Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Simone Carneiro Reis Nacif

A reincidência como circunstância atenuante no direito penal brasileiro.

Rio de Janeiro

2011

Simone Carneiro Reis Nacif

A reincidência como circunstância atenuante no direito penal brasileiro.

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Profª. Drª. Patrícia Mothé Glioche Béze

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

N124 Nacif, Simone Carneiro Reis.
A reincidência como circunstância atenuante no direito penal brasileiro / Simone Carneiro Reis Nacif. - 2011.
172 f.

Orientador: Prof. Dr. Patrícia Mothé Glioche Béze.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Reicidência (Delito) -Teses. 2. Prisão - Teses. 3.Ressocialização – Teses.. I. Béze, Patrícia Mothé. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Simone Carneiro Reis Nacif

A reincidência como circunstância atenuante no direito penal brasileiro.

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 25 de novembro de 2011.

Banca Examinadora:

_____

Profª. Drª. Patrícia Mothé Glioche Béze (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Drª. Vera Malaguti de Souza Weglinski Batista

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Drª. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2011

RESUMO

NACIF, Simone Carneiro Reis. *A reincidência como circunstância atenuante no direito penal brasileiro.* 2011. 172f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

A presente dissertação objetiva trabalhar com a temática da reincidência penal, enquanto fundamento legitimador para o agravamento da pena. Para tal, far-se-á um resgate inicial acerca da evolução histórica das práticas punitivas engendradas pelo Estado, chegando até o surgimento da instituição carcerária, quando a prisão passou a ser a pena propriamente dita e não mais mero instrumento processual. Nesse diapasão, será demonstrado que o surgimento da prisão está intimamente relacionado com as necessidades econômicas da Europa no século XVI. Nesse contexto, facilmente se localizará a questão da recidiva penal, eis que a prisão não foi instituída com o objetivo de ressocialização, mas, sim, como instrumento de neutralização dos indivíduos indesejáveis. Igualmente, será abordada a temática da falácia ressocializadora do cárcere e da parcela de responsabilidade que cabe ao Estado sobre a reincidência penal, utilizando-se como fundamento o princípio da coculpabilidade. Ao final, demonstrar-se-á que o Estado deveria inverter a concepção normativa da reincidência de forma a não mais considerá-la como uma agravante, para, com isso, permitir que o Direito Penal chegue o mais próximo de um Direito Penal do fato, único que deveria existir em um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência penal. Prisão. Ressocialização. Coculpabilidade Inversão da concepção normativa.

ABSTRACT

NACIF, Simone Carneiro Reis. *Recidivism as an attenuating circumstance in Brazilian criminal law*. 2011. 172f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

This dissertation aims to work with the issue of recidivism, while legitimizing foundation for the aggravation of the penalty. To this end, will make a recovery will start on the historical evolution of punitive practices engendered by the state, even to the emergence of the institution prison when the prison became the penalty itself and not merely procedural instrument. In this vein, it will be demonstrated that the emergence of the prison is closely related to the economic needs of Europe in the sixteenth century. In this context, one can easily find the issue of criminal relapse, behold, the arrest was established with the goal of rehabilitation, but rather as a means of counteracting the undesirable individuals. Also, the issue is discussed the fallacy of prison re-socialize and share of responsibility that rests with the State on recidivism, using as basis the principle of co culpability. In the end, it will show that the state should reverse the normative conception of recurrence in order to no longer consider it as an aggravating factor, to thereby allow the criminal law comes the closest to a Criminal Law of the fact , one that should exist in a democratic State.

KEYWORDS: Recidivism. Prison. Rehabilitation. Coculpability. Reversing the normative conception.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 7

1 **O SURGIMENTO DA INSTITUIÇÃO CARCERÁRIA**..... 12
1.1 **Breve intróito**..... 13
1.1.1 Do poder punitivo..... 13
1.1.2 Da criação da instituição carcerária..... 19
1.1.3 O surgimento da casa de correção..... 31

2 **A FALÁCIA RESSOCIALIZADORA DO CÁRCERE**..... 41
2.1 **Análise inicial**..... 42
2.1.1 A falácia da expressão “crise do sistema prisional”..... 43
2.1.2 A falácia ressocializadora do cárcere..... 50
2.1.2.1 O sistema social da prisão..... 52
2.1.2.2 O conflito entre punição e ressocialização..... 61
2.1.2.3 A ideia de vinculação entre a ressocialização e a implantação de recursos materiais nas penitenciárias..... 65

3 **DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE**..... 68
3.1 **Análise inicial**..... 69
3.1.1 Abordagem histórico-filosófica. Breve digressão sobre as raízes do princípio da coculpabilidade..... 78
3.1.1.1 Rousseau e sua análise sobre a desigualdade humana..... 78
3.1.1.2 O empirismo de John Locke e o ceticismo de Hume..... 80
3.1.1.3 Jean-Paul Marat, o precursor da teoria da coculpabilidade..... 81
3.2 **A construção do conceito de coculpabilidade** 86
3.3 **Direito Estrangeiro..**..... 93
3.4 **Do acolhimento pelo ordenamento jurídico pátrio**..... 96
3.5 **Da coculpabilidade às avessas**..... 98

4 **A REINCIDÊNCIA PENAL**..... 100
4.1 **Reincidência**..... 101
4.1.1 As origens da reincidência penal. Breve análise histórica..... 102
4.1.1.1 O caminho percorrido até a elaboração do primeiro Código Criminal..... 103
4.1.1.2 As Ordenações Filipinas..... 103
4.1.1.3 O Código Criminal de 1830..... 107
4.1.1.4 A forte influência do CP Francês de 1810..... 114
4.1.1.5 O Código republicano de 1890..... 120
4.1.1.6 Consolidação das Leis Penais..... 122
4.1.1.7 Código penal de 1940..... 123

4.1.1.8 A reforma da Parte Geral feita pela Lei nº 7.209/1988..... 126
4.2 **Teorias legitimadoras da exacerbação da pena pela reincidência**..... 126
4.2.1 Da insuficiência das penas impostas..... 127
4.2.2 Da maior periculosidade do reincidente..... 130
4.2.3 Causa de agravamento do injusto..... 134
4.2.4 Maior culpabilidade..... 135
4.2.5 Maior alarme social..... 137
4.2.6 Teoria do hábito de delinquir..... 137

5 **UMA INVERSÃO NA CONCEPÇÃO NORMATIVA DA REINCIDÊNCIA**. 140
5.1 **A reincidência penal como agravante da pena**..... 141
5.1.1 As teorias da não recepção da reincidência penal..... 146
5.1.1.1 Teoria da violação do princípio da culpabilidade..... 146
5.1.1.2 A violação ao princípio da individualização da pena..... 147
5.1.1.3 Violação do princípio da proporcionalidade da pena..... 148
5.1.1.4 Violação do princípio do non bis in idem..... 149
5.1.1.5 Violação do princípio da lesividade ou ofensividade..... 150
5.1.1.6 Violação ao princípio da intervenção mínima..... 151
5.1.1.7 Violação ao princípio da humanidade..... 151
5.2 **A inversão da concepção normativa da reincidência penal**..... 152
5.3 **O papel negativo exercido pela mídia. A razão de existência de um Direito Penal simbólico**..... 157
5.4 **Finalidades subjacentes ao cárcere.**..... 159

CONCLUSÃO..... 164

REFERÊNCIAS..... 167

INTRODUÇÃO

O mundo moderno tem a sua atenção desviada para o Direito Penal.

O aumento dos crimes tem alarmado a população que, consequentemente, deposita as suas esperanças no Direito Penal.

Espera-se que o Direito Penal seja mais eficaz e, consequentemente, mais rigoroso com aqueles que desejam violar suas normas. Há um anseio social por punição e pelo recrudescimento das penas.

Nessa perspectiva, a reincidência vai de encontro aos anseios sociais, já que, por meio dela, a pena do reincidente á aumentada.

Não obstante, deve-se questionar se o recrudescimento das penas e a manutenção do instituto da reincidência penal são medidas que se coadunam com um Direito Penal do fato, único que deve existir em um Estado Democrático de Direito.

A reincidência é capaz de solucionar ou minimizar a questão criminal e, por conseguinte, alterar a situação em que se encontra o mundo moderno?

Esta dissertação analisa justamente esta situação, ou seja, a reincidência penal e sua inserção no rol das circunstâncias agravantes da pena.

Para permitir uma melhor visão da natureza jurídica que permeia a reincidência, será analisado o processo de surgimento e de difusão da reincidência no Direito Penal até a sua incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A compreensão acerca das razões que permitiram uma difusão do instituto no ordenamento jurídico ocidental, bem como as razões que motivaram o legislador brasileiro a incorporá-la no ordenamento jurídico pátrio por meio do Código Criminal do Império de 1830, é obtida por meio da análise dos fatos históricos que diretamente marcaram o instituto.

Antes, então, realiza-se, mesmo que breve, uma análise do poder punitivo, vez que não há como desvinculá-lo do objeto deste trabalho.

A análise do poder punitivo acarreta, automaticamente, ao estudo da prisão, eis que essa é a prática punitiva mais utilizada hoje pelo Direito Penal.

Parte-se, assim, do processo histórico do surgimento da prisão e a relação entre este fato e o desenvolvimento econômico, o mercado de trabalho e as práticas punitivas utilizadas na Europa no século XVI.

Na verdade procede-se a uma investigação sobre os fatos sociais e econômicos que fizeram com que os Governos europeus vislumbrassem a necessidade de procurar uma nova prática punitiva que se adequasse às necessidades econômicas da sociedade.

Dessa forma, perpassa-se pelos estudos desenvolvidos pelos autores da Escola de Frankfurt, Rusche e Kirchheimer, vez que foram precursores nas analises históricas sobre o desenvolvimento dos métodos de punição[1].

Verifica-se que, ao longo da evolução das práticas punitivas, que a pena sempre recaiu sobre os corpos humanos. As práticas mais comuns eram as penas de suplício, caracterizadas pela dor e pelo sofrimento, já que a pena deveria ser um exemplo para que os demais indivíduos não violassem as normas penais[2].

Contudo, após a era dos suplícios[3], as punições como os trabalhos forçados, a deportação e a prisão, não mais tocaram os corpos diretamente. Ou, pelo menos, a relação castigo-corpo não é a mesma da era dos suplícios, no dizer de FOUCAULT[4]: "[...] as práticas punitivas se tornaram pudicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível [...]"

A prisão é incorporada pelo Direito Penal como pena propriamente dita e não mais como mero instrumento processual ou de custódia a que estava acostumado o Direito Penal Medieval.[5]

Essa nova prática punitiva, a prisão, aparentemente, colocava fim aos suplícios, o que tornava a pena mais humana.

Portanto, essa suposta humanização das práticas punitivas trouxe a lume a pena privativa de liberdade a ser cumprida no cárcere[6], privando o delinquente de sua liberdade e, consequentemente, da sua vida em sociedade.

Desse modo, o sofrimento físico não é mais elemento constitutivo da pena[7]. No entanto deve-se, questionar: o cárcere obteve êxito em expurgar todo caráter aflitivo da pena?

---

[1] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 17.
[2] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 9.
[3] Suplício era uma pena corporal dolorosa dotada de crueldade, na verdade, um verdadeiro ritual integrante da liturgia punitiva, devendo ser marcante de forma que nunca fosse esquecido. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. 16ª ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 14.
[4] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. 16ª ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 14.
[5] GONÇAVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa de Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 12.
[6] Hobbes definiu a prisão como sendo a restrição de movimentos causada por um obstáculo exterior. HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 222.

È sobre essa indagação que se debruça o trabalho com o escopo de iniciar uma busca sobre as razões que justificam a inserção da reincidência no rol das circunstâncias agravantes da pena.

Logo, é dentro do contexto da prisão que a reincidência penal é estudada.

A análise é feita sob uma perspectiva criminológica e dogmática sobre um tema que sempre despertou acirrado questionamento doutrinário, o que se deve, em especial, ao fato de ser a reincidência penal um instituto que atribui ao delinqüente uma característica negativa: ser o reincidente um indivíduo dotado de extrema periculosidade.

Neste sentido, ROBERTO LYRA[8], ao comentar o Código Penal de 1940, assim destacou: “A doutrina não conseguiu unanimidade, sequer, para a inclusão da reincidência entre as agravantes.”

O ponto de partida serão os fatos históricos e as concepções filosóficas e sociológicas, as quais se vinculou o instituto da reincidência penal.

Toda a justificativa da subsistência da reincidência penal como agravante da pena, está alicerçada na premissa de que o cárcere possui a finalidade de ressocializar o delinqüente e que o reincidente é um indivíduo dotado de uma periculosidade que deve ser severamente combatida pelo Estado.

O ideal de ressocialização faz com que se encontre justificativas das mais diversas para a manutenção do instituto no Direito Penal como causa a ensejar uma maior reprimenda por parte do Estado.

Entretanto, com o objetivo de desmistificar esse ideal, inicia-se uma busca pela função oculta do sistema penal.[9]

A reincidência penal arrosta diretamente o espírito propagado durante o positivismo criminológico, o que o torna alvo de críticas.

Desse modo, o problema a ser enfrentado consiste no fato do delinquente reincidente receber um tratamento mais gravoso por parte do Estado, quando a pena a ser cumprida no cárcere não é capaz de obter o resultado de ressocialização propagado pelo sistema penal.

Analisando-se o sistema social da prisão, percebe-e a existência da falácia de que o cárcere promove a reinserção do preso à sociedade.

---

[7] Para Foucault o corpo passa a não ser mais o alvo da pena mas, sim, a alma, o coração e a vontade do sujeito culpável. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. 16ª ed. p. 18.

[8] LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 317.

[9] BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003, p. 43.

Faz-se necessário, assim, discorrer sobre os fatores políticos, sociais e econômicos que justificam a criação da instituição carcerária e a punição mais severa para aqueles que insistem em violar a norma jurídico-penal.

E para o desenvolvimento das reflexões propostas neste trabalho, esta dissertação encontra-se dividida em cinco partes:

O primeiro capítulo aborda, principalmente, as contribuições históricas e teóricas de Kirchheimer e Rusche, os quais se debruçaram sobre o referido tema em busca da relação entre os fatores sociais e econômicos e as práticas punitivas.

Nesse diapasão, o primeiro capítulo se ocupa, de uma análise do surgimento da instituição carcerária sob uma ótica de Política Criminal estabelecendo uma relação entre as várias práticas punitivas e os sistemas de produção em que se desenvolveram.

Com efeito, traça-se uma linha evolutiva da instituição carcerária, trazendo a lume a primeira instituição cuja finalidade era manter custodiados os vagabundos e os mendigos aptos ao trabalho. Também é visto como a programação criminalizante varia de acordo com as necessidades econômico sociais.

Feita essa apresentação inicial sobre a história da instituição carcerária, sobre a verdade por trás de sua instituição e sobre a seletividade do Direito Penal, passa-se ao segundo capítulo que aborda a temática da suposta crise do sistema prisional e da falácia ressocializadora difundida pelo Direito Penal.

Dando continuidade aos argumentos apresentados no primeiro capítulo, a discussão perpassa pelas falácias que foram difundidas e defendidas, ao longo da história, acerca da prisão.

Para tal, procede-se a uma verificação de que a ideia de ressocialização visa a ocultar o fato de que o Direito Penal é um método de controle social dos indivíduos socialmente indesejáveis.

O terceiro capítulo se ocupa com a busca pela responsabilidade do Estado na prática de infrações penais, em razão da perda de espaço do Estado social e o avanço do Estado penal.

A primeira abordagem é feita no campo filosófico, pois é neste ramo em que se deve começar a busca pelo surgimento e desenvolvimento da princípio da coculpabildade.

Do estudo realizado se verifica como se deu o desenrolar do referido princípio no campo doutrinário e nas legislações de alguns países da América Latina chegando ao Brasil.

O quarto capítulo está voltado para a análise da reincidência penal, iniciando pela análise dos fatos históricos que permearam o instituto e a evolução da legislação pátria no tocante à reincidência.

A argumentação irá perpassar pelo marco teórico do Iluminismo e da Revolução Francesa e como estas revoluções representaram um avanço para o Direito Penal, vez que permitiram um novo olhar sobre o homem e sobre o poder punitivo.

O quinto e último capítulo se concentra na crítica da inserção da reincidência como agravante da pena, passando pelas teorias que a consideram violadora dos postulados constitucionais.

Por fim, propõe-se uma inversão na concepção normativa da reincidência penal de forma a adequá-la ao Estado Democrático de Direito.

1. O SURGIMENTO DA INSTITUIÇÃO CARCERÁRIA

"[...] A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrindo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral." (Rusche e Kirchheimer – Punição e Estrutura Social)

1.1. Breve intróito

1.1.1. Do Poder Punitivo

O presente trabalho trata do instituto da reincidência penal e sua inserção dentro do rol das circunstâncias que agravam a pena.

Para empreender o estudo sobre a reincidência penal, faz-se imprescindível percorrer diversos institutos relacionados ao Direito Penal. Isso porque não há como dissociar a reincidência penal da culpabilidade do indivíduo, da noção de ressocialização surgida com a teoria preventiva da pena, da finalidade da pena privativa de liberdade, do modelo prisional incorporado pelo Brasil e, por fim, da parcela de responsabilidade que se deve atribuir ao Estado na prática das infrações penais.

Será analisado, inicialmente, o poder punitivo, fruto de uma política calcada nas desigualdades socioeconômicas[10].

Nesse sentido, ALESSANDRO DE GIORGI[11] alerta para o fato de que a história dos sistemas punitivos é marcada pelas diversas estratégias repressivas das classes dominantes para evitar as ameaças à ordem social.

A primeira parte da dissertação, portanto, far-se-á por meio da análise da estrutura punitiva, tendo em vista que a compreensão desta permite o entendimento sobre as razões que desencadearam a necessidade da criação de uma instituição, cuja finalidade, inicialmente, era manter custodiados os socialmente indesejáveis.

Será utilizada a expressão poder punitivo[12], eis que se demonstra mais adequada do que a expressão direito de punir, uma vez que não foi dado ao Estado o direito de punir os indivíduos que infligissem a norma, mas, sim, verdadeiro poder de infligir castigo, dor e desesperança ao homem.

---

[10] Neste sentido, Alessandro De Giorgi leciona que: “As classes sociais despossuídas constituem, assim, o objetivo principal das instituições penais.” GIORGI, Alessandro De. *A Miséria Governada através do Sistema Penal.* Coleção Pensamento Criminológico. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 39.

[11] *Ibidem.*

[12] Expressão adotada por BATISTA, Nilo *et al. Direito Penal Brasileiro:* Teoria Geral do Direito Penal – v I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.

É difícil pensar a punição desvinculada de uma estratégia de poder[13]. E a própria história punitiva demonstra que, pouco a pouco, a punição deixou a barbárie das relações pessoais e da vingança privada, emergindo como um centro de poder no interior do próprio Estado[14].

Essa vinculação entre o Estado e a punição é assegurada por uma relação de poder tão forte que acaba escondendo sua principal personagem: o indivíduo. O indivíduo como o sujeito à punição; como o sujeito e o objeto alvo desse poder.

Toda a história da humanidade é permeada pelo poder e, no caso do poder punitivo, sempre foi baseado na disciplina dos corpos humanos. O Brasil, que recebeu uma herança jurídico-penal da inquisição ibérica, também adotou, ao longo de sua história, uma estrutura punitiva de caráter aflitivo[15].

Convém frisar que quando se fala em poder punitivo atribuído ao Estado, fala-se no indivíduo a quem será destinada a punição. Desta forma, pode-se afirmar que o centro de toda discussão é o homem em sua complexidade.

A análise do surgimento da prisão, como instituição em que seria cumprida uma pena privativa de liberdade, deve ser feita à luz das particularidades do momento histórico, dos interesses políticos, econômicos, sociais e da evolução dos pensamentos criminológicos vigorantes à época.

Isso porque, ao longo do desenvolvimento de cada escola de pensamento penal, um conceito de punição e de culpabilidade foi construído absorvendo o tipo de discurso penal do momento[16]. A responsabilidade do homem, portador de uma subjetividade única e auto-referencial, torna-se o fundamento do poder de punir moderno. Eis aí a razão para que cada concepção de subjetividade tenha uma acolhida diferente no interior do estudo da culpabilidade penal.

---

[13] Juarez Tavares leciona que o Direito Penal deve ser compreendido no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política. Por essa razão, a norma jurídica incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro. Assim, afirma que a norma jurídica decorre da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração. TAVARES, Juarez. *Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v.0, nº 0, p. 75. No mesmo sentido, leciona Foucault: "A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico [...]" FOUCUALT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 69.

[14] Para Hobbes as vinganças pessoais e as injúrias de particulares não podem ser propriamente classificadas como punição, posto não procederem da autoridade pública. Ele lecionou que: "Pena é um dano infligido pela autoridade pública [...]". HOBBES, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 218.

[15] BATISTA, Nilo *et al*. *Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. v I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 412.

[16] TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a Incongruência dos Métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 145-155. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18.

Das ciências à filosofia, o fundamento na consciência do homem é o pilar da edificação teórica, social, política e econômica da sociedade ocidental; uma consciência esgotada nas promessas modernas de paz, de individualidade, de liberdade e de desenvolvimento tecnológico. E assim também é no Direito Penal.

A importância do conceito de culpabilidade permanece como incontornável no Direito Penal contemporâneo[17]. De fato, trata-se apenas de um conceito, mas que pode ser preenchido por qualquer tipo de discurso, tanto democrático quanto aniquilador da vida humana. É isso que a torna tão essencial na dinâmica punitiva; afinal, é preciso conhecer quais os conteúdos políticos, as práticas de saber e poder, as demandas de sujeição e governo das condutas humanas que se apropriam dela e a utilizam para fins além do discurso oficial do Direito Penal.

Desse modo, culpabilidade e subjetividade aparecem relacionadas no interior do sistema punitivo. E essa relação encontra-se permeada por formas ou estratégias de poder que atuam na sociedade, na economia, no governo e, especialmente, sobre os corpos dos sujeitos.

A relação entre culpa, subjetividade e poder pode servir como um instrumento de identificação, seleção e criminalização dos indivíduos considerados descartáveis ou inoportunos para a espécie de poder dominante. Pode servir como o vínculo entre o sujeito culpável de cada tempo e uma necessidade de poder. É na história que se deve procurar a origem, função e finalidade do sistema prisional. E, sempre houve demandas por ferocidade penal, bem como o sistema penal sempre exerceu uma seletividade de sua clientela.[18]

Mas, se, por um lado, a centralidade no indivíduo pode facilitar ou legitimar a exclusão e violência contra os “corpos culpáveis”, também pode, por outro, abrir um caminho para a entrada de saberes humanos críticos ou comprometidos com o resgate da vida humana, com a defesa e emancipação do sujeito culpável.

---

[17] Juarez Tavares leciona que: “Passados mais de dois séculos de evolução da teoria do delito, que se poderá considerar de certo modo como iniciada com a obra de Feuerbach, os juristas ainda discutem os fundamentos da responsabilidade individual sob os mesmos patamares metodológicos.” TAVARES, Juares. Op.cit., p. 145.

[18] Palavra utilizada por BATISTA, Vera Malaguti. *Marx com Foucault:* análises acerca de uma programação criminalizante. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito, v.2, n.4, julh/dez 2005, p. 26. Nesse sentido, também ensina BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* – I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2002, p. 23.

Como se vê, portanto, é necessária a compreensão de que o poder punitivo sempre esteve atrelado aos meios de produção[19]; logo, à política social e econômica das sociedades nos diversos momentos históricos.

Neste sentido VERA MALAGUTI[20] leciona que:

> Já no fim do século XVI, com o surgimento do mercantilismo, os métodos punitivos se transformam diante da possibilidade de exploração de mão-de-obra através da pena de prisão.

Nítido, pois, que é por meio da análise do mercado de trabalho vigente em um determinado período histórico, que será encontrada a explicação da adoção de um determinado sistema punitivo.

Ao longo da história da humanidade, verifica-se que todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondam às suas relações de produção. É, pois, assim, necessária a pesquisa da origem dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, consequentemente, fiscais[21].

Por meio dessas observações, será possível compreender mais claramente as matrizes ideológicas que permearam a época do surgimento da prisão como pena.

Com efeito, deve-se transpor o conceito até então difundido sobre a pena para constatar que esta, como é conhecida hoje, é fruto de uma longa evolução, não podendo ser considerada como uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, e nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido.

A pena, como consequência imediata do poder punitivo, é o reflexo de um sistema de punição concreto e de práticas penais específicas minuciosamente selecionadas de acordo com a necessidade premente de uma sociedade[22].

---

[19] Conclusão demonstrada pelos autores da escola de Frankfurt, Rusche e Kirchheimer, que demonstraram historicamente que o sistema penal se integrava ao processo de acumulação de capital, a partir do disciplinamento do mercado de mão de obra. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20-21.

[20] BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis:* Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003, p. 44.

[21] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 21.

[22] TAVARES, Juarez. *Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v.0, n.0, p. 75.

Na história do Direito Penal várias épocas podem ser destacadas, durante as quais vigoraram sistemas de punição completamente diferentes.

A título de exemplo, a indenização e a fiança foram os métodos de punição preferidos na Idade Média. Eles foram sendo gradativamente substituídos por um duro sistema de punição corporal e capital, que, por sua vez, abriu caminho para o aprisionamento, em torno do século XVII[23].

Novamente, faz-se necessária a correlação entre sistemas penais e as fases de desenvolvimento econômico de uma sociedade.

Isso não significa que as finalidades da pena devam ser ignoradas, mas, sim, que elas constituem um fator condicionante negativo. Se a sociedade acredita que a aplicação da pena pode afastar as pessoas do crime, selecionam-se métodos que tenham algum efeito inibidor em potenciais criminosos[24]. Mais ainda, se esta premissa é aceita, confirma-se a validade da doutrina segundo a qual as penas dissuasivas constituem um mal necessário, uma carga sobre os bens socialmente protegidos; assim, descobre-se a escala de valores adotadas por uma sociedade[25].

Entretanto, considerando a estrutura social da sociedade moderna, com todas as suas diferenciações, este princípio implica que, para combatermos o crime entre os estratos sociais desprivilegiados, as penalidades precisam ser de tal forma que estes temam uma piora em seus modos de existência. É óbvio que esta condição negativa vai achar sua referência concreta na transformação da estrutura social[26].

Quando se volta para os fatores condicionantes positivos, pode-se ver que a simples constatação de que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico é uma obviedade[27].

É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem a

---

[23] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 23-43.

[24] Essa vinculação medo-obediência foi analisada por Hobbes. Ele lecionou que: "O medo é a única paixão que impede o homem de violar as leis. Excetuando algumas naturezas generosas, o temor é a única coisa que leva os homens a respeitar as leis [...]" HOBBES, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 210.

[25] Neste sentido, Hobbes lecionou que: "A gravidade do crime é estabelecida de acordo com várias escalas. Em primeiro lugar, é medida pela malignidade da fonte ou causa; em segundo lugar, pelo contágio do exemplo; em terceiro, pelo prejuízo do efeito;e, em quarto, pela concorrência de tempos, lugares e pessoas." HOBBES, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 213. Neste mesmo sentido, lecionam KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20.

[26] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. Cit. p. 20.

[27] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 20.

manufatura ou indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária[28].

De outro lado, o desaparecimento de um dado sistema de produção faz com que a pena correspondente fique inaplicável. Somente um desenvolvimento específico das forças produtivas permite a introdução ou a rejeição de penalidades correspondentes.

Porém, antes que métodos potenciais sejam introduzidos, a sociedade precisa estar em condições de incorporá-lo como parte de todo o sistema social e econômico.

Portanto, se em uma economia escravista verifica-se a escassez de oferta de escravos com a respectiva pressão da demanda, será difícil ignorar a escravidão como método punitivo.

No feudalismo, por outro lado, não apenas esta forma de punição cai em desuso como não se descobriu nenhum outro método para o uso da força de trabalho do condenado.

Foi então necessário o retorno a antigos métodos, como a pena capital ou corporal, uma vez que a introdução da pena pecuniária para todas as classes era impossível em termos econômicos.

Dessa forma, a história carcerária no mundo é, sem dúvida alguma, marcada pela infâmia. Os métodos legais de controle e de punição disciplinar dos reclusos refletem os valores reinantes na sociedade ao longo das diversas conjunturas históricas vividas.

Sobre a história carcerária ALESSANDRO DE GIORGI[29] esclarece que:

> O nascimento da prisão se coloca, portanto, na passagem de um regime penal que aponta para a destruição do corpo do condenado, sobre o qual se reflete o poder absoluto do monarca, para uma forma de punição que poupa o corpo a fim de que, na sua produtividade, se evidencie o poder econômico relativo do capitalista.

Nesse contexto, a Casa de Correção, conforme será analisada adiante, demonstra claramente a relação existente métodos de punição e valores reinantes e necessidades de uma sociedade em uma determinada conjuntura histórica.

---

[28] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 21

[29] GIORGI, Alessandro De. *A Miséria governada através do Sistema Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 40.

Segundo JUAREZ CIRINO[30]:

> No mercantilismo do século XVII, a produção manufatureira, baseada em funções especializadas, encontra escassa força de trabalho, em geral, dizimada por pestes, guerras e punições, o que determina alterações nas relações de mercado, com a elevação dos salários e do nível de vida dos trabalhadores: a política do sistema penal, para ajustar-se às mudanças estruturais, adota o trabalho forçado e introduz a prisão como principal modalidade punitiva.

Com efeito, vale a digressão ao exato momento em que a sociedade percebeu a necessidade de criação de uma instituição, onde pudesse exercer o controle social sobre os seus "elementos" indesejáveis.

Seguindo esse pensamento, alerta HENRY JACOB[31]: *"[...] Ciertamente, la prisión viene a responder a todo un "movimiento" de control social que se desarrolla desde el siglo XVIII, o antes [...]"*

1.1.2. Da Criação da instituição carcerária

A relevância do tema se deve ao fato de que, a partir do século XIX, a prisão passa a ser anunciada como a principal forma de punição institucional em nosso país, e a regulamentação carcerária brasileira remonta fundamentalmente à época imperial.

A legislação imperial brasileira nada mais fez do que refletir uma tendência que se iniciou na Inglaterra, no século XVI, e se espalhou por todo o mundo ocidental.

Hodiernamente, procedendo-se à análise do atual Código Penal Brasileiro e da legislação extravagante, verifica-se que a pena privativa de liberdade, a ser cumprida nos estabelecimentos penais, é a pena por excelência, considerada, assim, o principal instrumento de controle social.

---

[30] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 66.

[31] JACOB, Henry Issa El Khoury. *Penas Alternativas y Ejecución Penal*. Costa Rica: Revista de Ciencias Penales, nº 06, Diciembre, 1992, año 1.

Assim, para que seja compreendido esse fenômeno – da disseminação da pena privativa de liberdade pelo mundo, deve-se empreender uma breve digressão na história ocidental, voltando à época da história em que tudo começou.

O surgimento da instituição carcerária é, normalmente, relacionado a dois cenários bem distintos. O primeiro remete o surgimento da prisão, como sanção, à prisão eclesiástica[32] e, o segundo, às chamadas "Casas de Correção",[33] que surgiram na Europa em meados do século XVI.

O que há em comum entre os dois cenários apresentados é que ambos se utilizaram da segregação para a punição do culpado. Quanto às diferenças, essas serão facilmente percebidas no transcorrer deste capítulo.

O presente trabalho adotará a premissa de que a primeira instituição carcerária, sendo a prisão tratada como pena, e não como custódia, se deu com o surgimento da Casa de Correção, na Inglaterra, em 1555, conforme será adiante justificado[34].

De todo modo, vale aqui tecer considerações acerca da prisão oriunda do Direito Penal Canônico.

Inicialmente, vale destacar que, até o século XII, a internação em mosteiro possuía caráter instrumental, como o foi na Antiguidade, o que equivaleria no Direito Processual Moderno à prisão processual[35].

A partir do século XIII, contudo, essa forma de privação da liberdade passa a ser utilizada como pena para os clérigos e começam a surgir as prisões episcopais, edifícios destinados unicamente à sua execução e que eram administrados pelo bispo local.

A prisão eclesiástica surge, assim, na Idade Média, com a natureza de sanção e expiação, em razão da prática de delitos[36]. Na verdade, o crime atentava não só contra as leis, mas, também, representava uma ofensa a Deus.

---

[32] Segundo Pedro Correia Gonçalves, no século IV, a Igreja começou a organizar tribunais especiais para os clérigos e, mais tarde, no século VIII, a jurisdição da Igreja tornou-se de caráter geral. GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 74-75.

[33] A primeira instituição criada com o objetivo de limpar as cidades de vagabundos e mendigos foi, provavelmente, a *Bridewell*, em Londres, em 1555. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 67. Nesse sentido, também leciona Vera Malaguti: "A forma precursora da prisão moderna está estritamente ligada às casas de correção e ao seu modo de produção." BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 45.

[34] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. Op. cit. P. 67.

[35] BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* – I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 229.

A Igreja implementou as primeiras formas de sanção em relação aos clérigos que, desta ou daquela maneira, haviam cometido alguma falta, aplicando-lhes a sanção de cumprir a penitência numa cela até a obtenção do arrependimento do culpado.

A necessidade de isolamento se dava pelo fato de que o preso deveria concentrar-se na reflexão expiatória sobre a sua própria culpa. Nesse pensar, ao preso não caberia trabalhar, nem realizar qualquer outra atividade que exigisse um contato com o mundo exterior.[37]

O verdadeiro objetivo das penas aplicadas pela Igreja, portanto, era a obtenção do arrependimento na alma do culpado.

Mais tarde, os tribunais eclesiásticos passaram, igualmente, a julgar todos os delitos civis cometidos por laicos, mas que refletiam na Doutrina da Igreja, tais como a blasfêmia, o sacrilégio, a usura, o perjúrio, entre outros.

Sendo o crime, antes de mais nada, um pecado, o criminoso devia procurar redimir-se através da penitência. E isso só seria possível por meio de sua reclusão. Daí a o surgimento da reclusão nos conventos ("*detrusio in monasterium"*)[38].

A Igreja defendia a concepção de que apenas a absoluta separação do mundo exterior e uma aproximação da vida religiosa ofereciam ao condenado a oportunidade de expiar a sua própria culpa, por meio da meditação.

A "*detrusio in monasteriium"*, desta forma, ocorria nas dependências da igreja ou até mesmo de uma prisão normal. Segundo PEDRO CORREIA GONÇALVES[39], a reclusão nos mosteiros aparece, assim, como a pena principal do Direito Penal Canônico.

Vale esclarecer que na prisão eclesiástica existiam dois tipos de encarceramento: o *murus largus,* que consistia num regime penitenciário mais

---

[36] Na verdade, é problemático chamar essas faltas de delitos, pois tratava, provavelmente, de infrações religiosas que, porém, provocavam um reflexo sobre as autoridades eclesiásticas ou que despertavam um certo alarme social na comunidade religiosa. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica:* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.23.

[37] Conforme lecionado por BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p.229.

[38] GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 75.

[39] *Ibidem,* p. 76.

aberto, o que permitia que os reclusos mantivessem contato com o mundo exterior, e o *murus strictus* ou prisão solitária, que implicava no acorrentamento do recluso[40].

Essa natureza da pena eclesiástica foi depois mitigada pelo caráter vingativo da pena. A penitência, quando se transformou em sanção penal propriamente dita, manteve em parte sua finalidade correcional, transformando-se em reclusão num mosteiro por um tempo determinado pela Igreja, com o objetivo de separar o indivíduo do mundo externo, mantendo-o em isolamento externo, mas mantendo o contato com o dia a dia da vida religiosa. Isso favoreceria a expiação de sua culpa.

No regime penitenciário canônico a pena podia ser cumprida mediante a simples reclusão no mosteiro, pela reclusão em cela ou mesmo na prisão episcopal, caracterizando-se pela diversidade de modalidades de execução. A esta pena agregavam-se sofrimentos de ordem física, isolamento celular e obrigação do silêncio.

Com isso, merece destaque o fato de que o regime penitenciário eclesiástico ignorava completamente o trabalho carcerário como forma de execução da pena privativa.

Por essa razão, MELOSSI[41] chama a atenção para o fato de que, verdadeiramente, a privação da liberdade em mosteiros não constituía a pena, uma vez que o recolhimento era apenas a oportunidade para que houvesse o arrependimento do culpado.

Essa finalidade da pena – arrependimento- era uma oportunidade dada para uma correção diante de Deus, e não uma regeneração social do condenado-pecador.

Vislumbra-se, com isso, que a Casa de Correção inglesa foi o primeiro exemplo de detenção laica sem a finalidade de custódia[42] que se pode observar na história do cárcere, e que os traços que a caracterizam, no que diz respeito à classe a quem foi destinada, a sua função social e à organização interna já são, grosso modo, aquelas do modelo carcerário do século XIX.

---

[40] GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 77.

[41] MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica:* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 24.

[42] Durante muitos séculos, à prisão foi atribuída a função de custódia, ou seja, a prisão era unicamente o lugar onde o preso aguardava a execução da pena. GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 12.

Com isso, em razão dessas características MELOSSI[43], RUSCHE E KIRCHHEIMER[44] atribuem o surgimento da instituição carcerária às Casas de Correção surgidas, primeiramente, na Inglaterra.

Seguindo a premissa defendida por PAVARINI[45] de que a prática punitiva, decorrente do poder punitivo atribuído ao Estado, sempre esteve atrelada aos meios de produção, estabelece-se a conexão entre a origem da instituição carcerária moderna e o surgimento do modo de produção capitalista, mais precisamente, durante a prática mercantilista.

Cabe esclarecer que em um sistema de produção pré-capitalista como foi o sistema feudal, o cárcere como pena não existiu.

Isso não quer dizer que o sistema feudal ignorava o cárcere como instituição, até porque havia a utilização da prisão como custódia até que fosse aplicada a sanção ao culpado. O que se quer dizer é que a prisão como pena autônoma não existiu[46].

A prisão tinha natureza meramente processual, denominada de prisão-custódia[47].

Segundo RUSCHE e KIRCHHEIMER[48], até o século XV, a forma de punição mais conhecida na Europa era a fiança e, em casos mais extremos, era a pena de morte e a mutilação, punições essas que estavam de acordo com uma sociedade feudal.[49]

No entanto, a partir do século XV as penas corporais tornaram-se as mais utilizadas. A pena de morte, neste período, adquiriu um novo significado, pois deixou de ser utilizada apenas nos casos mais graves para ser um instrumento de

---

[43] MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica:* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 24.

[44] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE Georg. *Punição e Estrutura Social*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 67.

[45] MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica:* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.

[46] MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica:* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 21.

[47] Durante muitos séculos, à prisão foi atribuída a função de custódia, hoje conhecida como prisão processual, uma vez que o cárcere era unicamente o lugar onde o preso aguardava o julgamento ou a execução da pena – normalmente patrimonial ou corporal. Ao cárcere seguia-se a pena propriamente dita, que podia ir desde os castigos corporais ao trabalho forçado, podendo consistir na própria condenação à morte. GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 12.

[48] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, George. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.37.

[49] O feudalismo próprio do Ocidente europeu tinha por base a economia agrária, de escassa circulação monetária, auto- suficiente. A propriedade feudal pertencia a uma camada privilegiada da população, composta pelos senhores feudais, clero e longínquos descendentes dos chefes tribais germânicos. As estimativas de renda por cidadão da Europa feudal a colocaram em um nível muito próximo ao mínimo de subsistência. A principal unidade econômica era o feudo. Devido ao caráter expropriatório do sistema feudal, o servo não se sentia estimulado a aumentar a produção, uma vez que tudo o que produzia de excedente era tomado pelo senhor. Por isso o desenvolvimento técnico foi pequeno nesta época, limitando aumentos de produtividade.

eliminação dos indivíduos potencialmente perigosos para a sociedade. Até mesmo os métodos de execução tornaram-se mais brutais. A pena corporal da mutilação também foi ficando mais dolorosa.[50]

Desse modo, pode-se chegar à conclusão de que o sistema penal da Baixa Idade Média deixa claro que não havia escassez de força de trabalho, já que as penas corporais, muitas das vezes, incapacitavam o indivíduo para o trabalho.

Essa realidade sobre o sistema penal foi bem definida por RUSCHE e KIRCHHEIMER[51]: "[...] o sistema agia como um tipo de terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes altas consideravam inadequados para a sociedade."

Na verdade com o declínio da sociedade feudal e o surgimento do capitalismo mercantilista, há uma grande mudança dos métodos punitivos no cenário europeu.

Foi no fim do século XVI[52] que os métodos de punição, na Europa, começaram a mudar.

Tal mudança está associada, primeiramente, ao declínio do sistema feudal e à expropriação violenta sofrida pela população que ocupava os campos.

Esses fatores desencadearam a migração das populações rurais para as cidades.

A sociedade passou a enxergar benefícios na exploração do trabalho de prisioneiros, utilizando-se da escravidão nas galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados.

