinte dispositivos legais que prevêm conseqüências ao reincidente e, em alguns casos, é possível a aplicação de nove (!) deles, sucessiva e cumulativamente, no mesmo processo, ao mesmo réu. Mas a questão a ser respondida, neste ponto da investigação, era: a Constituição da República de 1988 recepcionou o instituto da reincidência?

Para tanto, analisou-se a possível violação de três princípios constitucionais: *ne bis in idem*, proporcionalidade e culpabilidade. Foi simples a constatação de que o instituto fere os dois primeiros, já que estes delimitam a reação penal ao fato delituoso, ao impedir a

múltipla punição em razão de um único delito e restringi-la à magnitude da lesão ao bem jurídico tutelado e ao desvalor da ação. Mas o problema da reincidência radica em uma discussão anterior e mais profunda, a saber, deve o Direito Penal punir os cidadãos em razão e na medida dos fatos cometidos ou em razão de características pessoais de quem os comete?

Chegou-se, então, dentro dos limites da dimensão normativa do modelo, ao cerne da discussão, o princípio da culpabilidade. Viu-se que, entre uma concepção de culpabilidade do fato – mais consentânea com os fundamentos democráticos, sobretudo em relação à intangibilidade da consciência moral dos cidadãos – e outra, de culpabilidade de autor – a qual impõe aos cidadãos determinada forma de ser –, o ordenamento brasileiro optou pelo segundo modelo, travestido em concepções mistas. Possibilitou, assim, a manutenção e “adequação” do instituto da reincidência ao sistema normativo. Mas este, a partir desta opção, abandonou o caráter meramente regulativo de condutas em prol de outro, constitutivo: o Direito Penal passou à produção de *status* jurídico-sociais (“perigosos”, “reincidentes”, “habituais” *etc*), erigindo-se em autêntica “antropologia da desigualdade” (Ferrajoli).

Neste sentido, como conclusão parcial, pode-se afirmar que a Carta de 1988, estruturada sobre o valor da dignidade humana, somente comporta um sistema penal que adote a culpabilidade de fato pura – punição estritamente objetiva, restrita ao fato delituoso – e, pois, não recepcionou o instituto da reincidência, símbolo máximo das concepções de culpabilidade de autor e mistas e que, ainda e em razão disso, choca-se frontalmente com todos os demais princípios que limitam a resposta punitiva à gravidade do fato delituoso – *ne bis in idem* e proporcionalidade.

Mas qual a razão de ter sido adotado um conceito misto de culpabilidade, verdadeiro equivalente funcional da periculosidade – segundo Zaffaroni? O penalista argentino é o primeiro a indicar o caminho a ser seguido em busca de respostas: a prática punitiva não mudou, desde a adoção até o abandono das concepções médico-positivistas, apenas modificou seu discurso justificador.

Passou-se, então, à dimensão – majoritariamente – fática do modelo jurídico da reincidência, estudada a partir do novo objeto proposto pelo *labelling* – o próprio sistema

punitivo, em sua atuação concreta –, a qual revelou que o funcionamento desse sistema é necessariamente seletivo e, pois, essencialmente desigual. E que o centro do sistema – a prisão –, além de abrigar cidadãos de determinados e bem selecionados estratos sociais, em razão do cometimento de também muito bem determinados delitos – majoritariamente contra o patrimônio –, é catalisadora da criminalidade e construtora de carreiras criminais. O apoio das teorias criminológicas críticas foi fundamental, neste ponto, para que a análise pudesse ser dirigida ao contexto e às estruturas sociais, em busca de respostas mais amplas. Viu-se, ainda, que tais constatações são bastante antigas e que, apesar disto, a prática segue a mesma, agudizada em alguns momentos pelo recrudescimento ocasional de movimentos tipo “lei e ordem”. Qual a razão de tamanho apego a um sistema claramente seletivo, desigual e estigmatizador, e que produz resultados exatamente opostos aos objetivos fixados pelo ordenamento?