Essas mudanças na forma punitiva não decorreram de uma visão mais humanitária sobre a pena, mas das necessidades surgidas em decorrência do desenvolvimento econômico, que revelava um valor potencial da massa humana que poderia ser controlada pelo Estado.

Isso só confirma a máxima já trazida a lume sobre a correlação entre poder punitivo e os meios de produção.

Os antigos trabalhadores agrícolas que, como resultado do declínio do sistema feudal, foram despejados nas cidades e que não podiam ser absorvidos

---

[50] Entre as mutilações encontrava-se a perda das mãos, dos dedos, extração da língua, olhos, perfuração dos ouvidos e castração.
[51] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. Op. cit. p.39.
[52] O século XVI foi caracterizado pelo modelo econômico mercantilista desenvolvido na Europa, o qual defendia uma grande intervenção do Estado na economia.

pela manufatura com a mesma velocidade com que abandonavam o campo, passaram a perambular pelas ruas como mendigos[53].

Consequentemente, se haviam sido expropriados de suas terras e não conseguindo ser absorvidos pelo sistema da manufatura, outro não poderia ser o resultado: uma massa de mendigos, criminosos, vagabundos premidos, na maioria dos casos, pelas circunstâncias desfavoráveis encontradas nas cidades.

Por essa razão é que, no final do século XV e durante o século XVI, criou-se uma ojeriza social em relação à mendicância.

Consequentemente, na Inglaterra, em 1530, é promulgado um decreto obrigando o registro do vagabundos, introduzindo uma primeira distinção entre aptos e inaptos ao trabalho. Àqueles incapacitados para o trabalho era permitida a mendicância, e, os demais estavam proibidos de receber caridade, sob pena de receberem uma sanção corporal[54].

Enquanto o Estado iniciou uma verdadeira batalha contra a vadiagem e a mendicância, uma vez que eram considerados inimigos do crescimento econômico do país, pois não colaboravam com sua mão de obra; a Igreja Católica respondia à mendicância com caridade[55], através da distribuição de esmolas, alimentos e roupas.

Com efeito, os trabalhadores do antigo sistema feudal foram transformados em vagabundos pela nova prática econômica – o capitalismo mercantilista – e os vagabundos transformados em criminosos pelo Estado, como conseqüência de uma programação criminalizante.

Nesse sentido, leciona PEDRO CORREIA GONÇALVES[56]:

> Verdadeiras hordas de mendigos e de vagabundos grassavam de cidade em cidade, de país em país, ameaçando e pondo em causa a segurança pública. Tentava-se por todos os meios acabar com este problema. Ações periódicas de limpeza eram levadas a cabo: eram expulsos, açoitados, marcados a fogo, desorelhados.

---

[53] GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 85-86.

[54] Os açoites, o desterro e a execução capital foram os principais instrumentos de política social inglesa até meados do século XVI. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica:* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 36.

[55] GONÇALVES, Pedro Correia. Op. cit., p. 86.

[56] GONÇALVES, Pedro Correia. Op. cit., p.85.

No entanto, a partir de meados do século XVI, a Europa conheceu um considerável declínio demográfico ocasionado, principalmente, pelas guerras e pela propagação das pragas que assolavam as cidades, decorrente do grande número de pessoas que viviam aglomeradas em condições insalubres.

A força de trabalho que o Estado podia controlar eram os mendigos, prostitutas, órfãos, viúvas e loucos. Desse modo, coagir os ociosos a realizar obras públicas com salários baixíssimos tinha como objetivo obrigá-los a aceitar salários mais baixos na iniciativa privada. Contudo, era a deterioração das condições de vida que aumentou o número de mendigos nas cidades, o que determinou o incremento de leis para os pobres[57].

Frise-se que as mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas, sim, de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades.

O surgimento de grandes setores urbanos criou uma demanda crescente por certos bens de consumo. A estabilidade da demanda e o crescimento do sistema financeiro europeu levaram a uma constante extensão dos mercados.

Houve a grande circulação de metais preciosos. As colônias importavam metais preciosos com todas as suas consequências econômicas.

Especialmente na Inglaterra e na França, o crescimento demográfico foi abalado pelas guerras religiosas e outros distúrbios internos, permanecendo muito pequeno.

Atenção especial merece o caso da Alemanha, que, após a Guerra dos Trinta Anos[58], teve sua população drasticamente reduzida.

A Europa, por esta razão, enfrentava uma escassez de força de trabalho. KIRCHHEIMER e RUSCHE[59] lecionam que: "[...] *Frequentemente havia uma tamanha falta de mão-de-obra qualificada que algumas empresas foram forçadas a fechar suas portas*."

Escassez de mão de obra e salários altos formavam o cenário Europeu. Todavia, essas condições coexistiam com baixas condições de vida do proletário.

---

[57] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 58.

[58] A Guerra dos Trinta Anos é denominação genérica de uma série de guerras que diversas nações europeias travaram entre si a partir de 1618, especialmente na Alemanha, tendo como motivos questões religiosas, comerciais e territoriais. Em que pese vários serem os motivos desta guerra, o motivo central se deu em razão da rivalidade entre católicos e protestantes.

[59] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio Janeiro: Revan, 2004, p.45.

O fato de uma pobreza local generalizada poder coincidir com escassez de força de trabalho devia-se, em parte, à existência de leis relativas à pobreza, que forçavam os pobres a retornar às suas cidades e vilas mesmo quando não havia a menor possibilidade de encontrar trabalho em casa.

Essas leis tornavam praticamente impossível uma distribuição racional da força de trabalho.

Assim, deterioração, fome, guerras e peste empurraram a mão de obra recentemente treinada de volta aos seus lares de origem.

A falta de constância no fornecimento de mão de obra e a baixa produtividade no trabalho representaram uma grande mudança na posição das classes proprietárias.

Ao mesmo tempo em que a extensão dos mercados e o crescimento da demanda por equipamentos técnicos exigiam mais investimento de capital, o trabalho tornava-se relativamente um bem escasso.

Os capitalistas do período mercantilista[60], podiam obter força de trabalho somente no mercado livre, por meio do pagamento de altos salários e garantindo condições de trabalho favoráveis.

O desaparecimento da reserva de mão de obra representou um duro golpe para a sociedade mercantilista, principalmente, para os proprietários dos meios de produção.

Os trabalhadores tinham o poder de fazer exigências em relação às condições de trabalho, pois conheciam as necessidades enfrentadas pelo mercado. A acumulação de capital era necessária para a expansão do comércio e da manufatura, mas estava sendo obstacularizada pela resistência que as novas condições permitiam.

---

[60] **Mercantilismo**. A partir dos séculos XVI e XVII, o *mercantilismo* passou a ser uma política global dos governos de alguns países europeus, abrangendo vários aspectos da economia, desde o controle da mão-de-obra e a regulamentação da produção e do comércio até o desenvolvimento da marinha mercante. O elemento básico do *mercantilismo* é o reconhecimento pelos governos de que a economia de seus países deve ser um assunto não apenas dos empreendedores privados, mas também do próprio Estado. As *colônias* das potências europeias no "Novo Mundo" desempenham um importante papel, e inúmeros são os conflitos pela posse da terra. Tais conflitos têm como objetivo a consolidação por parte das potências, do monopólio sobre as colônias. "O recurso comum para aumentar nossa riqueza e tesouro é pelo comércio exterior, no qual devemos observar esta regra: vender mais aos estrangeiros do que consumimos de seus artigos". Nessas palavras, Thomas Mun, um dos diretores da Companhia Inglesa das Índias Orientais, fundada em 1600, manifesta uma *política econômica* que ficaria conhecida como *mercantilismo*. O fundamento do sistema carcerário (1555) encontra-se no mercantilismo.

Com efeito, os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital.

As classes dominantes da época usaram todos os meios para superar as condições desfavoráveis do mercado de trabalho. Introduziram-se várias estratégias para resolver o grave problema da falta de força de trabalho, que representava uma ameaça a própria existência da ordem social[61].

A mais importante medida tomada foi relacionada às tentativas de estímulo à taxa de natalidade, para amenizar a falta de trabalhadores através de uma alta taxa de nascimentos. Houve uma grande preocupação com o povoamento das cidades[62].

A falta de gente era um fenômeno que não só atingia o mercado econômico, como também as forças armadas. As pessoas eram forçadas a servir. A escassez tornou-se tão séria que o exército foi reforçado por criminosos.

No entanto, essa medida não representava uma solução imediata ao problema, e tornou, dessa forma, inócua, pois o mercado precisava de uma solução imediata.

A política do período mercantilista revelou um mercado muito favorável aos empregadores, pois foi caracterizada pelo florescimento da indústria. O crescimento constante da indústria requeria a criação de uma grande reserva de força de trabalho.

No entanto, os trabalhadores ofereciam-se com muita hesitação, pois o Governo estava interessado em uma força de trabalho de baixo custo e em promulgar uma legislação que regulamentasse o trabalho nas fábricas[63].

Como consequência, o Estado tabelou salários máximos para conter a alta dos preços da mão de obra, resultante da livre competição do mercado de trabalho[64].

A política salarial era orientada pela máxima de que um país só se tornaria rico se dispusesse de uma grande quantidade de habitantes empobrecidos forçados a trabalhar par sair da pobreza.

---

[61] RUSCHE, Gerog, KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 47.
[62] RUSCHE, Gerog, KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 48.
[63] KIRCHHEIMER, Otto, RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro:Revan, ICC, 2004, p. 53.
[64] KIRCHHEIMER, Otto, RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro:Revan, ICC, 2004, p. 55.

Assim, os baixos salários fizeram com que a população quisesse trabalhar par sair da pobreza.

Merece atenção o fato de que a recusa ao trabalho, característica de meados do século XVI, se deve ao fato de que o trabalhador era obrigado a aceitar qualquer trabalho por salários baixos.

A necessidade e a miséria deveriam existir para que a população, premida pela necessidade, desejasse trabalhar.

Desse modo, as pessoas consideradas como de fácil manipulação pelo Estado eram as que exerciam profissões ilegais, mendigos, prostitutas, viúvas, loucos e órfãos.

É de fácil percepção que essas pessoas representavam a parcela da população que se tornou indesejável a um Estado que visava se tornar rico.

A política pública adotada, portanto, deveria amenizar o momento crítico vivido pela Europa, em que pragas e guerras consumiam trinta ou sessenta por cento da população. Neste viés, a política salarial consistia em manter um nível baixo do preço da mão de obra, os pobres.

Os vagabundos eram forçosamente empregados em obras públicas a baixos salários, com o objetivo principal de empurrá-los para o emprego privado de acordo com a remuneração estabelecida pelo Estado.

Logo, o principal objetivo a ser alcançado era superar a escassez de força de trabalho.

No entanto, durante o século XVI, os problemas relacionados com a força de trabalho e a pobreza sofreram uma grande mudança, pois a deterioração geral das condições de vida obrigou que as cidades estabelecessem novas regras.

Como os salários eram muito baixos e a leis referentes ao trabalho nas fábricas não previam boas condições de trabalho, a população, que vivia já em estado de miséria, não tinha estímulos para o trabalho, o que propagou um dos maiores males do século XVI, a mendicância.

Foram aparecendo vagabundos aptos ao trabalho e, nesta ocasião, a caridade tão estimulada pela Igreja tornou-se incapaz de lidar com a situação.

O trabalho era visto como uma necessidade para aqueles que se encontravam na miséria. Já para os nobres, que viviam do trabalho dos outros, o trabalho era visto como uma calamidade comparável às circunstâncias de um

homem sem posses obrigado a trabalhar. A burguesia tornou-se próspera pela indústria.

Desta maneira, o Estado passou a tratar os mendigos e vagabundos como criminosos[65], como verdadeiros inimigos do Estado[66].

No entanto, havia os "vagabundos" não aptos e os aptos ao trabalho e o ócio dos mendigos representava perda econômica para o país.

As pessoas que perambulavam e mendigavam e se dirigiam às cidades em busca de condições de vida mais favoráveis durante o período mercantilista, nem sempre estavam aptas a se defender da opressão social, exceto em tempos de crise. Se as condições oferecidas pelos empregadores pareciam muito duras, elas preferiam a caridade privada ao trabalho regular.[67]

Nesta época, o pagamento a mendigos ficava abaixo do limite a que os salários podiam chegar. Frequentemente, trabalhadores tornavam-se mendigos quando queriam férias por um longo período.

Em toda a Europa reclamava-se sobre a escassez de mão de obra causada pela mendicância.

A política legislativa[68] tinha como objetivo impedir que os pobres se recusassem a oferecer seu potencial de trabalho, preferindo mendigar a trabalhar por baixos salários.

Por esta razão é que se estabeleceu, na Europa, diversas penalidades para aqueles que praticassem a mendicância, mas que, no entanto, fossem aptos para o trabalho.

---

[65] "Na Inglaterra, o estatuto de 1547 previa que todos os vagabundos que se recusassem a trabalhar ou que fugissem seriam entregues a senhores como escravos por dois anos; reincidentes pela segunda vez seriam sentenciados à escravidão pelo resto da vida, e condenados à morte se reincidissem por uma terceira vez." KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.65.

[66] "Verdadeiras hordas de mendigos e de vagabundos grassavam de cidade em cidade, de país em país, ameaçando e pondo em causa a segurança pública. Tentava-se por todos os meios acabar com este problema. Acções periódicas de limpeza eram levadas a cabo: eram expulsos, açoitados, marcados a fogo, desorelhados." GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade:* Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 85.

[67] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 66.

[68] Um Decreto de Bruxelas, datado de 1599, estabelecia penalidades para mendigos considerados aptos ao trabalho, serviçais domésticos que abandonassem o trabalho e trabalhadores que abandonassem o emprego para se dedicar à mendicância. Um Decreto Francês, datado de 1724 justificava a punição dos mendigos aptos ao trabalho, no fato de que estes privavam as cidades de seu potencial de trabalho, causando, assim, um prejuízo à economia local. Por fim, uma lei da Inglaterra definiu o conceito de vagabundo e mendigo, como sendo aqueles trabalhadores que se recusassem a trabalhar. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 67.

Logo, se a sociedade mercantilista, em plena expansão com o surgimento das indústrias, sofria com falta de mão de obra, ela tinha um problema. Pois, de um lado, havia o mercado econômico em pleno desenvolvimento, e, de outro, falta de força de trabalho. Essa realidade, logicamente, afetaria o desenvolvimento das Nações europeias.

Logo, a baixa densidade demográfica enfrentada pela Europa associada às penas corporais que, na maioria dos casos, tornavam inaptos para o trabalho, faziam com que a Europa vivesse a pior crise populacional.

Dessa maneira, as penas, até então aplicadas, já não mais satisfaziam aos interesses sociais e econômicos europeus.

Portanto, no final do século XVI, adotou-se um método mais humano de repressão à vadiagem, a instituição da Casa de Correção.

Frise-se que a decisão pela mudança dos métodos punitivos não se deu em razão de uma reflexão sobre as penas, com o intuito de humanizá-las.

Em verdade, a Casa de Correção foi uma solução encontrada pelo Estado para usar a seu favor um contingente de potenciais trabalhadores que estavam ao seu dispor.

1.1.3. O surgimento da Casa de Correção.

Conforme já mencionado no item anterior, os vagabundos e mendigos eram duramente punidos pelo Estado. Isso porque, como em todo processo de criminalização, eles foram escolhidos por não atenderem aos interesses da sociedade capitalista mercantilista[69].

Por consequência, eram submetidos a penas corporais como açoites, desterro e execução capital. Contudo, tais punições iam, em sentido diametralmente oposto, às necessidades enfrentadas pelo mercado, pois este necessitava urgentemente de mão de obra, enquanto as penas corporais tornavam os condenados inaptos ao trabalho.

[69] Segundo RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 69. "O segmento visado era constituído por mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões."

Foi neste cenário de conturbação social que alguns membros do clero inglês, alarmados com as proporções alcançadas pela mendicância em Londres, solicitaram ao rei o uso do castelo de "*Bridewell",* para manter sob controle os vagabundos, ladrões e autores de delitos de menor importância[70].

Desse modo, foi na Inglaterra, em 1555, mais precisamente em Londres, que surge a "*Bridewel",* a Casa de Correção, primeira instituição criada com o escopo de limpar as cidades de vagabundos, mendigos e pequenos criminosos[71].

Não obstante, o objetivo central da instituição era reformar os internos por meio do trabalho forçado e da disciplina, além de desencorajar outras pessoas a seguir o caminho da vagabundagem e do ócio.

Nítido, pois, que essa seria a oportunidade perfeita para aproveitar a reserva de mão de obra, até então ociosa, não apenas para absorvê-la às atividades econômicas, mas, sobretudo, para transformá-la de uma tal forma que, futuramente, ela entraria no mercado de trabalho espontaneamente.

O público alvo da Casa de Correção, os selecionados pelo sistema punitivo, eram os mendigos aptos ao trabalho, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões[72]. Essa afirmação corrobora a tese de que o Direito Penal é, e sempre foi, instrumento de controle social.

Nesta época, a recusa ao trabalho parece ter sido o único ato ao qual se atribuía uma verdadeira intenção criminosa.

Vale ressaltar, por oportuno, que o trabalho desenvolvido pelos prisioneiros nas Casas de Correção era, em grande parte, no ramo têxtil, como o exigia a época. Além disso, fazia com que os vagabundos se auto sustentassem, diminuindo, assim, as despesas do Estado com os socialmente indesejáveis.

Pouco tempo depois, as "*houses of correction*" foram instalas por toda a Inglaterra, seguindo o modelo de funcionamento da primeira.

---

[70] Com base na obra de GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 87. "O primeiro estabelecimento prisional daquele tipo foi fundado em Inglaterra, mais propriamente em Londres, e era chamado de "House of Correction". Com efeito, em 1552, o Rei Eduardo VI de Inglaterra doou à cidade de Londres uma propriedade situada em St. Bridget´s Well (expressão posteriormente simplificada para Bridwell, ficando a instituição conhecida como Bridwell, House of Correction) [..]"

[71] SPIERENBURG, Pieter. *The Body and the State*: Early Modern Europe. The Oxford History of the Prision. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 61.

[72] RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 67.

A notícia de que um novo modelo punitivo vinha a solucionar o problema de falta de força de trabalho se espalhou por toda a Europa, sendo seguido por vários países, como Holanda, França, Itália e Alemanha.

No entanto, foi na Holanda da primeira metade do século XVII que tal projeto atingiu seu desenvolvimento máximo, pois, em meados do século XVI, a Holanda possuía o sistema capitalista mais desenvolvido da Europa. Todavia, não dispunha da reserva de força de trabalho que possuía a Inglaterra depois do fechamento dos campos.

A criação desta nova modalidade de punição, baseada na segregação, responde a mais uma exigência do desenvolvimento da sociedade capitalista.

Por oferecer, em um primeiro momento, uma solução para a carência de força de trabalho, o exemplo da casa de correção holandesa foi seguido em toda a Europa, particularmente nos países de língua alemã.

A essência da Casa de Correção construída na Holanda era uma combinação dos princípios adotados nas casas de assistência aos pobres ("*poorhouse"*), nas oficinas de trabalho ("*workhouse"*) e instituições penais até então existentes. Seu principal objetivo era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-os socialmente úteis.

Como a reputação da instituição tornou-se firmemente estabelecida, em razão de aplicar a disciplina aos internos, os cidadãos começaram a internar nelas suas crianças rebeldes e dependentes dispendiosos.

Algumas cidades passaram até a admitir a internação de pobres e necessitados. Esta última categoria ocupou um lugar particularmente importante na França, nos "*Hôpitaux généraux"*, que ainda alimentavam viúvas e órfãos. O primeiro desta categoria foi fundado em Paris em 1656[73].

Logo, a adoção da segregação como método punitivo não só veio de encontro aos interesses do mercado como, também, significou um meio mais humano de punição aos vagabundos e mendigos.

Convém frisar que, na verdade, não houve por parte da Inglaterra e nem dos outros países europeus uma preocupação com a questão humanitária das sanções aplicadas aos mendigos e vagabundos. O que existiu foi a adoção de uma estratégia

[73] RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 70.

econômica do Estado de utilizar a seu favor o grande número de pessoas que se recusavam a se submeter às condições subumanas de trabalho oferecidas.

Vale, aqui, a transcrição de um trecho do artigo publicado por HENRY JACOB[74], que retrata bem essa realidade: veja-se:

> *Por otra parte, el nascimiento de la prisión presenta uma característica interesante que nos debe alertar: La prisión como pena Es reciente. Su origen es econômico-laboral y tiene que ver com el acceso de La burguesia al poder.*

Atrás da proposta de punição havia o interesse de transformar a ociosidade dos mendigos – que só trazia prejuízos financeiros ao Estado- em força de trabalho para gerar riquezas para o próprio Estado.

KIRCHHEIMER e RUSCHE[75] assim lecionam sobre as Casas de Correção:

> A política institucional para as casas de correção neste tipo de sociedade não era o resultado de amor fraterno ou de um senso oficial de obrigação para com os desvalidos. Era, outrossim, parte do desenvolvimento do capitalismo.

Em verdade, as Casas de Correção eram verdadeiras manufaturas, viabilizando a produção de bens a baixos custos, por meio de mão de obra barata.

Assim, é certo afirmar que as Casas de Correção eram extremamente valiosas para a economia nacional como um todo[76]. Seus baixos salários e o treinamento de trabalhadores não qualificados eram fatores importantes no crescimento da produção capitalista mercantilista.

Enfim, verifica-se, que as necessidades econômicas surgidas na Europa de meados do século XVI, contribuíram para incrementar o valor da vida humana e levaram o Estado a fazer um uso pragmático da força de trabalho à sua disposição, contribuindo, desta forma, com a disseminação da prisão como a mais eficaz forma de punição, por ser a que mais atenderia às vicissitudes da sociedade.

---

[74] JACOB, Henry Issa El Khoury. *Penas Alternativas y Ejecución Penal.* Costa Rica: Revista de Ciencias Penales, nº 06, Diciember, 1992, año 1.

[75] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.80.

[76] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.80.

Vale, novamente, a observação de que as penas corporais, até então aplicadas, tornavam os condenados inaptos ao trabalho, o que contrariava os interesses econômicos da sociedade mercantilista.

Com efeito, o surgimento da prisão como pena solucionava o problema imediato de falta de força de trabalho.

Entretanto, as Casas de Correção deixaram para trás seus dias de glória, quando eram limpas e bem administradas.

Depois de espalharem-se por toda a Europa, o sistema decaiu até chegar ao estado deplorável característico do século XVIII.

Cumpre destacar que, por um certo período, o sistema das Casas de Correção funcionou, mas pouco a pouco foi se deteriorando, tendo em vista que o trabalho nas Casas de Correção começou a diminuir e recomeçou-se a punir os vagabundos com o açoite e com o ferro em brasa, preferencialmente no internamento.

No entanto, a raiz dessa progressiva decadência das Casas de Correção deve ser buscada nas grandes transformações ocorridas na segunda metade do século XVIII.

Neste período, houve uma mudança radical no paradigma social. Isso porque a base do sistema penal fundada na necessidade de força de trabalho estava desaparecendo.

Segundo KIRCHHEIMER e RUSCHE[77], as Casas de Correção surgiram em uma situação social, na qual as condições de mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. Porém essa demanda mudou.

A demanda por trabalhadores foi satisfeita, eis que houve uma excepcional aceleração do ritmo do desenvolvimento econômico, o chamado fenômeno da Revolução Industrial. Houve, também, um aumento no crescimento demográfico, concomitantemente à introdução de máquinas e a passagem do sistema manufatureiro para o sistema de fábrica propriamente dito.

A aceleração do capital no campo juntamente com a expulsão da classe camponesa, por meio das leis para o cercamento das terras comunais, contribuiu para levar ao mercado de trabalho uma grande oferta de mão de obra.

---

[77] KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 2004

Com efeito, a abundância da força de trabalho livre era tamanha que o trabalho forçado já não era mais necessário para exercer a função de regulador dos salários externos, o que havia ocorrido na fase mercantilista.

Não havia mais razão para se preocupar com a concorrência que o trabalho no cárcere poderia fazer ao trabalho livre e, por este motivo, os protestos que a classe operária promovia contra ele perderam a força.

Os donos de fábrica não mais precisavam lançar homens. Agora, os trabalhadores tinham que sair à procura de emprego.

Somando a esta realidade, a introdução das máquinas a vapor foi substituindo o trabalho que até então era feito por homens[78]

Logo, a transição do capitalismo mercantilista para o capitalismo industrial foi a principal causas da decadência do modelo adotado pela Casa de Correção.

À esta nova realidade, denominada de Revolução Industrial, agregam-se as péssimas condições da prisão, devido à política deliberada de privação dos prisioneiros e ao rápido crescimento da população carcerária, sem os recursos disponíveis, ficaram ainda mais intoleráveis com a mudança no sistema de trabalho do condenado[79].

Os prisioneiros já não tinham mais como pagar pelo seu sustento nas Casas de Correção, já que o mercado não mais necessitava da força de trabalho dos detentos, uma vez que obtinha a mesma no próprio seio social, contratando trabalhadores livres.

---

[78] O tear doméstico que costumava ocupar distritos inteiros, era incapaz de satisfazer a demanda por fios da indústria têxtil. A introdução de teares mecânicos incrementou a produção por trabalhador empregado num tal grau que tornou possível desenvolver a indústria têxtil de forma a atingir as necessidades de todos os mercados sem depender da fiação manual. A consequência foi que a tecelagem deixou de ser uma das subsidiárias da indústria doméstica com a qual o povo inglês se arranjava para completar os ganhos insuficientes do trabalho do campo. Toda tecelagem era agora feita em fábricas. Mais e mais pessoas foram atiradas fora do trabalho, aumentando o desemprego industrial. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 126.

[79] Juarez Cirino do Santos assim leciona: “A revolução Industrial do capitalismo no século XVIII produz nova inversão na situação do mercado de trabalho, porque a introdução da máquina reduz a necessidade de mão-de-obra e produz o trabalhador abstrato – o assalariado permutável, disponível no mercado, formando um excedente de mão-de-obra em condições de absoluta miserabilidade, mais tarde conhecido como exército industrial de reserva. E a prisão, institucionalizada como principal modalidade punitiva, perde seu caráter intimidante porque as condições de vida na prisão são superiores às do limiar inferior do desemprego e, para ajustar-se às necessidades do mercado, transforma-se em instrumento de terror: a prisão aplica a tortura, inventa o confinamento solitário e castiga com o “trabalho inútil” – em condições de força de trabalho excedente os custos de custódia são superiores ao valor produzido pelo trabalho do preso e, por isso, o trabalho forçado deixa de ser lucrativo”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p 66/67.

Em verdade, a Revolução Industrial estava tornando cada vez mais difícil a obtenção de qualquer ganho real de uma massa de prisioneiros. O desenvolvimento da máquina a vapor acabou com o trabalho manual.

Com as novas condições econômicas, a competição no mercado aberto entre os produtos do trabalho da prisão e os do trabalho livre tornou-se um problema.

As Casas de Correção, no seu apogeu, costumavam incentivar os internos para a grande indústria, pagando-lhes de acordo com seu trabalho. Eram punidos somente se falhassem no desempenho de sua tarefa. Agora, não havia mais lucro em manter prisioneiros.

Por derradeiro, analisando-se a história punitiva, constata-se que a história das instituições segregadoras e da ideologia que as preside é reconstruída a partir da necessidade fundamental de valorização do capital[80].

Inicialmente, a forma originária do cárcere eram as Casas de Correção manufatureiras[81]. Depois, o cárcere foi desvinculando-se desse modelo e atingindo a forma do cárcere moderno[82].

Com as necessidades emergidas no período da Revolução Industrial houve uma mudança na forma de exercer o controle estatal através dos castigos[83]. Buscou-se uma utilidade[84] também com a pena e essa utilidade estaria dada no disciplinamento dos grandes contingentes humanos explorados nas fábricas e privados de qualquer benefício pessoal.

---

[80] A Casa de Correção inglesa foi instituída para alcançar duas finalidades: os presos se sustentariam por meio do trabalho árduo, e o país recuperaria as despesas suportadas mediante a venda dos produtos feitos na prisão sob a supervisão de pessoas de fora. GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 88. Segundo BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003, p. 45. "A forma precursora da prisão moderna está estritamente ligada às casas de correção e ao seu modo de produção. O seu objetivo principal era a exploração racional da força de trabalho e não a produção. Mas a necessidade de sustentar o abastecimento da força de trabalho para o Estado complicava-se com a competição dos empresários privados."

[81] RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 99.

[82] O trabalho nas prisões continuou a existir, mas sem o significado econômico que teve nas Casas de Correção. Introduziu-se um sistema gradual pelo qual a quantidade de trabalho realizado possibilitava a diminuição da duração da condenação. Embora o aspecto reeducativo passasse ao primerio plano, a prática dos tempos modernos não permitiria a implantação de qualquer programa educacional que fosse, realmente, efetivo. Na verdade, o sistema moderno gradual é caracterizado pela disciplina. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003, p. 47-48.

[83] O movimento para a reforma do Direito Penal teve o seu grande momento na segunda metade do século XVIII, em razão da propagação dos ideais de humanização das penas e também pela Revolução Industrial. Vale destacar que as Casas de Correção surgiram em uma situação social na qual as condições de mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. No entanto, a demanda por trabalhadores, característica da metade do século XVI, fora satisfeita. No mais, a introdução de máquinas a vapor propiciou que os donos de fábricas não mais precisassem procurar mão de obra. RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 125-126.

[84] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 202.

O cárcere, como método punitivo, é fruto de uma longa evolução, nela incluídos pensamentos criminológicos que, se aqui mencionados, fariam o presente trabalho demasiadamente extenso e faria com que houvesse um desvio do que, efetivamente, se pretende discutir.

Segundo VERA MALAGUTI[85], as raízes do sistema carcerário se encontram no mercantilismo, mas a sua difusão pelo mundo e a sua elaboração teórica ocorreram no Iluminismo, pois é nesta época que se desenvolve o Direito Penal.

Esse desenvolvimento ocorre, em especial, por meio da obra de Beccaria e de Mostesquieu, em que se questionava o poder ilimitado do Estado e a crueldade das penas corporais.

Com isso, inicia-se na metade do século XVIII, um movimento pela reforma do Direito Penal, de forma a torná-lo mais humano[86].

Dessa forma, o moderno sistema prisional, enquanto penalidade, teve a sua origem no final do século XVIII, principalmente após a Revolução Francesa e com o Código Penal Francês de 1810, quando as penas corporais e a pena de morte foram sendo substituídas pela prisão.

No século XIX, a prisão se converte na pena mais importante de todo o mundo ocidental.

Por tudo o que foi visto até o momento, percebe-se que o surgimento do cárcere acontece no momento em que os meios de produção, na Europa, começam a mudar e que as penalidades até então aplicadas – penas corporais e pena de morte- já não mais satisfaziam aos interesses do mercado.

A função do Direito Penal que, antes era oculta, agora se revela[87].

O Direito Penal é o melhor instrumento encontrado pelo Estado para o exercício do controle social, em que recruta a sua clientela de forma bastante injusta e desigual.

Em cada momento histórico a sociedade precisa se reinventar nas práticas punitivas, mas, de um modo ou de outro, em todas essas épocas, o Direito Penal sempre serviu como instrumento de controle social.

---

[85] BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44.

[86] No século XVIII inicia-se a era denominada de “Humanismo Penitenciário”, fruto de obras e do trabalho de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Benthan. GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade:* Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 95.

[87] Expressão utilizada por BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003, p. 43-48.

Em um determinado contexto histórico, os indesejáveis são os vagabundos, mendigos; em outros, os indesejáveis são os cativos insurgentes e capoeiras, como foi o caso do Brasil na época do Império.

Compreende-se, nesse contexto, o fato de que os métodos punitivos não podem se desvencilhar do modelo econômico adotado pela sociedade, seja ele o feudalismo, capitalismo mercantil ou industrial, dentre outros.

O que neste capítulo se pretendeu demonstrar é que o surgimento da prisão e a sua manutenção como a mais importante das punições está relacionada com os interesses dos estratos mais elevados da sociedade em uma eterna tentativa de eliminar os socialmente indesejáveis.

Vale trazer a lume brevemente, informações importantes sobre o surgimento da primeira Casa de Correção brasileira.

A partir do século XIX, a prisão passa a ser anunciada como a principal forma de punição institucional em nosso país[88]. O sistema de controle disciplinar carcerário no Brasil teve seus contornos traçados no âmago da sociedade escravista brasileira do século XIX, em especial durante o começo da expansão cafeeira.

Muitos eram os focos de tensão e ameaça ao modelo cafeeiro. Capoeiras, soldados mercenários, caixeiros e vadios. Especial destaque merece o terror da capoeira, sendo a mesma considerada o flagelo das autoridades responsáveis pela ordem pública. O castigo aplicado aos presos por envolvimento com a capoeira se notabilizava pela brutalidade[89].

Na medida em que a prisão representava uma importante instância no processo do controle social, é de se esperar que esta tenha sido um reflexo, um instrumento de consolidação das instituições de poder.

Vê-se que a pena de prisão começou a ser defendida nos países europeus, bem como no Brasil imperial, sempre motivada por razões político-econômicas. No primeiro caso, a pena de prisão estava diretamente atrelada ao incremento produtivo e à necessidade de restabelecimento da ordem. No segundo, a pena de prisão era

[88] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 28.
[89] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.39.

defendida como uma resposta às vicissitudes e ameaças sofridas pela ordem escravista.[90]

Pode-se afirmar que o trabalho penitenciário não alcançou efetivamente a finalidade de criar uma utilidade econômica. Isso porque do ponto de vista econômico, o cárcere mal conseguiu ser uma empresa marginal. Como atividade econômica, portanto, a penitenciária nunca foi útil.

A única finalidade realmente alcançada pelo cárcere-fábrica, segundo PAVARINI e MELOSSI[91] foi a de transformar o criminoso em proletário - *mutação antropológica*[92]. O cárcere, quando de sua criação, foi uma máquina de produzir sujeitos para a sociedade industrial.

Desse modo, pode-se afirmar, sem receio algum, que o cárcere está em crise desde o seu surgimento, pois nunca alcançou o desiderato almejado.

Por tudo o que foi aqui apresentado, verifica-se que o arcabouço do poder punitivo é a necessidade econômica de uma sociedade, uma vez que a forma punitiva transformou-se à medida em que a economia se desenvolveu.

Seguindo esse raciocínio, a prisão, como forma punitiva, transformou-se no maior instrumento de controle social utilizado pelo Direito Penal.

---

[90] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.39.

[91] PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 211.

[92] Expressão utilizada por Pavarini e Melossi para indicar a transformação de criminoso em proletário. PAVARINI, Masssimo; MELOSSI, Dario. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 211.

2. A FALÁCIA RESSOCIALIZADORA DO CÁRCERE

"[...] O muro da prisão, física e simbolicamente, separa duas populações distintas: a sociedade livre e a comunidade daqueles que foram, por ela, rejeitados. A altura e espessura da barreira, a presença, no cimo, de soldados armados e metralhadoras, o portão pesado, com pequenas viseiras, cuja abertura exige uma operação complicada por várias medidas de segurança, estão a demonstrar, inequivocamente, que os rejeitados desejam muito pouco contato com os rejeitados. O uniforme destes, o estado de subordinação permanente, as trancas, os conferes, as revistas, lembra-nos, a todo o instante, serem portadores de um estigma, tão aparente e difícil de arrancar quanto o produzido pelo ferrete, na rês.[...]"

Augusto F.G. Thompson *[93]

[93] *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 79.

2.1. Análise Inicial

No capítulo anterior foi analisados: o surgimento do cárcere como sanção, o instituto da reincidência penal e o princípio da co-culpabilidade do Estado na prática de infrações penais.

Toda a análise feita até agora servirá de esteio para o que, nesse momento, se discutirá: a falácia ressocializadora do cárcere e a "suposta" crise enfrentada pelo sistema penitenciário.

Muito se tem escrito acerca da questão da ressocialização por meio da aplicação da pena privativa de liberdade, da seletividade do sistema penal e sobre a forma como as instituições de punição recrutam a sua clientela[94].

Também tem sido alvo de discussões a suposta crise do sistema penitenciário, como se a prisão, desde o seu surgimento como punição, tivesse obtido êxito em seus desideratos.

. Na verdade, essas falácias foram difundidas e defendidas ao longo dos anos com o objetivo de esconder a verdade por trás do surgimento da prisão. Esta não foi construída com o objetivo de ressocializar e, sim, como um método de controle social dos indivíduos socialmente indesejáveis, colocando-os sob a permanente vigilância e disciplina do Estado.

Nas lições de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS,[95] a prisão provoca a alienação da vontade individual para a obtenção de um indivíduo dócil, que não mais ofereça perigo à sociedade capitalista.

A questão penitenciária, portanto, é muito mais complexa do que largamente discutida nos fóruns de debates sobre o tema.

---

[94] A título de exemplo, tem-se CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 79.

[95] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 79.

2.1.1. A Falácia da expressão “crise do sistema prisional”

Quando a sociedade, por meio dos veículos de comunicação de massa, se depara com a expressão crise do sistema prisional, tem a impressão de estar diante de um sistema que funcionou adequadamente no passado, alcançando seus objetivos, mas que, por qualquer razão, perdeu “as rédeas” e passou a estar em crise. Isso porque a palavra crise tem como significado: uma fase difícil ou ponto de transição entre uma época próspera e outra de depressão.

No entanto, ao dirigir-se o olhar para meados do século XVI, época em que a prisão surge pela primeira[96] vez como sanção, deixando, assim, o caráter meramente de custódia,[97] verifica-se que o sistema prisional não está atualmente em crise, uma vez que ele nunca obteve êxito em alcançar os objetivos que eram esperados.

Consoante analisado na primeira parte deste trabalho, a prisão surge em meados do século XVI como uma necessidade de adequação do mercado de trabalho às novas necessidades advindas com o mercantilismo, razão pela qual ADORNO[98] classifica a pena privativa de liberdade como uma instituição de natureza burguesa.

Seguindo esse pensamento, ensina ANITUA[99] que: “Indubitavelmente, a principal instituição de controle escolhida pela classe burguesa foi a prisão.”

No século XVI, com o surgimento do mercantilismo, os métodos punitivos transformaram-se[100] diante da possibilidade de exploração da mão de obra por meio da prisão, pois o crescimento demográfico da segunda metade do século XVI não fora capaz de cobrir as necessidades de força de trabalho dos novos tempos. Além disso, houve o crescimento da mendicância de indivíduos que eram aptos ao trabalho.

---

[96] SPIERENBURG, Pieter. *The Body and the State*: Early Modern Europe. The Oxford History of the Prision. Oxford: Orford University Press, 1998, p. 61.

[97] Durante muitos séculos à prisão foi atribuída a função de custódia. Assim, o cárcere era unicamente o lugar onde o preso aguardava o julgamento ou a execução da pena (corporal ou capital). Ao cárcere seguia-se a pena propriamente dita. GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade.* Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 12.

[98] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 186.

[99] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 217.

[100] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 43.

Por essa razão, neste período, houve, na Europa, uma estigmatização dos mendigos aptos ao trabalho, uma vez que negavam colocar à disposição do Estado a sua mão de obra, prejudicando, assim, o seu crescimento econômico.

Dessa forma, aqueles que eram aptos ao trabalho, mas optavam em mendigar, eram mal vistos pela sociedade e severamente punidos pelo Estado[101].

Esse cenário fez com que o Estado buscasse rapidamente um novo método punitivo, eis que, os até então aplicados - deportação, escravidão nas galés, penas corporais e pena capital- causavam lesões nos corpos dos indivíduos, o que, na maioria das vezes, os tornavam inaptos ao trabalho, agravando ainda mais a crise econômica.

Diante da necessidade de modificação da forma punitiva, surgem as Casas de Correção inglesas, instituições que utilizavam a força de trabalho dos reclusos nas atividades econômicas.

Isso fez com que as Casas de Correção se tornassem de extrema importância para a economia da Inglaterra e, posteriormente, da Europa.

Os reclusos, nesse momento, devidamente adestrados e disciplinados pelo Estado, recebiam baixos salários pelo trabalho que era executado na manufatura, transformando-se em indivíduos úteis à produção capitalista do mercantilismo.

Portanto, a finalidade precípua da prisão era sanar ou, ao menos, diminuir o impacto que a falta de mão de obra causava na economia europeia.

Vale pontuar que a prisão não tinha qualquer preocupação com a ressocialização dos reclusos. A única preocupação era transformá-los em proletários da manufatura; transformá-los de mão de obra ociosa em mão de obra produtiva e, portanto, colaboradora do capitalismo mercantilista.

Com efeito, pode-se afirmar que as raízes do sistema carcerário se encontram no capitalismo mercantilista, mas a sua promoção, como pena por excelência, e sua elaboração teórica ocorreram no Iluminismo.[102]

No entanto, com a mudança na estrutura econômica e política da Europa, que ocasionou a passagem do capitalismo mercantilista para o capitalismo industrial, as Casas de Correção, que já haviam se espalhado pela Europa, passaram a não mais

---

[101] GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 86.

[102] BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*. Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 45.

atingir os interesses do Estado burguês, em razão de não propiciarem o lucro esperado.

Crucial ressaltar que a prisão surgiu no século XVI com as Casas de Correção, como uma estratégia estatal para enfrentar a crise econômica que abateu a Inglaterra. Todavia, a expectativa criada ao redor desse novo método punitivo ficou frustrada, o que faz da prisão um instituto portador da mazela do autofracasso.

No dizer de AUGUSTO THOMPSON,[103] a prisão possui a "sina do autofracasso". Isso porque o Estado tinha como seu desiderato imediato, inicialmente, transformar o criminoso em proletário apto a executar as atividades da manufatura, ante a escassez de mão de obra. Para tanto, utilizou-se da disciplina e do adestramento, transformando esses *homens reclusos* em *homens úteis* ao sistema capitalista da época.

Consequentemente, o Estado almejava transformar o cárcere em fábrica ou em manufatura, valendo-se da utilização da força de trabalho e dos baixos salários pagos aos reclusos.

É crucial reafirmar que o cárcere significou uma verdadeira estratégica de poder, em especial uma estratégia econômica lançada pelo Estado para dirimir as dificuldades enfrentadas à época.

É este o pensamento de HENRY JACOB:[104]

> *Por outra parte, el nascimiento de la prisión presenta uma característica interesante que nos debe alertar: La prisión como pena es reciente. Su origen es econômico-laboral y tiene que ver com el acceso de la burguesia al poder, momento em que todo trabajador era um predador posible; admás es importante recordar que el encierro, entre otros aspectos, fue utilizado para tratar de contener obreros para que trabajaram hata cumprir ciertos objetivos; la noción de encierro penitenciário no tiene um origen de sanción penal sino econômico-social.*

Embora o Estado mercantilista tenha tentado fazer do trabalho dos reclusos um trabalho produtivo com o uso da disciplina e do adestramento, o cárcere jamais conseguiu se transformar em uma empresa, o que permite afirmar que não conseguiu realizar os objetivos traçados pelo Estado.

Nesse sentido, PAVARINI[105] leciona que:

---

[103] THOMPSON, Augusto F.G. A *Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 15.

[104] JACOB, Issa El Khoury Henry. *Penas alternativas y ejecución penal*. Revista de Ciencias Penales, nº06, 2006. Disponível em < WWW.cienciaspenales.org/REVISTA%2006/issa06htm> Acesso em: 15/05/2011.

> A tese desenvolvida previamente, que enfoca a penitenciária como manufatura, como fábrica, pode encerrar um equívoco: o de considerar que a penitenciária tenha sido "realmente" uma célula produtiva, ou melhor, que o trabalho penitenciário tenha "efetivamente" alcançado a finalidade de "criar utilidade econômica.

Continuando, o autor[106] esclarece que, no que tange ao primeiro objetivo, o de transformar os reclusos em proletários, pode-se dizer que o cárcere obteve êxito, porquanto transformou o recluso, violento, agitado e impulsivo em um sujeito disciplinado, mecânico.[107]

Entretanto, o objetivo principal das Casas de Correção era obtenção de lucro pelo Estado, o que ocorreria em razão de o Estado possuir a mão de obra mais barata do mercado: os reclusos, indivíduos adestrados que recebiam baixos salários.

E, conforme demonstrado historicamente, esse objetivo nunca foi alcançado[108].

Com isso, vale dizer que a evolução dos métodos punitivos até a prisão se deu levando-se em conta fatores socioeconômicos, e que o método encontrado pelo Estado – a prisão - só serviu, como serve até hoje, como instituição que coloca os indivíduos sob o controle para que possam ser neutralizados.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS,[109] resumindo a evolução das práticas punitivas, leciona que o sistema penal medieval era um ritual de poder, em que a punição se transformava em um espetáculo cujo protagonista era o criminoso. A pena deveria reproduzir a atrocidade do crime, e a crueldade dos métodos representava uma vitória do soberano sobre o criminoso.

Neste pensar, ADORNO[110] narra que:

---

[105] PAVARINI, Massimo, MELOSSI, Dario. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Trad. Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 211.
[106] *IBIDEM*.
[107] Expressão utilizada por FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir:* Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 246.
[108] PAVARINI, Massimo, MELOSSI, Dario. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Trad. Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 211.
[109] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 68.
[110] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 186.

> O criminoso, em compensação, era torturado até a morte, para incutir na massa da população o respeito pela ordem e pela lei, porque o exemplo da severidade e da crueldade educa os severos e os cruéis para o amor.

Todavia, as transformações econômicas ocorridas com a sociedade feudal, com a sociedade mercantilista e depois com a sociedade industrial, provocaram um abandono à "*liturgia dos castigos*"[111] e à adoção de um método mais humanitário de punição: o cárcere.

Esse, no entanto, não é o pensamento de ROBERTO BERGALI,[112] que afirma que a manutenção do cárcere como pena desmente a reforma humanizadora da pena ocorrida no século XVIII.

Conclui-se, assim, que o cárcere, em meados do século XVI, tinha a nítida função de estratégia econômica, cuja finalidade mediata era transformar o cárcere em manufatura que propiciaria lucro para o Estado. Apesar de haver esse pensamento, conforme já apontado, isso não ocorreu.

Com a destruição do fundamento econômico das Casas de Correção, em virtude das mudanças advindas da Revolução Industrial, o cárcere tornou-se a principal forma de punição no mundo ocidental.[113]

Nesse momento, o encarceramento assumiu várias formas e gradações, de acordo com a gravidade do crime e a posição social do condenado. Isso porque a burguesia inglesa ainda não tinha assimilado a ideia de sacrifício de seus membros em nome da ideologia da justiça e da igualdade.

Desta maneira, pode-se afirmar que as necessidades da burguesia modelaram as funções do direito penal – recrutamento da clientela - e mantiveram as diferenças de classes da legislação penal, o que já vigorava no Direito Penal Medieval.

No mais, vale esclarecer que o aumento do número de condenações, principalmente decorrentes da violação do direito de propriedade, levou a uma superlotação das prisões, ao passo que o Estado reduzia as despesas com o sistema penitenciário.

---

[111] Expressão utilizada por CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 68.

[112] BERGALI, Roberto. *Cárcel y Derechos Humanos*. Revista de Ciencias Penales nº 07, año 05, Julio, 1993, p. 03.

[113] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 146.

A ressocialização, nessa época, estava associada unicamente à submissão incondicional à autoridade[114]. Ou seja, o recluso só era considerado ressocializado e, portanto, apto a retornar para a vida em sociedade, acaso demonstrasse, durante a sua permanência na prisão, total obediência às ordens emanadas pela autoridade prisional. Em outras palavras, se ficasse demonstrado o seu perfeito adestramento.

Retornando à decaída das Casas de Correção, cumpre salientar que, não havendo mais a utilização da mão de obra dos presos, uma vez que a Revolução Industrial colocou fim na utilidade das Casas de Correção, os efeitos dissuasivo-repressivos assumem o primeiro plano quanto à finalidade das penas. O trabalho na prisão converte-se em método de tortura, medo e terror,[115] uma vez que a reclusão deveria ser acompanhada de dor e sofrimento.

Entretanto, ainda no século XVIII, houve uma profunda transformação na pena privativa de liberdade, no que tange a sua função, principalmente em razão das obras de três pensadores da ciência penitenciária: John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham,[116] que defendiam a melhora das condições de vida dos reclusos e a humanização das penas.

Esse suposto método mais humanitário sempre foi marcado pelo fracasso. Neste sentido, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS alerta para o fato de que:[117]

> Dois séculos de fracasso do aparelho penal, indicado pela manutenção da delinqüência, a indução da reincidência e a transformação do infrator ocasional em delinqüente habitual, coexistem com dois séculos de manutenção do projeto fracassado.

---

[114] Na verdade, em meados do século XVI, não se falava sobre ressocialização por meio da prisão, pois o objetivo real desta era utilizar a mão de obra dos condenados em benefício da economia nacional. Neste sentido, ensina RUSCHE, Gerog; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 80. "A política para a pobreza era esporádica e a política criminal tinha um caráter repressivo e imediatista. A política institucional para as casas de correção neste tipo de sociedade não era o resultado de amor fraterno ou de um senso oficial de obrigação para com os desvalidos. Era, outrossim, parte do desenvolvimento do capitalismo.

[115] BATISTA, Malaguti Vera. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ED. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003, p. 46.

[116] GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p.92.

[117] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 81.

Isso porque, em que pese no século XVIII surgir a filosofia de humanização das penas e a preocupação com as melhores condições carcerárias (espaço, higiene, etc.), verifica-se que estas nunca tiveram o condão de fazer da prisão um lugar humanitário, pois as ideias de prisão e humanidade não convivem. São elementos antagônicos.

Mais tarde, no século XIX, na Europa, difundiu-se o isolamento celular, eis que havia a necessidade de manter a disciplina dentro da penitenciária e, consequentemente, a neutralização do recluso.

No final do século XIX, iniciou-se uma mudança de pensamento quanto à pena privativa de liberdade, sendo esta substituída por outras formas punitivas, ao mesmo tempo em que foram reduzidos o tempo de cumprimento e a diminuição da severidade.

No entanto, em que pese essa aparente melhora na execução da pena de prisão, subsistia a velha noção de que o nível de vida nas prisões deveria ser inferior ao mínimo da população livre, para que as pessoas evitassem a prática delituosa.

Obviamente que essa forma de pensar não permitia o êxito da ressocialização, eis que um indivíduo sobrevivendo em condições mínimas não conseguiria voltar ao seu meio social reabilitado.

O século XX também foi marcado pelas péssimas condições de vida nas prisões.

Segundo VERA MALAGUTI,[118] nas formulações teóricas modernas acerca do cárcere, o sistema celular é substituído pela graduação da execução; a disciplina passa a ser mantida por meio de estímulos positivos, como a redução da pena em função do bom comportamento e do trabalho executado na prisão.

Nesse momento, diferentemente do ocorrido no início do século XVIII, o aspecto reeducativo da pena, ou seja, a ressocialização é colocada em primeiro plano de forma expressa pela legislação penal.

Nesta seara, BASILEU GARCIA[119] leciona que, quando da elaboração do referido Código, a única questão que deu margem a um dissídio no Parlamento foi a manutenção ou não da pena de morte no Brasil. Os parlamentares considerados como conservadores desejavam a inclusão da pena capital na legislação brasileira,

---

[118] BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 47.

[119] GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7ª ed., Vol. I, Tomo I, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

pois ela se coadunava com um país escravocrata. No entanto, os parlamentares tidos por liberais desejavam extirpá-la.

Todavia, venceu o argumento dos conservadores e, dessa forma, a pena de morte foi consagrada no Código Imperial de 1830.

Quando da elaboração do Código Penal da República em 1890, a pena de morte foi retirada do texto da lei e instalou-se o regime penitenciário de caráter correcional.[120]

De uma forma ou de outra, verifica-se que, historicamente, repetem-se ou poucos resultados obtidos nos programas de ressocialização.

O que hoje se verifica é que a prisão atualmente em muito se assemelha à contemplada no Direito Penal Medieval.

Pelos argumentos aqui trazidos, pode-se afirmar que o sistema prisional não está em crise, uma vez que nunca operou de forma eficaz produzindo os efeitos almejados, ou seja, o de transformar o cárcere em verdadeira manufatura, gerando imenso lucro ao Estado, ressocializando os indivíduos, tornando-os aptos ao convívio social.

Vale dizer, então, que a pena privativa de liberdade, a ser cumprida nos estabelecimentos prisionais, é um método punitivo que sempre viveu uma crise na sua eficácia.

2.1.2. A falácia ressocializadora do cárcere.

Para iniciar-se a discussão acerca da falácia da ressocialização obtida por meio da aplicação da pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais, deve-se, primeiramente, buscar compreender o sistema social da prisão libertando-se, contudo, dos conceitos e premissas apriorísticos, lançando-se, desta forma, inteiramente dentro do referido sistema.

Não obstante, para que seja possível uma imersão dentro do sistema social da prisão, deve-se, inicialmente, desconstruir a ideia equivocada de que o cárcere representa uma miniatura da sociedade livre. Isso porque o cárcere é, na verdade, um sistema singular, dotado de uma personalidade própria e exclusiva, cujas

[120] BRASIL, Código Penal, 1890, art. 43. Este dispositivo enumerava as penas a serem aplicadas e a pena de morte não estava mais entre elas.

características principais são: o poder e o controle exercidos sobre os corpos dos condenados.

AUGUSTO THOMPSON,[121] ao escrever sobre o tema, leciona que a prisão possui como característica marcante a tentativa de criação e manutenção de um grupamento humano submetido a um regime de controle total, uma vez que as normas que vigoram no cárcere estendem-se a toda a área da vida individual do condenado.

Crucial esclarecer que o poder e o controle exercidos na prisão sobre os corpos dos condenados estão concentrados nas mãos de uma minoria, havendo um grande abismo entre os que mandam e os que obedecem, o que impossibilita qualquer interação entre as partes que coabitam o mesmo espaço físico na prisão.
Por essa razão, o cárcere, ao invés de ser visto como uma miniatura da sociedade livre, deve ser visto como uma miniatura de um sistema totalitário.

Vale ressaltar que esse poder é baseado exclusivamente na força, não havendo qualquer ingerência da vontade do condenado. Afinal de contas, ele está no cárcere para obedecer ordens (disciplina) que, ao final, terão o condão de ressocializá-lo e, portanto, devem ser cegamente obedecidas.

Crucial esclarecer, todavia, que o presente trabalho não tem como objetivo a justificação das condutas delituosas praticadas pelos indivíduos, mas, sim, de desconstruir uma ideia equivocada de que a prisão representa uma cópia reduzida da sociedade livre, em que os condenados agem naturalmente expressando suas opiniões e fazendo apenas aquilo que lhes convém.

Como os condenados não se encontram em uma miniatura da sociedade livre, a ressocialização torna-se mais difícil de ser alcançada.

Também, aqui, não está a se defender a impossibilidade de tal desiderato, pois o homem, por ser um ser com tamanha complexidade, não permite tal afirmação. O que se pretende defender é que o método punitivo escolhido pelo capitalismo mercantilista e que sobrevive até os dias atuais, a saber, a prisão, não favorece a perquirição desse objetivo.

ZAFFARONI[122] relata o sistema social da prisão da seguinte forma:

---

[121] THOMPSON, Augusto F.G. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 51.
[122] ZAFFARONI, Eugênio Rául. *Em busca das penas perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 135.

> O preso ou prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privado de tudo que o adulto faz ou deve fazer usualmente em condições e com as limitações que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais, etc).

Com isso, constata-se que o sistema social da prisão nada tem a ver com o mundo encontrado além dos muros. E essa questão não se resume apenas na existência de muros e grades nas prisões, mas, sim, pelo fato de a prisão ser uma sociedade peculiar e singular dentro da sociedade livre e que com esta não se comunica.

2.1.1.1. O Sistema Social da Prisão

Partindo-se da premissa de que a prisão é uma sociedade peculiar, uma vez que possui regras específicas que não refletem as regras que vigoram na sociedade livre, deve-se indagar em que consiste esse sistema singular, ou seja, o que faz da prisão um lugar tão diferente e distante da realidade social.

Primeiramente, consoante mencionado nos parágrafos anteriores, deve-se partir da concepção de que o cárcere não é uma miniatura da sociedade livre.

Em uma sociedade livre, pertencente a uma Nação que tem como pilar o Estado Democrático de Direito, os homens possuem liberdade de locomoção e liberdade de manifestação do pensamento, podendo expressar e materializar essa vontade.

No cárcere, os condenados, já no instante em que ingressam na prisão, são tolhidos de seus direitos mais básicos, além de carregarem um estigma que os acompanhará por toda a sua vida dentro e fora da prisão.

No que tange ao sistema social da prisão, vale acrescentar que nele vigoram a força e o poder, os quais são exercidos pelos agentes penitenciários contra os corpos dos condenados.

CÉSAR MANZANOS BILBAO,[123] ao tratar do tema que ele denomina de "processo de reeducação dessocializadora" promovido pelo cárcere, estabelece que, inicialmente, o condenado à pena privativa de liberdade se depara com a ruptura brusca com o mundo exterior.

---

[123] BILBAO, Cesar Manzanos. *Cárcel y marginación social.* San Sebastián: Tercera prensa, 1991, p. *108*.

Ao entrar na prisão, o recluso perde imediatamente o contato com o mundo exterior e, consequentemente, perde o contato com as suas sensações e estímulos. O preso é, de pronto, inserido em um mundo pequeno delimitado por muros e grades de cores uniformes.

No momento subsequente, o recluso sofre uma desadaptação social e uma desintegração pessoal, vez que, ao ultrapassar os limites dos muros da prisão, é submetido a alguns rituais de despersonalização ou de neutralização do "eu" e passa a ser visto como mais um dentre os demais presos que lá se encontram.

O fenômeno também é tratado por GOFFMAN,[124] quando menciona o processo de mortificação do "eu" e de reorganização pessoal sofrido pelo recluso. Este se vê em uma situação social diversa da anterior, que, por sua vez, não será a mesma quando sair da prisão. Há o que ele chama de "desculturamento"

O ritual de despersonalização consiste, inicialmente, no corte dos cabelos, no uso de uniforme e no desapossamento de objetos pessoais. Esse ritual faz com que, dificilmente, o preso seja, de imediato, reconhecido se estiver no meio dos demais reclusos.

É como se, nesse momento, o recluso tivesse a sua identidade apagada e substituída por outra, que lhe é conferida pelo seu novo *status* pessoal: o de presidiário.

Esse ritual prossegue com o isolamento do preso, com a perda da intimidade e a contaminação física e moral a que fica sujeito. Inicia-se um contato extremamente íntimo com os demais presos, sendo que esta intimidade não é desejada, mas, sim, imposta pelo sistema social da prisão.

Em um terceiro momento, o recluso passa por uma fase de adaptação ao sistema social da prisão, como mecanismo de defesa pessoal, como um mecanismo de sobrevivência na "nova" sociedade, detentora de normas desconhecidas e tão distantes das até então enfrentadas, quando pertencente à sociedade livre.

Nesse momento, o recluso redefine os seus valores, perdendo alguns que já haviam sido incorporados em sua personalidade e adquirindo novos valores que reflitam o ambiente da prisão.

---

[124] GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos.* Trad. Dante Moreira Leite. 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2001.

Portanto, por uma questão de sobrevivência, deve incorporar-se ao meio social da prisão e até mesmo deve buscar uma identificação com algum grupo dentro da penitenciária.

Esse processo que CESAR BILBAO denominou de "reeducação dessocializadora" também acarreta a desvinculação familiar e o desenraizamento social.

O recluso é totalmente afastado do seu meio familiar e de seu meio profissional e enviado para um ambiente que lhe é totalmente estranho, com regras exclusivas e injustas que são impostas pelo próprio sistema e pelos demais reclusos. Há uma verdadeira neutralização mental e física do recluso.

Por tudo isso PEDRO JOSÉ CABRERA[125] leciona que "[...] a prisão é o dispositivo último que forja definitivamente o processo de construção social da identidade do delinqüente. Passar pela prisão significa ser, para sempre e de forma absoluta, um delinquente."

Dessa forma, o recluso carregará durante toda a sua vida uma carga estigmática social e pessoal oriunda de seu contato direto com o sistema social da prisão.

No que tange ao estigma que é conferido ao preso, vale esclarecer que o primeiro já era de conhecimento dos gregos,[126] que o utilizavam para se referir aos sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinária ou má sobre o *status* moral de quem os apresentava. O estigma, portanto, era relacionado às características físicas do indivíduo.

Os sinais eram feitos por meio de cortes ou fogo nos corpos ou nos rostos e visavam, principalmente, identificar se a pessoa era um escravo, um criminoso ou um traidor, isto é, uma pessoa que deveria ser evitada pela sociedade, em razão de sua periculosidade.

Mais tarde, na Era Cristã, o estigma significava que o indivíduo apresentava sinais corporais de graça divina ou de distúrbio físico.

Na sociedade moderna, o termo é amplamente utilizado de maneira um tanto semelhante ao sentido original, porém mais associado à própria desgraça do que a sua evidência corporal.

---

[125] CABRERA, Pedro José. *Cárcel y exclusión*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 35. Madrid: Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 91.

[126] GOFFMAN, Erving. *Estigma*: Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada. Trad. Mathias Lambert, 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

Insta salientar que o estigma é determinado pela própria sociedade, quando recruta a sua clientela através das leis. E transmite a ideia de que a pessoa portadora do estigma deve ser evitada, sendo, portanto, associado a um atributo depreciativo do caráter do indivíduo.

Modernamente, pode-se detectar duas categorias de estigma, uma social e outra individual ou pessoal.

O estigma social é obtido com a simples condenação formal por meio da sentença condenatória irrecorrível, pois para a sociedade livre o recluso é, e sempre será, em razão da condenação, um delinquente extremamente perigoso.

No que tange ao estigma individual, este não decorre apenas da condenação formal mas, também, do contato direto com o sistema social da prisão.

Logo, com o contato direto com as regras da prisão e a submissão ao "processo de reeducação dessocializador", os presos são privados das coisas mais básicas, tais como: sua cama, um sanitário privativo, alimentação adequada e, em alguns casos, até da luz do sol. São submetidos a horário de despertar e de se recolher, são privados de ter acesso à televisão, telefone celular, etc.

Por tudo isso, afirma-se que a reclusão é, em si mesma, uma exclusão, pois é marcada pelo confinamento, pela ordem interna, pela punição e pela intimidação particular. Trata-se de um sistema severamente limitado pela lei de execuções penais em resposta aos anseios da sociedade.

Outro aspecto singular, que faz da prisão um lugar único e que em nada se compara à sociedade livre, é a promiscuidade do ambiente carcerário seja por parte dos presos, seja por partes dos agentes, o que também faz parte do processo relatado por PEDRO CABRERA.[127]

Todos que vivem o dia a dia do cárcere estão alojados em uma área física comprimida, o que ocasiona uma estreita intimidade entre os presos, onde os hábitos individuais tornam-se de conhecimento de todos.

Segundo THOMPSON:[128] "[...] Não é a solidão que perturba os indivíduos na comunidade carcerária mas, sim, a vida em massa."

---

[127] CABRERA, Pedro José. *Cárcel y exclusión*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 35. Madrid: Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 91.

[128] THOMPSON, Augusto F.G. *A Questão Penitenciária*. Petrópolis: RJ: Vozes, 1976, p. 52.

O cárcere é, sem dúvida alguma, um ambiente deteriorante. No dizer de ROBERTO BERGALI,[129] trata-se de um "ambiente de obscenidades e de corrupção da substância humana".

E mais, relata que a atribuição de uma finalidade de prevenção especial positiva da privação da liberdade, em princípio, germinou no terreno do positivismo criminológico.

Com efeito, o ingresso do indivíduo no cárcere provoca um fenômeno denominado de assimilação[130] ou de prisionalização, que consiste no fato de o indivíduo recém ingresso na prisão se fundir, se misturar com os grupos já formados. Vale mencionar que esses grupos são heterogêneos e de origens diversas, o que faz dessa "união" algo extremamente complexo.

O fenômeno também é tratado por GOFFMAN[131] com a denominação de "desculturamento*."*

Esse processo de assimilação, de desculturamento, é lento e gradativo, mais ou menos inconsciente, que faz com que o preso vá absorvendo a cultura de uma unidade social prisional.

Assim, de uma forma mais ou menos intensa, o preso irá adotar o modo de pensar e os costumes da penitenciária.

Segundo ZAFFARONI,[132] a prisão é uma instituição deteriorante da alma do condenado, pois gera uma patologia, cuja principal característica é a regressão, pois o preso é ferido em sua auto estima, quando perde a sua privacidade, seu espaço e é submetido a situações degradantes.

Ainda sobre o processo ao qual todo recluso é submetido, leciona o autor:"[...] *O efeito da prisão, que se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e*

---

[129] BERGALI, Roberto. "*Cárcel y Derechos Humanos*". Colombia: Revista de Ciencias Penales, nº 07, año 05, Julio, 1993, p. 03.

[130] No fenômeno da assimilação, o preso traja as mesmas roupas dos outros presos; é interrogado e admoestado a todo tempo; aprende as classes e os títulos de autoridade dos diversos funcionários da penitenciária, utiliza das mesmas gírias, o que permite que se identifique com os demais custodiados. Trata-se de uma necessidade, posto que disso vai depender a sua "boa estadia" no cárcere. Irá acostumar-se a comer apressadamente e a obter o alimento através de truques usados pelos que lhe estão próximos. O preso novo transitará dentro dos padrões já estabelecidos e irá adquirir um comportamento sexual diferente e mais promíscuo. Em suma: aceitará os dogmas prisionais. THOMPSON, Augusto F. G. *A Questão Penitenciária. Petrópolis: RJ: Vozes, 1976, p. 53.*

[131] GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos.* Trad. Dante Moreira Leite. 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2001.

[132] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 135.

submerge a pessoa numa "cultura de cadeia", distinta da vida do adulto em liberdade [...]".[133]

Esse resultado deteriorante obtido com o contato direto com a prisão, tem a finalidade de condicionar o preso, de moldá-lo para que se torne um indivíduo não ressocializado, e, assim, neutralizá-lo de forma que não represente mais perigo à sociedade.

Obviamente que o efeito criminógeno produzido pelo cárcere dependerá dos diferentes graus de sensibilidade e maturidade do indivíduo submetido a esse sistema social diferenciado.

Neste sentido, alguns indivíduos irão sofrer um efeito desestruturante que irá direcioná-lo à psicose ou ao suicídio; em um número maior, o indivíduo se deteriorará, assumindo o papel que é esperado do sistema social da prisão.[134]

Resumidamente, esse fenômeno engloba a aceitação de uma condição de inferioridade em relação aos agentes penitenciários e até mesmo em relação a determinados presos: no enquadramento à organização da prisão; na aquisição de novos hábitos, (no modo de comer, vestir-se e, trabalhar); e na adoção de um linguajar local.

A razão de ser desse modo de pensar dos reclusos decorre do fato de que tudo é organizado de sorte a propiciar a nítida e clara sensação de que pertencem à mais baixa camada social.

Tudo o que acontece no cárcere se afasta da vida e dos hábitos da sociedade livre, o que faz da ressocialização uma finalidade distante e dificilmente alcançada.

Nesse sentido, THOMPSON[135] diz: "[...] Provavelmente, de tal sorte sua personalidade desorganiza-se durante o processo de adaptação, que se lhe torna difícil um ajustamento feliz à sociedade livre, quando a ela torna[...]"

Nesse mesmo sentido, ROXIN[136]:

> Não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação da liberdade, possuem ainda mais efeitos dessocializadores.

---

[133] *Ibidem*, p.136.

[134] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 136.

[135] THOMPSON, Augusto F. G. *A Questão Penitenciária. Petrópolis: RJ: Vozes, 1976,* p. 54.

[136] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

O que até agora foi dito fez GOFFMAN,[137] ao falar da prisão, conceituá-la como:

> um lugar de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos , separados do mundo exterior por um período relativamente longo , levam em conjunto uma vida reclusa cujas modalidades são explícita e minuciosamente regulamentadas.

O estilo de vida criado dentro da prisão não anula nem substitui o estilo de vida fora da prisão. Ele atua como uma referência ao condenado. É apenas uma referência, pois a vida entre os muros é bem diferente.

A família, a residência e a verdadeira profissão permanecem isoladas no mundo além dos muros. O encarceramento não possui essas "identidades", o que faz é criar afinidades entre determinados indivíduos ou grupos.

As noções de espaço e tempo também não são as mesmas. Há uma vida paralela e o encarcerado vai, dia a dia, acostumando-se com ela, que não é uma continuidade da vida exterior.

Na verdade, o que há é uma descontinuidade bastante significativa. O indivíduo paralisa sua vida e pretende retomá-la de onde parou assim que sair da prisão.

No entanto, quando retorna à vida, é surpreendido com um mundo totalmente estranho, ao qual não mais pertence, pois adquiriu, no cárcere, novos valores, novos costumes, novos hábitos que não podem ser aplicados na vida além dos muros. Até mesmo a linguagem já não mais parece ser a que é utilizada pelas pessoas livres.

Na prisão o encarcerado não é possuidor, tampouco proprietário, do espaço que ocupa. Apenas o toma "emprestado" por um determinado período. Não há qualquer coisa que o identifique, que sirva de elo entre aquele mundo e o exterior, onde sua verdadeira identidade está situada.

Neste sentido, percebe-se que o recluso adquire uma nova identidade abandonado a anterior na medida em que vai se adaptando à nova realidade imposta pelo cárcere.

---

[137] GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 7ª ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2001, p. 41. Nesta obra Goffman analisa o mundo das instituições totais sejam elas de caráter clínico, prisional ou conventual, as quais criam uma barreira entre o mundo interior e exterior. No interior dessas instituições habitam os seus dirigentes e funcionários e os internos e prisioneiros. Na passagem de uma vida no mundo exterior para uma vida de confinamento espacial e social, o indivíduo passa por processos de modificação, iniciando um processo de mortificação do seu "eu", em razão das novas regras da instituição. O indivíduo é jogado entre a sua personalidade real e a personalidade que para si se produz pelos dirigentes e pela própria sociedade.

RODRIGUÉZ MANZANERA[138] leciona que:

> *a prisão, quando colectiva corrompe; se é celular enlouquece e deteriora; com regime de silêncio dissocia e embrutece; com trabalhos forçados aniquila fisicamente, e, sem trabalho destrói o recluso sob o ponto de vista moral.*

O sistema social apresentado não é existente unicamente nas prisões brasileiras, mas, sim, encontrado em todas as prisões.

MANUELA CUNHA,[139] ao descrever o cotidiano de uma prisão feminina em Portugal, assim relatou:

> *Por outro lado, a situação de reclusão em si mesma é propícia à enfatização do receio de contrair doenças infecto-contagiosas várias, ao implicar a coabitação forçada das internadas, a participação conjunta em todas as actividades quotidianas e a utilização comum das mesmas instalações e utensílios (sem que as reclusas tenham a possibilidade de se furtar a uma e a outra): "É uma inconsciência continuarmos todas juntas quando há aqui pessoas com SIDA, tuberculose, sífilis e hepatite, e é incrível que se misture a louça e se lave a roupa toda junta". Muitas reclusas desconhecem também as vias de transmissão específicas de cada doença e, por isso, todo o contacto directo ou indirecto é visto como susceptível de propagar qualquer uma delas. Uma reclusa, por exemplo, ao aludir às doenças venéreas de outras (que segundo ela nem sequer demonstravam a sensatez de as comunicar ao médico), confessava-me ter receio de ser contaminada ao sentar-se nas cadeiras utilizadas por todas. Uma outra, revendo retrospectivamente os contactos ocorridos com uma colega com quem mantinha uma relação próxima e da qual suspeitava ser soropositiva, inquietava-se acerca das consequências da partilha de um copo, de um cigarro, de um beijo, ou do facto de haver tocado as suas lágrimas. Quando tentava dissuadi-la sobre o risco desses contactos, retorquiu-me que ainda não se conhecia tudo sobre os modos de transmissão do vírus e que, estando presas, contravam-se mais expostas e não dispunham de quaisquer meios de proteção.*

Continuando o seu relatório:

> *É dada às reclusas a possibilidade de tornarem a cela num lugar pessoalizado (acrescentando por exemplo posters, fotografias, flores e vários objectos decorativos ao mobiliário do estabelecimento), mas está longe de reproduzir um espaço próprio: mesmo sem considerar o já mencionado ralo de vigia e a circunstância de a sua*
> *ocupação nem sempre ser individual, não constitui um espaço privado dadas as inspecções minuciosas efectuadas 67 periodicamente pelo pessoal de vigilância como rotina de segurança. As inspecções de rotina realizam-se com uma periodicidade mensal; contudo, a sua frequência*

---

[138] MANZANERA, Luis Rodríguez. *La Crisis Penitenciaria y lãs Substitutivas de La Prisión.* México: Editorial Porrúa, 1998, p. 2.

[139] CUNHA, Manuela. *Malhas que a reclusão tece:* Questões de identidade numa prisão feminina." Lisboa: Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 1994. Disponível em <repositorium.sdum.uminho.pt> Acesso em: 20/04/2010.

pode aumentar se se suspeitar pontualmente da posse de objectos interditos ou furtados, ou por outros motivos alheios às reclusas: por exemplo, estas queixavam-se das revistas constantes às celas por ocasião da entrada de novas guardas, atribuindo o facto às medidas de treino das últimas. É ainda um espaço instável, dada a iminência de transferência de cela por ordem superior (pode acontecer que esta se efectue entre curtos e irregulares intervalos de tempo, sem que as reclusas sejam previamente prevenidas e lhes seja explicada a razão da mudança).

A diminuição da autonomia individual, dadas as restriçöes directas ou indirectas, por imposição alheia, no que respeita a usos, bens e gestos normalmente näo sujeitos a elas no exterior (conferindo-lhes por vezes a dimensäo de privilégios), associa-se também a uma focalização obsessiva em pequenas coisas. Uma reclusa recém chegada dizia-me: "O que mais estranho na prisäo é as pessoas ficarem täo mesquinhas e invejosas. Estão sempre a ver se uma tem isto ou aquilo, o que é que as visitas trazem às outras; estão sempre preocupadas a ver se arranjam um ovo, um cigarro e ficam muito dependentes deste tipo de coisas: do comprimido, da comida, da bica, dos cigarros e de uma série de coisas infantis". Mas à medida que as reclusas integram os detalhes da rotina zelam por

ela de maneira igualmente minuciosa. Qualquer facto susceptível de a alterar gera perturbação e ganha uma importância inusitada, produzindo matéria de

comentário para vários dias: uma nova tarefeira que näo abriu as celas pela ordem habitual; uma outra que por desconhecimento deixa os fechos das celas na posição errada (para cima significa que estão ocupadas, para baixo, desocupadas); outra ainda que introduz uma variante na forma de acordar as reclusas, batendo as palmas;

ou o facto de no seu primeiro dia de trabalho as novas guardas terem dado entrada no pavilhão com vestuário civil. Eventos como estes são suficientes para que muitas reclusas considerem que a chegada destes membros do pessoal de segurança "trouxe uma autêntica barafunda" e que "agora isto é uma grande desorganização". Por outro lado, o anúncio de mudanças na vida prisional é recebido com desconfiança e receio, pondo em risco a segurança que a previsibilidade da rotina parece proporcionar. Quando se ventilou, por exemplo, a eventualidade da reforma próxima da directora do tabelecimento, as reclusas que dela se queixavam frequentemente e advogavam a sua substituição eram as mesmas que agora, confrontadas com a notícia, defendiam a sua permanência, alegando que "pelo menos já a conhecemos e sabemos com o que podemos contar.

Essa situação de horror é encontrada nas penitenciárias brasileiras.

Vale, nesta oportunidade, transcrever um trecho do Relatório de Visitas a Estabelecimentos Prisionais do Estado de Alagoas[140], realizado pelo Ministério da Justiça no ano de 2010 e que nos reporta, sem dúvida, ao Direito Penal Medievo.

Cumpre destacar que há uma ala destinada aos presos que estão em regime de isolamento, cumprindo castigo que lhes foi imposto; para acessar esta ala passa-se por um corredor praticamente sem luz, abarrotado de lixo, que só se podia ver

[140] BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em <mj.gov.br> Acesso em: 10/04/2010.

> *com o "flash" da máquina fotográfica. Nesta ala de isolamento há mais ou menos 12 celas, sendo 06 de cada lado. A ala se encontra em condições extremamente sub-humanas. No corredor central observa-se transbordamento de esgoto, vindo dos vasos sanitários das celas, que se encontravam entupidos. Foi possível observar em uma das celas, fezes saindo por baixo da grade. Por conta destas péssimas condições de higiene, havia um preso com os dedos dos dois pés tomados por fungos.*"

O sistema social da prisão caracterizado pela crueldade e por difundir regras bem distantes da realidade social, tornam a ressocialização um objetivo difícil de ser alcançado.

2.1.1.2. O Conflito entre punição e ressocialização

O sistema social da prisão coexiste com uma grande contradição. Isso porque, de um lado, encontra-se a finalidade de punição e intimidação e, de outro lado, a finalidade de ressocialização.

Neste sentido, PEDRO CORREIA GONÇALVES leciona que: "[...] no meio prisional coexistem e entram em contradição dois princípios dificilmente conciliáveis: o princípio punitivo e o princípio reabilitativo [...]"

O fenômeno é também explicado por PAVARINI,[141] que dispõe que o problema teórico da prisão se expressa na contradição entre a concepção do cárcere como instrumento de reabilitação do preso e com a finalidade de retribuição. A isso ele dá o nome de aspecto antinômico da pena privativa de liberdade.

Para corroborar a afirmação feita, o mencionado autor cita as ideias propagadas por Bentham e Beccaria. Ensina que o primeiro defendia o poder-disciplinar-corretivo da pena, por meio de uma arquitetura que facilitava o pleno controle do preso. Em que pese a defesa do poder disciplinar, Benthan defendia o princípio da legalidade.

Já Beccaria, em que pese exigir a aplicação do princípio da proporcionalidade entre delito e pena, assumindo ser retributivista, defende a extinção da crueldade das penas.

---

[141] PAVARINI, Massimo, MELOSSI, Dario. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Trad. Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 259.

Grosso modo, a pena privativa de liberdade tem como objetivos a retribuição do mal causado pelo delinqüente e a prevenção da prática de novas infrações por meio da intimidação e a ressocialização do delinquente, ou seja, a transformação do criminoso em não criminoso.[142]

No entanto, nem sempre a prisão teve como finalidade a ressocialização do preso.[143] No período que antecedeu o século XIX, o encarceramento tinha como objetivo a retribuição por meio do confinamento.

A ideia de ressocialização foi indiscriminadamente sendo associada à terapia, à cura, à regeneração e outras expressões correlatas. Ora sendo equiparada à finalidade hospitalar da cura, ora sendo comparada à finalidade educacional da escola.

Hodiernamente, no entanto, é considerada como o ponto nodal da execução penal, consoante se depreende do texto do artigo 1º, da Lei nº 7.210/84:

> "Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Nesta direção dispõe o artigo 10, do mesmo diploma legal:

> "Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade."

Em que pese, no entanto, a ressocialização ser considerada a pedra fundamental da execução penal brasileira, as finalidades de punição e intimidação permanecem intocadas.

Dessa forma, ironicamente, a prisão é vista como uma punição e uma espécie de tratamento, sendo considerada como um lugar terapêutico para o condenado, pois, por meio do encarceramento, o criminoso irá ser reabilitado a viver na sociedade livre.

---

[142] Para Augusto Thompson, a pena de prisão possui vários objetivos concomitantes, os quais o autor denomina de metas formais conflitantes. São eles: a punição como retribuição, a prevenção da prática de novas infrações e a regeneração do preso. Essas metas formais deveriam ser vistas como os extremos de uma série contínua. THOMPSON, Augusto F.G. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p 36.

[143] *Ibidem*.

Ao deparar-se com a Lei de Execução Penal[144] verifica-se que o legislador nada falou acerca da punição e da intimidação como finalidades ainda a serem perseguidas com a pena, dando ênfase, tão somente, à ressocialização do preso.

Não obstante, essas finalidades ainda se fazem presentes no Direito Penal moderno, como previsto no artigo 59, *caput,* do Código Penal Brasileiro, quando faz menção à necessidade de reprovação e prevenção do crime.

Assim dispõe o artigo 59, do *Codex* Repressivo:

> "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:"** (grifo nosso).

A aplicação conjunta dos artigos 59, *caput,* do Código Penal e artigo 1º da Lei nº 7.210/84, corrobora a premissa de que a pena, ainda hoje, possui as finalidades de retribuição, prevenção e ressocialização.

Contudo, cumpre observar que a Lei de Execuções Penais, em que pese colocar a finalidade ressocializadora como objetivo a ser perquirido pela pena privativa de liberdade, mascara o real objetivo do cárcere, que é a neutralização dos reclusos.

Dessa forma, em que pese o artigo 1º da Lei nº 7.210/84 fazer menção à ressocialização, na verdade o que se pretende ocultar é a função de neutralização do preso por meio de um intenso controle exercido pelo Estado sobre a vestimenta, sobre a alimentação, sobre a vida íntima, etc.

Percebe-se, desta feita, que, em algum momento haverá um conflito entre as finalidades da pena, e a dúvida que surge é como essa questão será dirimida pelo sistema penal.

Sem dúvida alguma, apesar de a Lei de Execuções Penais dispor,em seu primeiro artigo, que o objetivo primordial é a reinserção do preso à sociedade livre, em havendo conflito entre a finalidade de punição e de ressocialização, haverá a preponderância da primeira em detrimento da última. Isso porque o Direito Penal é e sempre foi instrumento de controle social, e a pena privativa de liberdade vem de

---

[144] BRASIL. Lei nº 7.210/84.

encontro aos postulados do sistema capitalista, servindo como o maior método de exclusão.