Chegou-se, enfim, à dimensão – majoritariamente – axiológica do modelo jurídico da reincidência. Neste ponto, viu-se que a leitura da Constituição da República, dos tratados internacionais e da legislação infraconstitucional confere a certeza de que a finalidade da pena é “ressocializar”, “reintegrar”, “reeducar” o apenado. Até o mais incauto observador, porém, consegue perceber, senão o cinismo, ao menos a irrealidade de tal discurso, cujas raízes situam-se, no campo dos fins da pena, no modelo da prevenção especial. A análise da formação deste é, ainda, reveladora de que o lírico texto legal entremostra apenas uma de suas faces – a angelical –; a outra face – a diabólica – mostra-se a partir da cotidiana atuação concreta do sistema punitivo: o discurso legal da prevenção especial positiva vem sustentando, há mais de 150 anos, o funcionamento de um sistema cujo objetivo real é a prevenção especial negativa, destinando-se efetivamente à inocuidade de determinadas parcelas da sociedade, ao criminalizar aqueles que “sobram”, os não absorvidos economicamente.

O estudo do modelo revelou, até aqui: o instituto da reincidência é sustentado normativamente pelas concepções mistas de culpabilidade, as quais, por suas vez, fornecem o suporte dogmático para o funcionamento historicamente desigual do sistema punitivo. Este, escudado no discurso da prevenção especial positiva, destina-se realmente à produção de mais criminalidade e ao seletivo controle social, colaborando para a institucionalização da desigualdade entre os cidadãos (Baratta), da maneira mais violenta possível.

Os homens têm medo – sempre tiveram – e a experiência pessoal de medo está cada vez mais intensa e difundida na sociedade contemporânea. A insegurança existencial – a “tirania das possibilidades”, identificada por Hannah Arendt – social, – medo do outro –, e econômica – desemprego e precarização das relações de trabalho –, materializa-se na identificação geral com a figura da vítima: é necessário buscar os responsáveis por tamanha insegurança; mais ainda, é necessário antropomorfizar as causas desta insegurança. E como as suas causas reais são, agora, globais, completamente imunes à atuação dos poderes políticos locais, estes se limitam, ingênua e simbolicamente, a endurecer o rigor penal, contra os inimigos de sempre. O sistema punitivo engaja-se nesta luta e produz o mais natural dos inimigos: o reincidente. Tem-se, assim, ao menos uma redução – por mais ínfima que seja – da insegurança, já que os rotulados como reincidentes, perfeitamente identificados, deixam de pertencer àquela massa difusa de perigos etéreos, inidentificáveis.

Nesse sentido, a única atuação social coletiva no sentido de redução da insegurança se dá através do endurecimento da repressão penal, a qual, por sua vez, reflete todas as características das medidas adotadas privadamente pelos indivíduos: desconfiança, segregação e estigmatização. A busca por soluções, porém, deve se dar no espaço público, em que todos sejam considerados iguais e igualmente respeitados em sua dignidade. É o único caminho – certamente não o mais curto, nem o que mais rende votos – para que os cidadãos reestruturem o sentido da vida em coexistência e passem a enxergar o outro não como ameaça, mas como promessa e fonte de possibilidades existenciais positivas.

Por fim, conclui-se no sentido de que o mecanismo da rotulação mediante o instituto jurídico da reincidência, além de ferir inúmeros princípios democráticos e simbolizar a institucionalização da desigualdade social levada a cabo pelo funcionamento do sistema punitivo, não se coaduna com a própria existência humana, social ou “individualmente” considerada: corda estendida entre o passado e o futuro, ser-aí preso à facticidade mas fundamentalmente livre em sua dimensão projetiva de poder-ser, o reincidente vê seu futuro tolhido a partir de tal rotulação. O instituto da reincidência impede o movimento da existência humana, ao aprisionar o futuro dos cidadãos e erigi-lo à imagem de um passado que se torna, a partir de então, onipresente.

6. BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

ADORNO, Sérgio, *Sistema penitenciário no Brasil – Problemas e desafios*, in Revista USP, nº 9, São Paulo, 1991.