AUGUSTO THOMPSON assim soluciona a questão: “[...]Oficialmente, tem prevalência o alvo da recuperação, mas não se autoriza seja obtido à custa do sacrifício dos objetivos punição e intimidação.”[145]

Logo, há um paradoxo nas finalidades da pena de prisão, uma vez que, para punir o criminoso, aplicando-se, assim, a finalidade retributiva da pena, é preciso injuriá-lo. Para reabilitá-lo é preciso melhorá-lo. No entanto, os homens não se tornam melhores por meio da injúria.

Assim, havendo conflito entre as finalidades da pena de prisão, prevalecerão a retributividade e a intimidação em detrimento da ressocialização do condenado.

Não se pode deixar de perceber que punição está ligada a castigo, sofrimento, e que a intimidação está ligada ao terror. Essas condições, psicologicamente, não permitem uma verdadeira melhora do preso.

Com efeito, pode-se concluir que, expressamente, o que se pretende é a ressocialização. No entanto, o objetivo oculto é a neutralização do condenado.

O legislador, ao falar em ressocialização, apresenta para a sociedade a prisão como um símbolo positivo, eis que por meio desta o preso será reinserido no seio social como uma pessoa melhor que não voltará a delinquir.

Para HASSEMER,[146] a necessidade do confinamento do delinquente se deve ao fato de que houve um aumento do sentimento de insegurança, tanto individual como social, o que acarretou a necessidade de a sociedade querer acreditar que com o encarceramento o preso deixará de ser delinquente e voltará ao seio social como um indivíduo regenerado.

A função punitiva e a função terapêutica possuem direções contrapostas, o que faz da ressocialização um objetivo difícil de ser alcançado.

Em primeiro lugar, porque a punição é vista como algo negativo, enquanto a ressocialização é vista como algo positivo.

Segundo, porque a punição está estreitamente ligada a práticas de força, recolhimento e desprezo à vontade do preso. Enquanto isso, a ressocialização

---

[145] THOMPSON, Augusto F.G. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p.37.

[146] HASSEMER, Winfried. *El Destino De los Derechos Del Ciudadano Em Um Derecho Penal Eficaz.* Colombia: Revista de Ciencias Penales, nº 08, año 5, Marzo, 1994, p. 5.

espera que o preso adote uma postura de colaboração com a sua regeneração, valorizando, portanto, a sua vontade.

Em terceiro lugar, porque na finalidade punitiva pressupõe-se a adoção de medidas que imponham sofrimento ao preso, ao passo que a ressocialização espera que as práticas penitenciárias auxiliem na transformação do criminoso em não criminoso.

AUGUSTO THOMPSON[147] apresenta um questionamento acerca das finalidades da pena e como elas são obtidas por meio da pena privativa de liberdade:

> Não seria possível, então, criar uma penitenciária exclusivamente regeneradora, suprimindo nela a ideia de castigo? Como pensamos poder demonstrar adiante, isso é inviável, pois prisão não-punitiva é algo tão contraditório como hospital mental punitivo.

Com isso, vale trazer o fato de que a prisão nunca permitiu que o Estado, no exercício de seu poder punitivo, obtivesse os seus objetivos.

Desde o seu nascedouro a prisão já se mostrou ineficaz. Isso tornou-se mais evidente com a incorporação da finalidade de ressocialização.

2.1.1.3. A ideia de vinculação entre a ressocialização e a implantação de recursos materiais nas penitenciárias

O sistema penitenciário, seja no Brasil, seja em países mais desenvolvidos e mais ricos, é fadado à ineficácia quanto à ressocialização, porquanto, no que tange à punição, ele é perceptivelmente eficaz, sendo verdadeira máquina deteriorante.

Por derradeiro, nesta seara o que se discute são os motivos que tornam essa máquina estatal ineficaz. Buscando ocultar a verdadeira causa do fracasso, que é a própria natureza da prisão, criam-se discursos falaciosos referentes aos recursos materiais que são empregados para o necessário funcionamento deste sistema tão complexo.

O argumento mais atraente é a deficiência de recursos materiais. Isso porque a defesa desta assertiva leva a sociedade a acreditar que a instituição da prisão é

---

[147] THOMPSON, Augusto F.G. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 41- 42.

por si só eficaz. Todavia, a falta de recursos e a falta de interesse estatal fazem com que seu funcionamento fique prejudicado.

Em verdade, essa é a ideia que a sociedade elege como aquela que melhor irá atenuar a sensação de se estar enviando pessoas para uma instituição falida desde o seu surgimento.

Pensar que ela não é o meio mais adequado à obtenção da reinserção do indivíduo na sociedade exige um grande esforço e a assunção de tentar aceitar a adoção de medidas alternativas à pena privativa de liberdade.

Todavia, hodiernamente, em uma sociedade em que os meios de comunicação de massa chamam a atenção a todo tempo sobre a sede por justiça e pelo recrudescimento das sanções, essa reflexão não encontra espaço.

No entanto, o que se deve perceber é o fato de que a prisão é imprestável em si mesma, isto é, imprestável em seus fundamentos e objetivos.

Nas lições de AUGUSTO THOMPSON:[148]

> "[...] reformar criminosos pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos, destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio, grande ou imenso, não vai modificar a verdade da assertiva [...]"

O que se sabe, após análises históricas, é que em nenhum tempo, em países ricos e nos pobres, o sistema penitenciário exibiu um conjunto de recursos que tivesse sido, ao menos, satisfatório.

O fracasso de um sistema penitenciário, quanto ao objetivo ressocialização, seja no Brasil, na Noruega, Canadá, Estados Unidos, é atribuído, em sua maior parte, à deficiência de profissionais de tratamento (médico, professores, educadores e a imperfeita instrução dos carcereiros).

Para finalizar este capítulo, vale trazer a discussão desenvolvida por ROXIN,[149] no que tange ao direito penal do futuro ser mais suave ou mais severo.

Inicialmente, o autor descreve um paradoxo que será enfrentado futuramente: o aumento da criminalidade e a adoção de penas menos severas.

Uma imposição massificada de penas privativas de liberdade não é político-criminalmente desejável, eis que os delitos de pequena e média ofensividade constituem a maior parte dos crimes.

---

[148] THOMPSON, Augusto F.G. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 47.

[149] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

Segundo o autor:[150]

> "[...] não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação da liberdade, possuem ainda mais efeitos dessocializadores."

Portanto, por tudo o que até aqui foi esposado, pode-se concluir que a prisão não é apta a ressocializar, e isso é uma verdade histórica. Conforme já demonstrado no transcorrer deste capítulo, a prisão, nascida na forma de Casas de Correção, não conseguiu alcançar o objetivo de se transformar em uma grande fonte de lucro para o Estado.

[150] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

3. Do Princípio da Coculpabilidade

"[...] Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados com a velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para como os seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis[...]" (Jean-Paul Marat. Plano de Legislação Criminal.)

3.1. Análise Inicial

Neste capítulo será analisado o princípio da coculpabilidade do Estado na prática de infrações penais. Como será demonstrado adiante, esse princípio está intimamente conectado à culpabilidade penal, atuando como causa de redução desta[151].

Cabe frisar, no entanto, que a culpabilidade, como elemento do delito, não será minuciosamente estudada no presente trabalho, eis que este não tem como objetivo a análise de seu elementos e, sim, o estudo do princípio da coculpabilidade.

A culpabilidade como é vista hoje pelo Direito Penal Brasileiro é decorrente de um longo processo de evolução, iniciado por uma concepção psicológica de culpabilidade, a qual centralizava o juízo de responsabilidade na vinculação subjetiva entre o agente e o fato por meio do dolo e da culpa[152]; passou, posteriormente, a uma concepção psicológica-normativa[153], a qual, além de conter os elementos do dolo e da culpa, continha a reprovabilidade; e chegou, por fim, à atual concepção normativa pura de culpabilidade desenvolvida por Welzel por meio da teoria finalista da ação.

Nesse sentido, MUNÕZ CONDE[154] ensina que o conceito de culpabilidade recebeu sua formulação mais acabada e profunda dos principais penalistas do período da República de Weimar, posto que nessa época floresceu a Dogmática jurídico-penal, revitalizada pela influência do neokantismo da Escola sul-ocidental alemã.

A culpabilidade, dessa forma, passa a ser vista como sinônimo de reprovabilidade pessoal, por não ter o autor omitido a ação antijurídica apesar de tê-

---

[151] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 131.

[152] "Ao enunciar o conceito de delito sobre a causalidade, a concepção psicológica segue o mesmo princípio que se desenvolve nas ciências naturais dominantes no século XIX, de buscar nos fenômenos, dos quais o delito é uma subespécie, os próprios elementos de elaboração das leis, que no fundo não seriam criação exclusiva do ser humano e sua tarefa de investigação empírica ou lógica, mas uma forma de descoberta. Os fenômenos estariam todos submetidos a leis naturais e poderiam ser conhecidos e cientificamente equacionados, direcionados ou modificados mediante a utilização adequada dessas leis." TAVARES, Juarez. Culpabilidade: *A Incongruência dos Métodos*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 24, p. 145.

[153] Em 1907, Reinhard Frank destacou que a culpabilidade era mais do que a imputabilidade do dolo e da culpa, já que na valoração jurídica da ação igualmente podiam ser relevantes as circunstâncias concomitantes. A culpabilidade segundo Frank era a reprovabilidade da ação. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: e*studos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Trad. Paulo César Busato. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *p. 19.*

[154] MUÑOZ CONDE, Franciso. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo. e*studos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Trad. Paulo César Busato. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *p. 19.*

la podido omitir. Passa-se, então a uma culpabilidade de reprovabilidade da resolução de vontade.[155] E tem-se, assim, uma concepção normativa pura de culpabilidade.[156]

Em que pese as críticas[157] existentes quanto à concepção normativa de culpabilidade desenvolvida pela teoria finalista, foi com base nela que o Direito Penal Brasileiro se baseou para elaborar seus dispositivos acerca da culpabilidade.

Desse modo, a culpabilidade normativa baseia-se na capacidade de autodeterminação do indivíduo. E foi a partir dessa concepção que se desenvolveu o princípio da coculpabilidade como redutor da culpabilidade, em decorrência de uma menor capacidade de autodeterminação que possuem alguns indivíduos[158].

Esse princípio merece destaque, em razão de sua grande importância para o Direito Penal Brasileiro, uma vez que o Brasil é marcado pela imensa disparidade socioeconômica entre os seus cidadãos.

Vale ressaltar, por oportuno, que à maioria da população não são oferecidas as mesmas oportunidades que são oferecidas a uma minoria, nem mesmo os bens de necessidades mais básicas. A parcela da população que vive à margem da sociedade – porque não usufrui das mesmas oportunidades oferecidas a uma minoria - não pode ser julgada com o mesmo *medidor* dos mais afortunados, sob pena de se estar violando o princípio da isonomia. Isso porque não possui o mesmo âmbito de autodeterminação que possuem aquelas pessoas, às quais foram oferecidas todas as oportunidades. Nesse sentido, lecionam ZAFFARONI E PIERANGELI[159]:

---

[155] WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal:* Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

[156] O primeiro passo para o surgimento do caráter normativo da culpabilidade foi dado por Frank e seguiram-no Beling e Freudenthal. No entanto, é com a teoria finalista da ação que a concepção normativa se desenvolve. WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*: Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

[157] Juarez Tavares leciona que a crítica que sempre se articula contra a teoria finalista do delito, que esvaziara o conteúdo da culpabilidade, é procedente na medida em que percebe o distanciamento da responsabilidade de suas bases objetivas, para conduzir-se por juízos hipotéticos que são, também nas lições de Roxin, indemonstráveis. TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A Incongruência dos Métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 24. São Paulo; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 126-127.

[158] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580.

[159] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.580.

> Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, posto que a sociedade- por melhor que seja organizada- nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em conseqüência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais.

O que é considerado pelos citados autores como uma causa de diminuição da capacidade de autodeterminação é, para WELZEL, uma falha da personalidade, ou um defeito reprovável do caráter – a chamada culpabilidade do autor[160].

Para o mencionado jurista alemão, a culpabilidade pode ter sua raiz na falta de estrutura ou na estrutura defeituosa do extrato da personalidade, como base determinante do injusto penal.

WELZEL exemplifica a teoria apresentada com o caso do delinquente habitual que, segundo o autor[161], "[...] não assimilou suficientemente as normas de conduta social , ou as perdeu novamente por sua conduta defeituosa[...]"

Não obstante esse pensamento, partindo-se da premissa de que as deficiências sociais e econômicas têm o condão de atuarem de forma determinante para a prática delituosa, em razão de reduzirem a capacidade de autodeterminação do indivíduo, a sanção a ser aplicada deve ser reduzida, merecendo, assim, o infrator, uma maior complacência do Estado[162].

Esse âmbito de autodeterminação é verificado, justamente, no momento da análise da culpabilidade, quando já sabido ter o autor praticado um injusto penal.

Sabe-se, grosso modo, que a culpabilidade, à luz da teoria normativa inicialmente desenvolvida por FRANK[163] e incorporada posteriormente por WELZEL,

---

[160] WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal:* Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 106.

[161] *Ibidem.*

[162] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. 5ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 580.

[163] Em oposição ao conceito psicológico de culpabilidade e preocupado com a distância entre a teoria penal e a vida cotidiana, Frank lançou as bases da denominada teoria normativa da culpabilidade, redefinido a culpabilidade como reprovabilidade, introduzindo no conceito de culpa esse elemento normativo, um juízo valorativo que se expressa na fórmula: reprovabilidade pelo ato praticado. A importância de sua obra foi o de ter esclarecido o conceito normativo de culpabilidade, que somente pode ser entendido com base numa relação de contradição entre a vontade da norma e a vontade individual. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: e*studos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Trad. Paulo César Busato. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *p.19.*

em sua teoria finalista[164] da ação, traduz juízo de reprovabilidade ou censurabilidade dirigido ao agente do fato criminoso.

Essa reprovabilidade consiste na aplicação de uma sanção penal pelo Estado – detentor do poder punitivo- ao indivíduo que praticou um injusto penal, quando poderia ter agido de maneira diversa.

É com base nesse conceito de reprovabilidade que se afere a estreita ligação entre as desigualdades socioeconômicas, características do Estado brasileiro, e a capacidade de autodeterminação do indivíduo.

A carência de bens mais vitais ao ser humano é capaz de interferir na capacidade de autodeterminação do indivíduo, atingindo sobremaneira a culpabilidade[165].

Com efeito, a decisão de considerar o princípio da coculpabilidade como redutor da culpabilidade penal, decorre de uma visão de uma Dogmática jurídico-penal comprometida com o postulado da justiça e como instrumento para assegurar a igualdade material entre os cidadãos.

Todavia, nem sempre a dogmática foi vista como um instrumento para assegurar a isonomia. Inicialmente, foi desenvolvida com o objetivo de fixar os requisitos teóricos que limitam o exercício do poder punitivo do Estado, traduzindo, desta forma, segurança jurídica contra o próprio Estado[166].

Tendo a segurança jurídica como sua razão primeira, constata-se que ela sempre foi vista de forma abstrata e conceitual, constituindo um mundo formal das regras jurídicas, distante da realidade social.

Entretanto, a sociedade moderna, com todas as suas complexidades, exige do Direito Penal que alcance sua máxima efetividade. Dessa maneira, a Dogmática teve sua função ampliada, atuando não apenas como instrumento de proteção e

---

[164] Na concepção normativa de culpabilidade desenvolvida com o finalismo, dolo e consciência pertencem ao injusto penal e uma conduta culpável é aquela considerada reprovável , redefinindo culpabilidade como reprovabilidade, alteração que, em última análise, é meramente formal, pois não explica porque o sujeito é culpável, segundo observação de CIRINO, Juarez. *Direito Penal*: Parte Geral, Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2006, p. 280. Apesar de tal crítica, o mérito do conceito normativo de diferenciar a atribuição de culpa da relação subjetiva do indivíduo com o tipo justifica sua adoção pela maioria dos autores, conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2006, p. 276.

[165] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIEREANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580.

[166] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 35. Para ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 367. A função da dogmática consistia simplesmente em impor limites à função político-criminal, ou seja, protegia o indivíduo delinqüente, garantindo que ele só seria castigado sob os pressupostos legais e dentro dos limites legais.

segurança do indivíduo contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado, mas, também, como instrumento para reduzir as desigualdades oriundas de uma sociedade capitalista, naturalmente excludente em sua essência.

O presente trabalho, portanto, utiliza como arcabouço teórico a ideia de que Dogmática jurídico-penal e Política Criminal devem caminhar juntas, *pari passu*[167].

Nesse contexto, o isolamento da Dogmática em torno de si mesma e a dedicação exagerada às elucubrações abstratas, ignorando a realidade social e as particularidades do caso concreto, trazem como consequência um paradoxo: o de que é possível ser dogmaticamente certo aquilo que é errado sob o ângulo da Política Criminal; e vice-versa[168].

CLAUS ROXIN[169] e ROBERTO LYRA FILHO[170] apresentam crítica ao excesso de dogmatismo, em razão de ele acarretar uma distância cada vez mais acentuada entre o Direito Penal e o homem, para quem a norma é direcionada.

MUÑOZ CONDE[171] alerta para o perigo do excesso de Dogmatismo, como ocorreu na Alemanha da República de Weimar, veja-se:

> Mas se de logo se pode acusar globalmente os penalistas alemãs da época da República de Weimar, valorações ideológicas à parte, é de terem sido demasiado conseqüentes com os postulados puramente dogmáticos de que partiam, cultivando a Dogmática jurídico-penal *lárt pour l árt,* afastando-se bastante da realidade política, social e econômica que lhes coube viver, e deixando, de certo modo, com as suas requintadas elucubrações teóricas, a porta aberta à terrível besta do nacional-socialismo, que não quiseram ou não souberam ver como o verdadeiro inimigo da dignidade humana.

No mesmo sentido, RENÉ ARIEL DOTTI[172] leciona que, hoje em dia, o excesso de dogmatismo jurídico deve ser depurado a fim de que se permita a elaboração de uma *Dogmática realista*[173], ajustada às vicissitudes humanas e às condições ditadas pela vida em sociedade.

---

[167] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.
[168] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37.
[169] ROXIN, Claus. *Politica Criminal y Sistema Del Derecho Penal*. Barcelona, 1972, p.18-19. Pode-se considerar como excesso de dogmatismo a como a análise da dogmática desvinculada das questões sociais.
[170] LYRA FILHO, Roberto. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 198, p. 16.
[171] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo:* estudos sobre o direito penal do nacional-socialismo. Trad. Paulo César Busato. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 87- 88.
[172] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal.* Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.35.
[173] Denomina-se Dogmática realista a ciência penal que, partindo de suas normas e de seus institutos, ajusta-os, porém, às exigências da coletividade e ao reconhecimento da condição humana de seus membros. Trata-se da união da Dogmática e a Política Criminal. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal.* Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

Diante desse imperativo, deve-se introduzir no dogmatismo os postulados valorativos do Direito Penal, bem como as necessidades sociais.

Nesse pensar, MUÑOZ CONDE[174] sustenta a possibilidade de conciliação entre a Dogmática jurídico-penal e da crítica ao Direito Penal, erigindo-se, assim, em uma *Dogmática Crítica*[175].

Nesse raciocínio, o citado autor[176] assim ensina:

> Mas, na medida em que esse direito penal positivo respeite uns princípios político-criminais mínimos e se situe no contexto de um Estado democrático, será possível interpretar os preceitos penais relacionados com a culpabilidade com amplitude suficiente para tornar a maior e melhor proteção possível aos valores fundamentais da sociedade compatível com o mínimo custo de repressão e sacrifício da liberdade individual.

Valendo-se, portanto, de uma feição realista e crítica, em que pese o Brasil ter se apoderado das concepções difundidas pela Dogmática Alemã, a Dogmática deve adequar-se a sua realidade marginal, sob pena de comprometimento das estruturas do Estado Democrático de Direito[177].

Retornando-se à análise da culpabilidade, e dispensando a ela a devida atenção, verifica-se que ela tem uma importante função integradora, que consiste em trazer para a análise do fato punível todos os elementos que se referem ao autor do delito, já que no injusto penal se analisa tão somente o ato praticado.

Estabelecendo, assim, um liame entre dogmática realista e culpabilidade, temos que o discurso jurídico sobre a última deve abrir-se para a realidade, pois traz para a análise do fato o indivíduo em toda a sua complexidade, imerso em conflitos internos e externos.

---

[174] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Barcelona, 1975, p.185.

[175] Dogmática Crítica consiste, assim, em um movimento crítico que se baseia na necessidade de reformulação de estruturas e parte do ordenamento que compõem o sistema, sustentando a compatibilidade entre a dogmática e a crítica. Sua missão é a exegese e na ordenação do Direito vigente, colocando, ao mesmo tempo as questões relevantes ainda sem solução ou mal resolvidas. Assim, a Dogmática cumpriria uma função político-criminal. Duas são as vertentes para a investigação: a)jurídica, que se vale de critérios pertencentes ao âmbito do objeto criticado; b) política, apoiada em critérios de ordem social. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal.* Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.35.

[176]MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 131.

[177]. MUÑOZ CONDE, Franciso. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*: estudos sobre direito penal no nacional-socialismo. Trad. Paulo César Busato. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 19.

Com isso, o critério de julgar o homem desvinculado de seus condicionamentos sociais, conforme preconizava o pensamento liberal[178] perde a fundamentação com a adoção, pela Carta Política, de um Estado Democrático.

Nesse sentido, alerta JUAREZ TAVARES[179]:

> Em todos os posicionamentos acerca da culpabilidade, quer no sentido de mera constatação (teoria psicológica), ou de um juízo de valor, ou de mera cognição (teoria normativa), ficou evidenciado o emprego de um mesmíssimo método de investigação, pelo qual se toma o delito e todo o processo de imputação a partir de condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor.

Assim, no momento da análise da culpabilidade, é necessário considerar todas as circunstâncias que efetivamente influíram sobre um sujeito que vive e se constitui em sociedade.

É aí que entra o discurso pela aplicação do princípio da coculpabilidade como redutor da culpabilidade.

No entanto, o Direito Penal Brasileiro ainda não dispensou atenção especial ao tema, seja em razão das dificuldades prático-teóricas relacionadas à delimitação da noção de coculpabilidade, seja pela dificuldade de assunção de um Estado cujo modelo capitalista é criador e propagador das desigualdades sociais e econômicas.

Porém, em que pese a falta de atenção pelo direito pátrio, o princípio da coculpabilidade vem sendo objeto de inquietação da doutrina e dos Tribunais Brasileiros, que ora decidem sobre a sua aplicação no caso concreto, ora ignoram-no, ante à ausência de regulamentação expressa acerca do tema.

Com efeito, a utilização do princípio da coculpabilidade tem sido feita pela doutrina e jurisprudência brasileiras, ainda de forma tímida, em razão, como dito acima, da falta de regulamentação expressa pelo legislador brasileiro.

Diante dessa situação, o autor do fato criminoso acaba por ficar à mercê da discricionariedade do aplicador do direito, o que não mais ocorre em alguns países da América Latina, como Argentina, Bolívia, Colômbia e Peru, e até da Europa, como é o caso de Portugal, que já atribuíram ao princípio da coculpabilidade o *status* de circunstância atenuante da pena.

---

[178] MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*: Parte general. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 354-355.

[179] TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A Incongruência dos Métodos*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 24, p. 154.

Vale destacar que não se deve estimular a utilização indevida do princípio como mecanismo penal substitutivo de políticas sociais, mas, sim, sua aplicação como mecanismo compensatório dos déficits sociais experimentados pela maior parte da população.

Portanto, o que se busca, em verdade, é impedir a utilização do Direito Penal como poderoso instrumento de controle social[180].

HASSEMER[181], ao tratar do tema, assim dispõe:

> A ameaça da pena e a execução da pena não são fenômenos isolados. Elas atuam em um campo com diversos instrumentos e processos, dos quais elas dependem para a sua eficácia, sob cuja influência elas estão e os quais elas mesmas influenciam: instrumentos e processos de "controle sócia.

Continuando, alerta o autor[182]:

> A posição do sistema jurídico-penal situa-se no campo do controle social, o sistema jurídico-penal é uma de suas partes. Ele tem os mesmo elementos estruturais que os outros âmbitos do controle social: norma, sanção, processo.

Portanto, para a correta compreensão do fenômeno, deverão ser analisadas, obrigatoriamente, a exclusão social característica das sociedades capitalistas modernas e as dificuldades enfrentadas pelo Estado do Bem-Estar em cumprir as promessas feitas em suas leis maiores, como é o caso do Brasil.[183]

Consequentemente, também se faz imprescindível a verificação da seleção dos criminalizados pelo direito penal, que são justamente aquelas pessoas que não encontram espaço na sociedade capitalista.

Talvez esta falta de interesse da doutrina e do próprio legislador pátrio se deva ao fato de que, ao mergulhar na seara do princípio da coculpabilidade, estar-se-á reconhecendo a existência de um descaso da política social, econômica e

---

[180] O Direito Penal é, antes de tudo, uma técnica de controle social, conforme BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p.21. A pena, como instrumento mais rigoroso para garantir a existência e continuidade desse sistema, explicita a função real de controle social do Direito Penal, deslocando a função declarada de proteção a direitos fundamentais para um lugar subsidiário e ilusório. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 64.

[181] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.* 2ª ed., Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 413.

[182] *ibidem.* p. 415.

[183] MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal.* Niterói: RJ: Impetus, 2006, p. 63.

criminal adotada pela sociedade moderna; bem como a assunção de que o Direito Penal, ainda hoje, reflete diretamente o pensamento e a ideologia da classe dominante, selecionando e, estigmatizando os socialmente menos abastados, verdadeiros alvos das normas jurídico-penais, fruto de uma política criminal já ultrapassada.

Essa função seletiva do Direito Penal decorre não apenas do funcionamento das agências de repressão criminal, mas também da atividade legiferante[184], voltada à legitimação da persecução dos estratos sociais mais fragilizados da sociedade.

No que tange ao compartilhamento de responsabilidade penal, o princípio adrede parte do pressuposto de que o Estado detém inegável parcela de responsabilidade diante do fenômeno criminal, principalmente quando o delito apresenta como *prima ratio* elementos de natureza social, tendo por fator desencadeador a ausência de condições mínimas que possibilitem a concretização da dignidade humana a cada cidadão.

A coculpabilidade, pois, vem temperar o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito do delito, repartindo-a com o Estado, uma vez que o infrator, notadamente nos casos de delito patrimonial, é apresentado à criminalidade por condições de vida desfavoráveis e pela descrença nas instituições oficiais.

Assim, diante de diferenças sociais e econômicas marcantes e de um direito penal tipicamente seletivo, a omissão estatal potencializa o sentimento de exclusão dos menos favorecidos, o que contribui com a prática delitiva.

Partindo dessa ideia, nada mais condizente com um Direito Penal Efetivo que colocar ao lado do réu a sociedade que o excluiu. Esta é a ideia em que consiste o princípio da coculpabilidade: compartilhar a responsabilidade pelo ilícito penal.

Esse é o pensamento que mais se aproxima de um Estado Democrático, em que o Estado assume papel garantidor dos direitos sociais do cidadão. Isso porque o princípio da coculpabilidade vai de encontro aos postulados constitucionais da igualdade e da individualização da pena, uma vez que tenta minorar, no momento da aplicação da sanção penal, as desigualdades sociais criadas e propagadas pelo próprio Estado; bem como individualiza a pena, no momento em que se preocupa com o grau de determinação do indivíduo diferenciando-lhe dos demais.

---

[184] TAVARES, Juarez. *Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: revista dos Tribunais, 1992, v.0, nº 0, p.75.

Não se pretende com isso, criar um mecanismo para burlar a culpabilidade pela desigualdade socioeconômica. O que se busca, em verdade, é adequar a Dogmática à realidade da sociedade brasileira, caracterizada pela omissão do Estado no desempenho de seus deveres sociais.

De qualquer forma, admitir esse argumento não acarretará sempre uma menor reprovação para aqueles que ocupam posições menos privilegiadas em um determinado contexto social, porque o exame da culpabilidade estará sempre adstrito ao caso concreto.

3.1.1 Abordagem histórico-filosófica. Breve digressão sobre as raízes do princípio da coculpabilidade.

A desigualdade socioeconômica sempre foi tema que aguçou o interesse de sociólogos, filósofos e juristas e continua a ser alvo de discussão e reflexão nas sociedades modernas.

A filosofia, em especial, sempre se mostrou preocupada com a desigualdade social e econômica e sua repercussão na capacidade de autodeterminação do indivíduo.

Por essa razão é que se atribui a Jean-Paul Marat, filósofo da Revolução Francesa, a paternidade do princípio da coculpabilidade do Estado na prática de infrações penais pelos seus cidadãos[185].

No entanto, já se pode detectar nos pensamentos de Rousseau, Locke e Hume o surgimento de um embrião desse princípio.

3.1.1.1. Rousseau e sua análise sobre a desigualdade humana.

ROSSEAU[186] desenvolveu uma concepção da natureza humana representada pela famosa ideia de que “o homem nasce bom, a sociedade que o

[185] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580.
[186] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 10.

corrompe"[187], defendendo ser possível a formulação de um ideal de sociedade em que os homens seriam livres e iguais, ideal esse que serviu de inspiração à formulação dos ideais da Revolução Francesa.

ROUSSEAU[188] tratou da origem da desigualdade em sua obra "*Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*", concebendo que a desigualdade humana surgiu a partir do momento em que o homem percebeu que precisaria se socorrer no outro homem, nas seguintes palavras:

> desde o instante que um homem teve a necessidade do socorro de outro; desde que perceberam que era útil a um só ter provisões para dois, a igualdade desapareceu, a propriedade se introduziu, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que foi preciso regar com o suor dos homens, e nos quais, em breve, se viram germinar a escravidão e a miséria, a crescer com as colheitas. (grifo nosso)

Descreveu, também, nessa mesma obra, a existência de duas espécies de desigualdades: uma denominada de natural ou física, que consiste na diferença das idades, saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito dos homens e outra, denominada desigualdade moral ou política, fomentada pelo próprio homem no corpo social. Consiste essa última nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros; como ser mais rico, mais honrado, mais poderoso do que os outros, ou mesmo como serem obedecidos por eles.

A propriedade, em especial, não escapou às suas críticas. Resumindo o seu discurso sobre a desigualdade, assim afirmou[189]:

> Essa distinção determina suficientemente o que se deve pensar, nesse sentido, da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei de natureza, de qualquer maneira que a definamos, que uma criança mande em um velho, que um imbecil conduza um homem sábio, ou que um punhado de pessoas nade no supérfluo, enquanto à multidão esfomeada falta o necessário

Continuando sobre o tema da desigualdade, alguns anos mais tarde, em sua obra "Do contrato Social", ROUSEEAU deu ênfase à desigualdade política ou moral,

---

[187] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 10.
[188] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 68.
[189] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos entre os Homens.* São Paulo: Martin Claret, 2006, pág. 88.

que, como dito, é aquela imposta e de certa forma tolerada pela própria sociedade. O autor alude que:

> de fato, as leis são sempre úteis aos que possuem, e danosas aos que nada têm, donde se deduz que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e quando nenhum deles tem demais.[190]

Desse modo, já no século XVIII, Rousseau constatou que a desigualdade socioeconômica ocorre porque o Estado capitalista não tem como oferecer a todos as mesmas oportunidades.

Com efeito, verifica-se a importância da contribuição dos ideais defendidos e difundidos por Rousseau na construção do que se denominaria, séculos mais tarde, de princípio da coculpabilidade do Estado na prática de delitos, uma vez que a base desse se encontra nas desigualdades que, de certa forma, sempre foram criadas e propagadas pelo próprio Estado.

3.1.1.2. O empirismo de John Locke e o ceticismo de Hume

A importância do estudo destes filósofos consiste no fato de que, em síntese, eles consideravam que todo conhecimento procede da experiência e que não há ideias inatas ou prévias ao ser humano sobre categorias ou princípios morais.

Segundo o empirismo[191], a mente do homem está em branco até o momento em que ele começa a entrar em contato com os dados sensíveis do mundo. São esses dados que levam o homem à reflexão sobre as coisas.

Dessa maneira, com base nesses ideais, não é precipitado concluir que o homem que vive na pobreza e que apenas conhece as misérias da sociedade, terá conhecimento sobre o que experimenta diariamente. Logo, só conhecerá aquilo que a pobreza lhe permite conhecer.

---

[190] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 10.
[191] MARCONDES, Danilo; JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 84.

Na verdade, o lema do empirismo decorre do pensamento aristotélico de que o conhecimento decorre da experiência, daquilo que o homem apreende pelos sentidos.

Assim, há uma valorização da experiência humana, da realidade concreta.

Com efeito, entende-se que o conhecimento resulta da maneira como os homens elaboram os dados da sensibilidade que chegam em razão da experiência.

Dessa maneira, para LOCKE[192], todo conhecimento resultaria de uma base empírica, de percepções ou impressões sensíveis sobre a realidade.

Como ele, HUME[193] também sustentava que o homem não podia ter nenhuma representação na mente independente da experiência, ou seja, das impressões sensíveis colhidas do mundo.

Para ele, o "eu" nada mais é, portanto, que um reflexo das percepções que o homem tem em um determinado momento e que varia conforme as percepções variem. Sustentava que tudo que o homem tem é, mais uma vez, força do hábito, do costume, da memória.

Portanto, também aqui percebe-se a importância dos apontamentos feitos por Locke e Hume, que, somados aos realizados por Rousseau, serão a base para a construção do princípio da coculpabilidade.

3.1.1.3. Jean-Paul Marat, o precursor da teoria da coculpabilidade.

Em que pese Locke, Hume e Rousseau terem contribuído de forma significativa com seus pensamentos para a construção do que hoje se denomina de princípio da coculpabilidade, uma vez que se debruçaram sobre a desigualdade socioeconômica e sobre a contribuição da experiência no atuar humano, deve-se a Jean-Paul Marat, revolucionário da Revolução Francesa, a elaboração do pensamento de um Estado corresponsável na prática de infrações penais, em razão da omissão dos deveres sociais que lhe foram impostos pelo *contrato social*[194].

---

[192] LOCKE, John. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. 5ª ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991, Livro II.

[193] HUME, David. *Ensaio Filosófico sobre o Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. Seção II. Disponível em: <www.cfh.ufsc.br/~wfil/ensaio/pdf> Acesso em: 22/06/2010.

[194] Jean-Paul Marat, em sua obra Plano de Legislação Criminal, admite a tese contratualista do surgimento do Estado, como não poderia ser de outro modo em seu tempo, afirmando que os homens se reuniram em

A correta compreensão do fenômeno depende, necessariamente, do entendimento sobre o momento histórico no qual encontrava-se Marat, que tfavoreceu o desabrochar das ideias de igualdade defendidas pelo filósofo revolucionário.

No século XVIII, o desenvolvimento da sociedade burguesa esbarrava nos entraves remanescentes de um mundo feudal, amparado por um modelo de Estado absolutista que se mostrava cada vez mais avesso à dinâmica do capitalismo nascente.

O Antigo Regime passou a ser alvo de críticas. À época, crescia um movimento[195] que ressaltava a capacidade racional humana e a necessidade de superação da visão política tradicional baseada em um Estado autoritário dotado de um poder punitivo ilimitado.

A França do Antigo Regime era representada, maciçamente, por camponeses miseráveis que suportavam, juntamente com os demais integrantes do Terceiro Estado[196], os encargos tributários, cujo montante era destinado à manutenção da vida luxuosa do Primeiro e Segundo Estados.[197]

Nessa época, iniciou-se a transição do feudalismo para o capitalismo, que se deu em meio a um clima conturbado pré-revolução francesa.

Como não poderia deixar de ser, o Direito Penal não escapou às críticas que surgiram nessa época, especialmente no que se refere à extrema crueldade das penas que recaíam sobre os corpos dos condenados e contra a tirania do Estado.

É nesse contexto político e econômico que aflora a denominada Escola Clássica do Direito Penal, que pregava um Direito Penal mais humanitário, o que ia em sentido diametralmente oposto ao pensamento jurídico-penal medieval[198].

---

sociedade para garantirem seus direitos, mas que a primitiva igualdade sociedade foi rompida através da violência que exerceram uns sobre os outros, submetendo uns aos outros, despojando-os da parte que lhes correspondia. Elaborou crítica ao Estado capitalista, indagando que, ao longo das gerações, a falta de qualquer freio ao aumento das fortunas permitiu que um pequeno número de famílias acumulasse riqueza, enquanto uma enorme massa foi caindo na miséria. Era a grande crítica ao contrato social. MARAT, Jean-Paul. *Plano de* Legislação Criminal. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74.

[195] Esse movimento, denominado Iluminismo ou Ilustração, foi o momento em que a burguesia empreendeu claramente sua luta contra os poderes tradicionais da nobreza e do clero e em que também enfrentou, em parte, o próprio absolutismo monárquico. ANITUA, Gabriel Ignacio*. Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 125.

[196] O Terceiro Estado francês era composto pela burguesia, camponeses, artesãos, aprendizes e proletariado.

[197] O Primeiro Estado era composto pelo Clero, enquanto o Segundo Estado era composto pela população palaciana, uma camada provincial e a nobreza togada.

[198] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 160.

Tal situação política serviu de palco para o desabrochar de vários filósofos, dentre eles, talvez, o de maior repercussão, em razão da importância de sua obra, tenha sido BECCARIA[199].

Considerado adepto ao penalismo contratualista[200], lançou as bases do direito penal contemporâneo, apresentando crítica à legislação penal europeia que tinha como característica a extrema crueldade. Esse foi o momento em que as ideias ilustradas atingiram o campo da legislação penal.

Quase vinte anos mais tarde, quando, então, as ideias iluministas se firmavam no panorama europeu de revolta e de grande desenvolvimento intelectual, MARAT[201] desenvolveu sua teoria, cuja base encontrava-se na deslegitimação da ordem jurídica burguesa, organizada sobre o direito de propriedade, que é desigual, em sua essência.

As teses de Marat eram parecidas com dos teóricos da época, só que seu sistema denunciava a falácia das construções iluministas, uma vez que era um contrassenso defender a retributividade da pena em uma sociedade sem justiça distributiva.

Admitindo, desta feita, a tese contratualista[202] alertava para o fato de que cada indivíduo abrira mão de parcela de sua liberdade em prol de uma sociedade mais pacífica, comprometendo-se, assim, a respeitar as normas instituídas.

Por outro lado, o Estado se comprometera a garantir os direitos sociais de seus cidadãos. No entanto, o Estado que deveria ser garantidor dos direitos dos cidadãos não cumpria seu dever.

---

[199] Cesare Bonesana marquês de Beccaria, era representante da escola italiana do Iluminismo e discípulo fiel de Montesquieu e Rosseau. Em seu tratado “Dos Delitos e das Penas”, consegue transpor para o âmbito do direito penal todo o conteúdo da filosofia contratualista da época, criticando severamente o sistema legal e judicial, então ricos em crueldades, violências e mazelas. BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas*.

[200] Ideologia que se desenvolveu em toda a Europa, não somente no século XVIII, como também ao longo de boa parte do século XIX, segundo ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.258.

[201] MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 75.

[202] Segundo ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 257/258, o contratualismo dava argumentos para três posições políticas bem diferenciadas: despotismo ilustrado, revolução capitalista e revolução total. Kant oferecia argumentos úteis ao despotismo ilustrado, diga-se aos setores da nobreza que pretendiam reduzir seus poderes ante a ameaça dos capitalistas e das massas, mas negando a eles o direito à resistência. Feuerbach, por sua parte, parece proporcionar melhores argumentos aos capitalistas incipientes, pois reconhece a eles os seus direitos anteriores e independentes do Estado e seu direito à resistência, ao mesmo tempo em que lhes proporciona uma teoria da pena como coerção, ou seja, desvinculada do talião, frente à ameaça do descontrole das massas. Marat, por último, parece oferecer os argumentos àqueles que pretendem desconhecer o direito de todos, e reconhecer como único direito o de acesso das massas ao poder em plano de absoluta igualdade humana.

Há uma violação do contrato, quando o Estado abandona uma parcela da sociedade, fazendo que ela retorne ao estado de natureza e recobre pela força os direitos que somente alienaram para obter vantagens maiores, difundindo um direito de resistência[203].

SALO DE CARVALHO[204] caracteriza os pensamentos de Marat como "uma versão revolucionária do contratualismo", eis que é Marat quem inclui novos e renovados direitos à teoria contratualista, projetando o garantismo contemporâneo representado pela ideia de um Estado com intervenção mínima na esfera penal e intervenção máxima na esfera social; bem como considera que Marat avança no pensamento ilustrado, superando o contratualismo clássico de Beccaria, Verri e Feuerbach, antecipando, inclusive, a crítica da Criminologia Radical dos anos setenta.

MARAT discutia, principalmente, a garantia do indivíduo contra os poderes do Estado. Para garantir igualdade numa sociedade cujos bens da vida são desigualmente distribuídos, seria imperativo ao Estado uma atitude comissiva na prestação de serviços para a redução dessas desigualdades[205].

A distribuição desproporcional dos bens pelo Estado, dicotomizando a estrutura social entre ricos e miseráveis, representaria uma violação das obrigações originárias. Logo, o dever de respeitar as leis seria inexequível, devido à violação do *pacta sunt servanda* pela inadimplência do poder púbico na esfera social.

Nesse pensar, Marat entendia que, em razão do contrato social (passagem do estado de natureza para o estado civil), a sociedade representada pelo Estado deveria assegurar os meios necessários de sobrevivência dos cidadãos. Se não o faz, instiga-os a serem criminosos. Admite, assim, uma lícita violação da lei.

Logo, Marat irrompeu a estrutura do pensamento liberal contratualista, incluindo como direitos fundamentais os direitos sociais.

Este era o cenário encontrado por Marat: uma França de desigualdades socioeconômicas, violência e miserável; palco perfeito para o questionamento sobre o papel social do Estado.

---

[203] MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74.

[204] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pág. 47.

[205] MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 75.

Foi durante o período revolucionário que antecedeu a Revolução Francesa que Jean-Paul Marat escreveu a sua Obra “Plano de Legislação Criminal” para um concurso aberto na Suiça, em 1790, que não agradou a banca examinadora[206].

Preocupado com a tutela da liberdade individual contra os abusos do poder, criou os princípios da publicidade, pessoalidade e culpabilidade, diferenciando-se das obras tradicionais sobre a justiça penal da época, que privilegiavam a estrutura processual em detrimento da material.

Nessa obra, Marat formulou uma crítica revolucionária à estrutura social da época, afirmando que aqueles que são explorados, que nada possuem e que só obtêm os males da sociedade não estão obrigados a respeitar as leis.

Marat afirmou que, na sua época, as leis só eram úteis para aqueles que tinham algo a conservar, mas eram tirânicas para quem nada tinha.

Suas ideias gravitam em torno dos fatores socioeconômicos, destacando que, em uma sociedade capitalista, parte dos homens se enriquece sempre às expensas de outra, que é abandonada pelo Estado.

Nesse pensar, MARAT concluiu que:

> então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar as leis? Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino.[207]

Em que pese esse entendimento, MARAT[208] não negava a ideia de que a manutenção do Estado só era possível diante da existência de uma ordem social imposta por coação pelo próprio Estado.

No entanto, Marat argumentava que ao Estado só era possível exigir o cumprimento das leis, impondo, assim, a ordem social, desde que cumprisse com o seu papel de assegurador das garantias individuais de seus súditos.

Segundo esse pensar, a sociedade deve assegurar a subsistência, a proteção de seus cidadãos, já que eles não podem renunciar aos seus direitos

---

[206] MARAT, Jean-Paul. Plano de Legislação Criminal. Trad. Carmensita ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 21.

[207] MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo São Paulo: Quartier Latin, 2008, pag. 75.

[208] MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 72.

naturais. Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis.

Nesse pensar, Marat justificava a conduta daquele que infringia as leis como único meio de sobrevivência. Para ele, o homem que rouba para viver, se não podia fazer outra coisa, não faz senão exercer seus direitos, e aquele que o castiga é um assassino, ainda que o faça em nome de um Estado que não garante seus direitos. Direitos esses que, portanto, deveriam ser garantidos pela sociedade.

Nesse viés, se os homens são abandonados pelo Estado, voltam ao estado de natureza,[209] podendo assim agir contra todos em busca de sua sobrevivência.

Dessa maneira, o grande mérito da obra do revolucionário francês consiste na ideia da não legitimação do poder punitivo da sociedade de seu tempo, podendo tal crítica ser perfeitamente trazida para a sociedade atual, que, como será visto nos próximos tópicos, pode ser considerada como uma sociedade excludente, porque não cumpridora dos seus deveres junto aos seus cidadãos.

As ideias revolucionárias desenvolvidas por Marat não ficaram restritas à França revolucionária. Foram propagadas, posteriormente, sendo levadas à prática por outros revolucionários como Graco Babeuf[210], Gabriel Bonnot[211] e Antoine de Servan[212], e incorporadas por juristas da atualidade, como Juarez Cirino dos Santos[213] e Zaffaroni[214], que deram nova roupagem às ideias, sendo hoje comumente conhecidas como princípio da coculpabilidade.

3.2. A construção do conceito de coculpabilidade.

---

[209] John Locke, em sua obra "Segundo Tratado sobre o Governo", trata do estado de natureza destacando que "Para compreendermos corretamente o poder político e ligá-lo à sua origem, devemos levar em conta o estado natural em que os homens se encontram, sendo este um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência , dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem."

[210] Líder da Conjuração dos Iguais, movimento político, cujo objetivo era continuar a revolução e garantir a coletivização das terras para se conseguir a "igualdade perfeita" e o "bem comum". Autor do "Manifesto dos Iguais", considerada a primeira declaração política de caráter socialista. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias* dos pensamentos criminológicos. Trad. Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 167.

[211] O maior representante do pensamento crítico exclusivamente jurídico do século XVIII francês. Considerado precursor do Socialismo. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos.* Trad. Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 168.

[212] Outro penalista ilustrado francês, Antoine de Servan considerado o mais conceituado na França por seus dotes técnicos no século XVIII. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 169.

[213] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006, p. 570.

[214] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580.

Inicialmente, em que pese a importância para a época da teoria desenvolvida pelo positivismo bioantropológico de Cesare Lombroso[215], cuja ideia baseava-se na análise da fisionomia humana para explicar a delinquência, encontra-se ela ultrapassada[216].

O pensamento penal contemporâneo, preocupado com sua efetividade, trabalha com a ideia da influência dos aspectos sociais e econômicos no comportamento humano[217].

Essa realidade, como se vê, já havia sido detectada por filósofos do século XVII. No entanto, a importância dos aspectos socioeconômicos veio sendo construída lentamente ao longo da história juntamente com teorias acerca da responsabilidade do Estado na prática de infrações penais por seus cidadãos.

Analisando-se a evolução das teorias criminológicas, pode-se vislumbrar uma pequena chama embrionária no positivismo de Ferri.

Em que pese ter dado continuidade às ideias propagadas por Lombroso, FERRI[218] subordinava a tarefa criminológica não apenas na questão bioantropológica, mas, também, na sociologia, eis que lecionava que as ações humanas, justas ou injustas, eram atribuídas ao organismo fisiopsíquico e à atmosfera física e social que o envolve.

No entanto, foi na criminologia positivista francesa, do final do século XIX, que houve, realmente, uma maior atenção ao aspecto social como fator influenciador do delito.

Para essa escola positivista, seria o meio, e não a herança, a verdadeira causa do homem delinquente. O fundador dessa escola foi o médico Alexandre Lacassagne, que difundiu a ideia de que o objeto de estudo deveria recair sobre o meio social, pois é nele que se cultiva a delinquência.

---

[215] Cesare Lombroso (1836-1909) foi o médico alienista considerado o fundador da criminologia, a partir de seu livro "O Homem delinquente", publicado em 1876. Lombroso, ao estudar o fenômeno da delinquência, desviou o objeto do estudo do delito para o delinquente, ou seja, seu estudo recaía sobre a anatomia, a fisiologia e a psiquiatria. Concluindo que o delinqüente tinha, em razão de suas características físicas e mentais, uma predisposição para delinquir. Logo, atribuía à natureza do homem a prática dos delitos.

[216] ANITUA. Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 539. Neste sentido, ensina o autor "Por outro lado, porém, o discurso dos direitos humanos se converteria, igualmente nesse período, no principal corretor do positivismo. Tratava-se, com efeito, de equilibrar a noção de periculosidade com a idéia dos direitos humanos."

[217] Esse pensamento é representado pelas idéias de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito.* Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 130.

[218] FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. A. Soto y Hernández. 2 t. Madri: Góngora, 1907.

Voltando para o atual momento histórico, verifica-se que o homem, no seu atuar, utiliza-se do conhecimento obtido por meio da experiência e, diga-se, só pode conhecer aquilo que a sociedade lhe permite conhecer.

Uma sociedade, por melhor organizada que seja, nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades, conforme já externado por ZAFFARONI e PIERANGELI[219].

Em consequência, há indivíduos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais e econômicas.

Logo, se apenas lhe é permitido conhecer a pobreza e a miséria, obviamente, o seu conhecimento estará restringido apenas a essa realidade.

Deste modo, comparando esse indivíduo que só conhece as mazelas da sociedade a outro bem-afortunado, emergirão entre eles grandes diferenças no modo de pensar, de agir e de responder aos anseios sociais.

Certamente, esse indivíduo miserável e, portanto, estigmatizado pela própria sociedade não conseguirá, na maioria das vezes, elaborar o mesmo juízo de valor daquele que foi contemplado pela sociedade com oportunidades.

Por essa razão, na medida em que o Direito Penal busca a sua máxima efetividade, por meio da justiça de seus comandos, não será possível impor esses fatores sociais desfavoráveis ao indivíduo e sobrecarregá-lo com eles no momento da reprovação pela prática delituosa.

A esse raciocínio deve ser atribuída a consequência de o Estado receber parcela da responsabilidade pela prática de delitos, já que não cumpriu com o seu dever de assegurar aos seus cidadãos os seus mínimos direitos; dever esse assumido no momento do surgimento do contrato social, segundo os contratualistas[220].

Nesse caso, haveria uma crise de legitimidade do poder punitivo estatal, já que, nos casos comprovados de abandono, o Estado não poderia impor a punição de forma total, ignorando os fatores sociais e econômicos que intervieram na formação do indivíduo.

---

[219] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580.

[220] MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74-75. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 29. HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 127.

Com base nessa linha de raciocínio, formulou-se a teoria da coculpabilidade, desenvolvida, certamente, pelo direito penal socialista[221].

Vale destacar que, embora seja um conceito muito anterior, o Direito Penal dos países socialistas, especialmente da República Democrática Alemã, como veremos mais adiante, reivindicou sua paternidade[222].

Isso porque o Direito Penal socialista busca não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, propondo uma análise do direito como produto das condições econômicas de um país.

Assim, visto por esse ângulo, justifica-se a opinião dos países socialistas acerca da paternidade da teoria da coculpabilidade.

A ideia de coculpabilidade se coaduna com os princípios de um Estado Democrático de Direito, no qual se reconhecem direitos fundamentais e também direitos sociais, criando para o indivíduo o direito a uma prestação positiva do Estado[223]. Desse modo, deve haver um compartilhamento de responsabilidade entre o violador da lei e a própria sociedade excludente.

Nesse sentido, leciona JOCK YOUNG[224] que um contrato social de uma sociedade moderna deve contemplar a cidadania, mas não apenas quanto aos direitos legais e políticos, mas também aos direitos sociais, tais como emprego, renda, educação, saúde, educação, lazer.

Continuando o autor assim afirma[225]

> *A dialética da exclusão* está em curso, uma ampliação do desvio que acentua progressivamente a marginalidade, num processo pírrico que envolve tanto a sociedade mais ampla como, crucialmente, seus próprios atores, os quais, na melhor hipótese, se metem na armadilha de uma série de emprego sem nenhuma perspectiva, ou, na pior, de uma subclasse de ociosidade e desespero.

---

[221] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580. CUMIZ, Juan Andrés. *Um derecho penal igualitário*: La culpabilidad por La vulnerabilidad, um Estado sujeito a los derechos humanos. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/derechoigualitario.htm.> Acesso em: 12/05/2010.

[222] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito penal Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 105. O autor esclarece que o princípio da coculpabilidade já se encontrava previsto no artigo 5º, inciso 1, do Código Penal da república Democrática da Alemanha.

[223] Robert Alexy, em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", tratou do tema: direito a prestações positivas e negativas em face do Estado. Essas últimas consistem na proteção da esfera de liberdade do indivíduo contra as intervenções do Estado, sendo, assim, direito a uma abstenção do Estado, enquanto as prestações positivas seriam os direitos a ações estatais que visem assegurar os direitos ditos como sociais, como os direitos à assistência social, saúde, moradia e ao trabalho. O direito a prestações positivas são direitos do indivíduo a algo que, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse oferta suficiente no mercado, poderia ser obtido também de particulares.

[224] YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 19.

[225] *Ibidem*, p. 31.

Nesse mesmo pensamento ensina JUAREZ TAVARES,[226] que, ao criticar as teorias acerca da culpabilidade dispõe que em um Estado Democrático de Direito em que há a proteção de um pluralismo político, deve-se ter um Estado que garanta e incremente as liberdades individuais, observando as características diversificadas de cada um de seus cidadãos, bem como observe a realização integral das potencialidades do homem e sua concreta execução dentro de uma política de integração e participação.

Continuando, escreve o autor que:

> Não é suficiente a uma verdadeira democracia que se limite a conceder participação política a todos , nem que se lhes assegure, na qualidade de cidadãos, a capacidade de deliberar acerca da produção legislativa. É indispensável que se estenda a garantia no sentido de eliminar de todo o processo democrático todas as formas de discriminação pessoal, principalmente através da inclusão dos desajustes e da exclusão da violência institucionalizada." [227]

Esse pensamento difundiu-se, principalmente, nos países onde há, inegavelmente, uma disparidade social e econômica entre os seus integrantes, em que, enquanto há pessoas muito favorecidas, há outras sem o mínimo para a sobrevivência.

Vale destacar que, a partir do momento em que o Estado assume o papel de um Estado social, deve arcar com o ônus em caso de violação da promessa feita aos seus cidadãos.

Nesse sentido, inclinou-se o constituinte originário brasileiro de 1988[228].

A Constituição atribuiu ao Estado brasileiro o *status* de Estado Social, já que previu compromissos sociais a serem cumpridos pelo Estado, como se vê, a título de exemplo, nos artigos 6º, 193, 201, 203 e 205.

Dessa forma, o Estado brasileiro, na Constituição de 1988, não só assumiu a obrigação a uma prestação negativa (pois deve se abster de violar os direitos

---

[226] TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A Incongruência dos Métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 24, p. 151.

[227] TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A Incongruência dos Métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 24, p *151.*

[228] A Constituição Brasileira de 1988 adotou o *status* de Estado Social prevendo em seus artigos vários dispositivos, cuja finalidade é assegurar os direitos sociais dos cidadãos. Como exemplo tem-se os artigos 6º, 193, 201, 203 e 205. Isso se deve ao fato de que a Constituição de 1988 sofreu forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, sendo considerada democrática e liberal. LENZA. Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

fundamentais do homem), como também assumiu a obrigação a uma prestação positiva, pois se comprometeu a assegurar os direitos sociais dos indivíduos.

A positivação dos direitos sociais implica a constituição dos Estados sociais de direito concebidos como Estados intervencionistas no campo econômico e social.[229]

Não obstante o compromisso assumido na Constituição, o Estado tem deixado à margem a maioria de seus membros, que não tem acesso sequer ao mínimo existencial.

Nesse momento, trazendo as ideias defendidas por Locke e Hume, constata-se que o homem é fruto também do meio social no qual vive e de onde retira seus conhecimentos por meio da experiência.

Desse modo, admitindo a influência que o meio social exerce sobre a formação da personalidade humana e; considerando que, por diversas razões, a sociedade não oferece a alguns as condições de desenvolvimento pessoal pleno, deve parcela da reprovabilidade da conduta desses sujeitos ser atribuída à própria sociedade, por meio da atenuação da sanção penal aplicada pelo Estado.

Pode-se, inclusive, verificar uma interseção entre teoria de Direito Penal com o direito administrativo.

É sabido que o Estado responde civilmente por danos causados aos seus cidadãos, mesmo que pela prática de atos lícitos. Isso decorre do fato de que, da mesma forma, como a todos decorrem os bônus, deve-se partilhar também os ônus[230].

Assim, se o Estado, por meio de um decreto editado em total consonância com a lei e, portanto, lícito, pratica um ato administrativo que vem a prejudicar um indivíduo, em razão do princípio da solidariedade, a sociedade, representada pelo Estado, deverá arcar com o prejuízo e indenizar o lesado.

Tendo em vista o brocardo "*onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito*", assim o é também no Direito Penal. Se o Estado, pela política pública adotada, acaba por beneficiar uns em detrimento de muitos, deve arcar com a parcela de sua responsabilidade.

---

[229] FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.22.

[230] CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed.(7ª reimpressão da 10ª ed.) Tomo II. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1235.

Logo, se os fatores sociais e econômicos forem determinantes na prática do ilícito penal, terão direito à redução da pena, compartilhando a culpabilidade com a sociedade.

Nilo Batista,[231] ao tratar do tema, ensina que:

> trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.

O fenômeno atual da sociedade excludente foi bem observado por JOCK YOUNG,[232] que lecionou que "a transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente."

Tendo como objeto de análise a sociedade brasileira, percebe-se claramente esse fenômeno, que, de fato, não é novo, pois existe desde o surgimento das primeiras sociedades, quando já se verificavam as desigualdades e a exclusão de certos grupos.

A questão é que, atualmente, em uma sociedade capitalista de consumo desenfreado aumentou-se a distância entre os grupos sociais, tornando-se mais evidente, portanto, as desigualdades.

Em que pese essa verdade, não podemos criar a falácia de que a delinquência só tem sua origem nas classes subalternas.

O que ocorre é que em determinados delitos verifica-se que a subcondição econômica é fator determinante para a prática do delito.

Tem-se a notícia frequente da crise enfrentada pela saúde, pela educação. Ironia, pois o Brasil é considerado um Estado social, conforme alude Constituição brasileira em vários dispositivos.

O direito constitucional à igualdade não pode ser visto sob o prisma meramente de igualdade formal – em que se limita a dizer que todos são iguais

---

[231] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito penal Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 105.
[232] YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p 23.

perante a lei. O Estado não pode esgotar sua função em preconizar a igualdade formal.

Uma sociedade sob um Estado Democrático de Direito deve garantir a igualdade anunciada. Logo, o conceito de igualdade material está atrelado ao conceito de coculpabilidade.

Contudo, para se defender a incidência da coculpabilidade, é necessário aceitar que a exclusão social decorrente da omissão estatal é, de fato, capaz de alterar negativa e significativamente a relação do indivíduo com o crime e a sociedade.

Logo, não se pode negar que a atual sociedade proporciona as desigualdades e, portanto, deve arcar com a parcela de sua responsabilidade, quando da prática de delitos.

3.3. Direito Estrangeiro

Consoante já esclarecido nos parágrafos antecedentes, o Código Penal pátrio não consagrou expressamente, em sua parte geral, o princípio da coculpabilidade como causa de atenuação da pena, como o fizeram outros ordenamentos jurídicos.

Sem embargo, a doutrina e a jurisprudência vêm aceitando o princípio ora mencionado, utilizando-se do dispositivo genérico previsto no artigo 66 do Código Penal, que dispõe:

> “Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

Essa ausência de previsão expressa acarreta o fato de que nem todos os aplicadores do direito reconhecem, no momento da aplicação da pena, a parcela da responsabilidade que cabe à sociedade e, consequentemente ao Estado, na prática de delitos por pessoas que possuem um menor grau de autodeterminação, em razão dos fatores sociais e econômicos.

O Brasil, infelizmente, vem adotando tal princípio de forma tímida, estando longe de vários países que há muito já têm em suas legislações a previsão expressa da coculpabilidade como circunstância atenuante da pena.

Segundo NILO BATISTA,[233] o primeiro país a adotar a tese da coculpabilidade em sua legislação foi a República Democrática da Alemanha, de 1968, ao dispor, em seu artigo 5º, I, o seguinte:

> "uma ação é cometida de forma reprovável quando seu autor, não obstante as possibilidades de uma conduta socialmente adaptada que lhe tenham sido oferecidas, realiza, por atos irresponsáveis, os elementos legalmente constitutivos de um delito ou de um crime."[234]

Seguindo essa tendência, vários países da América Latina adotaram o princípio em suas legislações.

Países como a Argentina, Bolívia, Colômbia e Peru já adotam expressamente em seus Códigos Penais o princípio da coculpabilidade como causa atenuante da pena, e, na Europa, tem-se o Código Penal Português.

Vale, aqui, a transcrição dos referidos diplomas legais:

O Código Penal da Colômbia, Lei nº 599/2000 passou a trazer no artigo 56, a seguinte redação:

> "[...] el que realice la conducta punible bajo La influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorância o pobreza extremas, em cuanto hayan influído directamente em la ejecución de la conduta punible y no tengan La entidad suficiente para excluri La responsabilidad, incurrirá em pena no mayor de La mitad del máximo, ni menor de la sexta parte dle mínimo de La señalada en la respectiva disposición."

O Código Penal da Argentina, assim dispõe em seu artigo 41, 2:

> Art. 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá em cuenta:
> 2- La edad, La educación, las costumbres y La conducta precedente, del sujeito, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinqüir, especialmente la miséria o La dificultad de ganarse el sustento próprio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado em el hecho, las reincidências em que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias del tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez

[233] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito penal Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 105.
[234] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito penal Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 105.

> deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeito, de la victima y de lãs circunstancias del hecho em la medida requerida para cada caso.[235]

O Código Penal da Bolívia assim dispõe, em seu artigo 40:

> Art, 40 – (ATENUANTES GENERALES). Podrá también atenuarse la pena:
> 1. Cuando el autor há obrado por um motivo honorable, o impulsado por la miseria, o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos, o bajo la impresión de uma amenaza grave, o por el ascendiente de uma persona a la que deba obediência o de la cual dependa.[236]

O Código Penal Peruano, Decreto Legislativo nº 635/91, embora não considere expressamente as condições sociais como causa atenuante da pena, dispõe que o juiz, no momento da fixação da pena, deve considerá-las. Assim dispõe em seu artigo 45,1:

> "Artículo 45 – Pressupuestos para fundamentar y determinar la pena:
> El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener em cuenta:
> 1-Las carências sociales que hubiere sufrido el agente;"[237]

Na Europa, o Código Penal Português, assim dispõe:

> Art. 77. Determinação da medida da pena.
> 1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.
> 2. Na determinação concreta da pena o Tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, nomeadamente:
> a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas conseqüências, bem como o graus de violação dos deveres impostos ao agente;

---

[235] O trecho correspondente na tradução é: "Art. 41. Os efeitos do artigo anterior, se levará em conta:
2. A idade, a instrução, os costumes e a conduta anterior do sujeito, os motivos que o levaram a delinqüir, especialmente a miséria e a dificuldade de manter seu sustento e de seus filhos, a participação no crime, a reincidência nos atos antecedente e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução que demonstrem uma maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direito do sujeito, da vítima e das circunstâncias do crime no caso concreto. '

[236] O trecho correspondente na tradução é: "Art. 40. (Atenuantes). Poderão atenuar a pena:
Quando o autor ter agido por motivo de honra, ou movido pela miséria, ou sob de padecimento moral, ou em razão de uma ameaça grave, ou pela ascensão de uma pessoa que deva obediência ou de qual dependa."

[237] O trecho correspondente na tradução é: "Artigo 45. Pressupostos para fundamentar e determinar a pena:
O juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, deverá levar em conta:
1 – As carências sociais que tiverem influenciado o agente."

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) **As condições pessoais do agente e sua situação econômica**;

e) A conduta anterior ao fato e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as conseqüências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

Em suma, esses são alguns exemplos de países que já há muito preveem em suas legislações o princípio da coculpabilidade que, quando não como atenuante, deve ser analisado obrigatoriamente no momento da aplicação da pena.

Com efeito, seguramente é possível afirmar que o reconhecimento de parcela de responsabilidade do Estado na prática de delitos pelas pessoas por ele abandonadas e esquecidas, já é uma realidade, embora ainda não o seja no Brasil.

3.4. Do acolhimento pelo ordenamento jurídico pátrio.

Como se observou, o problema da falta de previsão expressa pelo legislador do princípio da coculpabilidade no Código Penal acarreta que, em muitos julgados, o referido princípio não é de aceitação e aplicação obrigatória.

O artigo 66 do Código Penal é por muitos ignorado, no que toca à coculpabilidade, como se fosse letra morta, pois que não há a incidência da causa atenuante inominada.

No campo doutrinário, PIERANGELI[238] sustenta que a coculpabilidade encontra cabimento no artigo 66 do Código Penal Brasileiro.

No entanto, o maior problema da não aplicação da atenuante inominada contida no artigo 66 do Código Penal é a violação do princípio da isonomia.

Nítido, pois, que não há justiça e, portanto, não há que se falar em um Direito Penal efetivo, na decisão que confere o mesmo grau de reprovação a pessoas cujas realidades sociais e econômicas sejam tão díspares.

---

[238] PIERANGELI, José Henrique. *Desafio dogmático de culpabilidade*. Revista Justitia, São Paulo, 61 (185/188), jan/dez 1999, p. 47.

Vê-se o caso de uma pessoa que teve acesso a boas escolas, que tem boa residência, acesso à saúde e, outra, que mora à margem, que sequer teve a escolaridade mínima e que vive em verdadeira situação de miséria, estando à margem da economia e do mercado de trabalho.

Certamente, o conhecimento advindo da experiência é totalmente diferente.

ZAFFARONI[239] apresentou críticas feitas à teoria da coculpabilidade, entendendo ser ela insuficiente, por representar, em princípio, o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; por habilitar mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode acarretar num direito penal classista de dois tempos; seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual essa tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo.

No entanto, em que pese a crítica apresentada de que o princípio da co-culpabilidade é insuficiente, a verdade é que ele poderá minorar os efeitos das desigualdades sociais existentes.

Assim, a positivação do princípio da coculpabilidade no Código Penal brasileiro é uma necessidade para que se possa alcançar um Direito Penal efetivo.

Não obstante ao que foi dito, não se pode deixar de mencionar alguns dispositivos legais previstos em leis penais extravagantes que, de alguma forma, adotam o princípio da coculpabilidade, como é o caso do artigo 10 da Lei nº 8.137/90; vejamos:

> Art. 10. Caso o juiz, considerando o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta Lei, poderá diminuí-la até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

Nesse sentido também dispõe o artigo 14, I, da Lei nº 9605/98, *in verbis:*

> Art. 14. São Circunstâncias que atenuam a pena:
> I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

Dessa forma, em que pese o Código Penal brasileiro, em sua parte geral, não ter acolhido expressamente o princípio da coculpabilidade como circunstância atenuante da pena, os dispositivos legais acima citados permitem dizer que o

[239] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. Revista Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro: Revan, ICC, nº. 14, 2004, p. 31.

ordenamento jurídico pátrio reconhece a parcela de responsabilidade do Estado na prática de infrações.

Contudo, em razão desses dispositivos encontrarem-se apenas nas legislações extravagantes, somente serão aplicados às infrações ambientais e às infrações contra a ordem tributária.

3.5. Da coculpabilidade às avessas.

Questão interessante e que não pode deixar de ser mencionada é a previsibilidade da denominada coculpabilidade invertida ou às avessas, lecionada por GRÉGORE MOURA.[240]

Para o citado autor, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu essa teoria como fator de maior reprovação da conduta, vez que pune mais severamente aqueles que possuem melhores condições socioeconômicas e culturais. Apresentando essas características o indivíduo faz jus a uma maior reprovação social.[241]

Como exemplos, o autor cita o artigo 76, IV, "a", da Lei nº 8078/90 e o artigo 4º, § 2º, da Lei nº 1521/51. Veja-se a redação dos dispositivos:

> Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:
> I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;
> II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo;
> III – dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;
> IV – quando cometidos:
> a) Por servidor público, **ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima** (grifo nosso).
>
> Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:
> § 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura:
> I – ser cometido em época de grave crise econômica;
> II – ocasionar grave dano individual;
> III- dissimular-se a natureza usurária do contrato;
> IV – quando cometido:

[240] MOURA, Grégore. Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal*. Niterói: Rj: Impetus, 2006, p. 46.
[241] MOURA, Grégore. Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal*. Niterói: Rj: Impetus, 2006, p. 46.

> a)Por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; **por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima.** (grifo nosso).

De tudo o que foi apontado no presente capítulo, conclui-se que, no Brasil, o princípio da coculpabilidade é aplicado, ainda, de forma tímida, seja porque não há interesse do legislador em adotá-la expressamente como atenuante inominada, seja porque a própria doutrina ainda não despertou interesse sobre o tema.

A verdade sobre essas omissões doutrinárias e legislativas encontra-se no fato de que, ao acolher a referida teoria expressamente no Código Penal, haveria o reconhecimento por parte do Estado de sua ineficiência para cumprir os mandamentos por ele próprio criados quando na forma de Estado Social.

Não apenas isso, mas no reconhecimento de que o Direito Penal posto é utilizado como fator de exclusão social, em razão dos escolhidos do sistema penal, fruto de uma política criminal ultrapassada e baseada no interesse da classe dominante.

A solução mais adequada seria a inclusão, pelo legislador, da teoria da coculpabilidade no rol das circunstâncias atenuantes contidas no artigo 65 do Código Penal Brasileiro, a exemplo de outros países da América Latina e da Europa.

4. A Reincidência Penal

[...] “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. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis[...]”.(Zaffaroni- Em busca das penas perdidas, p. 60.)

4.1. REINCIDÊNCIA

No capítulo precedente foi analisado como as diversas mudanças políticas e econômicas ocorridas no decorrer da história da humanidade contribuíram para incrementar o valor da vida humana e levaram o Estado a fazer uso, de forma pragmática, da força de trabalho à sua disposição.

O surgimento da prisão - forma especificamente burguesa de punição, na passagem do capitalismo[242] - decorre, justamente, das mutações econômicas vivenciadas pela sociedade, o que, por sua vez, acarreta o surgimento de novas necessidades, como a busca do Estado em encontrar uma nova forma punitiva que satisfaça, prontamente, a necessidade de um controle social[243] sobre os "socialmente indesejáveis".

Também foi analisado que a prisão, desde seu surgimento como sanção propriamente dita, foi fadada ao insucesso, pois não alcançou seu verdadeiro desiderato[244]de transformar a prisão em uma grande máquina lucrativa estatal. E é em razão desta verificação que será iniciado o estudo da reincidência penal, verdadeiro objeto de análise do presente trabalho.

Antes, porém, cabe ressaltar que o controle da criminalidade e, portanto, da reincidência penal[245], constitui tema que está longe de ser solucionado.

Entretanto, o que poderia ter representado obstáculo para o estudo e desenvolvimento do tema ora proposto tornou-se um grande desafio, pois, conforme será verificado ao longo do trabalho, os inúmeros efeitos decorrentes do reconhecimento da reincidência penal vão muito além de uma simples agravante da pena, sendo, na verdade, um resquício de um direito penal de autor, que há muito se pretendeu esquecer, quando o Brasil adotou o perfil de um Estado Democrático de Direito.

---

[242] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 14.

[243] Nesse sentido, leciona Vera Malaguti: "Durante o século XVI, na Europa, enfatizou-se a distinção entre mendigos aptos e inaptos para o trabalho, distinção que criminalizará o controle social dos habilitados recalcitrantes." BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44.

[244] MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.211. Para GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 88, a prisão foi criada com a finalidade de permitir que a Inglaterra recuperasse as despesas suportadas mediante a venda dos produtos feitos na prisão pelos condenados.

[245] Para LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 317. "A reincidência (de recidere, recair) não se subordina aos critérios da responsabilidade e sim aos da periculosidade."

No dizer de RICARDO BRITO A. P. FREITAS[246] "Pelo princípio da responsabilidade pelo ato nenhuma responsabilidade penal pode fazer-se derivar das características pessoais do imputado submissíveis em um tipo de autor [...]"

O ponto crucial do problema, entretanto, é que o sistema penal como se apresenta hoje ainda não pode abdicar completamente da pena privativa de liberdade, em razão de não ter sido encontrada outra forma punitiva que possa substituí-la.

A manutenção da pena de prisão foi definida por FOUCAULT da seguinte forma:

> E se, em um pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não "vemos" o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.[247]

Dessa forma, cabe aos pensadores do Direito Penal pugnar que seja ele mais humanitário, não só formalmente, mas efetivamente, punindo-se, assim, o homem por aquilo que fez (direito penal do fato), e, nunca por aquilo que ele é (direito penal do autor).

É, portanto, pautando-se nessa perspectiva que o presente estudo irá desenvolver a análise e proceder à abordagem do tema da reincidência penal e do apropriado tratamento que deve ser dado ao reincidente alicerçado nos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

4.1.1. As origens da reincidência penal. Breve análise histórica.

Preliminarmente, é necessário o estudo acerca do surgimento do instituto da reincidência na história do Direito Penal, para permitir uma adequada compreensão sobre as razões que levaram o legislador pátrio a contemplar a reincidência como

---

[246] FREITAS, Ricardo Brito A. P. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 39.

[247] FOUCUALT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, p. 196.

agravante da pena, apesar do acirrado debate doutrinário sobre a sua constitucionalidade[248].

Estabelecer as origens de um determinado instituto não implica desconsiderar ou suprimir antecedentes, mas tão só admitir que o processo de reconhecimento das influências de um determinado sistema jurídico sobre outro são extremamente limitadas.

Por esta razão, o trabalho irá concentrará a análise nas legislações estrangeiras que, direta e efetivamente, influenciaram na elaboração do primeiro *Codex* Criminal Brasileiro, o Código Criminal do Império, de 1830, delimitando, assim, a pesquisa histórica.

4.1.1.1. O caminho percorrido até a elaboração do primeiro Código Criminal.

4.1.1.2. As Ordenações Filipinas

A história da programação criminalizante no Brasil demonstra que os métodos punitivos empreendidos pelo Estado nos diferentes momentos históricos estão intimamente atrelados às vicissitudes políticas e econômicas da sociedade[249].

As novas necessidades enfrentadas ocasionam uma busca pela neutralização daqueles indivíduos que se encontram a par dos mecanismos políticos e econômicos, o que faz do Direito Penal um eterno instrumento de controle social exercido pelo Estado[250].

Por esta razão é que o Direito Penal sempre esteve presente nas sociedades politicamente organizadas. O Brasil, obviamente, tão logo declarado colônia de

---

[248] Questão que tem suscitado grande e acirrado debate doutrinário diz respeito à constitucionalidade da agravante da reincidência. Certo é que, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, todo o direito penal merece ser analisado sob o prisma dos princípios constitucionais. Não é sem razão que tem sido abordada a inconstitucionalidade do instituto da reincidência por violação aos princípios constitucionais da culpabilidade, da individualização da pena, da proporcionalidade, do *non bis in idem*, da lesividade, da legalidade estrita, da intervenção mínima e da humanidade. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, P. 103.

[249] BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 38.

[250] MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 261.

Portugal, foi submetido à cruel legislação portuguesa, inclusive no que tange ao Direito Penal, dando início ao primeiro período da legislação brasileira.[251]

Cabe, aqui, mencionar que Portugal, à época do descobrimento do Brasil, era regido por compilações de leis esquematicamante organizadas, as quais recebiam o nome de Ordenações.[252]

A primeira legislação portuguesa a ser registrada no Brasil foi, na verdade, uma compilação de regimentos chamada de Ordenações Afonsinas[253]. No entanto, pode-se afirmar que não tiveram qualquer influência na nova colônia de Portugal, uma vez que, à época da descoberta do Brasil, esses regimentos disputavam autoridade e competência com o direito canônico, com o direito romano, com os chamados direitos locais ou domésticos[254] e algumas normas oriundas do direito penal germânico, razão pela qual NILO BATISTA[255] leciona que "[...] constitui um equívoco a recorrente afirmação de que as Ordenações Afonsinas foram as primeiras leis vigentes no Brasil colonial."

Na realidade, as Ordenações Afonsinas enfrentaram um processo de reforma que teve início em 1505, culminado com a impressão, em 1521, das denominadas Ordenações Manuelinas.

É, portanto, com o advento das Ordenações Manuelinas[256], em 1521, durante o reinado de D. Manuel, que o Brasil colônia passa a sofrer, efetivamente, a ingerência de uma lei portuguesa, inclusive no que tange ao Direito Penal.

---

[251] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 417. Segundo os autores, as Ordenações Filipinas constituíram o eixo da programação criminalizante do Brasil colônia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico decorrente do escravismo.

[252] As Ordenações portuguesas, nome dado as diversas leis compiladas e ordenadas, constituíam o corpo legal de referência para todo o Reino e, mais tarde, também para as suas colônias. LARA, Silvia Hunold (Org). *Ordenações Filipinas, Livro V*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 5.

[253] As Ordenações Afonsinas vigoraram em Portugal de 1447 a 1521. No entanto, não tiveram qualquer influência no Brasil. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro.* Primeiro volume. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.414.

[254] Os direitos locais eram outorgados a distritos ou conselhos por senhores ou pelo próprio rei de Portugal, cuja intangibilidade diminuía desde a crise do feudalismo no século XIV. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro.* Primeiro volume. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.414.

[255] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro.* Primeiro volume. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.414.

[256] Em que pese as Ordenações Manuelinas serem, efetivamente, a primeira lei portuguesa que vigorou no Brasil, inclusive no aspecto do direito penal, não se pode excluir que, na prática, o poder punitivo era exercido desregulada e privativamente. A predominância de um poder punitivo doméstico, exercido por senhores contra seus escravos é facilmente demonstrável. Nilo Batista, em seu curso de Direito Penal Brasileiro, narra o caso de um senhor que confessou ao visitador do santo ofício, na Bahia, ter ordenado que uma negra fosse lançada na fornalha do engenho. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR,

Todavia, apesar da afirmação feita no parágrafo antecedente de que as Ordenações Manuelinas foram as primeiras leis a vigorar no Brasil colonial, vale destacar que não passaram de uma referência burocrática e bem distante em face das *práticas penais*[257] concretas adotadas no Brasil.

O Brasil efetivamente sofreu a influência de legislação portuguesa com as denominadas Ordenações Filipinas[258], publicadas em 1603, o que não representou a extinção do direito penal doméstico, que o escravismo implicava e que subsistia paralelamente às leis portuguesas.

As ordenações Filipinas[259], que reproduziam a mesma estrutura básica das Ordenações Afonsinas, com as devidas alterações intercorrentes, passam a constituir a referência central, escrita da programação criminalizante do Brasil colônia.

Em especial, o Livro V, das Ordenações Filipinas continha todas as normas de Direito Penal, com a descrição das condutas criminalizadas e as consequentes punições. É um livro que retrata a extrema crueldade das penas, sendo a expressão genuína das ideias e dos sentimentos da época em que foram promulgadas[260].

O Livro V, portanto, tornou-se famigerado por seus princípios relativos ao crime e às punições. A legislação portuguesa confundia o crime com o pecado e o crime com o vício, interligando, assim, de um lado, o direito penal com a religião e, de outro, o direito penal com a moral[261].

Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 414.

[257] Era muito comum à época, mesmo sob o vigor das Ordenações Manuelinas, as inúmeras práticas cruéis aplicadas aos escravos pelos seus senhores, tais como: amputação das orelhas e do nariz, marcação do peito e do rosto com brasa, queimadura dos lábios com tições ardentes, bem como outros atos também cruéis. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 414.

[258] As Ordenações Filipinas não são portuguesas e nem brasileiras, pois foram promulgadas pelo monarca espanhol Felipe III (II de Portugal) durante a união ibérica. Foi o mais duradouro "Código" português que vigorou de 1603 a 1830, quando da vigência do Código Criminal do Império. São formadas por cinco livros, sendo o último deles dedicado especialmente ao Direito Penal. Na verdade, o Livro V das Ordenações é o conjunto de dispositivos legais que definiam os crimes e as punições dos criminosos, constituindo uma forma explícita de afirmação do poder régio. Representou forte instrumento de controle social tanto em Portugal como nas terras colonizadas pelos portugueses. LARA, Silvia Hunold (Org). *Ordenações Filipinas*: Livro V. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 5.

[259] THOMPSON, Augusto. *Esforço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 80- 81.

[260] Segundo FRAGOSO, Heleno Claúdio. *Lições de Direito Penal*: A Nova Parte Geral. Revista por Fernando Fragoso. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 59: "A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação de sua época." Eram previstas as seguintes penas: morte natural (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento), morte natural com crueldade, morte pelo fogo, etc. Neste sentido, também leciona DAL RI JUNIOR. Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 133-134.

[261] DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições)*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Pequena Coleção Briguiet, 1933, p. 31-32.

As penas aplicadas eram severíssimas, e havia a predileção pela pena de tortura, pelas penas infames e pela pena de morte, que era largamente aplicada com requintada crueldade na sua execução.

Os princípios conhecidos, hoje, como o da igualdade e da intransmissibilidade da pena eram totalmente desconhecidos pelas Ordenações Filipinas.

Essas ligeiras noções dão a ideia da legislação penal que o Brasil colônia importou da metrópole portuguesa e que a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou a vigência no Império da Brasil.

Verifica-se historicamente que as Ordenações Filipinas sobreviveram ao período da chamada restauração[262], uma vez que foram incluídas na determinação de D. João VI, que sancionou genericamente toda a legislação promulgada sob domínio castelhano. A vigência das Ordenações Filipinas, em matéria penal, avançou alguns anos sobre o próprio Estado Brasileiro, até a promulgação do Código de 1830[263].