_____, *Crime, Justiça Penal e Desigualdade Jurídica – As mortes que se contam no Tribunal do Júri*, in Revista USP, nº 21, São Paulo, 1994.

_____, *Discriminação racial e Justiça criminal em São Paulo*, in Novos Estudos Cebrap, nº 43, São Paulo, 1995.

_____, *A prisão sob a ótica de seus protagonistas – itinerário de uma pesquisa*, in Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 3 (1-2), São Paulo, 1991.

_____, BORDINI, Eliana Blumer Trindade, *Homens persistentes, instituições obstinadas: a reincidência na penitenciária de São Paulo*, in Temas IMESC, Sociedade, Direito e Saúde, São Paulo, 3 (1), 1986.

_____, _____, *Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo, 1974-1985*, in Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 9, v. 3, 1989.

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad em Derecho Penal*, Madrid, Edersa, 1999.

ALVAREZ, Marcos César, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas – Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, São Paulo, IBCcrim, 2003.

ALVES, Alaôr Caffé, *Fronteiras do Direito Contemporâneo*, São Paulo, Diretório Acadêmico João Mendes Jr., 2001.

AMARAL, Cláudio do Prado, *Princípios penais – da Legalidade à Culpabilidade*, São Paulo, IBCCrim, 2003.

ANCEL, Marc, *A Nova Defesa Social – Um movimento de política criminal humanista*, trad. br. de Osvaldo Melo, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de, (org.), *Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva – homenagem a Alessandro Baratta*, vol. II, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002.

ARENAL, Concepción, *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, Madrid, Victoriano Suárez, 1900.

- AZEVEDO, David Teixeira de, *A Culpabilidade e o Conceito Tri-Partido de Crime*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, nº 2, São Paulo, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, trad. br. Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.
- _____, *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*, trad. br. de Ana Lucia Sabadell, in Fascículos de Ciências Penais, ano 6, v. 6, nº 2, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- _____, *El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad*, in Doctrina Penal, año 2, nº 5 a 8, Depalma, Buenos Aires..
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1999.
- BATISTA, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 1996.
- BATISTA, Vera Malaguti, *O medo na cidade do Rio de Janeiro – dois tempos de uma história*, Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt, *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, trad. br. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998.
- _____, *Em busca da política*, trad. br de Marcus Penchel, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.
- BEAUFRET, Jean, *Introdução às Filosofias da Existência*, trad. br. de Salma Tannus Muchail, São Paulo, Duas Cidades, 1976.
- BECKER, Howard S., *Outsiders – Studies in the Sociology of Deviance*, New York, Free Press, 1963.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da Pena de Prisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. br. Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti, São Paulo, Edipro, 2001.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los Mitos de la Ciencia Penal del Siglo XX: la Culpabilidad y la Peligrosidad*, in La Ciencia Penal ante el Nuevo Siglo, Madrid, Tecnos, 2002.

- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio, *Cidade de muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo*, Edusp/34, São Paulo, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- CAPELLER, Wanda, *O Direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização*, in Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde, São Paulo, 2 (2), 1985.
- CARNELUTTI, Francesco, *O Problema da Pena*, trad. arg. de Santiago Sentis Melendo, s/d.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1992.
- CASTRO, Myriam Mesquita Pugliese de et alli, *Preso um dia, preso toda a vida: a condição de estigmatizado do egresso penitenciário*, Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde, São Paulo, 1(2), 1984.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª ed., Tecnos, 1996.
- CHRISTIE, Nils, *A Indústria do Controle do Crime – A caminho dos GULAGs em estilo ocidental*, trad. br. de Luis Leiria, Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2001.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria, *A Antropologia Criminal no Brasil nas obras de Candido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 41.
- COSTA JR., Paulo José da, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992.
- CRITELLI, Dulce Mara, *Analítica do Sentido – Uma aproximação e interpretação do real de orientação fenomenológica*, São Paulo, Brasiliense, 1996.
- DARTIGUES, André, *O que é a Fenomenologia?*, trad. br. de Maria José J. G. de Almeida, 8ª ed., São Paulo, Centauro, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- _____, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 1995.
- _____, ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia – O Homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra, 1997.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, *A racionalidade das leis penais*, trad. br. de Luiz Regis Prado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- DORADO MONTERO, Pedro, *Problemas de Derecho Penal*, Madrid, Imprenta de la revista de legislación, 1895.
- ELIAS, Norbert, SCOTSON, John L., *Os Estabelecidos e os Outsiders – Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*, trad. br. de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, trad. br. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi H. Choukr e Luis Flávio Gomes, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 2^a ed., São Paulo, Atlas, 1994.
- FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, trad. br. Ligia M. P. Vassalo, Petrópolis, Vozes, 1977.
- _____, *Ditos e Escritos - Estratégia, Poder-Saber*, trad. br. de Vera Lucia Avellar Ribeiro, , Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.
- _____, *Em defesa da sociedade*, trad. br. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____, *Os Anormais*, trad. br. de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, trad. br. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 3^a ed., Rio de Janeiro, NAU, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*, 14^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- _____, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- FRANCO, Alberto Silva, *Crimes Hediondos*, 2^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- _____, *et al, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

- GADAMER, Hans Georg, *Martin Heidegger e o significado de sua “hermenêutica da facticidade” para as ciências humanas*, in *O problema da consciência histórica*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- GAOS, José, *Introducción a El Ser y el Tiempo de Martin Heidegger*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- GARAPON, Antoine, *O guardador de promessas – Justiça e democracia*, trad. port. de Francisco Aragão, Lisboa, Piaget, s/d
- GARLAND, David, *Punishment and Modern Society - A Study in Social Theory*, Oxford, Clarendon, 1991.
- GILES, Thomas Ransom, *História do Existencialismo e da Fenomenologia*, São Paulo, EPU, 1989.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *O Futuro do Direito Penal – tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?*, trad. br. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, Manole.
- GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, trad. br. de Dante Moreira Leite, 7ª ed., São Paulo, Perspectiva, 2001.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- HASSEMER, Winfried, *Culpabilidade*, in *Revista de Estudos Criminais* nº 3, ano 1, 2001.
- HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro, Vozes, trad. br. de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 2003.
- _____, *Que é a Metafísica?*, in *Coleção Os Pensadores*, trad. br. de Ernildo Stein, São Paulo, Nova Cultural, 1999.
- HEISENBERG, Werner *et al*, *Problemas da Física Moderna*, trad. br. de Gita K. Guinsburg, São Paulo, Perspectiva, 2004.
- HESSEN, Johannes, *Filosofia dos Valores*, trad. port. de L. Cabral de Moncada, Coimbra, Almedina, 2001.
- HOBBSAWM, Eric J., *A Era das Revoluções – 1789-1848*, trad. br. de Maria Tereza Lopes Teixeira, 12ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal (arts. 75 a 101)*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- JAKOBS, Gunther, *Sociedade, Norma e Pessoa – Teoria de um Direito Penal Funcional*, trad. br. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, Manole, 2003.
- _____, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito Penal*, 1º vol., Parte Geral, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. br. João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999.

LATAGLIATA, Angel Rafael, *Contribución al estudio de la reincidencia*, Napoli, Facolta Giuridica Dell'Università di Napoli, 1958, trad. arg. de Carlos A. Tozzini, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

LÉVINAS, Emmanuel, *Descobrimdo a existência com Husserl e Heidegger*, trad. port. de Fernanda Oliveira, Lisboa, Piaget, s/d,

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Direito Penal, Estado e Constituição*, São Paulo, IBCCrim, 1997.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, *Sociedade de risco e Direito Penal – uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo, IBCCrim, 2005.

MAIER, Julio B. J., *Inadmsibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*, in *Doctrina Penal – Teoría y práctica em las Ciencias Penales*, ano 9, nº 33 a 36, Buenos Aires, Depalma, 1986.