Mais tarde, após a Independência do Brasil, em 1822, a Assembleia Constituinte brasileira resolveu, em caráter provisório, que as ordenações, leis regimentos, alvarás, decretos e outras ordens promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 continuariam a vigorar no novo Império[264] até que o Brasil organizasse sua própria codificação.

Com a Independência do Brasil, portanto, surge a necessidade da elaboração de uma Constituição própria que contivesse princípios inerentes à realidade de uma Nação recém- liberta de sua metrópole.

Neste cenário, é outorgada a Constituição do Império de 1824, cujo teor refletia as novas ideias difundidas na Europa, oriundas de uma era de revoluções sofridas, o que levou o legislador constitucional a contemplar preceitos contidos na

---

[262] Com o fim da União Ibérica, em 1640, as Ordenações Filipinas foram revalidadas por D. João IV. Esse período foi denominado de período da restauração, posto que foram confirmadas leis que haviam sido expedidas em período anterior ao Governo de D. João. Esse foi o Caso das Ordenações Filipinas que foram promulgadas, durante a União Ibérica, no reinado de Felipe III (II de Portugal). BATISTA, Nilo *et al. Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 417.

[263] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alajandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro:* Teoria Geral do Direito Penal. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 421.

[264] LARA, Silvia Hunold (Org). *Ordenações Filipinas. Livro V.* 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 38.

Constituição Francesa de 1791[265], da Constituição Espanhola de 1812, e, inclusive adotar preceitos da Carta Norueguesa[266].

Por derradeiro, a Constituição do Império contemplou em seu artigo 179 várias garantias individuais, como a liberdade de manifestação de pensamento, a proscrição de perseguições religiosas, a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a abolição das penas cruéis e da tortura, dentre outras[267].

Neste contexto, as Ordenações Filipinas colidiam abertamente com as inúmeras disposições contidas na Constituição de 1824, o que fez com que tivesse uma delicada sobrevida neste período.

Sendo assim, o Brasil necessitava de uma nova legislação penal que contemplasse os preceitos contidos na nova ordem constitucional e que estivesse ajustada aos novos ideais que tomavam conta da Europa e do mundo.

4.1.1.3. O Código Criminal de 1830

O artigo 179, §15º da Constituição, de 1824, determinou fosse organizado um Código Criminal do Império, ante à necessidade de leis penais ajustadas aos novos ideais consagrados pela nova ordem constitucional.

Com isso, iniciou-se o segundo período da história da legislação penal brasileira[268].

Conforme anteriormente salientado, a Constituição do Império de 1824 entrou em vigor no Brasil já incorporando o pensamento liberal que assolava a Europa pós-revolução. Trazia em seu corpo, em especial no artigo 179, várias garantias individuais, como a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de locomoção, a inviolabilidade de domicílio e correspondência, o princípio da reserva

---

[265] CALMON, Pedro. *História da civilização brasileira*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 203.
[266] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O Brasil Monárquico*: o processo de emancipação, 4ª ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1976, p. 186.
[267] BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 422.
[268] DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições)*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Pequena Coleção Briguiet, 1933, p.33.

legal, a proscrição de perseguições religiosas e, principalmente, a abolição das penas cruéis e da tortura.[269]

Tais preceitos contidos na Constituição do Império confrontavam com os postulados das Ordenações Filipinas, até então, em vigor no Brasil, ante à ausência de um Código Criminal Brasileiro.

O Livro V das Ordenações que tratava exclusivamente do Direito Penal trazia os crimes e suas punições, estas inebriadas de crueldade, reflexos de um Direito Penal Medieval[270].

Desse modo, surge a necessidade da elaboração de um *Codex* Repressivo que refletisse o novo modelo de punição pretendido pela Constituição de 1824.

Neste sentido, a própria Constituição, em seu inciso XVIII, fazia menção à necessidade da elaboração de um Código Criminal baseado nas ideias liberais e humanitárias por ela acolhidas e difundidas.

Vale aqui trazer as lições de ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA[271] que, ao tratar dos antecedentes históricos do Código Penal Brasileiro, ensina que:

> Logo depois de conquistada a sua emancipação política, no primeiro quartel do século XIX, cuidou o Brasil de elaborar um código penal, pois as arcaicas instituições do direito português, enfeixadas principalmente no famoso livro V das Ordenações Filipinas, não mais correspondiam às idéias dominantes e às necessidades dos novos tempos.

No que tange ao excesso do poder punitivo contido nas Ordenações Filipinas, insta esclarecer que, nas monarquias do início da era moderna, e mesmo sob o despotismo esclarecido, o soberano constituía o centro único e indissolúvel do poder e da ordenação social. Isso significa dizer que naquelas sociedades o Governo não se dividia em Legislativo, Judiciário e Executivo e que os interesses público e doméstico interligavam-se. O rei dominava tudo e todos.

O exercício da justiça fazia privilegiar a vontade do monarca sobre a vingança particular, tornando pública a justiça penal. Punir, controlar os comportamentos e instituir uma ordem social, castigar as violações a essa ordem e afirmar o poder do soberano constituíam elementos inerentes ao poder real.

---

[269] BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 422.

[270] FRAGOSO, Heleno Claúdio. *Lições de Direito Penal*: A Nova Parte Geral. Revisada por Fernando Fragoso. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 59.

[271] COSTA E SILVA, Antônio José. *Comentários ao Código Penal*. Volume I, Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Contasa, 1967, p.7.

Para ser eficaz, portanto, a punição deveria ser exemplar. Deveria acarretar temor. Por esta razão, as punições do Antigo Regime[272] eram verdadeiros espetáculos de terror, capazes de atingir o corpo do criminoso e, especialmente, impressionar os sentidos dos demais súditos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de confirmação do poder do monarca.

Como bem retrata ANITUA[273], não foi apenas na França, mas sim em todos os países, particularmente naqueles que já no final do Antigo Regime ingressavam na fase industrial do capitalismo, em que se tornava evidente a necessidade política e econômica da adoção de uma política criminal de tipo sanguinário, na qual recorreu-se à força, à marca a fogo e ao extermínio para conter a crescente ameaça à ordem constituída, determinada por um excedente de marginais.

Essa política criminal do sangue e do terror era ditada por razões objetivas. Quando os níveis quantitativos da força de trabalho expulsa dos campos foram superiores às possibilidades efetivas de seu emprego com mão de obra na recente manufatura, a única possibilidade de resolver a questão da ordem pública foi a eliminação física de muitos e a política do terror aos demais.

Por sua vez, o posicionamento político com relação às classes marginais mudou gradualmente com o desenvolvimento da manufatura e, posteriormente, da indústria, sobretudo no século XVIII.

Infundindo respeito e temor, o castigo deveria representar a vontade do soberano no corpo do condenado, o que era uma pedagogia de domínio social.

A tudo quanto foi dito, até o momento, percebe-se que as Ordenações Filipinas refletiam a dureza e crueldade das codificações da época, resultado dos pensamentos propagados durante o Antigo Regime.

Os métodos punitivos utilizados em larga escala durante o Antigo Regime que refletiam uma política do terror foi bem exemplificado por GABRIEL IGNACIO ANITUA[274], da seguinte forma:

---

[272] Durante o Antigo Regime as penas, propriamente ditas, eram bens pecuniários ou bens corporais. A pena de morte, por exemplo, era executada, muitas vezes, através da picota, da roda ou da forca. Formas sempre cruéis e que demonstravam o excesso de poder de quem tinha o poder de castigar. Cabe observar, que eram igualmente comuns as mutilações, os açoites e as marcas. Ver observações na obra de ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 106.

[273] *Ibidem*, p. 113.

[274] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2007, p.104.

> Os detentos e também os doentes, mulheres sem família, mendigos, loucos e crentes de outras religiões, costumavam ter o nariz cortado, ou uma orelha, braço ou perna, ou, em todo caso, uma tatuagem com uma letra ou desenho que imediatamente permitisse saber “quem” eram eles.

Estigmatizar era necessário, funcionando como a maneira de o poder punitivo espalhar o terror. Marcar o corpo do condenado era tão importante como marcar a sua consciência.

No entanto, com a onda de revoluções que assolava a Europa irradiando os pensamentos para a América, associada à necessidade do Brasil de se desvencilhar definitivamente de Portugal, o que acarretou em sua independência, em 1822, houve uma necessidade premente no âmbito do Direito Penal, tornando necessária a elaboração de sua própria codificação.

Quando da elaboração do Código Criminal, no início do século XIX, a Europa vivia uma onda de humanização das penas. Isso se deve, principalmente, à obra escrita por Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria, em 1764, titulada *Dos Delitos e das Penas*, e à Revolução Francesa, em 1789.

Beccaria[275] é, sem dúvida, o expoente mais representativo das diversas doutrinas da época do Iluminismo. Em sua única obra sobre a questão, o famoso *Dos delitos e das penas*, publicada anonimamente em 1764, ele representa fielmente o Iluminismo, ao fazer a combinação do empirismo inglês com o racionalismo francês, que já se vislumbrava em Montesquieu e em Voltaire.

No que tange à execução da pena, Beccaria pregava a utilidade e eficácia das penas. Com isso, os castigos cruéis seriam excessivos e contraproducentes e deviam, portanto, ser substituídos por outros mais eficientes para prevenir a prática de delitos. Manifestava sua repulsa à pena de morte e aos castigos corporais. A moderação dos castigos está associada com a eficácia e a utilidade da pena.

Com efeito, o movimento Iluminista tinha como necessidade primeira a imposição de limites ao poder punitivo estatal.

---

[275] A base ideológica de Beccaria é contratualista, conquanto não deixe muito claro nos primeiros capítulos de seu livro. A origem das penas para ele encontra-se no contrato social e na necessidade de defendê-lo dos ataques dos particulares. Contudo, a pena não poderia justificar-se na vingança, mas sim na utilidade, na prevenção de outros delitos. Todo ato de autoridade exercido sobre o homem é tirânico se não estiver baseado na necessidade e, por conseguinte, todo castigo que não serve par manter o contrato social é injusto. A utilidade era aferida pela vontade geral, materializada através das leis. ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 160.

LIMA DRUMMOND[276], acerca do tema, questionou: "Mas qual o segredo dessa repercussão maravilhosa? O livro de Beccaria era apenas a expressão das idéias e sentimentos daquella epocha. O meio estava, pois, preparado para recebe-lo."

Continuando, o citado autor[277] assim classifica a obra de Beccaria "Bem se pode dizer que ele foi simultaneamente o instrumento demolidor das velhas legislações e a pedra angular das legislações novas".

No entanto, à época da elaboração do Código Criminal do Império, o Brasil tinha há pouco se libertado do domínio português e, consequentemente, de suas Ordenações, razão pela qual adotou preceitos de diversas codificações estrangeiras para, então, formar o seu próprio código. Em que pese os elogios ao teor do Código de 1830, na verdade ele formava uma grande colcha de retalhos ou, no dizer de NILO BATISTA[278]:"[...]Tal mosaico de códigos, que reflete a influência heterogênea de textos europeus de diversas épocas [...]"

Neste contexto, pode-se afirmar a influência das ideias de Jeremias Bentham[279], uma vez que foi o autor mais citado nas atas dos trabalhos parlamentares de elaboração do código criminal, em razão da circulação de suas ideias no parlamento brasileiro, através de sua coletânea de textos.

Vislumbra-se, também, a influência das ideias de Livingston, sendo ao lado de Bentham um dos autores mais citados nos debates do parlamento.

Pode-se também afirmar a influência de Mello Freire, do Código Bávaro[280] e do Código Napolitano[281].

Neste sentido, leciona ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA:[282]

> A legislação penal enriquecera-se com diversos códigos – o francês de 1810, o bávaro de 1813, o napolitano de 1819 e o espanhol de 1822 --- que deviam servir de modelo aos futuros

[276] DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições*), 5ª ed. Rio de Janeiro: Briguiet, 1933, p. 39.
[277] DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições*), 5ª ed. Rio de Janeiro: Briguiet, 1933, p. 39.
[278] BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.410.
[279] Jeremias Bentham, iniciador da Escola Clássica na Inglaterra, defendia a ideia de utilitarismo da pena. GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 105.
[280] Feuerbach foi o fundador da verdadeira ciência do direito penal na Alemanha e a ele se deve o Código da Baviera de 1813, que é o primeiro, quanto à ordem cronológica e quanto à sua importância, entre os códigos penais da Alemanha anteriores a 1810, podendo competir com o Código Penal Francês de 1810. DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições*), 5ª ed. Rio de Janeiro: Briguiet, 1933, p. 40.
[281] BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 430- 431.
[282] COSTA E SILVA, Antônio José. *Comentários ao Código Penal*. Volume I, Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Contasa, 1967, p. 07.

> legisladores. Foi após esses monumentos legislativos que nasceu o Código Criminal da Monarquia.

No entanto, conforme será analisado adiante, é no Código Penal Francês de 1810, em que o Brasil encontra sua maior inspiração para a elaboração de seu Código Criminal[283].

A razão da adoção do Código Francês como modelo a orientar a elaboração do Código Criminal encontra-se no fato de que o modelo francês, melhor que qualquer outro, trazia os novos ideais que se propagavam pelo mundo, difundidos, especialmente, em razão da Revolução Francesa.

Neste sentido, esclarece ARNO DAL RI JUNIOR que: "[...] a Revolução Francesa assume, no contexto desta obra, importantíssimo papel nas modificações perpetradas no direito penal durante aquele período."[284]

Cabe lembrar que o referido código foi elaborado na era napoleônica após a revolução de 1789.[285]

A forte influência francesa na elaboração do Código Criminal é geralmente reconhecida na literatura jurídica por autores como ANÍBAL BRUNO[286], HELENO FRAGOSO[287], CESAR TRIPOLI[288].

Neste sentido, NILO BATISTA[289] leciona que "[...]Parece inquestionável que, sem exagero de Tobias Barreto, cabe reconhecer influência legislativa francesa no código imperial."

Vale ressaltar que, na elaboração do Código Criminal, a Câmara dos Deputados daquela época limitou-se a discutir duas questões preliminares: o da

---

[283] O Código Criminal Francês, de 1810 exerceu profunda influência sobre as legislações dos países estrangeiros, principalmente sobre os Latino-Americanos, conforme leciona DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 206.

[284] DAL RI JUNIOR. Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 183.

[285] Napoleão Bonaparte ao assumir o poder na França tinha a tarefa de reorganizar o esfacelado Estado revolucionário conduzindo-o a um modelo liberal. Para tanto, cercou-se dos melhores juristas da época e ordenou a confecção de um Código Penal. Assim, em 1810, surge o Código Penal Francês, que pode ser apontado como um dos marcos do surgimento das políticas penais de matriz liberal. DAL RI JUNIOR. Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 205.

[286] BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. tomo I, 1984, p. 165.

[287] FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*: A Nova Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 60. Para o autor, o Código Criminal de 1830 sofreu influência das idéias que dominavam a Europa. As influências legislativas mais importantes foram : O Código Criminal Francês de 1810 e o Código Napolitano de 1819.

[288] TRIPOLI, Cesar. *História do Direito Brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 219.

[289] BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 430-431.

inclusão da pena de morte e da pena de galés, tendo passado por poucos votos a inclusão da primeira[290].

Aprovado rapidamente no Senado, foi afinal promulgado, em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal do Império do Brasil, considerado por HELENO FRAGOSO como o primeiro Código Criminal autônomo da América Latina.[291]

O Código Criminal do Império de 1830, finalmente aprovado, contemplou a reincidência como circunstância agravante, em seu artigo 16, 3º[292], cujo teor vale transcrever:

> Art. 16. São circunstâncias aggravantes:
> 3º - Ter o delinqüente reincidido em delito da mesma natureza.

Conforme se depreende da análise do artigo mencionado, o legislador ordinário não conceituou a expressão "delitos da mesma natureza", o que gerou inúmeras controvérsias.

A título de exemplo, vale trazer o comentário elaborado por um Juiz do Estado de Alagoas, em que, para ele, a reincidência era a repetição de um crime da mesma natureza de outro pelo qual já uma vez se foi condenado.

> Delito da mesma natureza é o que deriva do mesmo princípio, tem sua fonte no mesmo gênero de corrupção[293]

No que tange ao fundamento da exacerbação da pena pela reincidência, o legislador ordinário contemplando o instituto da reincidência previsto no Código Penal Francês de 1810, o fez por entender que a reincidência denota uma "*perversidade mais endurecida*[294]", que por sua vez acarreta uma expiação mais forte e enérgica.

Verifica-se que a adoção da referida fundamentação vai de encontro ao direito penal de autor, cuja argumentação reside no fato de considerar a personalidade, a conduta de vida do delinqüente.

---

[290] DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições*), Pequena Coleção Briguiet, 5ª ed. Rio de Janeiro, 1933, p. 33.
[291] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: A Nova Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 60.
[292] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência Criminal*. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2005, p.151.
[293] LUIZ, Francisco. *Código Criminal do Império do Brasil Anotado,* Maceió: Typ. De T. de Menezes, 1885, p. 55.
[294] *Ibidem*.

4.1.1.4. Da Forte Influência do Código Penal Francês de 1810

Em razão da maior influência exercida pelo Código Penal Francês de 1810, deve-se a este um maior detalhamento.

Até a Revolução Francesa, a França era regida pela Ordenação de 1670[295], inclusive nas questões penais, que previa como métodos punitivos a pena de morte e a pena de suplício[296].

Essa Ordenação já previa a figura da reincidência penal como causa de exasperação da pena. No entanto, vale salientar que esta também já se encontrava na Ordenação de 1549, a qual descrevia o malfeitor reincidente como um indivíduo pernicioso e infame, o que fez do instituto da reincidência penal uma qualificação do próprio delinquente suscetível de modificar a pena pronunciada[297].

Essa observação autoriza a afirmação de que a reincidência teve a sua inserção no ordenamento jurídico, em especial, o francês, como modo de avaliação da personalidade, do caráter, do modo de agir e pensar do indivíduo.

Desta maneira, o indivíduo era punido mais severamente por ser como era, e não pelas infrações praticadas.

De acordo com a legislação de 1791[298], os reincidentes, em quase todos os casos, eram passíveis de ter a pena dobrada. Segundo a lei de Floreal ano X, os

---

[295] Influenciado pelas doutrinas que davam respaldo a sua monarquia, Luís XIV, também fez questão de imprimir a sua marca no Direito Penal. Para tanto, foi elaborada a Ordenação Criminal Francesa de 1670, considerada a grande codificação do processo penal da monarquia francesa. Essa Ordenação foi elaborada tendo como base os ideais difundidos por Jacques Bossuet. Segundo o teólogo católico, qualquer desobediência ao rei deveria acarretar na condenação por morte, já que o condenado era visto como um inimigo social. Com isso, Bossuet legitimava a monarquia francesa. DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 117-118. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 32. "De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente [...]"

[296] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 30. "A ordenação de 1670 regeu, até a Revolução, as formas gerais da prática penal. Eis a hierarquia dos castigos por ela descritos: A morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública, o banimento."

[297] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 106. O autor ao tratar da reincidência relata que, no Antigo regime, a reincidência era marcada no corpo do condenado e servia para aumentar a penalidade posterior.

[298] O primeiro Código Penal Francês foi promulgado em 1791. Mais tarde, em 1810, elaborou-se o primeiro código penal da era napoleônica. DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 183.

reincidentes eram marcados com a letra “R”, e no Código de 1810 era indicado a eles o máximo da pena ou a pena imediatamente superior[299].

Em um ou outro caso, através da reincidência não se visava o autor de um ato, mas o sujeito delinquente, uma certa vontade que manifestasse seu caráter intrinsecamente criminoso[300].

Pouco a pouco, à medida que a criminalidade se torna o objeto da intervenção penal, a oposição entre primário e reincidente torna-se mais importante[301].

Como já acenado em páginas iniciais, à época da elaboração do Código Penal Francês de 1810, a França experimentava os sentimentos pós-revolução, que eram, basicamente, a proteção dos bens particulares e a manutenção da ordem pública conquistada, após longo período de conflito vivido em razão da Revolução Francesa[302].

Sem dúvida, pode-se afirmar que esses sentimentos que assolavam a França são fruto de uma revolução burguesa e, nada mais natural, que a burguesia, ao final, pretendesse salvaguardar seus interesses, que, obviamente, não seriam os mesmos interesses da população do campo. Assim, foi instituída, na França, uma nova forma de punir, tendo as punições se tornado mais severas, principalmente no que tange aos delitos que violavam bens jurídicos importantes para a classe burguesa, como os delitos contra a propriedade, por exemplo[303]. Todavia, as punições haviam se tornado mais humanas, na medida em que eram repudiados os espetáculos de horror.

Por essa razão, a elaboração do Código Criminal Francês, de 1810, foi dirigida pelo jurista Guy Jean-Baptiste Target, e teve como característica a severidade das penas e a utilização desta como meio de intimidação.[304]

---

[299] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 84.
[300] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 84
[301] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 84.
[302] Segundo DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 205-206. Napoleão ao assumir o Poder na França, após a Revolução Francesa, tinha a tarefa de reorganizar a esfacelado Estado revolucionário. Por essa razão, fazia-se necessária a elaboração de uma legislação severa, o que permitiu que ao furto qualificado fosse atribuída a pena de morte.
[303] O crime de furto qualificado, por exemplo, era punido com pena de morte. DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão política na História do Direito Penal, Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 206.
[304] DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 206. “[...] Nessa perspectiva, previa como penas a imputação dos punhos, as marcas com ferro quente, a prisão perpétua e até mesmo a condenação à morte para o furto qualificado.”

Isso porque era preciso afrontar o problema da ordem pública e da calamidade que se encontrava na França após a Revolução, e, a maneira mais eficaz era a adoção de remédios rápidos e que espalhassem o medo e o terror entre a população.[305]

A título de exemplo, a burguesia aceitava mal as medidas legais quando atingiam o seu direito à propriedade. Com isso, qualquer ilegalidade praticada contra a propriedade deveria ser punida[306].

Nas lições de FOUCAULT[307]

> Mas se é verdade que a reforma, como teoria penal e como estratégia do poder de punir, foi ideada no ponto de coincidência desses dois objetivos, sua estabilidade futura se deveu ao fato de que o segundo ocupou, por muito tempo, um lugar prioritário." "[...] quer dizer que, se aparentemente, a nova legislação criminal se caracteriza por uma suavização das penas, uma codificação mais nítida, uma considerável diminuição do arbítrio, um consenso mais bem estabelecido a respeito do poder de punir (na falta de uma partilha mais real de seu exercício) ela é apoiada basicamente por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento.

O pensamento que se propagava, quando da elaboração do Código de 1810, era que o crime acarreta um enorme prejuízo ao corpo social, em razão da desordem que acarreta nele, posto que exerce influência negativa sobre alguns cidadãos, suscita escândalos, incita a prática criminosa, em caso de crimes que não foram punidos e a generalização que traz consigo.

Em uma época em que se tentava reconstruir a ordem político-jurídica francesa, o Estado deveria adotar uma postura rígida diante do crime.

A razão, portanto, da crueldade das penas reside no fato de que, antes de Feuerbach, no Antigo Regime, a prevenção geral era confiada, sobretudo, à exemplaridade da execução – quase sempre brutal- da pena.[308]

Tudo o que foi até agora relatado propiciou, no século XVIII, o início de um movimento entre os filósofos e teóricos do direito, entre os magistrados, os juristas e

---

[305] *Ibidem*, p. 206.
[306] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Petrópolis: RJ : Vozes, 1997, p. 105.
[307] *Ibidem*, p. 109.
[308] MIR PUIG, Santiago. *Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Claúdia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

os legisladores com o intuito de encontrar um outro modo de punição que não fosse o suplício[309].

Era preciso eliminar a confrontação física entre o soberano e o condenado. Para o povo francês, o suplício era visto como um reflexo da tirania, do excesso de poder e do cruel prazer de punir do soberano.

Havia, portanto, uma necessidade de punir sem suplício, tentando respeitar a "humanidade" do delinquente[310]. Com esse modo de pensar, esse sujeito passa a ser visto como o limite do poder de punir do soberano.

Neste sentido, FOUCAULT indaga que:

> Tem-se a impressão de que o século XVIII abriu a crise dessa economia e propôs para resolvê-la a lei fundamental de que o castigo deve ter a "humanidade" como "medida", sem poder dar um sentido definitivo considerado entretanto incontornável. É preciso, então, contar o nascimento e a primeira história dessa "enigmática" suavidade.[311]

Desta forma, mesmo vivendo sob os ideais iluministas e, consequentemente, proclamando a necessidade de humanização das penas, é fácil perceber o porquê de um código pós-revolução inebriado pelas ideias de contenção do poder punitivo contemplar o instituto da reincidência como razão para o agravamento da pena.

A França precisava de um Código Criminal que não fosse tão cheio de lacunas como o era a Ordenação de 1670, mas que previsse cada conduta tida por criminosa de forma a especificar cada infração, para que nenhuma ilegalidade escapasse das mãos do Estado.

No entanto, um Código que previsse cada conduta criminosa não era o suficiente, uma vez que o castigo não tem a mesma força para todo mundo. No dizer de FOUCAULT[312]: "[...] a multa não é temível para o rico, nem a infâmia para quem já está exposto [...]"

Com isso, fez-se necessária a adoção de uma medida que permitisse a individualização das penas, com a análise das características singulares de cada

---

[309] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 94.

[310] A nova legislação criminal aparentemente contemplava penas mais suaves. Na verdade, a legislação pós-revolução era apoiada, basicamente, por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento. FOUCUALT. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel ramalhete. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 75.

[311] FOUCUALT. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 95.

[312] *Ibidem*, p 118.

criminoso. Essa individualização representou um peso muito grande na história do direito penal moderno.

Neste momento histórico, a modulação da pena refere-se ao próprio infrator, a sua natureza, ao seu modo de vida e ao seu modo de pensar. Procura-se uma ligação código-individualização nos modelos científicos da época.

Nesta época, formas de individualização antropológica[313] estavam se constituindo de forma ainda rudimentar[314]. Em primeiro lugar, com a noção de reincidência.

No Código Penal de 1810, a detenção passou a ocupar quase todos os campos possíveis de punição e, em segundo plano, veio a pena de morte e a pena de multa[315].

O Código Penal Francês de 1810 serviu de modelo a quase todas as legislações posteriores e, principalmente, na América Latina[316].

Com o golpe militar do 18 Brumário, em 1799, os ideais revolucionários cedem ao Império Napoleônico e ao mundo burguês emergente.

O Brasil, recebendo os novos ideais vindo do Continente Europeu, não poderia deixar de acolher a reincidência em sua legislação penal, eis que esse instituto ia de encontro aos interesses da sociedade capitalista da época.

Nesse contexto, o Código Penal de 1810 refletia a manifestação jurídica da vitória burguesa sobre o Antigo Regime, representado pela antiga nobreza fundiária e seus privilégios feudais.

Desta forma, a ruptura com o paradigma medieval ganha o mundo, gerando reflexos na maioria dos ordenamentos jurídicos.

A razão para alguns doutrinadores[317] afirmarem que o modelo principal adotado foi o do Código Penal Francês, em primeiro lugar, remete, sem dúvida

---

[313] Benjamin Rush preocupa-se em formar cidadãos saudáveis para a democracia, na qual alternaria a prática penitenciária com a questão médica. Seus objetos de estudo eram a doença e o delito, ambos causados por fatos modificáveis. Em 1786, escreveu "A influência das causas físicas sobre a faculdade moral". A relação entre os manicômios e os presídios estava presente nos problemas físicos. O determinismo morfológico do pensamento que cada vez mais crescia assentaria as bases da futura criminologia, que seriam especialmente úteis para a burguesia, que devia articular o discurso jurídico liberal com as desigualdades próprias do sistema de produção. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 246.

[314] *Ibidem*, p 120.

[315] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997, p. 134.

[316] DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues*. Direito Criminal (Lições),* 5º ed. Rio de janeiro: Briguiet,, 1933, p. 40.

alguma, ao fato de que de todas as revoluções ocorridas na Europa e na América, a de maior expressão e a que acarretou uma grande mudança social foi a Revolução Francesa[318]. A ruptura com o antigo paradigma refletiu-se no calendário, no vestuário, na linguagem, nos nomes, etc.

Em segundo lugar, em 1789, um em cinco europeus era francês; o que favorecia a propagação dos pensamentos difundidos na França. Por fim, após a ascensão de Napoleão, a reforma política da revolução seria exportada a todos os territórios conquistados.

Na verdade, foi a partir da Revolução Francesa que se tentou modificar o sistema de ajuizamento continental, juntamente com a organização política em geral. Os trabalhos da Assembleia Constituinte francesa foram intensos em matéria de reforma processual penal e mostraram claramente a luta entre os princípios inquisitivos e os acusatórios, que conseguiria refrear parcialmente os primeiros.[319]

A Declaração do Direitos do Homem de 1789 foi inspirada também nas ideias limitadoras do poder de Montesquieu, e nas teses individualistas do contratualismo.[320]

Com a ascensão de Napoleão Bonaparte, não só as tropas francesas, mas também seus ideais revolucionários e os Códigos Criminais franceses de 1808 e 1810, se espalharam por toda Europa, e assim manteriam sua influência até os dias de hoje, inclusive na América Latina[321].

Embora haja registro do instituto da reincidência penal como agravante nas legislações francesas anteriores, como bem observa GABRIEL IGANCIO ANITUA[322], a noção de reincidência difundiu-se com o Código Penal Francês de 1810, pelo preceito subscrito em seu artigo 56, transcrito abaixo:

---

[317] Neste sentido, SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brazileiro.* vol. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 8 ; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 60.

[318] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 150.

[319] Após a Revolução Francesa iniciou-se, na Assembleia francesa, debates acerca da necessidade de criação de um novo sistema penal. DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 183.

[320] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 152.

[321] DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 206.

[322] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: revan, ICC, 2008, p. 106. "[...] Essas "marcas" podiam servir para provar a "reincidência" e aumentar, por isso, uma penalidade posterior [...]"

> "Art. 56 – Quem, depois de ser condenado à uma pena aflitiva e infame, ou somente infame, comete um segundo crime tendo como pena principal a pena de reclusão criminal ao tempo de vinte anos, será condenado ao máximo da pena, aquela, também, poderá ser elevada ao dobro."

Sobre a reincidência, COSTA E SILVA[323] e ROBERTO LYRA[324] lecionam que a noção de reincidência já conhecida do direito romano foi desenvolvida pelos práticos italianos, sendo conhecida como "*perseveratio in crimine", "consuetudine delinquendi".*

No entanto, é com o Código Penal Francês de 1810 que a reincidência é difundida no mundo e, por consequência, o Código Criminal do Império[325] contemplou o instituto da reincidência como agravante, em seu artigo 16, § 3º[326], cujo teor vale transcrever:

> "Art. 16. São circunstâncias aggravantes*:*
> § 3º - Ter o delinqüente reincidido em delito da mesma natureza."

A adoção da reincidência como circunstância agravante teve como fundamento a "perversidade mais endurecida[327]", que, por sua vez, acarreta uma expiação mais forte e enérgica pelo Estado.

Verifica-se que a adoção da referida fundamentação vai de encontro ao direito penal de autor, cuja argumentação reside no fato de considerar a personalidade e a conduta de vida do delinquente.

4.1.1.5. O Código Penal Republicano de 1890

O Código Penal de 1890 foi o primeiro Código Penal da República e sobreveio a dois acontecimentos históricos de extrema importância para o Brasil, que, certamente, influenciaram a elaboração da lei: a abolição da escravidão, em 13 de maio de 1888, e a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

---

[323] COSTA E SILVA, Antônio José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Contasa, 1967, p. 203.
[324] LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 315.
[325] O Código Criminal de 1830 influenciou a legislação espanhola, ou seja, os Códigos de 1848 e 1870, que, por sua vez, serviram de modelos a muitos Códigos da América Latina. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte feral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 61.
[326] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência Criminal*. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2005, p. 151.
[327] LUIZ, Francisco. *Código Criminal do Império Anotado.* Maceió: Typ. De T. de Menezes, 1885, p.55.

No entanto, quando da elaboração do projeto, esses fatos notórios ainda não haviam acontecido.

Neste cenário ainda escravista, um dos defensores da abolição da escravidão, o Senador Joaquim Nabuco, apresentou à Câmara dos Deputados um projeto autorizando o Ministério da Justiça a republicar o Código Criminal de 1830, expurgando-se todas as disposições relativas à escravidão. No entanto, nesta época a Câmara dos Deputados havia sido dissolvida e o projeto foi arquivado[328].

Com a subida do partido liberal ao poder, o Senador Conselheiro Candido de Oliveira nomeou uma comissão para dar parecer acerca da proposta de lei apresentada por Joaquim Nabuco.

Baptista Pereira apresentou parecer no sentido de que o Código Criminal de 1830 não precisava de uma nova edição, mas, sim, ser completamente revisado de forma que suas normas se adequassem ao novo momento político.

Dentro de pouco tempo foi apresentado o projeto de lei que se converteu em Código Penal da República, iniciando-se o terceiro período da história do direito penal brasileiro.

Deve-se começar, inicialmente, a traçar o perfil do Código Penal Republicano de 1890, por meio da análise das influências por ele sofridas para uma melhor compreensão de seus dispositivos, em especial, o da reincidência penal.

Sem dúvida, o Código Republicano recebeu influência de um modelo direto que foi o Código Criminal de 1830.

Desta forma, pode-se afirmar que o Código Penal de 1890[329] foi uma revisão do Código Criminal de 1830. No entanto, deve-se mencionar a influência exercida pelo Código português e pelo código bávaro.

A programação criminalizante da primeira República espelha as contradições de um sistema penal que participa decisivamente da implantação da ordem burguesa, porém traz consigo a cultura da intervenção corporal inerente ao escravismo.

---

[328] DRUMMOND, Lima, VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições)*, 5ª ed. Rio de Janeiro, Briguiet , 1933, p. 35.

[329] BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 450-451. Nilo Batista ainda menciona em sua obra que há confiáveis vestígios de influência portuguesa , seja do projeto de 1861, refundido em 1864, do qual participou Levy Maria Jordão, seja da reforma de 1886, que modificaria o texto de 1852, de inspiração francesa, porém com traços brasileiros.

No que tange especificamente à reincidência penal, o Código republicano manteve o instituto introduzido pelo Código Criminal de 1830 alocando- o artigo 40, nos seguintes termos:

> [...] A reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatória, comete outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo[...]

Embora tenha se preocupado em suprir as omissões do Código Criminal do Império, o Código Penal Republicano de 1890 não foi feliz em sua definição sobre crimes da mesma natureza, pois trata-se de um conceito mais restrito, eis que considera a violação do mesmo artigo.

No Código Penal Republicano, diferentemente do Código de 1830, o legislador trouxe o conceito de delitos da mesma natureza como sendo as violações do mesmo artigo da lei, o que implicou em um conceito bem restrito. Trata-se de reincidência específica.

Assim, nesse *Codex* a reincidência assume a forma de reincidência específica, cujo conceito é restrito.

4.1.1.6. Consolidação das Leis Penais

A Consolidação das Leis Penais, Decreto 22.213, de 1932, praticamente repetiu o artigo 40 do Código de 1890. No entanto, trouxe uma exceção à regra em relação aos crimes eleitorais.

O artigo 178 da Consolidação das Leis Penais, com redação dada pelo artigo 109, do Decreto nº 21.076/32, assim dispôs:

> Haverá reincidência sempre que o criminoso, depois de condenado por sentença irrecorrível, cometer crime eleitoral, embora não infrinja a mesma disposição da lei.

4.1.1.7. Código Penal de 1940

Cabe esclarecer que, quando da elaboração do Código Penal de 1940[330], a criminologia positivista era a única existente na ocasião e, consequentemente, exerceu forte influência na elaboração de diversos dispositivos do *Codex* Repressivo.

Não obstante, consoante leciona ARNO DAL RI JUNIOR[331], em que pese a elaboração do Código Penal de 1940 ter acontecido durante um dos períodos mais duros do Estado Novo, emanado por um Governo autoritário que mantinha laços estreitos com o fascismo italiano e com o nazismo alemão, esse Código foi pouco influenciado pela ideologia que marcou tão profundamente essas experiências.

Neste sentido, HELENO FRAGOSO[332] leciona que embora elaborado durante um regime ditatorial (o chamado Estado Novo), que vigorou no Brasil de 1937 a 1945, o Código Penal de 1940 incorporou fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal

Para a elaboração do Código de 1940, o legislador inspirou-se, especialmente, no Código italiano de 1930 e no Código Suíço de 1937.[333]

Com a criminologia positivista, as novas justificativas teriam como objeto de estudo não mais a sociedade nem o Estado, nem as leis e nem como elas afetavam os indivíduos, mas, sim, o comportamento singular e desviado que, além do mais, devia ter uma base patológica no próprio indivíduo.

---

[330] A história do código de 1940 e do sistema penal que se constituiu tomando-o como referência tem raízes no conjunto de transformações implantadas a partir da chamada revolução de 1930. Politicamente esse ano exprime uma reação contra o federalismo exacerbado da primeira República apoiada no mandonismo local dos "coronéis". Socialmente, 1930 é, sobretudo, o ponto de partida para a incorporação da classe trabalhadora ao cenário político da sociedade brasileira, ainda que tal classe não tenha participado das articulações que tornaram o movimento vitorioso. Essa incorporação foi instrumentalizada pela legislação previdenciária. No aspecto do Direito Penal, a Escola Positiva ganhava cada vez mais adeptos e os princípios teóricos desenvolvidos na Itália por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Sergio Sergi eram aceitos. Por esta razão, no entanto, afirmar que o Código Penal de 1930 representou a incorporação da Escola positiva, constitui um exagero, conforme menciona Nilo Batista. Embora a criminologia positivista fosse a única existente na ocasião, refutações à antropologia eram frequentes. O fato é que, embora elaborado numa conjuntura na qual o positivismo criminológico era internacionalmente prestigiado, o texto de 1940 incorpora as bases de um direito punitivo democrático e liberal. BATISTA, Nilo. *Direito penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 464.

[331] DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 265.

[332] FRAGOSO, Heleno Claúdio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 66.

[333] FRAGOSO, Heleno Claúdio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 66

O estudo da criminologia positivista pode ser explicado de forma bem sintética e ressalvando numerosas diferenças, com base no “homem delinquente” de Cesare Lombroso. Essa denominação seria de um ente diferenciado, diferente dos seres humanos normais.

Analisando-se a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, verifica-se que a manutenção do instituto da reincidência penal ia de encontro aos ideias positivistas, baseado em um Direito Penal de autor e não do fato.

O item 25 da Exposição de Motivos do Código de 1940 deixa clara a assunção de uma subjetividade. Vale aqui a transcrição:

> 25. Ao prever as circunstâncias agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, o projeto apresenta um cunho nitidamente subjetivista. O crime em si mesmo, na sua materialidade, passa, aqui, para um segundo plano. O que importa, principalmente, é o crime *em função do seu autor* [...]

A reincidência foi primeiramente tratada no artigo 44, I, do Código Penal, cujo teor vale aqui transcrever:

> Art. 44. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
> I – a reincidência;

O artigo 46 do Código Penal de 1940 trazia a seguinte redação:

> Art. 46. 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.
> § 1º - Diz-se a reincidência:
> I – genérica, quando os crimes são de natureza diversa;
> II – específica, quando os crimes são da mesma natureza.
> § 2º - Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que o constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

O artigo 47 do Código Penal de 1940 tratava dos efeitos da reincidência, veja-se:

> Art. 47 – a reincidência específica importa:
> I – a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo;

> II – a aplicação da pena mais grava em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no nº. I.

Em seguida, o artigo 78, IV, do mesmo Estatuto Repressivo dispunha que:

> Art. 78. Presumem-se perigosos:
> IV – os reincidentes em crime doloso"
> Casos em que não prevalece a presunção – 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 cinco anos, nos outros caso.

Dessa maneira, verifica-se que a contemplação da reincidência tinha como fundamentação a presunção de periculosidade do delinquente reincidente[334].

Com isso, consegue-se perceber o porquê da manutenção do instituto no Código Penal de 1940.

Todavia, no que tange à definição e esquematização da reincidência, o Código de 1940 representou um avanço[335].

O Código de 1940 distinguia a reincidência genérica da reincidência específica, conforme se verifica do disposto no artigo 46, § 1º, I e II.

Portanto, aqui, o conceito de crime da mesma natureza apresenta-se bem mais abrangente que aquele apresentado pelo Código de 1890, já que não considera como crimes da mesma natureza não apenas aqueles que violam o mesmo dispositivo legal, como o fazia o Código de 1890.

Dessa forma, não ocorreram os problemas apontados por Garcia ao comentar o Código de 1890, conforme anteriormente demonstrado.

Optando pela distinção entre reincidência genérica e específica o Código seguiu o modelo italiano, atribuindo à reincidência específica um tratamento mais severo[336].

Neste sentido, ensina ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA[337]: "A fórmula italiana, abraçada pelo Código pátrio, não se recomenda pela simplicidade e clareza."

---

[334] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: a nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 47.
[335] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 153.
[336] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.154.
[337] COSTA E SILVA. Antônio José da. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. São Paulo: Contasa, 1967, p. 208.

Por esta razão, afirma-se que o Código de 1940 representou um avanço, pois trouxe uma distinção que até então não havia sido feita nos códigos anteriores.

4.1.1.8. A reforma da Parte Geral feita pela Lei nº 7.209 de 1984

Em 11 de julho de 1984, entrou em vigor a Lei nº 7.209/84, a qual instituiu uma nova parte geral ao Código Penal de 1940.

Segundo NILO BATISTA[338], a reforma realizada em 1984 constituiu a prova definitiva da vitalidade e, consequentemente, da força do Código de 1940, apesar das inúmeras críticas sofridas na ocasião da sua entrada em vigor.

No que tange ao instituto da reincidência penal, a nova parte geral conferiu melhor tratamento às questões da reincidência e os seus reflexos na suspensão condicional da pena.

No mais, a Exposição de Motivos do Código[339] dispõe que a lei alterou a disciplina do instituto da reincidência, fundamentando que a Lei nº 6416/77, como foi promulgada, gerava situações injustas, pois o réu que tinha indeferida a suspensão condicional da pena, tinha em seu favor a prescrição da reincidência antes daquele beneficiado pela suspensão.

A injustiça importava que a pena menos grave produzia, no caso, efeitos mais graves ao condenado.

Por essa razão, há a atual redação do artigo 64, I, Do Código Penal, cujo conteúdo dispõe sobre o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houve revogação.

4.2. Teorias legitimadoras da Exacerbação da pena pela Reincidência

Vários são os argumentos utilizados por doutrinas diversas para justificar o agravamento da pena pela reincidência. As teorias variam de acordo com o

[338] BATISTA, NILO. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 482.
[339] BRASIL. *Código Penal*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000, Item 54 da Exposição de Motivos.

momento histórico, em razão das questões políticas em um determinado contexto social.

De qualquer forma, analisando-se os argumentos que a seguir serão expostos, percebe-se que, em todos, eles, a censura é dirigida à pessoa do delinquente. O que se pretende punir é a personalidade defeituosa do criminoso, o que remete a uma culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, o que não é mais admissível em um Direito Penal moderno que deve buscar o seu fundamento de validade na ordem constitucional.

O cerne da questão, portanto, reside que o Direito Penal deve prever punições dirigidas à prática de determinado fato tido pela norma como criminoso, e não à pessoa do criminoso[340].

Essa concepção foi muito aceita quando do florescimento do positivismo criminológico. No entanto, hoje isso não é mais pertinente.

Aqui serão verificados aqueles que são os mais expressivos.

4.2.1. Da insuficiência das penas impostas

O primeiro argumento que ora se apresenta, fundamenta o agravamento da pena pela reincidência no fato de a condenação anterior não ter produzido o efeito esperado frente ao condenado. Tanto é assim que o indivíduo voltou a delinquir.

Tem-se como partidário desse argumento CARRARA[341], cuja defesa se baseia na ideia de que, quando um indivíduo, mesmo tendo sido condenado e cumprido sua pena, volta a delinquir é inegável que a pena resultante da condenação anterior ou foi ineficaz ou foi insuficiente, não permitindo que o efeito esperado fosse alcançado.

Continuando, o autor leciona que o reincidente revela uma insensibilidade, uma rebeldia e um desprezo à pena anterior aplicada, razão pela qual deve ser punido mais severamente e com maior rigor, quando volta a praticar outro crime, pois, neste caso, ele receberá a sanção adequada.

---

[340] Nas lições de BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*- II: Teoria do Delito (introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade). Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 139. "[...] o direito penal de autor renuncia a esse esforço e sua expressão mais grosseira reside no tipo de autor, ou seja, na pretensão de que o tipo legal apreenda e demarque personalidades e não atos, proíba ser de determinada maneira e não fazer certas ações conflitivas."

[341] CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: Parte Geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, v II, p. 217.

Na verdade, no momento da criminalização primária, ou melhor, no momento da elaboração das leis, o legislador prevê, levando em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico ou da gravidade da exposição a perigo de determinado bem "protegido" pela norma penal, a quantidade de pena a ser aplicada, entendendo ser esta suficiente e proporcional ao fato praticado[342].

No entanto, para essa teoria, também denominada de teoria positiva acerca da reincidência[343], se, apesar da pena sofrida, o indivíduo volta a delinquir, presume-se que não experimentou a pena.

Todavia, quando depois de haver experimentado o efetivo padecimento um condenado volta a delinquir, está sinalizando que desprezou a pena, pois esta foi insuficiente, já que suas finalidades de prevenção geral e especial não foram alcançadas.

Neste pensar, pode-se concluir que tal teoria se baseia no caráter retributivo e, em especial, no caráter preventivo da pena.

Os argumentos apresentados, portanto, demonstram a opção inequívoca pela teoria utilitária da prevenção – especial e geral- negativa da pena.

Ocorre, entretanto, que a afirmação de que a pena é uma lição dada ao condenado que evitará que, no futuro, volte a delinquir, em razão da experimentação do sofrimento é, pelo menos, hodiernamente, equivocada, visto a redução dos elevados índices da reincidência como um dos grandes desafios da sociedade atual.[344]

Também não se justifica o agravamento da pena do reincidente, sob o fundamento de que o mesmo desprezou a condenação anterior, pois, se a pena anterior demonstrou-se inapta e insuficiente em relação a seus fins de intimidação e reinserção do condenado, resta naturalmente evidenciado o seu fracasso como pena em si.

O argumento falacioso defendido pela teoria apresentada, em especial pelo fato de ter o condenado menosprezado a condenação anterior, posto ter sido a pena insuficiente, só evidencia o fracasso da pena, bem como aponta uma "suposta" falta do legislador, que não soube calcular o *quantum* de pena propiciaria o condenado a respeitar a norma penal e, logo, não voltar a delinquir.

---

[342] Para TAVARES, Juares. *Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v.0, n. 0, p. 84.

[343] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 75.

[344] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. Belo horizonte: Mandamentos, 2005, p.76.

A falácia consiste em acreditar que a pena é eficaz quando bem quantificada, quando, na verdade, ela reflete o fracasso dos métodos punitivos empreendidos pelo Direito Penal.

BETTIOL[345], apresentando considerações críticas aos argumentos apresentados e defendidos por Carrara, leciona que a reincidência acarreta uma agravação jurídica da pena, pois a inclinação ao crime, que existe no íntimo do réu, requer uma expiação particular com uma pena que não considera mais o novo crime praticado, porquanto leva em conta determinado modo de ser do agente.

Para o referido autor italiano, quando a lei falar em reincidente penal, está, na verdade, atribuindo ao condenado uma qualificação jurídica subjetiva, está fazendo menção às "qualidades" da personalidade do réu.

Continuando, o autor exemplifica sua teoria no seguinte exemplo: "[...]Pode-se dizer que quem pela primeira vez furta, é punido porque furtou; no caso de reincidência, é punido porque é larápio.[346]"

Logo, verifica-se que a exasperação da pena ocorre não em razão do fato, mas em razão do caráter do condenado.

Os argumentos de BETTIOL, portanto, baseiam-se no tipo penal de autor e na culpabilidade de caráter, uma culpabilidade pela conduta de vida, típica do positivismo criminológico. Tal ideia não se coaduna com o Direito penal preocupado com a efetividade e com um Estado Democrático de Direito.

Segundo, BETTIOL, a reincidência baseia-se em uma qualidade natural do agente de inclinação ao crime.

Os conceitos atribuídos à personalidade criminosa do agente são muito imprecisos e o Direito Penal não é competente para aferir a personalidade do indivíduo, competência exclusiva das ciências médicas e levando-se em conta cada caso concreto.

Realmente, qualquer tentativa de conceituação e de classificação dos seres humanos, sejam eles delinquentes ou não, é realmente, difícil, pois nada é mais complexo do que a personalidade do homem.

---

[345] BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. III, p.16.

[346] BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. III, p.17.

Em definitivo, não parece razoável insistir em uma pena privativa de liberdade que se revelou inócua e ineficaz na prevenção do crime e no combate à criminalidade e, consequentemente, na redução da reincidência.

Aumentar a dose de um remédio que se mostrou ineficaz não redunda em qualquer resultado benéfico para o combate à doença.

4.2.2. Da Maior Periculosidade do Reincidente

Deve-se à Escola Positivista Italiana[347] o pioneirismo do estudo do homem criminoso, classificando os homens em homem delinquente ou anormal e o homem não delinquente ou normal.

Essa distinção entre homem "normal" e homem "anormal" baseou-se na ideia de periculosidade do agente delinqüente. Para a Escola Positiva o delinqüente era sempre psicologicamente um ser anormal.[348]

Embora cada integrante da Escola positiva, como o foram Lombroso, Ferri e Garófalo, tenham apresentado seu próprio enfoque, trilharam distintos caminhos na fundamentação de suas teses.

Enquanto o ex-médico militar Cesare Lombroso (positivismo bioantropológico) enfatizou aspectos bioantropológicos, formulando e desenvolvendo sua teoria do delinquente nato, uma espécie de ser atávico, degenerado, marcado por uma série de características físicas e estigmas corporais, tais como anomalias do crânio, a reincidência revela um criminoso nato.[349]

Lombroso buscava seus "modelos" nos manicômios e nas prisões para comprovar as teses por ele defendidas. Desse modo, o autor italiano encarou a delinquência sob o aspecto do delinquente, com minucioso estudo sobre sua anatomia, fisiologia e psiquiatria.

---

[347] A Escola Positivista italiana ficou conhecida, sobretudo, pela influência das ciências médicas no Direito Penal, em especial, pela obra de Cesare Lombroso denominada "O Homem Delinquente", em que atribuía às características morfológicas do indivíduo a predisposição à vida criminosa, fazendo surgir na literatura a denominação "criminoso nato". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: a nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 45.

[348] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 47.

[349] A tese do criminoso nato foi rejeitada por Von Liszt, vez que para ele as razões do crime estavam nas relações sociais. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 48.

Ferri (positivismo penal-sociológico), além de ratificar o pensamento de Lombroso em relação às condições orgânicas e psíquicas do criminoso, realçou os fatores sociológicos ou sociais, tais como a miséria, a educação e a influência das condições do ambiente.

O autor compatibilizou, assim, a versão naturalista lombrosiana com a ideia da defesa social[350]. A pena era uma repressão necessária para defender a sociedade contra a periculosidade de alguns indivíduos.

Com efeito, o delito era simplesmente o sintoma, um fato que denota a personalidade perigosa de alguns indivíduos. Por esta razão, a reincidência reflete, sobremaneira, uma periculosidade exacerbada, razão que justifica, impreterivelmente, um aumento na pena.

Nas lições de ANITUA[351]

> Nesse sentido, pode-se perceber que Ferri subordinava a tarefa criminológica à questão biológica e também à sociologia. A criminologia, desse modo, se transformaria na forma de salvar as derivações metafísicas do direito penal por intermédio dos dados empíricos da biologia e da sociologia.

Garófalo (positivismo idealista), por sua vez, defendia a teoria de que a busca pela defesa social era a luta contra os seus inimigos naturais. Mais do que o delito natural, o que o impulsionava era a existência de um delinquente natural que era determinado por um racismo mais idealista do que científico.

Foi, certamente, com Garófalo que foi introduzida a noção de periculosidade, tão cara ao positivismo, uma vez que utilizou pela primeira vez a expressão em um artigo publicado em 1878[352].

Nesse sentido, ANITUA[353]

> A periculosidade – temeritá – seria definida como “perversidade constante e ativa”, mediante a qual recomendava que a pena de prisão não deveria ser proporcional ao dano ocasionado, mas sim à dita periculosidade do sujeito.

---

[350] ANITUA. Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2007, p. 311.
[351] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2007, p. 312.
[352] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2007, p. 314.
[353] ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2007, p. 312.

Certo é que, com a Escola Positiva, nasceu a criminologia científica que, apesar de todas as restrições e críticas que lhe são atribuídas, possui mérito que não lhe pode ser tirado, qual seja: o de abrir caminho para o estudo do individuo delinquente.

A Escola Positiva, que se opunha à Escola Clássica, apresentou uma característica metodologicamente marcada pelo método experimental, além da negação da culpabilidade individual e do livre arbítrio como seus fundamentos.

Isso se deve ao fato de que o movimento positivista no campo do Direito Penal resultou de uma necessidade de reforma, eis que estava evidenciada a ineficácia do sistema penal clássico como meio de repressão à criminalidade. Defendia-se a substituição do princípio da retribuição (fundado no livre arbítrio), por um sistema de prevenção especial com base no estudo antropológico do homem delinqüente.[354]

No final do século XIX, as teses lombrosianas haviam logrado grande êxito em todo o mundo e influenciado vários estudiosos. Contudo, no início do século XX, fortes críticas irromperam em relação às teorias biológico-antropológicas apresentadas pela Escola Positivista.

Uma dessas principais críticas refere-se ao estudo limitado feito, principalmente, por Lombroso, já que o mesmo limitava-se a observar criminosos condenados que se encontravam em estabelecimentos penitenciários, sujeitos, portanto, às condições e aos efeitos do aprisionamento.

Importa aqui remarcar que o crime e o criminoso não podem ser considerados e analisados isoladamente, desprezando-se outros fatores e circunstâncias importantes.

Desta forma, para a Escola Positiva, o tratamento dado à reincidência deve-se à maior periculosidade. O tratamento especialmente grave dado à reincidência obedece, na realidade, à necessidade de defesa da sociedade perante o reincidente, que com sua repetida atividade criminal demonstra temibilidade e periculosidade maiores que as do delinquente primário.

---

[354] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 45.

Por esta razão, o Estado, quando exaspera a pena do crime em razão da reincidência, o faz em caráter preventivo, e não como medida repressiva. Pune-se com maior severidade para impedir que no futuro volte a delinquir.

Esse raciocínio foi utilizado na elaboração do Código Penal de 1940 como expõe o item 25 de sua Exposição de Motivos, bem como o artigo 78, IV, do *Codex* repressivo.

COSTA E SILVA[355] lecionava que, na elaboração do Código Penal de 1940, alguns criminalistas puseram em dúvida que se pudesse considerar a recidiva criminosa como motivo de agravação da pena, em razão de acarretar a violação da regra de *non bis in idem*[356], pois o delinquente tinha a sua pena exacerbada por um fato pelo qual já fora punido. Com esse fundamento, também seria levantada a menor culpabilidade do agente, pois a repetição do delito lhe diminuía a liberdade.

No entanto, salienta o autor, que venceu a opinião oposta, reconhecendo a recidiva reconhecia-se também a tendência perversa e perigosa, havendo a necessidade, portanto, de uma repressão mais severa.

A Exposição de Motivos do Código de 1940, item 25, deixou bem clara a posição ao dispor que:

> Um dos pontos culminantes do projeto é a disciplina da agravante da reincidência. A Comissão revisora não se deslembrou de que a eliminação da reincidência é o grande problema, a absorvente preocupação da política criminal contemporânea, e não pode deixar de ser um dos objetivos primaciais de um código penal.
>
> Em qualquer de suas espécies, a reincidência faz presumir a periculosidade.

A tese desenvolvida pelos autores da Escola Positiva de que a reincidência determina uma agravação das consequências jurídicas do segundo delito, em razão da maior periculosidade do reincidente é coerente com o seu postulado fundamental, uma vez que para essa Escola penal a sanção penal recai em razão da periculosidade, e não de sua culpabilidade.

Pertinente à periculosidade leciona MIGUEL REALE JUNIOR:[357]

---

[355] COSTA E SILVA, Antônio José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Contasa, 1967, p. 204.

[356] De acordo com o princípio do *non bis in idem* não se deve castigar uma pessoa duas ou mais vezes pelo mesmo fato, pois isso equivale à imposição de mais de uma penalidade.

[357] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34.

> a periculosidade sempre foi o recurso dos sistemas políticos totalitários, como se decom o nazismo e o comunismo, em que alcançavam relevo a predisposição de agir em ofensa ao são sentimento do povo alemão ou aos interesses da coletividade socialista.

Na verdade, o agravamento da pena pela reincidência justificava-se, também, em razão do maior perigo que o reincidente oferece à segurança geral.

4.2.3. Causa de Agravamento do Injusto

Esta teoria defende a ideia de que o fundamento para a agravação da pena pela reincidência reside na maior gravidade do injusto.

Tal teoria é defendia por MIR PUIG[358], cujo argumento reside no fato de que o sujeito reincidente demonstra maior desprezo e rebeldia aos valores jurídicos, mesmo tendo conhecido o terror representado pela pena.

Todavia, o referido autor reconhece que o fundamento apresentado é insuficiente para agravar a pena do reincidente, dado o fato de que uma mera atitude interna do sujeito não pode afetar a graduação da lesão produzida.

ZAFFARONI[359], rechaçando a tese defendida por Mir Puig, leciona que tal teoria pode levar à falsa conclusão de que a reincidência é uma estrutura típica que pressupõe que, além do bem jurídico que restou afetado pela prática delituosa, também atinge outro bem jurídico, tutelado pela norma imposta da primeira condenação.

A crítica que se apresenta a esta teoria é a de que o desvalor do resultado e da ação do novo delito não se vê incrementado pela sentença condenatória anterior.

Não há, necessariamente, uma relação entre a condenação anterior e a prática de um novo delito, pois a gravidade da prática de um determinado fato delitivo não pode variar e sequer ser determinada pela simples existência de condenação anterior.

---

[358] MIR PUIG, Santiago. *La reincidência em el Código Penal* – análisis de los arts. 10, 14º, 10, 15º, 61, 6º y 516, 3º. Barcelona: Bosch, 1974, p. 523.

[359] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1983, v. V, p. 345.

4.2.4. Maior Culpabilidade

Para essa teoria, a exasperação da pena se sustenta sob o argumento de que há uma maior culpabilidade do réu, consistente na maior capacidade de delinquir.

No Direito Brasileiro, alguns doutrinadores posicionaram-se no sentido de adesão à tese da maior culpabilidade do indivíduo.

ANÍBAL BRUNO[360] defendeu o entendimento segundo o qual o fundamento da exasperação da pena do crime pela reincidência reside na maior reprovabilidade que recai sobre o agente. Como, segundo desenvolvido por Frank[361], reprovabilidade é culpabilidade, tem que haverá uma maior culpabilidade do agente.

Para o citado autor, o reincidente possui uma vontade persistente em violar a norma penal incriminadora, vontade esta que resiste à ação inibidora da sanção penal. Esta, portanto, não tem o condão de afastá-lo do crime, e nem mesmo a existência da agravante da reincidência consegue impedir a prática de novos delitos.

O reincidente, portanto, torna-se perigoso à paz social e aos bens jurídicos valorados pelo direito penal.

FABIANO MARTINS SILVEIRA[362] leciona que a reincidência não atinge o conceito analítico da culpabilidade, mas se contextualiza na dimensão da reprovabilidade direcionada ao autor do injusto penal, elevando a censura de culpabilidade que se formará no instante da aplicação da pena, ao serem perseguidos os fins de prevenção e repressão criminal.

Há, portanto, uma presunção de que o indivíduo age com intensa consciência da ilicitude durante a prática do novo delito, uma vez que já foi submetido ao sofrimento infligido pela pena.

Neste pensamento, segue CEREZO MIR[363], atribuindo, em caso de reincidência específica, uma maior gravidade de culpabilidade, e sustenta que esta só será maior em relação ao novo crime quando o sujeito já tiver sido condenado anteriormente por outro delito do mesmo título do Código Penal e da mesma natureza, requisitos estes previstos no Código Penal Espanhol.

---

[360] BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t.III, p. 114.
[361] FRAGOSO, Heleno Claúdio. *Lições de Direito Penal*: A nova parte geral. Rio de janeiro: Forense, 1986, p. 201.
[362] SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Fundamentos técnicos-jurídicos da reincidência no moderno direito penal*. Belo Horizonte: Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP), ano III, 1998, p.42.
[363] CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general (Teoria jurídica Del delito 2), v.III, p. 168.

O citado autor leciona que, quando o indivíduo pratica novo delito, já tendo sofrido condenação por delito anterior, age plenamente seguro da antijuridicidade de sua conduta e de que esta pressupõe uma punição.

No entanto, possui uma menor inibição à prática do novo delito.

Em relação aos delitos cometidos anteriormente, JESCHECK[364] afirma que, verdadeiramente, só se pode reprovar o indivíduo, em razão aos delitos praticados anteriormente, quando este não levou em consideração a advertência contida na sentença penal condenatória anterior, dentro do marco de uma sanção adequada à culpabilidade, sob requisitos rigorosos.

Para este pensamento, o indivíduo que já sofreu uma condenação anterior recebe uma maior cobrança, pois a ele lhe é exigido um especial dever jurídico em omitir a prática de infração penal.

Para esses autores que justificam o agravamento da pena pela reincidência o argumento utilizado é a maior culpabilidade do agente. No entanto, esse argumento é falacioso.

Neste sentido ROXIN[365], leciona que é bem duvidosa e discutível a vinculação do agravamento da pena do reincidente com uma maior culpabilidade, uma vez que a capacidade de resistir à tentação da prática de novos delitos não vai aumentando proporcionalmente ao número de condutas delituosas praticadas anteriormente, e, sim, diminui.

É este pensar, como será analisado posteriormente, que leva a que alguns doutrinadores defendam a tese de que a reincidência deveria ser uma circunstância atenuante da pena.

Verifica-se, portanto, que, para a teoria ora apresentada, entende-se que a reincidência é um fator relevante de graduação da culpabilidade.

Entretanto, não se pode estabelecer critérios intransigentes na avaliação da culpabilidade do agente, uma vez que é o caso concreto que vai poder determinar se há uma maior ou uma menor culpabilidade.

---

[364] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p.961-962.

[365] ROXIN, Claus. *?Que queda La culpabilidad penal?* Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Caderno de Política Criminal, nº 30, 1986, p. 676.

4.2.5. Maior Alarme Social

Outro fundamento apresentado em relação ao agravamento da pena pela reincidência diz respeito ao maior alarme social, que é capaz de provocar a conduta de quem já foi punido com uma sentença condenatória[366].

O presente argumento é apresentado por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS[367] que ensina que a reincidência penal tem a função de exercer uma intimidação para salvaguardar a segurança pública.

Assim, em defesa da sociedade, deve-se aumentar a pena com a finalidade de se transmitir para a sociedade uma maior tranquilidade.

O indivíduo condenado, tendo cumprido ou não a pena, e que volta a delinquir posteriormente, faz com que a imagem geral do direito como meio provedor da seguridade jurídica fique abalada.

Realmente, reconhece-se que a reiteração criminosa gera insegurança na sociedade e, consequentemente, maior alarme social. A sociedade, portanto, reclama uma punição mais severa e um tratamento mais rigoroso àqueles que, embora já tenham sido condenados e já tenham cumprido pena, voltam a delinquir.

Contudo, entende-se que os argumentos ora expostos carecem de fundamentação dogmática e jurídico-penal. É preciso ter-se em conta que a sociedade acredita que a pena é capaz de cumprir sua tríplice finalidade, qual seja: a de prevenção, de punição e ressocialização, afirmadas pelo discurso oficial das teorias da pena, que como será visto oportunamente, estão longe de corresponder à realidade.

4.2.6. Teoria do hábito de delinquir

Apresenta-se, também, a teoria de que o fundamento do aumento da pena reside no hábito de delinquir. Essa teoria é apresentada pela autora espanhola MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS[368].

---

[366] MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La reincidência*: tratamento dogmático y alternativas político-criminales. Granada: Comares, 1999, p. 185.

[367] MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La reincidência*: tratamento dogmático y alternativas político-criminales. Granada: Comares, 1999, p. 185.

Tal tendência tem sido seguida pelo Tribunal Supremo Espanhol, uma vez que o Código Penal espanhol, em seu artigo 94, contempla a habitualidade como razão para o agravamento da pena.

O Código Penal Espanhol assim dispõe sobre a habitualidade:

> *Art 94*
> *[...] los que hubieren cometido três o más delitos de los compreendidos en un mismo capítulo, em em plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ellos[...]*

Percebe-se aqui que do delinquente habitual se exige os mesmos requisitos que são exigidos do reincidente: a existência de uma sentença anterior.

Mais uma vez admitir o aumento da pena do crime em razão do hábito de delinqüir, significa considerar que o ordenamento jurídico ainda pune o delinqüente pelo seu caráter, sua personalidade, seu estilo de vida, o que viola um Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

Mesmo que se reconheça um abalo na seguridade jurídica com a prática de vários delitos cometidos por um mesmo agente, o que produz um maior alarme social e, consequentemente, um maior anseio pelo recrudescimento da pena por parte da população, não existe fundamento para o agravamento da pena pela reincidência.

Todos os argumentos aqui apresentados demonstram uma preocupação com a índole do delinquente, com sua personalidade, com a maneira como conduz a sua vida privada.

Todavia, o que se deve observar é o fato de que os penalistas não possuem conhecimento técnico para aferirem a personalidade do delinquente. Como já mencionado, essa árdua e difícil tarefa foi colocada nas mãos dos profissionais das ciências médicas.

O fato de um indivíduo voltar a delinquir não denota uma personalidade desviada, nem que a pena anterior foi insuficiente.

No mais, o que o Direito Penal de hoje pretende punir é o fato criminoso em si, e não a personalidade daquele que o praticou.

---

[368]MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La reincidência*: tratamento dogmático y alternativas político-criminales. Granada: Comares, 1999, p. 191.

A reincidência penal não se subordina aos critérios de responsabilidade e, sim, a critérios de periculosidade.

ROBERTO LYRA ao tratar do instituto esclareceu que: “Não é à técnica jurídica, porém à política criminal que devem ser pedidos os seus fundamentos, as suas modalidades e os seus efeitos.”[369]

Pensar de forma diferente é acreditar em um argumento falacioso, cujas implicações são muito perigosas, ainda mais em uma sociedade em que o estigma é sua maior cicatriz, como é o caso do Brasil.

Vale, dessa forma, refletir que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que os traços ainda persistentes do positivismo devem ser expurgados do ordenamento jurídico.

[369] LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 317.

5. UMA INVERSÃO NA CONCEPÇÃO NORMATIVA DA REINCIDÊNCIA

> *"[...] A prisão jamais reabilitou pessoas na prática; provocou, ao contrário, a "prisionalização" dos internos encorajando-os a absorver e adotar hábitos típicos do ambiente penitenciário: caracteriza-se por acentuar uma criminalidade que deveria destruir (eficácia inversa) e repetir as mesmas reformas (isomorfismo reformista), em cada verificação histórica de seu fracasso."* [370]

[370] ARGUELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Disponível em <www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>

5.1. A Reincidência Penal como agravante da pena.

No capítulo referente ao estudo da reincidência penal, foi analisado o processo de inserção do instituto no Direito Penal Brasileiro, por meio do Código Criminal do Império de 1830, primeira legislação brasileira sobre o tema, já que, anteriormente, o Direito Penal era regulado no Livro V das Ordenações Filipinas.

Em que pese a reincidência penal ser um instituto já conhecido na antiguidade, sua difusão se deu, especialmente, com o advento do Código Penal Francês, de 1810, que serviu de modelo para vários códigos da América Latina, como foi o caso do Código Criminal do Brasil de 1830.

Vale destacar, no início deste capítulo, a importância que o Iluminismo e a Revolução Francesa tiveram para o Direito Penal, uma vez que foi em razão desses fatos históricos que se iniciou uma reforma penal,[371] diante da necessidade de banir as penas corporais e cruéis e da necessidade de se encontrar uma punição que fosse suficiente para impedir a prática de delitos.

Cumpre trazer a lume o fato de que a necessidade de encontrar uma pena substituta às penas corporais iniciou-se em meados do século XVI. Todavia, o motivo não foi exatamente a humanização das penas, mas, sim, encontrar uma pena que satisfizesse as necessidades econômicas da Europa nesse período. Com isso, surgiu a prisão com a finalidade de preencher o vazio deixado pelas penas corporais.

No entanto, em razão da necessidade de se estabelecer uma punição que fosse suficiente para intimidar os indivíduos e desestimulá-los a praticar infrações penais, o poder punitivo Estatal deveria adotar regras básicas para a obtenção do resultado de prevenção, tanto geral quanto especial.

Por derradeiro, a legislação penal francesa deveria possuir o que FOUCAULT[372] chamou de especificação ideal, também conhecido no Direito Penal Brasileiro como princípio da estrita legalidade, já que o código deveria ser exaustivo e explícito na definição dos crimes.

---

[371] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 76- 79.

[372] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 82.

No entanto, só isso não era suficiente para a obtenção do resultado de prevenção. Era preciso mais, pois a pena aplicada, em reprimenda à prática criminosa, não poderia ser igual para todos os criminosos, em razão de eles possuírem diferentes graus de perversidade. Esse pensar fez com que surgisse a preocupação com uma individualização da pena.

Dessa forma, já que o castigo visava, principalmente, evitar a reincidência, no momento da aplicação da pena deveria ser aferida a personalidade, a conduta de vida e o grau de perversidade do criminoso[373].

Com efeito, a individualização da pena deveria ser obtida por meio da análise profunda, não do fato praticado, mas do próprio infrator, da sua natureza, do seu modo de viver e de pensar e, principalmente, da análise da sua vida pregressa.

Neste sentido, FOUCAULT[374] chama a atenção para o fato de que, nesse período, a forma de individualização da pena foi feita de forma antropológica,[375] o que favoreceu a difusão do instituto da reincidência penal.

A reincidência penal, portanto, era a prova da maior periculosidade do indivíduo, o que servia de argumento para a agravação da pena aplicada ao crime posterior.

No que se refere à aplicabilidade da reincidência no Brasil, tem-se que, com a independência do Brasil em 1822 e a consequente ruptura com a legislação portuguesa, tornou-se imprescindível a elaboração de uma legislação penal nacional que refletisse os postulados da nova Nação independente.

Assim, em 1830, o Brasil, utilizando-se de várias legislações estrangeiras como modelo, em especial, do Código Penal Francês de 1810, elaborou o seu Código Criminal, em que constava, em seu artigo 16, § 3º, o instituto da reincidência penal específica.

A reincidência manteve-se presente em todas as legislações penais brasileiras, assumindo um *status* de circunstância agravante da pena, sendo prevista, hoje, nos artigos 61, I, 63 e 64, todos do Código Penal.

---

[373] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 83.

[374]. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16ª ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 84.

[375] Antônio Joaquim de Macedo Soares questionava, em 1891, essa individualização antropológica da pena , uma vez que não se podia aplicar um único conceito absoluto de reincidência como agravante da pena sem distinção dos criminosos. SOARES, Antônio Joaquim de Macedo. *A Reincidência perante o novo Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista "O Direito", vol. 55, 1891, p. 530.

No que tange à natureza jurídica da reincidência, faz-se importante trazer a lume uma discussão iniciada, em 1891, sobre o (a) tecnicismo normativo do legislador ao inserir o instituto no rol das circunstâncias do crime.

Em que pese a reincidência sempre ter sido considerada uma circunstância agravante, ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES[376] questionou a natureza de circunstância conferida ao instituto, uma vez que não apresenta qualquer ligação com o fato criminoso, referindo-se apenas à pessoa do delinquente. Veja-se:

> E não a temos por circunstancia do crime porque não o circunda, não o acerca por qualquer lado, não influe n elle já quanto ao modo, já quanto ao tempo, já quanto á intenção. O crime anterior e o crime actual são factos distinctos, separados um do outro não só por certo trato de tempo, mais ou menos longo, como pela intencionalide, pelos motivos determinantes do primeiro e do segundo, e ainda pela diversidade dos meios, individuaes e sociaes, em que foram commettidos.

A argumentação apresentada baseia-se no fato de que a presença de determinados elementos subjetivos e objetivos conferem uma maior gravidade ao fato criminoso praticado e, por esta razão, autorizam um agravamento da pena.

São, portanto, elementos que se relacionam com o fato praticado, que circundam o crime, elementos que possuem uma conexão com ele.

No caso específico da reincidência penal, verifica-se que essa conexão inexiste, pois ela refere-se a um fato pretérito e que não tem qualquer liame com a nova infração praticada. Sendo assim, não deveria justificar o agravamento da pena do crime posterior se com ele não possui qualquer conectividade.

Isso porque circunstâncias do crime são elementos subjetivos ou objetivos que fazem parte do fato delituoso, agravando ou atenuando a penalidade, sem a modificação da essência do crime. Logo, as circunstâncias se agregam ao fato delituoso, sem alterá-lo substancialmente, embora produzam efeitos relevantes.

Posteriormente, no mesmo sentido, lecionaram também HELENO FRAGOSO,[377] FREDERICO MARQUES[378] e ANÍBAL BRUNO,[379] sob o fundamento de que a reincidência não possui qualquer conexão com o crime praticado.

---

[376] MACEDO SOARES, Antônio Joaquim. *A Reincidencia perante o novo Codigo Penal.* Rio de Janeiro: Revista O Direito, vol. 55, 1891, p. 530.
[377] FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. Parte geral. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 329.
[378] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1966, v. III, p. 80.
[379] BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. III, p. 111.

Pode-se concluir, portanto, que, tecnicamente, a reincidência não é uma circunstância do crime. Na verdade, o que ocorre é que o legislador, ao definir as circunstâncias agravantes, empurrou goela abaixo a reincidência como se ela fosse uma circunstância relativa ao crime, mas que nenhuma conexão tem com o mesmo.

Na verdade, a reincidência não deveria ser considerada causa de agravamento da pena, uma vez que tal fato retira do Estado a parcela de responsabilidade que lhe cabe na recidiva penal.

No que tange à justificativa para a inclusão da reincidência como circunstância agravante da pena, cumpre esclarecer que a legislação penal brasileira sempre utilizou-se da teoria da maior periculosidade do indivíduo. A título de exemplo, tem-se o artigo 78, IV, do Código Penal, de 1940, que mencionava ser a reincidência uma presunção de periculosidade do delinquente. Veja-se:

> Art. 78. Presumem-se perigosos:
> IV – os reincidentes em crime doloso"
> Casos em que não prevalece a presunção – 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 cinco anos, nos outros caso.

Sendo, portanto, um instituto relacionado exclusivamente à pessoa do delinquente e sendo um indicativo de periculosidade, verifica-se que a reincidência penal é um instituto que encontra identidade na Escola Positiva, em especial na Escola Italiana, em que o delinquente é o centro de toda a discussão[380].

Isso porque a Escola Positivista italiana baseava suas análises não na sociedade, mas na pessoa do delinquente, em razão de ter recebido grande influência da evolução do naturalismo positivista[381].

Acerca da Escola Positiva, ROBERTO LYRA[382] ensina que: "[...] Não há crimes, mas criminosos – replicaram os positivistas aos clássicos que consideravam os crimes e não os criminosos. Entretanto, os positivistas discriminaram os criminosos dos demais homens para puni-los [...]."

---

[380] LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 320.
[381] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*: a nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 45.
[382] LYRA, Roberto. *História do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano IV, nº 14, jul-set, 1966, p.13.

Dessa maneira, toda a explicação do crime deveria ser encontrada na análise do delinquente, encontrando em Lombroso a sua forma mais radical, pois o estudo desse autor concentrava-se na análise da estrutura fisiológica e anatômica do delinquente.

Assim, o positivismo criminológico veio, na verdade, legitimar a reincidência e seus efeitos gravosos. A Escola positiva, neste pensar, utilizava-se da periculosidade para justificar a aplicação da sanção.

Seguindo o pensamento esposado expressamente pelo legislador, pode-se afirmar que a reincidência gera um estigma para o criminoso, pois lhe confere um atributo negativo, uma vez que é considerado um indivíduo que não teme a norma penal e, portanto, não hesita em violá-la.

No que toca à localização topográfica da reincidência no rol das circunstâncias agravantes, vale destacar que tem suscitado acirrado debate doutrinário no que tange a sua constitucionalidade[383], uma vez que, sob um argumento ou outro, não encontra fundamento na nova ordem constitucional, sendo verdadeiro corolário do positivismo criminológico.

Por esta razão, várias justificativas foram sendo construídas pela doutrina no intuito de ver extirpado o referido instituto do ordenamento jurídico pátrio.

Importante esclarecer, todavia, que, como a reincidência penal existe desde o Código Criminal do Império e foi pela última vez corroborada pelo Código de 1984, sendo anterior, portanto, à Constituição da República de 1988, o presente trabalho usará o termo recepção, em vez de inconstitucionalidade.

Basicamente, o questionamento apresentado pela doutrina gravita em torno das justificativas seguintes: a reincidência viola o princípio da culpabilidade, da individualização da pena, da proporcionalidade da pena, do princípio do *non bis in idem*, do princípio da lesividade, da intervenção mínima e da humanidade.

Vale, nesta oportunidade, trazer à colação os fundamentos apresentados pelas teorias citadas, com o intuito de demonstrar como o instituto é mal visto pelo Direito Penal moderno, pelo menos por aqueles que buscam um Direito Penal efetivo, comprometido com os postulados da justiça e da máxima eficácia.

---

[383] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 103.

5.1.1. As teorias da não recepção da reincidência penal.

5.1.1.1. Teoria da violação do princípio da culpabilidade.

Sabe-se que a Constituição Brasileira de 1988 consagrou o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine* culpa, que significa que o Direito Penal deve basear-se na responsabilidade subjetiva.[384] Esse princípio também é extraído da leitura do artigo 19, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.

Portanto, sem a presença dos elementos subjetivos do dolo ou da culpa não se atribui qualquer responsabilidade ao indivíduo, mesmo ele tendo provocado um resultado danoso. Logo, esse efeito, por si só, não tem o condão de permitir a intervenção do Direito Penal no *status libertatis* do indivíduo.

Neste sentido, NILO BATISTA[385] enfatiza que a teoria da responsabilidade subjetiva transformou radicalmente as bases da responsabilidade penal, que antes era vista de forma objetiva.

O princípio da culpabilidade, assim como tantos outros que regem o Direito Penal, tem o objetivo de limitar o poder punitivo exercido pelo Estado. Por essa razão, quando o ordenamento jurídico se depara diante de uma ameaça de violação aos princípios limitadores do arbítrio do Estado, principalmente na área penal, deve combatê-la, sob pena de retorno a um Direito Penal há muito abandonado: O Direito Penal Medieval.

Esse argumento, por si só, justifica a perseguição de toda e qualquer causa que possa ferir o Direito Penal vigente em um Estado Democrático de Direito.

Quando se agrava a pena do crime, em razão de ser o criminoso reincidente, está se aplicando uma sanção mais gravosa, em razão da conduta de vida do agente, e não porque o crime praticado, posteriormente, é de maior gravidade do que o anterior. Essa fundamentação não se coaduna com um Direito Penal do fato, assim chamado por buscar a perseguição do fato criminoso, e não da pessoa do delinquente[386].

---

[384] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 103

[385] Ibidem.

[386] BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro* – II: Teoria do Delito (introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 139.

No dizer de ASSIS TOLEDO[387]: “[...] o direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está constituído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato [...]”.

Consoante anteriormente destacado, a reincidência importa na adoção de uma culpabilidade pela conduta de vida, pelo modo de pensar e de agir de um indivíduo, o que a torna incompatível com uma culpabilidade pelo fato praticado.

De acordo com essa argumentação, verifica-se que a reincidência se adequada perfeitamente às ideias propagadas pela Escola Positiva, que não encontra mais referência no Direito Penal da modernidade.

Portanto, o princípio da culpabilidade é inconciliável com o agravamento da pena pela reincidência, que enfatiza as “qualidades negativas” do delinquente, como se ele fosse o objeto de análise do Direito Penal.

5.1.1.2. A violação ao princípio da individualização da pena

O artigo 5º, XLVI, da Constituição da República, consagra o princípio da individualização da pena, na medida em que dispõe que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve levar em consideração a culpabilidade do agente.

A reincidência penal acarreta um agravamento obrigatório da pena para todo delinquente. Neste aspecto, todos são iguais, não importa a gravidade do crime praticado anteriormente, o bem jurídico atingido e o número de delitos praticados, o que faz da reincidência uma medida igual para todos. Todos são igualmente considerados indivíduos perigosos.

A individualização da pena deve ser feita de modo que cada indivíduo deve ser visto como um indivíduo único, com as suas particularidades.

Agravando-se a pena pela reincidência, o juiz não está analisando o criminoso perante aquele crime específico praticado e, sim, criando uma equação que acarreta o aumento da pena pelo simples fato de os delinquentes reincidentes possuírem uma característica em comum: a periculosidade.

Com efeito, todos os delinquentes reincidentes são presumidamente perigosos aos olhos da lei, o que torna a reincidência um instituto violador do

[387] ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 252.

princípio da individualização da pena. Isso porque ela provoca uma massificação, pois todos os reincidentes têm a pena do crime posterior aumentada pelo fato da existência de um ou mais crimes anteriores.

Dessa maneira, o instituto da reincidência penal e o princípio da individualização da pena caminham em sentidos opostos, o que faz da primeira um instituto não recepcionado pela atual ordem constitucional[388].