MAMAN, Jeannette Antonios, *Fenomenologia existencial do direito – Crítica do pensamento jurídico brasileiro*, São Paulo, Edipro, 2000.

MANTOVANI, Ferrando, *El Siglo XIX y las Ciencias Criminales*, Santa Fé de Bogotá, Themis, 2000.

MARTEAU, Juan Félix, *A condição estratégica das normas*, São Paulo, IBCCrim, 1997.

MESSUTI, Ana, *O tempo como pena*, trad. br. de Tadeu A. Dix Silva e Maria Clara V. de Toledo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MINGARDI, Guaracy, *Tiras, gansos e trutas - Segurança Pública e Polícia Civil em São Paulo 1983-1990*, Corag, Porto Alegre, s/d.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal – Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.

MIRANDA, Anabela, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*, São Paulo, IBCCrim, 2000.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de, *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*, São Paulo, IBCCrim, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo – Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*, trad. br. Paulo César Busato, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005.

_____, *Hacia una Construcción Latinoamericana de la Culpabilidad*, conferência proferida durante o XI Congresso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, in *Revista de Derecho Penal*, nº 12, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, vol. I, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

PASTANA, Débora Regina, *Cultura do Medo – reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*, São Paulo, IBCCrim, 2003.

PEREIRA, Aloysio Ferraz (org.), *Textos de filosofia geral e de filosofia do direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

PIERANGELI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luis Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROLO, Sílvia C., *Periculosidade: da norma médica à norma jurídica*, in *Temas IMESC, Sociedade, Direito e Saúde*, São Paulo, 1984.

QUEIROZ, Paulo de Souza, *Direito Penal – Introdução crítica*, São Paulo, Saraiva, 2001.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. mex. de Wenceslao Roces, Ciudad del México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, *Ontognoseologia, fenomenologia e reflexão crítico-histórica*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XVI, fasc. 62, 1966.

_____, *Fundamentos do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998 .

_____, *Pluralismo e Liberdade*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1963.

_____, *Filosofia do Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

_____, *O Direito como Experiência – Introdução à epistemologia jurídica*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968.

_____, *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

REALE JR., Miguel, *Instituições de Direito Penal – parte geral*, vol. II, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004.

_____, *Tentativa de eliminação do critério da periculosidade*, in *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.12, n.140 - Esp., p. 2-3, jul. 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico - la filosofía del derecho en el siglo XX*, Barcelona, Editorial Labor, 1929.

- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aspectos críticos de la elevación de pena em casos de multirreincidencia*, in Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, serie 1, numero 3, Instituto Nacional de Estudio Jurídicos, 1972.
- ROSA DEL OLMO, A *América Latina e sua Criminologia*, trad. br. de Francisco E. Pizzolante e Sylvia Moretzsohn, Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- ROXIN, Claus, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- _____, *Funcionalismo e Imputação objetiva no Direito Penal*, trad. br. Luis Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- _____, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, trad. port. Ana Paula dos Santos L. Natscheradetz, Vega Universidade, 3ª ed., 1998.
- RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, *Punishment and Social Structure*, Columbia, Columbia University, 1939.
- SÁ, Alvin August de, *Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, IBCCrim, ano 6, nº 21, 1998.
- _____, *Reincidência criminal - sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*, São Paulo, Epu, 1987.
- SÁINZ CANTERO, José E., *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, Barcelona, Bosch, 1975.
- SARAMAGO, José, *O Homem Duplicado*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- _____, CORREA JR., Alceu, *Pena e Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVA, Ana Paula Soares da, *(Des)continuidade no envolvimento com o crime – Construção da identidade narrativa de ex-infratores*, São Paulo, IBCCrim, 2003.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- SOARES, Luiz Eduardo, BATISTA, André, PIMENTEL, Rodrigo, *Elite da Tropa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2005.
- SOUZA, Brás Florentino Henriques de, *Do Delito e do Delinqüente*, São Paulo, USP, 1965.
- STEIN, Ernildo, *Compreensão e finitude – Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*, Rio Grande do Sul, Unijuí, 2001.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock, *La nueva criminología – contribución a una teoría social de la conducta desviada*, trad. arg., Buenos Aires, Amorrortu, 1997

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

WACQUANT, Loic, *Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, trad. br. de Eliana Aguiar, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003.

_____, *As prisões da miséria*, trad. br. de André Telles, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, *Da Reincidência Criminal*, Belo Horizonte, Melhoramentos, 2005.

YOUNG, Jock, *A Sociedade Excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, trad. br. de Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*, trad. br. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 1996.

_____, *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*, in Cuadernos de la Cárcel, edición especial de “No hay Derecho”, Buenos Aires, 1991.

_____, *La Culpabilidad en el Siglo XXI*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, nº 28, São Paulo, 1999.

_____, *El Debate Conceptual de la Culpabilidad como Disolución Discursiva*, in Direito Criminal, José Henrique Pierangeli (coord.), nº 4, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

_____, PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro*, 1º v., Rio de Janeiro, Revan, 2003.

ZIFFER, Patricia S., *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, Cadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, ano III, Número 7, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

Censo Penitenciário – “Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” (Funap) – 2005, disponível em <http://www.sap.sp.gov.br>.

Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo – A lei, o direito e a ideologia, São Paulo, IDDD, IBCCrim, 2005 (Pesquisa).

RESUMO

O presente estudo tem como objeto o modelo jurídico da reincidência, a ser analisado, na esteira da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, em sua três dimensões - normativa, fática e axiológica. Serão pressupostos desta dissertação, além do tridimensionalismo concreto e dinâmico de Reale, a fenomenologia existencial de Martin Heidegger – que tem o *Dasein* como ser fundamentalmente livre, embora desde logo situado – e a criminologia crítica, a qual, embora tenha superado o *labelling approach* em inúmeros aspectos, manteve o interesse deste em tomar como objeto o próprio funcionamento do sistema punitivo. Na dimensão normativa do modelo será exposto o instituto jurídico da reincidência e será feito o juízo de sua adequação constitucional, mormente com relação aos princípios do *ne bis in idem*, proporcionalidade e, principalmente, culpabilidade. Este guiará o estudo à dimensão fática do tema, em que serão vistos os principais aspectos da prática penal, sobretudo suas características de seletividade e estigmatização, com ênfase no ponto central de todo o sistema punitivo, a pena privativa de liberdade. A seguir, a dimensão axiológica do modelo da reincidência comportará a análise dos valores que subjazem à dimensão normativa, os positivados – contextualizados na teoria dos fins da pena – e os latentes, embora difundidos em todo o corpo social – o medo e a construção dos inimigos da sociedade. Por fim, serão unidas as três dimensões do modelo, em sua interação dialética e complementar, a fim de que este se mostre em sua plenitude.

ABSTRACT

This dissertation focuses on the legal model of recidivism, to be analyzed, based on Miguel Reale's Three-dimensional Theory of Law, in its normative, factual and axiological dimensions. The hypothesis behind this work is – apart from Reales's concrete and dynamic three-dimensionality – Martin Heidegger's existential analytic – according to which the *Dasein* is a fundamentally free being, although situated from the beginning – and the New Criminology that, despite surpassing the *labelling approach* in several aspects, kept its focus on taking the performance of the punitive system as an object of study. In the normative dimension of the model, the recidivism's legal provision and its constitutional compatibility will be discussed, with the latter being analyzed according to the legal principles of *ne bis in idem*, proportionality and culpability. The principle of culpability will guide the work to the factual dimension of the object, that will underlie the study of the most important aspects of the punitive system, such as its main characteristics of selectivity and stigmatization, with emphasis on the core of the whole punitive system, the imprisonment. Then, the third dimension of the model will base the discussion of the values that support the normative dimension, the legal – presented in the theory of punishment – and the latent, despite widespread through the social fabric – the fear and the construction of society's enemies. In the end, the three dimensions of the model will be united, in their dialectic and complementary interaction, so that the model can fully reveal itself.