5.1.1.3. Violação do princípio da proporcionalidade da pena.

No século XVIII, quando se iniciou a reforma do Direito Penal, que visou à transformação de um Direito Penal marcado pela extrema crueldade de suas penas para um Direito Penal mais humanitário, BECCARIA,[389] além da humanização das penas, também sustentou a necessidade de a pena ser proporcional ao mal causado.

Para o aludido autor, a pena só alcançaria a sua eficácia se fosse moderada e adequada ao mal social causado pelo delito. Assim, a ideia de proporcionalidade está atrelada à ideia de justiça e de eficácia da sanção.

Embora o princípio da proporcionalidade já fosse encontrado na Lei de Talião,[390] com o famoso ditado "*olho por olho, dente por dente*", é com Beccaria[391] que o Direito Penal moderno se apropria da concepção de proporcionalidade da pena. Assim, as penas não podem ser maiores nem menores ao dano causado, sob pena de não alcançarem as finalidades que lhe foram traçadas.

Como corolário, deve-se levar em consideração a gravidade da lesão ou da ameaça de lesão ao bem jurídico, para, então, se chegar à pena adequada. Tem-se como adequada aquela pena que é proporcional.

Essa proporcionalidade é feita em dois momentos distintos. O primeiro se dá no momento em que o legislador estipula a pena em abstrato, prevendo uma pena

---

[388] CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Questões penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 221-222.

[389] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas.

[390] Os primeiro indícios da Lei de Talião são encontrados no Código de Hamurabi em 1780 a.c., na Babilônia. Encerra a ideia de correspondência , de correlação entre o mal causado e o castigo imposto.

[391] A Escola Clássica, à qual pertenceu Beccaria, é denominada por Roberto Lyra como período individualista e teve como lastro ideológico a Revolução Francesa. Assim, as ideias revolucionárias foram aplicadas à crítica e à reforma do Direito Penal primitivo por Beccaria. LYRA, Roberto. *História do Direito Penal.* Rio de Janeiro*:* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano IV, nº 14, jul-set, 1966, p. 08.

mínima e uma máxima, levando em consideração o bem jurídico que se pretende proteger. Trata-se da proporcionalidade exercida no âmbito do poder legislativo.

Em um segundo momento, a aferição da proporcionalidade se dá no âmbito do poder judiciário. Aqui, a proporcionalidade leva em consideração as características do fato concreto e suas consequências.

Desta forma, o juiz, ao proceder ao agravamento da pena, em razão da reincidência, está aplicando uma pena maior do que o dano causado ao bem jurídico. Isso porque, para que a pena seja proporcional, é inexorável que se analise exclusivamente o fato e suas circunstâncias subjetivas e objetivas, e a reincidência não tem qualquer ligação com o fato praticado.

5.1.1.4. Violação ao princípio de *non bis in idem*.

De todos os argumentos apresentados até agora, talvez o de maior expressão seja o da violação do princípio do *non bis in idem*.

De acordo com o referido princípio, não se deve aplicar uma reprimenda a uma pessoa mais de uma vez pelo mesmo fato, pois a pessoa estaria recebendo duas penalidades.

Com a reincidência, o delinquente recebe uma punição pela infração praticada, que é agravada em razão da existência de uma infração anterior.

O fato anterior praticado é alvo de uma dupla punição. A primeira ocorre na época do seu julgamento, e a segunda, mais tarde, quando da prática da nova infração.

Com efeito, a dupla punição é aplicada em momentos distintos no tempo, mas que, nem por isso, deixa de significar uma dupla sanção. O Direito Penal estende a sua mão punitiva castigando duplamente o criminoso.

A maior parte da doutrina tem defendido esse argumento para justificar a extirpação do instituto do ordenamento jurídico pátrio.

MARIA LÚCIA KARAM[392] leciona que:

[392] KARAN, Maria Lúcia. *A Aplicação da Pena: por uma nova atuação da justiça criminal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.06, p. 127.

> Mais importante, porém, é que nenhum dos argumentos levantados na tentativa de fundamentação da reincidência consegue se sobrepor ao fato incontestável de que o agravamento da pena de um delito (seja em quantidade, seja na forma de seu cumprimento), em função de um outro delito anteriormente praticado e pelo qual o autor já foi apenado, constitui uma aberta violação ao princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

No mesmo sentido, lecionam ALBERTO SILVA FRANCO,[393] PAULO DE SOUZA QUEIROZ,[394] ZAFFARONI[395] e PIERANGELI.

Dessa forma, a reincidência acarreta um duplicidade de sanção a um único fato criminoso praticado, o que viola o princípio do *non bis in idem,* razão pela qual doutrina nacional e estrangeira propugnam pela extirpação do referido instituto do ordenamento jurídico.

5.1.1.5. Violação do princípio da lesividade ou ofensividade.

De acordo com o princípio *nullum crimen sine injuria*, também conhecido por princípio da lesividade ou ofensividade, o legislador só pode selecionar determinadas condutas e atribuí-las o caráter criminoso se ofenderem um determinado bem jurídico[396].

Portanto, não pode haver crime sem lesão ou ameaça de lesão[397].

Tal exigência encontra-se prevista no artigo 98, I, da Constituição da República de 1988, que dispõe sobre os crimes de menor potencial ofensivo.

Conforme já analisado anteriormente, a reincidência não acarreta lesão a qualquer bem jurídico. No máximo, o que acarreta é uma violação ao sentimento de segurança social, mas apenas isso.

A reincidência não atinge qualquer bem jurídico[398]. Todavia, é capaz de acarretar um aumento na pena aplicada, o que viola o princípio da lesividade. O

---

[393] FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 781.
[394] QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.
[395] ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 839.
[396] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002, p. 383-384.
[397] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 92-94.
[398] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 95.

legislador, dessa forma, está punindo a conduta de vida do delinquente e não o fato praticado.

5.1.1.6. Violação ao princípio da intervenção mínima.

O Direito Penal é utilizado pelo Estado como instrumento de controle social. Todavia, a utilização do Direito Penal deve ser feita em caso de extrema necessidade, como a única solução a ser adotada. Isso porque o Direito Penal interfere no direito de liberdade do indivíduo, sendo tal medida considerada drástica, razão que a torna excepcional.

O ordenamento jurídico possui diversos instrumentos que visam dirimir os conflitos que venham a surgir em sociedade. Assim, possui um Direito Civil, outro Tributário, outro Administrativo, outro Ambiental, dentre outros, cada qual na sua especialidade.

O Direito Penal também é um instrumento de que se vale o Estado para solucionar conflitos. Todavia, conforme já esclarecido, em razão da agressividade da sanção aplicada, só pode ser utilizado nos casos em que os demais ramos do direito, que integram o ordenamento jurídico, mostrarem-se ineficazes.

Portanto, o princípio da intervenção mínima atua como limitador do poder legislativo, do qual derivam tanto o caráter fragmentário quanto o caráter subsidiário do Direito Penal[399]. Assim, em razão deste princípio, entende-se não justificar o tratamento mais gravoso dado ao reincidente, uma vez que este indivíduo, ao reincidir na prática delituosa, não viola qualquer bem jurídico.

Assim, ao agravar a pena o Estado está utilizando desse instrumento de controle social, que é o Direito Penal, de forma desnecessária, pois não há violação de bem jurídico.

5.1.1.7. Violação ao princípio da humanidade

A questão humanitária passou a permear o Direito Penal a partir do século XVIII, em razão dos movimentos filosóficos que defendiam o banimento das punições cruéis e, por conseguinte, desumanas, utilizadas pelo Direito Penal.

[399] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 85.*

Em verdade, o objetivo era impor limites ao poder punitivo estatal, que era premido pela arbitrariedade e pela injustiça de suas medidas. Pretendia-se conferir garantias aos cidadãos de forma que eles não mais fossem objeto dos caprichos do Estado Absolutista.

De forma a corroborar essa nova forma de pensar o Direito Penal, a Constituição da República de 1988 consagrou o princípio da humanidade, no artigo 1º, III, ao tratar da dignidade da pessoa humana, bem como a prevalência dos direitos humanos em seu artigo 4º, II, assim como quando vedou a cominação da pena de morte, das penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Neste pensar, JESCHECK[400] leciona que a política criminal deve ter como fundamento o princípio da humanidade.

O princípio da humanidade tem como corolário o princípio da proporcionalidade da pena, devendo a pena ser proporcional à infração cometida, conforme já salientado neste trabalho.

Somente uma pena proporcional é considerada justa e, consequentemente, observadora do princípio da humanidade[401].

Em definitivo, entende-se que o agravamento da pena pela reincidência viola o princípio da humanidade, posto que faz da pena aplicada totalmente desproporcional ao delito praticado.

5.2. Inversão da concepção normativa da reincidência penal.

Nos parágrafos anteriores, demonstrou-se que o instituto da reincidência penal é alvo de severas críticas por parte da doutrina, seja nacional[402], seja estrangeira,[403] e o objetivo desta crítica é a construção da ideia de extirpação do instituto do ordenamento jurídico.

---

[400] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 29.

[401] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 98.

[402] No Brasil, Nilo Batista, Maria Lúcia Karam, Alberto Silva Franco, Salo de Carvalho, Paulo de Souza Queiroz e Pierangeli defendem a incompatibilidade material da reincidência com a Constituição de 1988.

[403] Na doutrina estrangeira, há o questionamento do instituto da reincidência por Zaffaroni, Gustavo L. Vitale, Carmignani, Carnot, Mittermaier, Tissot, incluindo-os entre os abolicionistas do instituto da reincidência penal. VITALE, Gustavo L. *La reincidência contamina el derecho penal constitucional*. Revista Pensamiento Penal. Disponível em <www.pensamientopenal.com.ar/19042007/vitale.pdf. Acesso em: 20/05/2011

No caso da doutrina nacional, a fundamentação encontra-se na Constituição da República, de 1988, uma vez que esta assumiu uma postura garantidora dos direitos humanos e das garantias materiais e processuais do delinquente.

No âmbito da doutrina estrangeira, GUSTAVO L. VITALE[404] também utiliza como fundamentação a contrariedade ao direito constitucional, bem como aduz que a discussão sobre a ilegitimidade do tratamento mais rigoroso para o reincidente e a defesa da ideia de abolição do instituto é antiga, pois já era feita pela Escola Clássica do Direito Penal por vários de seus integrantes.

Portanto, as críticas apresentadas à reincidência penal baseiam-se na incompatibilidade material desta com diversos princípios constitucionais. Por esta razão, doutrina nacional e estrangeira debruçam-se na defesa da abolição da reincidência do Direito Penal.

Não obstante a existência desse segmento abolicionista, aqui apresenta-se uma vertente diferente. Isso porque a reincidência penal ocorre em razão de um comportamento do indivíduo, já condenado anteriormente, e que volta a praticar delitos, associado a uma conduta do Estado em enviar os delinquentes às prisões, que não são mecanismos aptos a promover a ressocialização.

Com base neste raciocínio, defende-se a existência de uma corresponsabilidade do Estado na reincidência penal.

Com efeito, ficando constatado que o reincidente teve, anteriormente, contato com o sistema social da prisão, deve o Estado ser apenado juntamente com o delinquente.

Essa repartição de responsabilidade se daria por meio da atenuação da pena pelo Estado-juiz, pois, ao reduzir a pena do condenado, em razão da existência da reincidência associada ao contato com o sistema social da prisão, o Estado está assumindo a sua parcela de responsabilidade na reincidência penal.

Assim como o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir a culpabilidade do agente, deve, também, aferir a responsabilidade do Estado na recidiva criminosa, em razão do descumprimento do preceito previsto no artigo 1º da Lei nº 7.210/84.

Obviamente, a inserção da reincidência no rol das circunstâncias atenuantes deve ser feita de maneira a respeitar o princípio da individualização da pena. Para

[404] VITALE, Gustavo L. *La reincidência contamina el derecho penal constitucional*. Revista Pensamiento Penal. Disponível em <www.pensamientopenal.com.ar/19042007/vitale.pdf. Acesso em: 20/05/2011.

tanto, não basta a comprovação de que o indivíduo é reincidente. Deverá ser analisado, também, se esse reincidente teve, em razão da prática de infração anterior, contato com o sistema social da prisão, em decorrência de condenação à pena privativa de liberdade.

No mais, deve-se, também, analisar todo o processo de prisionalização[405] do condenado, para, então, se aplicar, ao caso concreto, a atenuante da reincidência.

No que tange ao poder punitivo, é cediço que, quando há uma violação da norma penal incriminadora, automaticamente o Estado está autorizado a exercer o poder de perseguir o crime, aplicando uma sanção ao agente.

Na maioria dos casos, essa sanção, seja ela uma pena ou uma medida de segurança, irá acarretar a privação da liberdade do indivíduo. Isso se dá em razão de a pena privativa de liberdade ser, hoje, a pena por excelência do Direito Penal.

Não obstante modernamente haver a assunção, pela legislação, de medidas alternativas à pena prisional, a verdade é que a pena privativa de liberdade ainda vem sendo o principal instrumento punitivo utilizado pelo Estado.

Todavia, contrariamente ao disposto no artigo 1º, da Lei nº 7.210/84, a prisão não ressocializa, e o Estado pune o delinquente por meio do aumento da sua pena, como se a ressocialização fosse possível e dependesse exclusivamente da vontade do preso.

Uma das finalidades da pena é a obtenção da prevenção especial do criminoso, o que fez o Estado assumir o compromisso com a ressocialização, por meio da utilização da pena privativa de liberdade e suas respectivas medidas prisionais.

Entretanto, apesar de ter a ressocilaização como objetivo primordial a ser alcançado, conforme se depreende da leitura do artigo 1º, da Lei nº 7.210/84, o Estado é sabedor que a prisão não é mecanismo apto a obter a ressocialização mas, sim, um mecanismo garantidor da reincidência criminal por meio da neutralização, do embrutecimento e da mortificação do condenado.

Dessa forma, no momento da aplicação da pena, quando da verificação da existência da reincidência, o Estado deve averiguar se o agente teve contato com o

[405] "Todo esse processo seria chamado de "prisionalização", pois se trata de uma adaptação especial, na qual sobretudo o sujeito "desadaptado" não tem outro remédio senão aprender as formas de vida, usos e costumes que os próprios internos impõem no estabelecimento penitenciário." ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2008, p. 512-513.

sistema social da prisão. Nesta hipótese, o juiz deveria atenuar a pena do agente de forma a repartir a responsabilidade da reincidência com o Estado.

Assim, o que ora se propõe é a manutenção da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro, invertendo-se a sua concepção normativa. Com efeito, ao invés de atribuí-la o *status* de agravante, a reincidência adotará o *status* de atenuante.

Vale chamar a atenção para o fato de que essa ideia foi defendida por ANTONIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES[406] em 1891, em artigo apresentado para uma revista jurídica da época:

> Casos há, com effeito, que essa circumstancia deve-se antes considerar attenuante, e às vezes indifferente, tal qual se dá em outros casos, como, por exemplo, na noite e no lugar ermo.

Em que pese os argumentos apresentados pelo autor não serem os mesmos aqui defendidos, vale a citação para que se verifique que a proposta de mudança da topografia normativa da reincidência não é assunto dotado de novidade.

Como visto anteriormente, a reincidência representa um estigma, uma vez que se atribui uma característica depreciativa ao delinquente. Isso porque a reincidência utiliza o elemento da periculosidade, transformando o delinquente em um "inimigo social" que deve ter a sua "predisposição ao crime" severamente combatida.

Sem dúvida alguma, o reincidente é punido mais severamente em razão da sua conduta de vida, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Por tudo isso, tem-se que a reincidência traz aos dias atuais uma época em que o homem era julgado e condenado, em razão da sua anatomia, dos seus pensamentos e do seu estilo de vida.

Desse modo, continuar conferindo tratamento mais severo, em razão de uma presunção de periculosidade é caminhar em sentido oposto a um Direito Penal Efetivo.

Hodiernamente, o ordenamento jurídico busca não só um direito processual efetivo, que garanta uma tutela jurisdicional adequada, mas também um Direito Material efetivo, que adote mediadas que garantam a eficácia da sanção.

---

[406] SOARES, Antonio Joaquim de Macedo. *A Reincidência perante o novo Código Penal.* Rio de Janeiro: Revista O Direito, vol. 55, 1891, p. 530.

Assim o é no Direito Penal. E isso significa a adoção de uma Dogmática atrelada à realidade social e que caminhe *pari passu* com a Política Criminal, também preocupada com os postulados sociais e com a visão de que a pena privativa de liberdade é instrumento de caráter excepcional.

A reincidência só comprova que o Estado não obteve êxito em ressocializar. Logo, se parcela da responsabilidade pela reincidência cabe ao Estado, ele deve reduzir a pena, levando em conta parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Ser considerada uma agravante significa que ela tem o condão de provocar um aumento na pena do delinquente. Mas o que justificaria esse aumento? A maior periculosidade? A maior culpabilidade do delinquente?

Com a adoção da reincidência, o legislador está presumindo que aquele indivíduo, por ter reincidido na prática delitiva, representa um perigo a mais para a sociedade.

Entretanto, verifica-se uma *mea* culpa do Estado na reincidência, em razão de lançar o delinquente em um sistema criminalizante e estigmatizante que é o cárcere.

Ao inserir a finalidade ressocializadora no artigo 1º, da Lei de Execuções Penais, o Estado espera que a função de prevenção especial atribuída à pena criminal realize o objetivo de evitar crimes futuros mediante a correção do autor do fato por meio da execução da pena utilizando-se da psicologia, da assistência social e, da sociologia, na tentativa de transformação do preso mediante trabalhos técnico-corretivos realizados no interior da prisão.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS[407] faz a distinção entre a ação positiva, que se dá por meio da correção na fase de execução penal, e uma ação negativa, pois há a proteção da sociedade pela neutralização do autor por meio da prisão.

Essa concepção de a prevenção especial ser obtida por meio do cárcere é alvo de críticas, em razão do fracasso histórico do projeto da prisão, caracterizado pelo chamado "*isoformismo reformista",*[408] e a continuidade do mesmo projeto fracassado.

Ao nível da *execução* da pena, em geral admitida como *ultima ratio* da política social, a introdução do condenado na prisão inicia um duplo processo de transformação pessoal: um processo de *desculturação* progressiva, consistente no

[407] SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal: *Realidade e Ilusões do Discurso Penal*. Brasil, disponível em < www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal> Acesso em 22/07/2011.
[408] *Ibidem*.

desaprendizado dos valores e normas próprios da convivência social; um processo de *aculturação* simultâneo, consistente no aprendizado forçado dos valores e normas próprios da vida na prisão; os valores e normas da violência e da corrupção – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão.

Após o cumprimento da pena, esse processo de recíproca desestruturação e reestruturação da personalidade, atualmente conhecido como *prisionalização* do condenado, é agravado pelo retorno do egresso às mesmas condições sociais adversas que estavam na origem da criminalização anterior.

5.3. O papel negativo exercido pela mídia. A razão de existência de um Direito Penal Simbólico.

Na América Latina, a preocupação com a violência criminal tornou-se uma obsessão coletiva e toma proporções que, de tão graves, lembram os tempos sombrios das ditaduras militares, quando a doutrina de segurança nacional legitimava a tortura e todas as demais formas de violação dos direitos humanos em nome da razão de estado.

Hoje, é com fundamentação na segurança pública que se tornam facilmente sacrificáveis a democracia e os direitos humanos. Fala-se em Direito Penal de Emergência, Direito Penal Simbólico e Direito Penal do Inimigo.

A resposta ao problema da criminalidade concentra-se mais nos efeitos do delito do que nas raízes estruturais, que são econômicas, sociais e político-ideológicas.

A sociedade persegue os criminosos em vez de atacar a violência estrutural, razão da definição e seleção de determinados indivíduos como tais, simultaneamente à imunização de outros.

Obviamente, o autor de um fato criminoso deve receber a sanção prevista pela norma penal incriminadora. No entanto, o que se tem, hoje, é uma exagerada perseguição a um determinado grupo de indivíduos que se enquadram no perfil de delinquentes criados pelo Direito Penal.

Para analisar o tema que aqui se propõe, parte-se do pressuposto de que o acirramento dessas tensões resulta das contradições inerentes à estrutura social,

política e econômica das sociedades contemporâneas, ao enfrentarem inúmeras crises.

Para KATIE ARGUELLO,[409] o pano de fundo teórico da atual segregação punitiva continua a ser uma criminologia positivista que mistifica os mecanismos de seleção e de estigmatização da criminalidade, atribuindo-lhes simultaneamente uma justificativa ontológica de base científica, e dessa maneira contribui à produção de estereótipos e de preconceitos sobre a criminalidade e o criminoso.

Assim leciona a autora:

> A criminologia positivista tradicional caracteriza-se por um paradigma etiológico, pelo qual a criminalidade se torna um atributo de determinados indivíduos ("anormais"), cuja propensão a delinqüir pode ser determinada pelas suas características biológicas e psicológicas (diferenciando-os dos indivíduos "normais"), ou pelos fatores socioambientais a que estão submetidos. Essa criminologia etiológica (individual ou socioestrutural) parte das seguintes questões, entre outras: quem é o criminoso? Por que pratica o crime? Quais fatores socioambientais influenciam nas taxas de criminalidade? Enfim, busca as causas ou os fatores da criminalidade com o objetivo de individualizar as medidas adequadas para eliminá-los, intervindo sobre o comportamento do autor. A ideologia da defesa social ainda predomina na criminologia contemporânea, embora tenha sido questionada e praticamente substituída por um outro paradigma, o do *labeling approach* (paradigma da reação social).

O Direito Penal é um sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções.

No que tange à definição de crimes, constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas.

Quanto à aplicação das penas, constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social.

Por fim, quanto à execução da pena, constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material, mas com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo.

---

[409] ARGUELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal*: invertendo o discurso da ordem. Disponível em <www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf> Acesso em: 20/07/2011.

Sobre o assunto, KATIE ARGUELLO esclarece que:

> Deslinda-se em definitivo o caráter desigual do sistema penal, o qual, por um lado, pune certos comportamentos ilegais (das classes subalternas) para encobrir um número bem mais amplo de ilegalidades (das classes dominantes), que ficam imunes ao processo de criminalização; e, por outro, aplica de modo seletivo sanções penais estigmatizantes, especialmente a prisão, incidindo no *status* social dos indivíduos que fazem parte dos setores mais vulneráveis da sociedade, os quais, dessa maneira, permanecem impedidos de ascender socialmente.[410]

Dessa maneira, a manutenção da reincidência como circunstância agravante da pena oferece uma resposta à sociedade e, consequentemente, à mídia, o que dificulta o processo de inversão de sua concepção normativa.

5.4. Finalidades subjacentes ao cárcere.

A prisão jamais ressocializou, sendo, portanto, um instrumento punitivo inócuo à obtenção da finalidade de prevenção especial que se pretende obter com a pena.

Não obstante o fracasso da prisão, esta é o instrumento punitivo mais utilizado, em razão de o Código Penal contemplá-la em quase todos os tipos penais. Tornou-se, assim, a pena por excelência, utilizada como a solução para todos os males.

Não obstante, em uma sociedade em que a liberdade pertence a todos, a prisão não deveria ser a pena por excelência. No entanto, o poder econômico permite que a pena seja quantificada segundo a variável do tempo, funcionando, assim, como uma "*forma-salário da prisão,*[411]" pois a sociedade a vê como uma reparação não só para a vítima como para a própria sociedade.

FOUCAULT[412] sintetiza essa relação como "[...] Obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalências quantitativas delitos-duração."

Além do objetivo jurídico-econômico, a prisão também possui uma finalidade técnico-disciplinar, pois visa à modificação do criminoso.

Por isso, é tão aceita pela sociedade.

---

[410] ARGUELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: <www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf> Acesso em: 20/07/2011.
[411] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. 16ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 196.
[412] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. 16ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 196.

Apesar do fracasso da prisão esta ainda é largamente utilizada e previstas nos Códigos de vários países sob o pretexto de propiciar uma oportunidade de reinserção social dos criminosos.

No entanto, a propagação da ideia de ressocialização visa encobrir a finalidade oculta do cárcere: a de neutralização dos marginalizados criminais.

Neste sentido, FOUCAULT[413] leciona que:

> E se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não "vemos" o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.

Com isso, assegura-se que aqueles indivíduos indisciplinados, que vivem à margem da sociedade capitalista, mantenham-se distantes, de forma que os problemas estruturais responsáveis pelas desigualdades socioeconômicas e que contribuem para o aumento da criminalidade sejam esquecidos pela sociedade.

No mais, a prisão torna-se, na visão social, um lugar de "armazenamento" dos indivíduos perigosos, inaptos à vida em sociedade, fazendo, assim, com que a sociedade lembre-se tão somente daqueles que praticam os crimes, e estabelecendo um perfil da população que deve ser enviada e mantida no cárcere, de forma que estas pessoas retornem para o meio prisional.

A prisão realiza, assim, a função de produzir a relação de desigualdade e os sujeitos submissos dessa relação por meio da subordinação estrutural do trabalho ao capital e à disciplina requerida pelo sistema capitalista fundado no binômio cárcere/fábrica.

A perplexidade que essa realidade causa deve-se ao fato de que essa concepção de neutralização e utilização dos corpos dos condenados é a mesma utilizada no século XVI, o que demonstra um retrocesso do Direito Penal em uma época em que se busca a sua efetividade.

Não por acaso, a forma específica pela qual o Direito Penal moderno realiza a retribuição equivalente, medida em tempo de privação de liberdade, tornou-se definitiva no século XIX.

Embora as prisões e as celas já existissem na Antiguidade e na Idade Média, além de outros meios de violência punitiva, naquelas épocas os indivíduos

[413] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Nascimento da Prisão. 16ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 196.

permaneciam encarcerados até que pudessem pagar os danos causados ou até a morte[414].

É com a adoção da pena privativa de liberdade temporária que surge a ideia de ressocialização, mas desde esse momento o indivíduo era lançado em um ambiente que o faria escravo do sistema social da prisão.

Dificilmente o criminoso conseguirá desvencilhar-se do sistema social da prisão, ficando a ele atrelado. O círculo vicioso forma-se da seguinte forma: Condenação→ cárcere→ segregação, estigmatização e não ressocialização→ reincidência→ nova condenação com agravamento da pena→ retorno ao cárcere.

Cabe destacar que se detectou nas últimas décadas um aumento da população carcerária. Esse aumento deve-se, e muito, ao grande clamor social por punição, além da marcante retração do Estado social e de expulsão de um enorme contingente de trabalhadores para a economia informal. Isso porque a maior parte da população não possui qualificação profissional para ocupar as vagas exigidas pelo capitalismo.

A rede de instituições carcerárias (prisões, colônias, manicômios), nas lições de GOFFMAN[415], tornou-se uma "alternativa ao emprego", uma maneira de utilizar ou de neutralizar a população inassimilável pelo mercado.

Com a progressiva degeneração do Estado social em Estado penal, confirmam-se as teses fundamentais da criminologia crítica sobre a relação entre mercado de trabalho e sistema punitivo.

O problema penitenciário, hoje, pode ser resumido da seguinte forma: Quando há uma diminuição do Estado Social, em razão da não observância das obrigações positivas do Estado, aumenta-se o Estado Penal, por meio da punição que recai, quase sempre, sobre a liberdade do indivíduo.

Vale esclarecer que, em que pese o aumento da utilização de penas alternativas à pena prisional, a verdade é que, ainda hoje, a pena privativa é utilizada em larga escala como reprimenda a condutas delituosas, que poderiam ser facilmente punidas sem a privação da liberdade, em especial, nos crimes praticados sem violência à pessoa.

---

[414] GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 12.

[415] GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 7ª ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2001, p. 41.

O sistema social da prisão, consoante já analisado, provoca o embrutecimento, a deformação da personalidade do criminoso, o que provocará o seu retorno ao cárcere.

Vale destacar que alguns penalistas estrangeiros, como BOURDON e TISSOT, defenderam a inclusão da reincidência penal no rol das circunstâncias atenuantes, por entenderem que o hábito de delinquir, agindo sobre a vontade do indivíduo, diminui a liberdade, o que faz a culpabilidade do reincidente ser menor a do que do réu primário[416].

Outros penalistas como BUCELLATI e KLEINSCHROD, também pretenderam efeitos atenuantes para a reincidência, vez que a repetição do delito implica em uma tendência ao mal e uma menor liberdade para decidir, logo, uma menor imputabilidade.[417]

Além desses argumentos, KLEINSCHROD[418] ainda defendia a ideia de que a sociedade e a defeituosa organização penitenciária eram responsáveis pela reincidência penal.

Atualmente, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS[419] defende a inserção da reincidência no rol das circunstâncias atenuantes da pena.

Esclarece o autor que:

> [...] se os efeitos criminógenos da prisão são reconhecidos, então a ineficácia da prevenção especial reduz a execução penal ao terror retributivo. E a questão é esta: se a pena criminal não tem eficácia preventiva – mas, ao contrário, possui eficácia invertida pela ação criminógena exercida -, então a reincidência criminal não pode constituir circunstância agravante [...]

O autor também dispõe que, ao se verificar os efeitos criminógenos da prisão, então, a ineficácia da prevenção especial deveria reduzir a execução penal, possuindo uma eficácia invertida, a reincidência deveria ser incluída entre as circunstâncias atenuantes.

---

[416] BOURDON e TISSOT Apud LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal.* 2ª ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 318.

[417] BUCELLATTI e KLEINSCHROD Apud LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal.* 2ª ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 319.

[418] KLEINSCHROD Apud Lyra Roberto. Comentários ao Código Penal. 2ª ed. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 319.

[419] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006, p. 570.

Essa medida confere ao Estado a parcela de responsabilidade que possui na recidiva penal.

Com efeito, apresenta-se uma inversão da concepção normativa da reincidência de forma a remanejá-la para o rol das circunstâncias atenuantes da pena, na medida em que se verifique que o indivíduo reincidente tenha tido contato com o sistema social da prisão.

A solução apresentada representa uma medida mais justa perpetrada pelo Estado, por meio da assunção da realidade de que a prisão jamais ressocializará o indivíduo e, por esta razão, ele não pode ser punido pelo fracasso da instituição prisional.

Nesse momento, o Estado deve assumir sua parcela de responsabilidade diante da recidiva delitiva e atenuar a pena do delinquente reincidente, já que é o Estado, por meio de seu poder punitivo, que escolheu a pena privativa de liberdade como sanção capaz de alcançar as finalidades da pena.

A manutenção da reincidência como circunstância agravante viola duplamente os direitos do delinquente. Primeiro, porque aumenta a pena do crime posterior em razão da sua conduta de vida. Segundo, porque o pune por não ter se ressocializado, quando dele foram retiradas as chances de fazê-lo. Como a prisão não torna a ressocialização possível, jamais poderia o criminoso ser punido por não ter se ressocializado. É punir a conduta de vida, o modo de pensar, e não punir a conduta delituosa.

Logo, percebe-se que a manutenção da reincidência no rol das agravantes se dá como uma forma de assegurar que o delinquente reincidente retorne ao cárcere e não consiga se desvencilhar dele.

Por tudo o que foi até aqui discutido, tem-se a necessidade da adoção de uma nova forma de se enxergar o Direito Penal, com a inversão da concepção normativa, deslocando-se a reincidência do rol das agravantes para ao rol das atenuantes da pena.

Essa medida visa a adequar o Direito Penal Brasileiro a sua realidade, com a incorporação do princípio da coculpabilidade, de forma a justificar a assunção da parcela de responsabilidade do Estado na reincidência penal.

CONCLUSÃO

A história dos sistemas punitivos é marcada pelas diversas estratégias repressivas das classes dominantes para evitar as ameaças à ordem social.

Essa história foi analisada por Rusche que identificou no mercado de trabalho e no desenvolvimento econômico as raízes das práticas punitivas.

O estudo concentrou-se, basicamente, no surgimento da instituição carcerária em meados do século XVI. Isso porque é nesse período, caracterizado pelo surgimento do mercantilismo, que os métodos punitivos passam por uma profunda transformação.

Até o século XVI, o Direito Penal experimentou práticas punitivas extremamente cruéis, denominadas de suplícios. As penas corporais, quase sempre, marcavam os corpos dos condenados de forma que estes ficavam estigmatizados para sempre. Em uma visão econômica, a pena corporal fazia com que o condenado, quase sempre, se tornasse inapto ao trabalho, em razão das mutilações em seu corpo.

Vale esclarecer que outras práticas punitivas como a fiança, a deportação, a escravidão foram conhecidas. No entanto, o suplício afetou profundamente a história do Direito Penal.

No que tange ao surgimento da prisão, vale esclarecer que em meados do século XVI, a Europa enfrentava uma grava crise econômica: a escassez de mão de obra, em razão da baixa densidade demográfica ocasionada por guerras e pestes.

Dessa forma, o Estado precisava encontrar uma solução rápida para o problema econômico. A solução foi encontrada nas práticas punitivas, especialmente, com a criação da Casa de Correção inglesa, em 1555, cujo objetivo era disciplinar e aproveitar a mão de obra dos reclusos. Esses eram, quase sempre, os vagabundos e mendigos aptos ao trabalho, porque não colaboravam com o sistema econômico, além de representarem uma ameaça social.

Desta maneira, desde o primeiro instante, a prisão não teve como objetivo a ressocialização, mas, sim, minorar a crise econômica e social que assolava a Europa.

Essa realidade não mudou. Hodiernamente, a prisão não é capaz de reinserir os delinqüentes na sociedade. Não porque esteja em crise, mas porque a prisão não foi instituída com essa finalidade.

Embora largamente defendido, o ideal ressocializador inexiste e o que prevalece é o caráter neutralizador dos socialmente indesejáveis.

O sistema social da prisão não permite reinserir os seus escolhidos na sociedade. Isso porque a prisão não é uma miniatura da sociedade, mas, sim, uma sociedade peculiar, com regras próprias que, na verdade, inviabilizam a ressocialização.

O condenado é lançado no sistema carcerário de forma a propiciar uma total ruptura com a sociedade. É afastado de seu trabalho, de sua família, de seus costumes e de seus amigos.

É um sistema cruel que submete o condenado a um processo de mortificação da sua personalidade e da aquisição de uma nova, condizente com a sua nova realidade: a prisão.

Portanto a ideia de que ressocialização é obtida por meio do cárcere é um a falácia que precisa ser difundida para que haja uma reflexão sobre a pena privativa de liberdade.

Isso não significa que o sistema penal esteja preparado para abrir mão da pena privativa de liberdade, ou seja, da prisão. No entanto, para que haja uma conscientização acerca da sua manutenção aos casos extremamente graves e, que, portanto, requeiram uma reprimenda mais severa.

Esse meio social da prisão é criado e mantido pelo próprio Estado no intuito de ver afastados os seus sujeitos indesejáveis. O Estado é sabedor de que o cárcere não propicia a ressocialização dos sujeitos culpáveis.

No entanto, mesmo diante dessa realidade, o Estado pune os reincidentes de forma mais severa, por serem considerados indivíduos perigosos.

Aí é que surge a reincidência como circunstância agravante da pena. O reincidente tem a sua pena aumentada por uma prática delitiva anterior.

Dessa forma, ele recebe uma dupla penalidade pela prática de uma só infração penal, além de estar sendo punido por sua conduta de vida. Com isso, o Direito Penal moderno se afasta do direito penal do fato, o único que deveria existir em um Estado Democrático de Direito.

A reincidência penal significa uma volta ao passado, um retorno ao positivismo criminológico, em que o delinqüente era o alvo da análise do sistema penal.

Diante disso, o Estado deveria assumir a sua responsabilidade na prática de infrações penais, no caso de reincidência, dividindo com o delinqüente a sua pena.

Na prática isso significaria que o Estado deveria realizar uma inversão na concepção normativa da reincidência penal e inseri-la no rol das circunstâncias atenuantes da pena, de forma a adequar o referido instituto ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ARGUELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal*: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: <www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf.> Acesso em: 20 mai. 2011.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Marx com Foucault: análises acerca de uma programação criminalizante. *Revista Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n.4, julh/dez, 2005. p. 25-31.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/colecaoridendo/Dos_delitos_e_das_penas.htm> Acesso em: 23 abr. 2011.

BERGALI, Roberto. *Cárcel y Derechos Humanos*. Revista de Ciencias Penales. Colombia, n. 7, año 5, Julio, 1993. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/Bergalli07.htm> Acesso em: 20 mai. 2011.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. III.

BILBAO, César Manzanos. *Cárcel y marginación social*. San Sebastián: Tercera Prensa S.A, 1991.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t.III.

CABRERA, Pedro José. *Cárcel y exclusión*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. n. 35, Madrid, 2002.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2004.

CALMON, Pedro. *História da civilização brasileira*. Brasília. Senado Federal: Conselho Editorial, 2002.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal:* Parte geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e JR Prestes Barra. V. II, São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: Parte general (Teoria jurídica del Delito 2). Madrid: Tecnos, 2002, v.III.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2 edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional- Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1998.

COSTA E SILVA, Antônio José. *Comentários ao Código Penal*: Parte geral. 2 ed. v.1, São Paulo: Contasa, 1967.

DAL RI JUNIOR. Arno. *O Estado e seus inimigos*: A Repressão Política na História do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal:* Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DRUMMOND, Lima; VIANNA, Domingues. *Direito Criminal (Lições).* 5 ed. Rio de Janeiro: Pequena Coleção Briguiet, 1933.

FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. A. Soto y Hernández. 2 t. Madri: Góngora, 1907.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: Parte geral. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 16 ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 1997.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7 ed. v.1, t. I, São Paulo: Saraiva, 2008.

GIORGI, Alessandro De. *A Miséria Governada através do Sistema Penal.* Coleção Pensamento Criminológico. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos.* Trad. Dante Moreira Leite. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

_____. *Estigma:* Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada. Trad. Mathias Lambert. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena Privativa da Liberdade*: Evolução histórica e doutrinal. Lisboa: Quid Juris, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.* Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. *El Destino De los Derechos Del Ciudadano Em Um Derecho Penal Eficaz.* Revista de Ciencias Penales. Colombia, n. 8, año 5, Marzo, 1994.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O Brasil Monárquico*: o processo de emancipação. 4 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1976.

HUME, David. *Ensaio Filosófico sobre o Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. Seção II. Disponível em: <www.cfh.ufsc.br/~wfil/ensaio/pdf> Acesso em: 22 jun. 2010.

JACOB, Henry Issa. El Khoury. *Penas Alternativas y Ejecución Penal*. Revista de Ciencias Penales, n. 6, año 1, 1992.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: Parte general. Trad. Miguel olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KARAN, Maria Lucia. *A Aplicação da Pena:* por uma nova atuação da justiça criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 6.

LARA, Silvia Hunold. *Ordenações Filipinas*: Livro V. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LOCKE, John. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. 5 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991, Livro II.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente:* Col. Fundamentos do Direito. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Icone,1997.

LYRA, Roberto. *História do Direito Penal.* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Rio de Janeiro, ano IV, n. 14, p. 7 – 19, jul/set., 1966.

_____. *Para um direito sem dogmas.* Porto Alegre: Fabris, 1980.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. v.2 Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MANZANERA, Luis Rodríguez. *La Crisis Penitenciaria y lãs Substitutivas de La Prisión.* México: Editorial Porrúa, 1998.

MARAT. Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARCONDES, Danilo; JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1966, v. III.

MELOSSI, Massimo; PAVARINI, Dario. *Cárcere e Fábrica*: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Claúdia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOURA, Gregore. *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal.* Rio de Janeiro: Niterói: Impetus, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Desafio Dogmático de culpabilidade*. Revista Justitia. São Paulo, n. 61, p. 185- 188, jan/dez, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdades entre os Homens*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *? Que queda La culpabilidad penal?* Trad. Jesús- Maria Silva Sánchez. Caderno de Política Criminal, n. 30, 1986.

_____. *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2 ed. Buenos Aires: Hammulabi, 1972.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social.* 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ICPC, 2006.

_____. Política Criminal: *Realidade e Ilusões do Discurso Penal*. Disponível em: <www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal>.Acesso em: 20 mai. 2011.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Fundamentos técnicos-jurídicos da reincidência no moderno direito penal.* Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP), 1998, ano III.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brazileiro.* v. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOARES, Antônio Joaquim de Macedo. *A Reincidência perante o novo Codigo Penal.* Revista “O Direito”. Rio de Janeiro, v. 55, 1891, p. 529 – 532.

SPIERENBURG, Pieter. *The Body and the State*: Early Modern Europe. The Oxford History of the Prision. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 44-70.

TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A Incongruência dos Métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24. p. 145-156.

_____. *Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v.0, n.0. p. 75-86.

THOMPSON, Augusto F.G. *A Questão Penitenciária*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1976.

_____. *Esforço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TRIPOLI, Cesar. *História do Direito Brasileiro*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

VITALE, Gustavo L. *La "reincidência" contamina el derecho penal constitucional*. Revista Pensamiento Penal. Argentina. Disponível em: <www.pensamientopenal.com.ar/19042007/vitale.pdf > Acesso em: 24 jun. 2011.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico- Penal*: Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

YOUNG. Jock. *A sociedade excludente*: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. Revista Discursos Sediciosos. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31-45.